

Código Civil Comentado

Coordenador

MINISTRO CEZAR PELUSO

Doutrina e
Jurisprudência

LEI N. 10.406, DE 10.01.2002
CONTÉM O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Autores

CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY

FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

HAMID CHARAF BDINE JR.

JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM

MARCELO FORTES BARBOSA FILHO

MAURO ANTONINI

MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO

NELSON ROSENVALD

NESTOR DUARTE

4ª EDIÇÃO
REVISADA
E ATUALIZADA



Manole

Código Civil Comentado

Coordenador

MINISTRO CEZAR PELUSO

Doutrina e

Jurisprudência

LEIN. 10.406, DE 10.01.2002
CONTÉM O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Autores

CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY

FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

HAMID CHARAF BDINE JR.

JOSE ROBERTO NEVES AMORIM

MARCELO FORTES BARBOSA FILHO

MAURO ANTONINI

MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO

NELSON ROSENVALD

NESTOR DUARTE

4ª EDIÇÃO
REVISADA
E ATUALIZADA



Manole

Copyright© 2010 Editora Manole Ltda., por meio de contrato com os autores.

Capa: Hélio de Almeida
Projeto gráfico: Ácqua Estúdio Gráfico

Este livro contempla as regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990»
que entrou em vigor no Brasil.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP» Brasil)

Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência :
Lei n. 10.406, de 10.01.2002 : contém o Código Civil de 1916 /
coordenador Cezar Peluso. - 4. cd. rev. e atual. - Barueri, SP :
Manole, 2010.

Vários autores.
ISBN: 978-85-204-3102-3

1. Direito Civil - Legislação - Brasil
I. Peluso, Cezar.

10-02576 CDU-347(81)(094.46)

Índices para catálogo sistemático:
1. Brasil: Código Civil comentado 347(81)(094.46)
2. Código Civil comentado : Brasil 347(81)(094.46)

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida» por qualquer
processo» sem a permissão expressa dos editores.
É proibida a reprodução por xerox.

A Editora Manole é filiada à ABDR - Associação Brasileira de Direitos lleprográficos.

Iª edição - 2007; reimpressão - 2007
2ª edição - 2008
3ª edição - 2009
4ª edição - 2010

Editora Manole Ltda.
Avenida Ceei, 672 - Tamboré
06460-120 - Barueri - SP - Brasil
Tel.: (11) 4196-6000- Fax: (11) 4196-6021
mvw.manole.coni.br
juridico@manole.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

COORDENADOR

MINISTRO CEZAR PELUSO

AUTORES

CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY

Juiz de Direito. Livre-docente em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor da Fundação Armando Alvares Penteado - Faap. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Membro do Conselho Nacional de Justiça no biênio 2005-2007.

FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, designado na 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor de Direito Civil da Universidade Metropolitana de Santos - Unimes. Professor do Marcato Cursos Jurídicos. Professor convidado dos cursos de extensão universitária e de pós-graduação *lato sensu* da PUC/SP, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da Fundação Getúlio Vargas - FGV/SP e do Centro de Extensão Universitária. Professor e Secretário dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura de 2002 a 2006.

HAMID CHARAF BDINE JR.

Juiz de Direito em São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor universitário, associado fundador do Instituto de Direito Privado. Professor da Fundação Getúlio Vargas - GVlaw e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado do curso de pós-graduação da Fundação Armando Alvares Penteado - Faap e da Universidade Metodista de Piracicaba - Unimep. Professor assistente de Direito Privado na Escola Paulista da Magistratura- EPM.

JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre e doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Vice-diretor e Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado - Faap. Coordenador do curso de pós-graduação *lato sensu* em Processo Civil da Faap. Professor de pós-graduação *lato sensu* de Processo Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Professor convidado de pós-graduação *lato sensu* da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

MARCELO FORTES BARBOSA FILHO

Juiz de Direito em São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

MAURO ANTONINI

Juiz de Direito em São Paulo.

MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO

Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura. Professor de Processo Civil da Fundação Armando Alvares Penteado - Faap nos cursos de graduação e pós-graduação. Professor do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro de Extensão Universitária.

NELSON ROSENVALD

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor de Direito Civil do curso Praetorium (MG/RJ).

NESTOR DUARTE

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

SUMARIO

índice dos comentários	IX
Apresentação.....	XI
Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 -	
Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.....	1
índice sistemático do Código Civil de 2002	5
Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Institui o Código Civil	15
índice alfabético-remissivo do Código Civil de 2002.....	2335
Anexo: Código Civil de 1916	2345
índice sistemático do Código Civil de 1916	2346
Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916	2353

ÍNDICE DOS COMENTÁRIOS

Arts. 1º a 232 - Parte Geral: Nestor Duarte	15
Arts. 233 a 420 - Obrigações: Hamid Charaf Bdine Jr.....	183
Arts. 421 a 480 - Contratos (geral): Nelson Rosenvald.....	480
Arts. 481 a 652 - Contratos (em espécie): Nelson Rosenvald.....	541
Arts. 653 a 853 - Contratos (em espécie): Cláudio Luiz Bueno de Godoy.....	668
Arts. 854 a 886 - Atos unilaterais: Hamid Charaf Bdine Jr.	869
Arts. 887 a 926 - Títulos de crédito: Marcelo Fortes Barbosa Filho.....	897
Arts. 927 a 954 - Responsabilidade civil: Cláudio Luiz Bueno de Godoy.....	918
Arts. 955 a 965 - Preferências e privilégios: José Roberto Neves Amorim.....	959
Arts. 966 a 1.195 - Empresa: Marcelo Fortes Barbosa Filho.....	972
Arts. 1.196a 1.510 - Coisas: Francisco Eduardo Loureiro	1131
Arts. 1.511 a1.783 - Família: Milton Paulo de Carvalho Filho	1616
Arts. 1.784 a2.027 - Sucessões: Mauro Antonini.....	2092
Arts. 2.028 a2.046 - Disposições Transitórias: Nelson Rosenvald.....	2311

APRESENTAÇÃO

Apresentar, com seriedade, uma obra jurídica, qualquer que ela seja, é sempre considerável responsabilidade, porque traduz convite a uma experiência intelectual que é, no fundo, uma aventura, tanto mais arriscada quanto múltiplas são as tentações atuais a que nos submete a publicidade de um mercado intensamente produtivo, mas pouco escrupuloso nas críticas e nas escolhas. Hoje, escreve-se, publica-se e, até, vende-se muito sobre todas as áreas do Direito. Não admira, portanto, falte à maioria dos livros, de edição quase semanal, algum avanço ou subsídio científico, que, significando proveito teórico ou prático, dependem da recusa de conclusões imediatas, da desconfiança de intuições aparentes, enfim da reflexão e da demora.

Mas não posso deixar de assumir tal responsabilidade neste caso. E, por várias razões, das quais a primeira está em que são jovens todos os comentadores do Código Civil vigente, de modo que lhes não podia negar apoio e estímulo, menos porque apenas sejam jovens do que pelo fato de, sendo-o, terem furtado a horas de descanso, ou doutros afazeres, uma devoção exemplar à pesquisa e ao estudo da mais importante das nossas codificações.

A segunda, mas não menos importante do ponto de vista pessoal, senão, quem sabe, a mais importante, é porque, dos autores, conheci, muito de perto, na magistratura paulista, de que fazem parte, e, em especial, na árdua tarefa de me assessorarem na direção e sobretudo nos cursos de pós-graduação que introduzimos na Escola Paulista da Magistratura, quase todos eles, mestres e doutores em Direito Civil pela USP e pela PUC. Posso dar, pois, vivo testemunho da sua vocação, talento e seriedade, assim como não temo prenunciar-lhes o mais alto prestígio na condição profissional de magistrados, se não cederem às recompensas espirituais da dedicação exclusiva ao magistério. E os que não conheci tão próximo no exercício das atividades forenses, conheci da obra mesma, se, para igual juízo, já não me bastasse o integrarem o mesmo grupo e provarem as mesmas afinidades.

A terceira está na obra em si, que, como proposta, não podia deixar de ser ousada, como convém a jovens e a empreitadas dificultosas, como esta de dar contas, artigo por artigo, num único volume, do alcance de todo o Código Civil. Embora saiba toda a gente que o domínio das variadas províncias desse ramo fundamental da ciência jurídica, que é o Direito Civil, exija alguns anos de convivência com seu estudo sistemático, sem fronteiras territoriais nem limitações históricas, estou em que, além do enriquecimento pessoal que vai implicado nos próprios comentários, prestam os autores valioso serviço às letras jurídicas, à divulgação científica e à orientação profissional.

Na opção metodológica por comentários breves, cuja síntese não exclui a necessidade de juízos mais reflexivos sobre as proposições em que se exprimem, remetem-se ao direito revogado, à legislação correlata e à jurisprudência que se vai formando na interpretação dos novos textos. E em tudo valem-se da experiência de juizes (que são todos, exceto Nelson Rosenvald, procurador de justiça, a quem não falta igual tirocínio), que lhes indicou as dúvi-

das, questões e indagações mais freqüentes no cotidiano do fórum. E, com serem breves, nada perdem em substância os comentários, segundo seus propósitos, que breves mas insuperáveis foram os que teceu Clóvis Bevilacqua.

O tempo há de corrigir-lhes os senões que caracterizam toda produção humana, e a crítica reta lhes permitirá o aperfeiçoamento constante, sem o qual perecem, sem memória, os livros jurídicos mais auspiciosos. E este é uma promessa em que acredito, com a fé que só nos dá o conhecimento das pessoas.

ANTONIO CEZAR PELUSO
Ministro do Supremo Tribunal Federal

DECRETO-LEI N. 4.657_r DE 04 DE SETEMBRO DE 1942

Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta:

■ Art. 1º Salvo disposição contrária» a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.

§ 1º Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada.

§ 2º *(Revogado pela Lei n. 12,036, de 01.10,2009).*

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

■ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

■ Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece,

■ Art 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

■ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

■ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Caput com redação dada pela Lei n. 3.238, de 01.08.1957.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 3.238, de 01.08.1957.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer» como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 3.238, de 01.08.1957.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 3.238, de 01.08.1957.

■ Art. 7º A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

§ 1º Realizando-se o casamento no Brasil» será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.

§ 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.

Parágrafo com redação dada pela Lei n. 3.238, de 01.08.1957.

§ 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.

§ 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílios, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal.

§ 5º O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro.

Parágrafo com redação dada pela Lei n. 6.515, de 26.12.1977.

§ 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.

Parágrafo com redação dada pela Lei n. 12.036, de 01.10.2009.

§ 7º Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda.

§ 8º Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre.

■ Art 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

§ 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trazer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

§ 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.

■ Art 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

■ Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

§ 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*.

Parágrafo com redação dada pela Lei n. 9.047, de 18.05.1995.

§ 2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.

■ Art 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

§ 1º Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

§ 2º Os governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação.

§ 3º Os governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.

■ Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

§ 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

§ 2º A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.

■ Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

■ Art. 14. Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência.

■ Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. *(Revogado pela Lei n. 12.036, de 01.10.2009),*

■ Art. 16. Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei.

■ Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

■ Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no país da sede do Consulado.

Artigo com redação dada pela Lei n. 3.238, de 01.08.1957.

■ Art. 19. Reputam-se válidos todos os atos indicados no artigo anterior e celebrados pelos cônsules brasileiros na vigência do Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942, desde que satisfaçam todos os requisitos legais.

Caput acrescentado pela Lei n. 3.238, de 01.08.1957.

Parágrafo único. No caso em que a celebração desses atos tiver sido recusada pelas autoridades consulares, com fundamento no art. 18 do mesmo Decreto-lei, ao interessado é facultado renovar o pedido dentre em 90 (noventa) dias contados da data da publicação desta Lei.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 3.238, de 01.08.1957.

Rio de Janeiro, 04 de setembro de 1942;
121° da Independência e 54° da República.

GETÚLIO VARGAS

Alexandre Marcondes Filho / Oswaldo Aranha

ÍNDICE SISTEMÁTICO
DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

PARTE GERAL	
LIVRO I	
DAS PESSOAS	
Título I	
Das Pessoas Naturais	
Capítulo I - Da Personalidade e da Capacidade	
- arts. 1º a 10.....	15
Capítulo II - Dos Direitos da Personalidade	
- arts. 11 a 21.....	28
Capítulo III - Da Ausência - arts. 22 a 39 ..	43
Seção I - Da Curadoria dos Bens do Ausente	
—arts. 22 a 25.....	43
Seção II - Da Sucessão Provisória - arts.	
26 a 36.....	46
Seção III - Da Sucessão Definitiva - arts.	
37 a 39.....	51
Título II	
Das Pessoas Jurídicas	
Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 40	
a 52.....	52
Capítulo II - Das Associações - arts. 53	
a 61	63
Capítulo III - Das Fundações - arts. 62	
a 69.....	69
Título III	
Do Domicílio	
Arts. 70 a 78.....	74
LIVRO II	
DOS BENS	
Título Único	
Das Diferentes Classes de Bens	
Capítulo I - Dos Bens Considerados em	
Si Mesmos - arts. 79 a 91.....	81
Seção I - Dos Bens Imóveis - arts.	
79 a 81.....	81
Seção II - Dos Bens Móveis - arts.	
82 a 84.....	83

Seção III - Dos Bens Fungíveis e Consumíveis	
- arts. 85 e 86.....	84
Seção IV - Dos Bens Divisíveis - arts.	
87 e 88.....	85
Seção V - Dos Bens Singulares e Coletivos -	
arts. 89 a 91	86
Capítulo 11 - Dos Bens Reciprocamente	
Considerados - arts. 92 a 97	88
Capítulo III - Dos Bens Públicos - arts. 98	
a 103.....	91
LIVRO III	
DOS FATOS JURÍDICOS	
Título I	
Do Negócio Jurídico	
Capítulo I - Disposições Gerais - arts.	
104 a 114	96
Capítulo II - Da Representação - arts.	
115 a 120	104
Capítulo III - Da Condição, do Termo e do	
Encargo - arts. 121 a 137.....	107
Capítulo IV - Dos Defeitos do Negócio Jurídico	
-arts. 138 a 165.....	117
Seção I - Do Erro ou Ignorância - arts.	
138a 144	117
Seção II - Do Dolo - arts. 145 a 150.....	120
Seção III - Da Coação - arts. 151 a 155 ..	122
Seção IV - Do Estado de Perigo -	
art. 156.....	125
Seção V - Da Lesão - art. 157	126
Seção VI - Da Fraude contra Credores -	
arts. 158 a 165	127
Capítulo V - Da Invalidade do Negócio	
Jurídico - arts. 166 a 184	132
Título II	
Dos Atos Jurídicos Lícitos	
Art. 185.....	140
Título III	
Dos Atos Ilícitos	
Arts. 186 a 188.....	141

Título IV	
Da Prescrição e da Decadência	
Capítulo I - Da Prescrição - arts. 189 a 206 . .	143
Seção I - Disposições Gerais - arts.	
189 a 196	143
Seção II - Das Causas que Impedem ou Sus-	
pendem a Prescrição - arts. 197	
a 201	149
Seção III - Das Causas que Interrompem	
a Prescrição - arts. 202 a 204	155
Seção IV - Dos Prazos da Prescrição - arts.	
205 e 206	159
Capítulo II - Da Decadência - arts. 207	
a 211	168
Título V	
Da Prova	
Arts. 212 a 232	170

PARTE ESPECIAL

LIVRO I	
DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES	
Título I	
Das Modalidades das Obrigações	
Capítulo I - Das Obrigações de Dar - arts.	
233 a 246	183
Seção I - Das Obrigações de Dar Coisa	
Certa - arts. 233 a 242	183
Seção II - Das Obrigações de Dar Coisa	
Incerta - arts. 243 a246	194
Capítulo II - Das Obrigações de Fazer -	
arts. 247 a 249	197
Capítulo III - Das Obrigações de não Fazer -	
arts. 250 e 251	202
Capítulo IV - Das Obrigações Alternativas -	
arts. 252 a 256	203
Capítulo V - Das Obrigações Divisíveis e	
Indivisíveis — arts. 257 a 263	207
Capítulo VI - Das Obrigações Solidárias -	
arts. 264 a 285	213
Seção I - Disposições Gerais - arts. 264	
a 266	213
Seção II - Da Solidariedade Ativa - arts.	
267 a 274	216
Seção III - Da Solidariedade Passiva - arts.	
275 a 285	223
Título II	
Da Transmissão das Obrigações	
Capítulo I - Da Cessão de Crédito - arts.	
286 a 298	234

Capítulo II - Da Assunção de Dívida -	
arts. 299 a 303	264
Título III	
Do Adimplemento	
e Extinção das Obrigações	
Capítulo I - Do Pagamento - arts. 304	
a 333	277
Seção I - De Quem Deve Pagar - arts. 304	
a 307	277
Seção II - Daqueles a Quem se Deve Pagar —	
arts. 308 a 312	288
Seção III - Do Objeto do Pagamento e sua	
Prova - arts. 313 a 326	294
Seção IV - Do Lugar do Pagamento - arts.	
327 a 330	324
Seção V - Do Tempo do Pagamento - arts.	
331 a 333	327
Capítulo II - Do Pagamento em Consignação -	
arts. 334 a 345	337
Capítulo III - Do Pagamento com Sub-Rogação	
- arts. 346 a 351	343
Capítulo IV - Da Imputação do Pagamento -	
arts. 352 a 355	354
Capítulo V - Da Dação em Pagamento - arts.	
356 a 359	360
Capítulo VI - Da Novação - arts. 360	
a 367	365
Capítulo VII - Da Compensação - arts. 368	
a 380	382
Capítulo VIII - Da Confusão - arts. 381	
a 384	397
Capítulo IX - Da Remissão das Dívidas - arts.	
385 a 388	400

Título IV	
Do Inadimplemento das Obrigações	
Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 389	
a 393	401
Capítulo II - Da Mora - arts. 394 a 401 ...	415
Capítulo III — Das Perdas e Danos - arts.	
402 a 405	432
Capítulo IV - Dos Juros Legais - arts. 406	
e 407	445
Capítulo V - Da Cláusula Penal - arts. 408	
a 416.....	454
Capítulo VI - Das Arras ou Sinal - arts. 417	
a 420	471

Título V	
Dos Contratos em Geral	
Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 421	
a 471	480

Seção I - Preliminares - arts. 421 a 426	480	Seção I - Disposições Gerais - arts. 538 a 554	584
Seção II - Da Formação dos Contratos - arts. 427 a 435	489	Seção II - Da Revogação da Doação - arts. 555 a 564	596
Seção III - Da Estipulação em Favor de Terceiro - arts. 436 a 438	498	Capítulo V - Da Locação de Coisas - arts. 565 a 578	603
Seção IV - Da Promessa de Fato de Terceiro -arts. 439 e 440	500	Capítulo VI - Do Empréstimo - arts. 579 a 592	615
Seção V - Dos Vícios Redibitórios - arts. 441 a 446	502	Seção I — Do Comodato - arts. 579 a 585	615
Seção VI - Da Evicção - arts. 447 a 457	508	Seção II - Do Mútuo - arts. 586 a 592 ..	620
Seção VII - Dos Contratos Aleatórios - arts. 458 a 461	517	Capítulo VII - Da Prestação de Serviço - arts. 593 a 609	625
Seção VIII - Do Contrato Preliminar - arts. 462 a 466	521	Capítulo VIII - Da Empreitada - arts. 610 a 626	635
Seção IX - Do Contrato com Pessoa a Declarar - arts. 467 a 471	527	Capítulo IX - Do Depósito - arts. 627 a 652	649
Capítulo II - Da Extinção do Contrato - arts. 472 a 480	530	Seção I - Do Depósito Voluntário - arts. 627 a 646	649
Seção I - Do Distrato - arts. 472 e 473 ..	530	Seção II - Do Depósito Necessário - arts, 647 a 652	663
Seção II - Da Cláusula Resolutiva - arts. 474 e 475	533	Capítulo X - Do Mandato - arts. 653 a 692	668
Seção III - Da Exceção de Contrato não Cumprido - arts. 476 e 477	535	Seção I - Disposições Gerais - arts. 653 a 666	668
Seção IV - Da Resolução por Onerosidade Excessiva - arts. 478 a 480	538	Seção II - Das Obrigações do Mandatário - arts. 667 a 674	683
Título VI Das Várias Espécies de Contrato		Seção III - Das Obrigações do Mandante - arts. 675 a 681	690
Capítulo I - Da Compra e Venda - arts. 481 a 532	541	Seção IV - Da Extinção do Mandato - arts. 682 a 691	696
Seção I - Disposições Gerais - arts. 481 a 504	541	Seção V - Do Mandato Judicial - art. 692	707
Seção II - Das Cláusulas Especiais à Compra e Venda - arts. 505 a 532	561	Capítulo XI - Da Comissão — arts. 693 a 709	708
Subseção I - Da Retrovenda - arts. 505 a 508	561	Capítulo XII - Da Agência e Distribuição - arts. 710 a 721	721
Subseção II - Da Venda a Contento e da Sujeita a Prova - arts. 509 a 512	564	Capítulo XIII - Da Corretagem - arts. 722 a 729	732
Subseção III - Da Preempção ou Preferência - arts. 513a 520	566	Capítulo XIV - Do Transporte - arts. 730 a 756	740
Subseção IV - Da Venda com Reserva de Domínio - arts. 521 a 528	571	Seção I - Disposições Gerais - arts. 730 a 733	740
Subseção V - Da Venda sobre Documentos - arts. 529 a 532	577	Seção II - Do Transporte de Pessoas - arts. 734 a 742	746
Capítulo II - Da Troca ou Permuta - art. 533	579	Seção III - Do Transporte de Coisas - arts. 743 a 756	757
Capítulo III - Do Contrato Estimatório - arts. 534 a 537	581	Capítulo XV - Do Seguro - arts. 757 a 802	770
Capítulo IV - Da Doação - arts. 538 a 564	584	Seção I - Disposições Gerais - arts. 757 a 777	770
		Seção II - Do Seguro de Dano - arts. 778 a 788	794

Seção III - Do Seguro de Pessoa - arts. 789 a 802	809
Capítulo XVI - Da Constituição de Renda - arts. 803 a 813	822
Capítulo XVII - Do Jogo e da Aposta - arts. 814 a 817	829
Capítulo XVIII - Da Fiança - arts. 818 a 839	833
Seção I - Disposições Gerais - arts. 818 a 826	833
Seção II - Dos Efeitos da Fiança - arts. 827 a 836	842
Seção III - Da Extinção da Fiança - arts. 837 a 839	852
Capítulo XIX - Da Transação - arts. 840 a 850	855
Capítulo XX - Do Compromisso - arts. 851 a 853	866
Título VII	
Dos Atos Unilaterais	
Capítulo I - Da Promessa de Recompensa - arts. 854 a 860	869
Capítulo II - Da Gestão de Negócios - arts. 861 a 875	876
Capítulo III - Do Pagamento Indevido - arts. 876 a 883	885
Capítulo IV - Do Enriquecimento sem Causa - arts. 884 a 886	893
Título VIII	
Dos Títulos de Crédito	
Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 887 a 903	897
Capítulo II - Do Título ao Portador - arts. 904 a 909	907
Capítulo III - Do Título à Ordem - arts. 910 a 920	909
Capítulo IV - Do Título Nominativo - arts. 921 a 926	916
Título IX	
Da Responsabilidade Civil	
Capítulo I - Da Obrigação de Indenizar - arts. 927 a 943	918
Capítulo II - Da Indenização - arts. 944 a 954	943
Título X	
Das Preferências e Privilégios Creditórios	
Arts. 955 a 965	959

LIVRO II	
DO DIREITO DE EMPRESA	
Título I	
Do Empresário	
Capítulo I - Da Caracterização e da Inscrição - arts. 966 a 971	972
Capítulo II - Da Capacidade - arts. 972 a 980	978
Título II	
Da Sociedade	
Capítulo Único - Disposições Gerais - arts. 981 a 985	984
Subtítulo I	
Da Sociedade não Personificada	
Capítulo I - Da Sociedade em Comum - arts. 986 a 990	988
Capítulo II - Da Sociedade em Conta de Participação - arts. 991 a 996	991
Subtítulo li	
Da Sociedade Personificada	
Capítulo 1 - Da Sociedade Simples - arts. 997 a 1.038	996
Seção I - Do Contrato Social - arts. 997 a 1.000.....	996
Seção II - Dos Direitos e Obrigações dos Sócios-arts. 1.001 a 1.009	1000
Seção III - Da Administração - arts. 1.010 a 1.021	1005
Seção IV - Das Relações com Terceiros - arts. 1.022 a 1.027*.....	1014
Seção V - Da Resolução da Sociedade em Relação a um Sócio - arts. 1.028a 1.032 ...	1018
Seção VI - Da Dissolução - arts. 1.033 a 1.038	1022
Capítulo II - Da Sociedade em Nome Coletivo -arts. 1.039 a 1.044.....	1026
Capítulo III - Da Sociedade em Comandita Simples - arts. 1.045 a 1.051	1029
Capítulo IV - Da Sociedade Limitada - arts. 1.052 a 1.087	1034
Seção I - Disposições Preliminares - arts. 1.052 a 1.054	1034
Seção II - Das Quotas - arts. 1.055 a 1.059	1036
Seção III - Da Administração - arts. 1,060 a 1.065	1040
Seção IV - Do Conselho Fiscal - arts. 1.066 a 1.070	1045

Seção V - Das Deliberações dos Sócios - arts. 1.071 a 1.080	1049
Seção VI - Do Aumento e da Redução do Capital - arts. 1.081 a 1.084	1059
Seção VII - Da Resolução da Sociedade em Relação a Sócios Minoritários - arts. 1.085 e 1.086	1063
Seção VIII - Da Dissolução - art. 1.087 ..	1064
Capítulo V — Da Sociedade Anônima — arts. 1.088 e 1.089	1065
Seção Única - Da Caracterização - arts. 1.088 e 1.089	1065
Capítulo VI - Da Sociedade em Comandita por Ações - arts. 1.090 a 1.092	1066
Capítulo VII - Da Sociedade Cooperativa - arts. 1.093 a 1.096	1068
Capítulo VIII - Das Sociedades Coligadas - arts. 1.097a 1.101	1070
Capítulo IX - Da Liquidação da Sociedade -arts. 1.102 a 1.112.....	1073
Capítulo X - Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades - arts. 1.113 a 1.122	1081
Capítulo XI - Da Sociedade Dependente de Autorização - arts. 1.123 a 1.141.....	1087
Seção I - Disposições Gerais - arts. 1.123 a 1.125	1087
Seção II - Da Sociedade Nacional - arts. 1.126 a 1.133	1089
Seção III - Da Sociedade Estrangeira - arts. 1.134a 1.141	1093
Título III	
Do Estabelecimento	
Capítulo Único - Disposições Gerais - arts. 1.142 a 1.149	1099
Título IV	
Dos Institutos Complementares	
Capítulo I - Do Registro - arts. 1.150 a 1.154	1104
Capítulo II - Do Nome Empresarial - arts. 1.155a 1.168	1108
Capítulo III - Dos Prepostos - arts. 1.169 a 1.178	1115
Seção I - Disposições Gerais - arts. 1.169 a 1.171	1115
Seção II - Do Gerente - arts. 1.172 a 1.176	1117
Seção III - Do Contabilista e Outros Auxiliares - arts. 1.177 e 1.178.....	1119
Capítulo IV - Da Escrituração - arts. 1.179 a 1.195	1121

LIVRO III	
DO DIREITO DAS COISAS	
Título I	
Da Posse	
Capítulo I - Da Posse e sua Classificação - arts. 1.196 a 1.203	1134
Capítulo II - Da Aquisição da Posse - arts. 1.204 a 1.209	1153
Capítulo III - Dos Efeitos da Posse - arts. 1.210 a 1.222	1162
Capítulo IV - Da Perda da Posse - arts. 1.223 e 1.224	1186
Título II	
Dos Direitos Reais	
Capítulo Único - Disposições Gerais - arts. 1.225 a 1.227	1189
Título III	
Da Propriedade	
Capítulo I - Da Propriedade em Geral - arts. 1.228 a 1.237	1195
Seção 1 - Disposições Preliminares - arts. 1.228 a 1.232	1195
Seção II - Da Descoberta - arts. 1.233 a 1.237	1209
Capítulo II - Da Aquisição da Propriedade Imóvel-arts. 1.238 a 1.259	1211
Seção I - Da Usucapião - arts. 1.238 a 1.244	1211
Seção II - Da Aquisição pelo Registro do Título - arts. 1.245 a 1.247	1237
Seção III - Da Aquisição por Acessão - arts. 1.248 a 1.259	1247
Subseção I - Das Ilhas - art. 1.249 ..	1248
Subseção II - Da Aluvião - art. 1.250	1249
Subseção III - Da Ávulsão - art. 1.251	1249
Subseção IV — Do Álveo Abandonado — art. 1.252	1250
Subseção V - Das Construções e Plantações -arts. 1.253 a 1.259	1252
Capítulo III - Da Aquisição da Propriedade Móvel - arts. 1.260 a 1.274	1262
Seção I - Da Usucapião - arts. 1.260 a 1.262	1262
Seção II - Da Ocupação - art. 1.263 ,..	1266
Seção III - Do Achado do Tesouro - arts. 1.264 a 1.266	1266
Seção IV - Da Tradição - arts. 1.267 e 1.268.....	1268

Seção V - Da Especificação - arts. 1.269 a 1.271	1272
Seção VI - Da Confusão, da Comissão e da Adjunção - arts. 1.272 a 1.274	1274
Capítulo IV - Da Perda da Propriedade - arts. 1.275 e 1.276	1275
Capítulo V - Dos Direitos de Vizinhança - arts. 1.277 a 1.313	1279
Seção I - Do Uso Anormal da Propriedade - arts. 1.277 a 1.281	1279
Seção II - Das Árvores Limítrofes - arts. 1.282 a 1.284	1287
Seção III - Da Passagem Forçada - art. 1.285	1289
Seção IV - Da Passagem de Cabos e Tubulações - arts. 1.286 e 1.287.....	1292
Seção V - Das Águas - arts. 1.288 a 1.296	1294
Seção VI - Dos Limites entre Prédios e do Direito de Tapagem - arts. 1.297 e 1.298	1301
Seção VII - Do Direito de Construir - arts. 1.299 a 1.313	1305
Capítulo VI - Do Condomínio Geral - arts. 1.314 a 1.330	1319
Seção I - Do Condomínio Voluntário - arts. 1.314 a 1.326	1319
Subseção I - Dos Direitos e Deveres dos Condôminos - arts. 1.314 a 1.322	1319
Subseção II - Da Administração do Condomínio - arts. 1.323 a 1.326	1334
Seção II - Do Condomínio Necessário - arts. 1.327 a 1.330	1338
Capítulo VII - Do Condomínio Edilício - arts. 1.331 a 1.358	1341
Seção I - Disposições Gerais - arts. 1.331 a 1.346	1341
Seção II - Da Administração do Condomínio - arts. 1.347 a 1.356	1380
Seção III - Da Extinção do Condomínio - arts. 1.357 e 1.358	1399
Capítulo VIII - Da Propriedade Resolúvel - arts. 1.359 e 1.360	1400
Capítulo IX - Da Propriedade Fiduciária - arts. 1.361 a 1.368-A.....	1403
Título IV	
Da Superfície	
Arts. 1.369 a 1.377	1424

Título V	
Das Servidões	
Capítulo I - Da Constituição das Servidões -arts. 1.378 e 1.379	1433
Capítulo II - Do Exercício das Servidões - arts. 1.380 a 1.386	1440
Capítulo III - Da Extinção das Servidões - arts. 1.387 a 1.389	1448
Título VI	
Do Usufruto	
Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 1.390 a 1.393	1453
Capítulo II - Dos Direitos do Usufrutuário - arts. 1.394 a 1.399	1463
Capítulo III - Dos Deveres do Usufrutuário - arts. 1.400 a 1.409	1469
Capítulo IV - Da Extinção do Usufruto - arts. 1.410 e 1.411	1476
Título VII	
Do Uso	
Arts. 1.412 e 1.413.....	1482
Título VIII	
Da Habitação	
Arts. 1.414 a 1.416.....	1484
Título IX	
Do Direito do Promitente Comprador	
Arts. 1.417 e 1.418.....	1488
Título X	
Do Penhor, da Hipoteca e da Anticrese	
Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 1.419 a 1.430	1509
Capítulo II - Do Penhor - arts. 1.431 a 1.472	1528
Seção I - Da Constituição do Penhor - arts. 1.431 e 1.432	1528
Seção II - Dos Direitos do Credor Pignoratício - arts.1.433 e 1.434	1530
Seção III - Das Obrigações do Credor Pignoratício - art. 1.435	1533
Seção IV - Da Extinção do Penhor - arts. 1.436 e 1.437	1535
Seção V - Do Penhor Rural - arts. 1.438 a 1.446	1539
Subseção I - Disposições Gerais - arts. 1.438 a 1.441	1539
Subseção II - Do Penhor Agrícola - arts. 1.442 c 1,443	1544

Subseção III - Do Penhor Pecuário - arts. 1.444 a 1.446	1546
Seção VI - Do Penhor Industrial e Mercantil -arts. 1.447 a 1.450	1548
Seção VII - Do Penhor de Direitos e Títulos de Crédito - arts. 1.451 a 1.460	1552
Seção VIII - Do Penhor de Veículos - arts. 1.461 a 1.466	1563
Seção IX - Do Penhor Legal - arts. 1.467 a 1.472	1567
Capítulo III - Da Hipoteca — arts. 1.473 a 1.505	1571
Seção I - Disposições Gerais - arts. 1.473 a 1.488	1571
Seção II - Da Hipoteca Legal - arts. 1.489 a 1.491	1594
Seção III - Do Registro da Hipoteca - arts. 1.492 a 1.498	1598
Seção IV - Da Extinção da Hipoteca - arts. 1.499 a 1.501	1603
Seção V - Da Hipoteca de Vias Férreas - arts. 1.502 a 1.505	1611
Capítulo IV - Da Anticrese - arts. 1.506 a 1.510	1612

LIVRO IV
DO DIREITO DE FAMÍLIA

Título I
Do Direito Pessoal

Subtítulo I
Do Casamento

Capítulo I — Disposições Gerais — arts. 1.511 a 1.516	1616
Capítulo II - Da Capacidade para o Casamento -arts. 1.517 a 1.520	1625
Capítulo III - Dos Impedimentos - arts. 1.521 e 1.522	1632
Capítulo IV - Das Causas Suspensivas - arts. 1.523 e 1.524	1638
Capítulo V - Do Processo de Habilitação para o Casamento - arts. 1.525 a 1.532	1642
Capítulo VI - Da Celebração do Casamento - arts. 1.533 a 1.542	1649
Capítulo VII - Das Provas do Casamento - arts. 1.543 a 1.547	1657
Capítulo VIII - Da Invalidade do Casamento - arts. 1.548 a 1.564	1662
Capítulo IX - Da Eficácia do Casamento - arts. 1.565 a 1.570	1683
Capítulo X - Da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal - arts. 1.571 a 1.582 ..	1692

Capítulo XI - Da Proteção da Pessoa dos Filhos -arts. 1.583 a 1.590.....	1727

Subtítulo II
Das Relações de Parentesco

Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 1.591 a 1.595	1745
Capítulo II - Da Filiação - arts. 1.596 a 1.606	1751
Capítulo III - Do Reconhecimento dos Filhos-arts. 1.607 a 1.617.....	1776
Capítulo IV - Da Adoção - arts. 1.618 a 1.629	1795
Capítulo V - Do Poder Familiar - arts. 1.630 a 1.638	1800
Seção 1 - Disposições Gerais - arts. 1.630 a 1.633	1800
Seção II — Do Exercício do Poder Familiar - art. 1.634	1803
Seção III - Da Suspensão e Extinção do Poder Familiar - arts. 1.635 a 1.638	1806

Título II
Do Direito Patrimonial

Subtítulo I Do Regime de Bens entre os Cônjuges	
Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 1.639 a 1.652	1817
Capítulo II - Do Pacto Antenupcial - arts. 1.653 a 1.657	1849
Capítulo III - Do Regime de Comunhão Parcial - arts. 1.658 a 1.666	1854
Capítulo IV - Do Regime de Comunhão Universal - arts. 1.667 a 1.671	1873
Capítulo V - Do Regime de Participação Final nos Aquestos - arts. 1.672 a 1.686	1883
Capítulo VI - Do Regime de Separação de Bens - arts. 1.687 e 1.688	1890

Subtítulo II Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores	
Arts. 1.689 a 1.693	1892

Subtítulo III Dos Alimentos	
Arts. 1.694 a 1.710.....	1904

Subtítulo IV Do Bem de Família	
Arts. 1.711 a 1.722	1967

Título

Da União Estável

Arts. 1.723 a 1.727 1978

Título IV

Da Tutela e da Curatela

Capítulo I - Da Tutela - arts. 1.728 a 1.766 2023

Seção I - Dos Tutores - arts. 1.728 a 1.734 2023

Seção II - Dos Incapazes de Exercer a Tutela - art. 1.735 2030

Seção III - Da Escusa dos Tutores - arts. 1.736 a 1.739 2031

Seção IV - Do Exercício da Tutela - arts. 1.740 a 1.752 2034

Seção V - Dos Bens do Tutelado - arts. 1.753 e 1.754 2048

Seção VI - Da Prestação de Contas - arts. 1.755 a 1.762 2051

Seção VII - Da Cessação da Tutela - arts. 1.763 a 1.766 2056

Capítulo II - Da Curatela - arts. 1.767 a 1.783 2059

Seção I - Dos Interditos - arts. 1.767 a 1.778 2059

Seção II - Da Curatela do Nascituro e do Enfermo ou Portador de Deficiência Física - arts. 1.779 e 1.780 2083

Seção III - Do Exercício da Curatela - arts. 1.781 a 1.783 2085

LIVRO V

DO DIREITO

DAS SUCESSÕES

Título I

Da Sucessão em Geral

Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 1.784 a 1.790 2092

Capítulo II - Da Herança e de sua Administração - arts. 1.791 a 1.797 2110

Capítulo III - Da Vocação Hereditária - arts. 1.798 a 1.803 2118

Capítulo IV - Da Aceitação e Renúncia da Herança - arts. 1.804 a 1.813.....2125

Capítulo V - Dos Excl idos da Sucessão - arts. 1.814 a 1.818.....2134

Capítulo VI - Da Herança Jacente - arts. 1.819 a 1.823 2142

Capítulo VII - Da Petição de Herança - arts. 1.824 a 1,828 2147

Título II

Da Sucessão Legítima

Capítulo I - Da Ordem da Vocação Hereditária -arts. 1.829 a 1.844.....2149

Capítulo II - Dos Herdeiros Necessários - arts. 1.845 a 1850 2174

Capítulo III - Do Direito de Representação - arts. 1.851 a 1.856 2182

Título III

Da Sucessão Testamentária

Capítulo I - Do Testamento em Geral - arts. 1.857 a 1.859 2184

Capítulo II - Da Capacidade de Testar - arts. 1.860 e 1.861 2187

Capítulo III - Das Formas Ordinárias do Testamento - arts. 1.862 a 1.880 2190

Seção I - Disposições Gerais - arts. 1.862 e 1.863 2190

Seção II - Do Testamento Público - arts. 1.864 a 1.867 2191

Seção III - Do Testamento Cerrado - arts. 1.868 a 1.875 2195

Seção IV - Do Testamento Particular - arts. 1.876 a 1.880 2199

Capítulo IV - Dos Cod cilos - arts. 1.881 a 1.885 2204

Capítulo V - Dos Testamentos Especiais - arts. 1.886 a 1.896 2207

Seção I - Disposições Gerais - arts. 1.886 e 1.887 2207

Seção II - Do Testamento Marítimo e do Testamento Aeronáutico - arts. 1.888 a 1.892 2208

Seção III - Do Testamento Militar - arts. 1.893 a 1.896 2209

Capítulo VI - Das Disposições Testamentárias -arts. 1.897 a 1.911.....2211

Capítulo VII - Dos Legados - arts. 1.912 a 1.940 2220

Seção I — Disposições Gerais - arts. 1.912 a 1.922 2220

Seção II — Dos Efeitos do Legado e do seu Pagamento - arts. 1.923 a 1.938 2224

Seção III - Da Caducidade dos Legados - arts. 1.939 e 1.940 2232

Capítulo VIII - Do Direito de Acrescer entre Herdeiros e Legatários - arts. 1.941 a 1.946 2235

Capítulo IX - Das Substituições - arts. 1.947 a 1.960 2238

Seção I - Da Substituição Vulgar e da Recíproca - arts. 1.947 a 1.950 2238

Seção II - Da Substituição Fideicomissária - arts. 1.951 a 1.960 2240

Capítulo X - Da Deserdação - arts. 1.961 a 1965 2245

Capítulo XI - Da Redução das Disposições Testamentárias - arts. 1.966 a 1.968 2251

Capítulo XII - Da Revogação do Testamento -arts. 1.969 a 1.972 2254

Capítulo XIII - Do Rompimento do Testamento - arts. 1.973 a 1.975 2256

Capítulo XIV - Do Testamenteiro - arts. 1.976 a 1.990 2260

Título IV

Do Inventário e da Partilha

Capítulo I - Do Inventário - art. 1.991 .. .2266

Capítulo II - Dos Sonegados - arts. 1.992 a 1.996 2267

Capítulo III - Do Pagamento das Dívidas - arts. 1.997 a 2.001 2273

Capítulo IV - Da Colação - arts. 2.002 a 2.012 2276

Capítulo V - Da Partilha - arts. 2.013 a 2.022 2295

Capítulo VI - Da Garantia dos Quinhões Hereditários - arts. 2.023 a 2.026 2304

Capítulo VII - Da Anulação da Partilha - art. 2.027 2307

LIVRO COMPLEMENTAR

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

E TRANSITÓRIAS

Arts. 2.028 a 2.046.....2311

LEI N. 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002

Institui o Código Civil

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA:

Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

PARTE GERAL

LIVRO I DAS PESSOAS

TÍTULO I DAS PESSOAS NATURAIS

CAPÍTULO I DA PERSONALIDADE E DA CAPACIDADE

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

CC/1916: art. 2º.

Pessoa é o ente que pode ser sujeito de relações jurídicas.

A capacidade jurídica ou de direito se vincula à personalidade jurídica, encarecendo, porém, Bevilacqua que “cumpre distinguir a personalidade da capacidade, que é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, ou, como diz Teixeira de Freitas, ao modo de ser geral das pessoas” (bevilacqua, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*, 6. ed., atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 81).

A personalidade é um atributo que consiste na aptidão para o desempenho de um papel jurídico, ou seja, para adquirir direitos e contrair obrigações.

O Código Civil de 2002, diferentemente do anterior, refere-se a deveres em lugar de obrigações, evidentemente para abarcar não só as relações patrimoniais.

Igualmente, em lugar de referir-se ao homem como sujeito de direito, refere-se à pessoa. A razão disso se entende com a própria diretriz estabelecida pela nova lei que privilegia o exame das relações jurídicas e não o indivíduo em si mesmo, acentuando Miguel Reale “que a palavra homem tem sentido genérico e abstrato de indivíduo, ao passo que a palavra pessoa indica o ser humano enquanto situado perante os demais componentes da coletividade” (“A Constituição e o Código Civil”. In: *O Estado de S.Paulo*, 18.11.2003).

De certo modo, a referência à *pessoa* se liga mesmo à origem etimológica, do latim *persona* - *ae*. Segundo R. Limongi França, “servia aquele vocábulo inicialmente para designar a máscara usada pelos atores teatrais, graças à qual lhes era assegurado o aumento do volume da voz. Por analogia, passou a palavra a ser utilizada no Direito para designar o ser humano,

enquanto desempenha o seu papel no teatro da vida jurídica. Isso se deu na Idade Média, pois no Direito romano a ideia correspondente era expressa pelo vocábulo *capuf* (*Instituições de direito civil*, 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 45).

Atualmente, a simples existência do homem vivo confere-lhe a qualidade de pessoa, embora nem sempre assim tenha ocorrido, pois, faltando o que correspondia no Direito romano ao *status libertatis*, como ao escravo, o ser humano estava excluído do conceito jurídico de *caputy* sendo tido como *res* (coisa).

A capacidade, porém, aqui mencionada é a de direito ou de gozo, que difere da capacidade de fato ou de exercício. Aquela é atribuída a todo ser humano, mas esta só a possuem os que têm a faculdade de exercer por si os atos da vida civil.

Por outro lado, não apenas o ser humano é dotado de personalidade, porque a ordem jurídica reconhece a certas entidades, que são as pessoas jurídicas, a capacidade de exercer direitos e contrair obrigações.

Jurisprudência: Pedido de obrigação de fazer cumulado com indenização por dano moral. Contrato firmado por menor representado pela mãe. Possibilidade. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º, Código Civil). Inadimplência. Retirada de linha telefônica e negativação do nome em cadastros restritivos de crédito. Exercício regular do direito. O usuário da linha telefônica retirada por falta de pagamento não tem o direito de resguardar o seu código de acesso, mesmo que venha a pagar o seu débito. Danos morais inexistentes. Sentença de improcedência mantida, afastada a litigância de má-fé. (TJRJ, Ap. cível n. 2005.001.44820, rei. Des. Paulo Maurício Pereira, j. 14.02.2006)

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

CC/1916: art. 4º.

O nascimento com vida fixa o início da personalidade, ou seja, a partir daí o ente passa a ser sujeito de direito e de deveres.

As exigências no Direito brasileiro são mais simples que as de algumas outras legislações, como aquelas que reclamam para a aquisição da personalidade não só o nascimento com vida, mas a viabilidade *habilis vitae* ou que o recém-nascido tenha figura humana ou que haja vivido ao menos vinte e quatro horas.

Ter nascido com vida, porém, é requisito inafastável, e sua ocorrência ou não determina consequência da mais alta relevância, inclusive do aspecto sucessório. Exemplificativamente, tendo nascido com vida, herdará os bens de seu pai, que houver falecido antes de seu nascimento, ou seja, enquanto nascituro, e, vindo a falecer em seguida o recém-nascido, os bens serão transmitidos a sua mãe. Já se for um natimorto, não herdará, e os bens do pai antes falecido irão para os herdeiros que tiver, observada a ordem de vocação hereditária.

A segunda parte do dispositivo ressalva os direitos do nascituro.

Nascituro é o ser concebido, mas não nascido, que ainda se acha nas entranhas maternas.

Há controvérsia doutrinária acerca da condição jurídica do nascituro, todavia, nos termos da lei, é sustentável que a personalidade já se inicia com a concepção, pois, sem tal atributo, inviável supor a existência de direitos subjetivos; contudo, não se trata de um atributo definitivo para o nascituro, que se irá consolidar ou resolver conforme ocorra ou não o nascimento com vida.

À foce, entretanto, dessa capacidade é que o nascituro tem direito a curador (art. 1.779), pode ser reconhecido (art. 1.609, parágrafo único) e receber doações (art. 542).

De interesse médico-legal, também, é o momento a partir do qual se deve considerar a existência do nascituro, sustentando Silmara J. A. Chinelato e Almeida a relevância da nidação do ovo no útero, até porque só daí por diante é possível garantir “em tese, a viabilidade do desenvolvimento e sobrevivência do ovo, que se transformará em embrião e feto”, além de ser “importante para o diagnóstico da gravidez” (*Tutela civil do nascituro*. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 161).

Por fim, não se há de confundir o nascituro com a prole eventual. A prole eventual não passa de mera expectativa; contudo, a lei permite que lhe sejam atribuídos bens na sucessão e que ficará sob a guarda de curador nomeado pelo juiz, pelo prazo de dois anos, dentro do qual, salvo disposição em contrário do testador, deverá ser concebido o herdeiro esperado, e, tal não ocorrendo, os bens serão deferidos aos herdeiros legítimos (arts. 1.799,1, e 1.800).

Jurisprudência: Ilegitimidade de parte. Ativa. Inocorrência. Investigação de paternidade. Nascituro. Representação processual pela mãe. Personalidade jurídica. Condição de existência. Nascimento com vida. Irrelevância. Capacidade de estar em juízo existente. Proteção ao nascimento e à gestante, ademais, expressamente prevista na Lei n. 8.069/90. Recurso não provido. Ao nascituro assiste capacidade para ser parte. O nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. (TJSP, Ap. cível n. 193.648-1/Indaiatuba, rei. Des. Renan Lotufo, 14.09.1993)

Seguro. Vida e acidente pessoais. Ação de cobrança. Natimorto. Exegese. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do "nascituro" (aquele que vai nascer, ou o ser humano que foi concebido e que tem o nascimento como certo), daí entender-se que o "natimorto" não chega a adquirir personalidade jurídica, uma vez que é expulso - já morto - do útero materno, inviável, portanto, a pretensão à indenização securitária requerida pelos genitores. Recurso improvido. (TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Ap. cível n. 818.666-0/6/Botucatu, rei. Des. Irineu Pedrotti, j. 01.02.2006, v.u., voto n. 8.633)

Penal. Processual penal. Júri federal. Infanticídio a bordo de aeronave. Materialidade e autoria. Dúvidas. Tese da defesa: ausência de provas. Tese da acusação: verossimilhança. Sentença de pronúncia. Juízo de admissibilidade. Certeza. Mitigação.

1 - Para comprovação do nascimento com vida - vida extrauterina - apresenta-se suficiente o laudo de exame cadavérico conclusivo de ter o neonato nascido vivo e ter falecido em decorrência de asfixia mecânica e traumatismo craniano.

2 - A ausência, no laudo pericial, de esclarecimento quanto ao método empregado para a docimasia pulmonar não fragiliza as conclusões técnicas quando constam do laudo todos os procedimentos da necropsia realizada na vítima, como a abertura do crânio, da caixa torácica e da cavidade abdominal, com exame e investigação dos órgãos vitais, e que levaram à conclusão do nascimento com vida exterior.

3 - Para o juízo de admissibilidade de submissão do crime ao julgamento pelo Júri, a prova disponível nos autos mostra-se hábil à comprovação da materialidade. O fato de ter a ré conhecimento de sua gravidez, já em estado avançado, sendo esta de risco, e ter passado a sofrer intenso sangramento no interior de banheiro de aeronave, de reduzidíssimo espaço, em pleno voo, e sem que buscasse auxílio a se evitar risco à própria saúde e à de seu filho, são elementos a revelarem ser plausível o entendimento de ter tentado esconder que houvesse entrado em estado de parto e dado à luz.

4 - A dúvida quanto ao fato de ter sido a vida do recém-nascido retirada por ato de sua própria mãe, ou por circunstâncias adversas e involuntárias, provocadas pela sucção do neonato pelo sistema de descarga do vaso sanitário da aeronave, não é suficiente a impedir que o crime seja submetido ao Tribunal do Júri, na medida em que, mesmo nada tendo de absurdo a tese da defesa, por falta de elementos a tal convencimento, principalmente pela não rea-

lização de provas técnicas específicas, imprescindíveis, e não superáveis pelo conhecimento comum ou por meras suposições, nem por isso deixou de haver nos autos elementos bastantes ao reconhecimento de ser verossímil, provável e compatível a tese da acusação.

5 - Sendo a sentença de pronúncia um mero juízo de admissibilidade, para o qual não se exige um juízo de certeza, basta que da mesma resulte o convencimento do julgador quanto à existência do crime e de indícios suficientes de ser o réu o seu autor, e daí sucumbindo o princípio do *in dubio pro reo* em favor do princípio *in dubio pro societate*.

6 - Não se exige para a sentença de pronúncia que os elementos fático-jurídicos disponíveis nos autos sejam assaz convincentes à condenação, posto que tal percepção é exclusiva do juízo emanado da soberania do Júri popular. (TRF, 1ª Região, Recurso criminal n. 199.933.010.003191, rei. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, j. 18.10.2005)

Apelação cível. Seguros. Ação de indenização. Seguro DPVAT. Direito de a mãe receber a indenização correspondente ao nascituro. Possibilidade jurídica do pedido. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Inteligência do art. 2º do Novo Código Civil. Insurgência contra o termo inicial de incidência da correção monetária. A correção monetária incide desde a data da ocorrência do evento danoso. Manutenção do índice fixado em sentença. O IGP-M é o indexador que melhor reflete a realidade inflacionária. Sentença mantida. Apelo desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.010.345.999, 6ª Câm. Cível, rei. Ney Wiedemann Neto, j. 24.11.2005, DJ 09.12.2005)

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

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

CC/1916: art. 5º.

A questão referente à incapacidade vincula-se ao estado da pessoa, ou seja, ao modo de apresentar-se, de acordo com certa situação jurídica.

Conquanto o Estado não tenha a importância que possuía outrora, como no Direito romano, indiscutível sua relevância no que se pode denominar *estado jurídico*, consideradas a idade e a integridade mental (BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito* dv/7, 6. ed., atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 93).

A lei considera certas pessoas inaptas a exercer por si os atos da vida civil, em razão da falta de discernimento, ou porque não atingiram idade suficiente ou porque acometidas de doença mental impediente de administrar a si e a seus bens.

Assim, o menor até dezesseis anos é considerado privado de entendimento.

Em igual situação encontram-se os que padecem de enfermidade ou deficiência mental grave que os privem completamente da razão. A gravidade, nesses casos, há de ser tal que não deixe possibilidade de discernir, embora ocorrentes intervalos lúcidos. Difere, porém, a circunstância de o enfermo ter sido ou não declarado incapaz mediante processo de interdição. Com a interdição, já não resta dúvida da incapacidade e a ela não se pode opor, mas, antes da decisão judicial, é preciso verificar se determinado negócio jurídico foi praticado em momento de lucidez ou de alucinação, para o fim de invalidá-lo.

O Código Civil atual não repetiu a imprecisa designação de “loucos de todo o gênero” a que aludia o art. 5º do Código de 1916, substituindo-a pela referência mais adequada à enfermidade ou à deficiência mental.

Igualmente, também se considera inapto aquele que não pode emitir declaração de vontade, mesmo por causa transitória. Nessa categoria, tanto se pode incluir o surdo-mudo que não tem condição de declarar a vontade por outro modo, como a pessoa enferma sem consciência, mesmo que venha a recuperá-la.

Os negócios jurídicos praticados por pessoa absolutamente incapaz são nulos (art. 166,1).

Por fim, é de esclarecer que a senilidade não acarreta incapacidade salvo se acometido o idoso de moléstia que o torna impossibilitado de manifestar o pensamento e gerir a si e a seus negócios. Se, porém, a impossibilidade for apenas física, dar-se-á “curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens” (art. 1.780).

Jurisprudência: Apelação cível. Curatela. Interdição. Compete à Justiça Estadual apreciar ação proposta visando à nomeação de curador, apesar de objetivar benefício junto ao INSS para o interditando. Visando a interdição à declaração de incapacidade da pessoa, é juridicamente impossível o pedido formulado pelos pais do infante, que tem apenas sete anos de idade e já é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, por força de lei (art. 3º, inciso I, do Código Civil). Apelação cível desprovida. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.012.207.551, 8ª Câ. Cível, rei. Walda Maria Melo Pierro, j. 15.12.2005, DJ 24.01.2006)

Ação anulatória. Doação e testamento. Incapacidade absoluta do doador e testador. Invalidade. 1 - O art. 3º, inciso II, do Código Civil de 2002, atribui incapacidade absoluta àqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, perdem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, sendo que, um ato de disposição praticado por pessoa nessas condições deve ser considerado nulo de pleno direito, nos termos do art. 166, inciso I, do mesmo diploma legal, desconsiderando-se a sua manifestação de vontade. 2 - Recursos de apelação improvidos. (TJMG, Proc. n. 1.0382.05.049662-1/001(1), rei. Nilson Reis, j. 06.02.2007, publicação 16.02.2007)

AVC isquêmico. Paciente hospitalizado. Absolutamente incapaz. Art. 3º, CC. Causa transitória. Procuração por instrumento público. Nulidade. Art. 166, inciso I, CC. Escritura pública. Anulação. A teor do art. 3º do Código Civil é absolutamente incapaz aquele que, mesmo por causa transitória, não puder exprimir sua vontade. Paciente hospitalizado com quadro de AVC isquêmico, um dia após sair do UTI, não tem capacidade para gerir sua própria pessoa, conforme constatação médica nos autos. Havendo a incapacidade absoluta no momento em que foi outorgada a procuração, deve ser reconhecida sua nulidade, a teor do disposto no art. 166, inciso I, do Código Civil. Por consequência, a escritura firmada com procuração nula também está eivada de vícios que geram a sua anulação. Apelação não provida. (TJMG, Proc. n. 1.0699.02.018427-0/001(1), rei. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, j. 28.08.2007, publicação 06.09.2007)

Contrato. Empréstimo bancário. Efetivação por meio de caixa eletrônico. Consumidor que é pessoa interditada, ou seja, incapaz para os atos da vida civil - art. 3º, II, CC/2002. Fato que era conhecido pelo banco. Negócio nulo de pleno direito. Hipótese em que cumpria ao banco-fornecedor e não ao consumidor afastar sua responsabilidade pelo ocorrido. Relação de consumo que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 7.307.150.600, 23ª Câ. Dir. Privado, rei. J. B. Franco de Godói, j. 04.02.2009, DJ 25.02.2009)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

CC/1916: art. 6º.

A incapacidade relativa é a que impede o sujeito de realizar os negócios jurídicos sem a assistência de quem a lei comete tal mister, ou seja, pais, tutores ou curadores. Atos existem, porém, que podem ser praticados sem tal assistência, como o testamento feito por maior de dezesseis anos (art. 1.860, parágrafo único), a aceitação de mandato (art. 666) ou servir de testemunha (art. 228,1).

A pessoa relativamente incapaz não é considerada desprovida totalmente de discernimento, de tal modo que os atos por ela praticados são apenas anuláveis (art. 171,1), admitindo a confirmação ou ratificação (art. 172), e seu desfazimento depende da iniciativa do interessado (art. 177).

Tanto quanto na incapacidade absoluta, a incapacidade relativa determina-se pelo critério da idade ou por deficiência mental. São relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; todavia, não poderão eximir-se de obrigação assumida invocando a idade se dolosamente a ocultaram quando inquiridos pela outra parte ou se por ocasião do ato declararam-se maior (art. 180).

O álcool e as substâncias entorpecentes podem reduzir o entendimento por afetar o cérebro, tornando o indivíduo relativamente incapaz; entretanto, se a gravidade for tal que o iniba completamente de entender, a incapacidade será absoluta.

Igualmente são relativamente incapazes aqueles que não têm desenvolvimento mental completo, mas não são desprovidos de todo entendimento. Nessa categoria estão os chamados fracos de mente.

A prodigalidade também acarreta relativa incapacidade e caracteriza-se pela desordenada dilapidação do patrimônio, com gastos imoderados, e sua interdição “só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração” (art. 1.782).

Quanto aos índios, sua incapacidade é regulada por lei especial (Lei n. 6.001/73 - Estatuto do índio) e sua proteção encontra assento na Constituição Federal (arts. 231 e 232).

Jurisprudência: Constitucional. Administrativo. Opção pela nacionalidade brasileira. Homologação.

Contando o requerente, à época do pedido, com dezesseis anos de idade e, por isso, sendo menor relativamente incapaz, não estaria impedido de optar nem de postular a homologação de sua opção pela nacionalidade brasileira, mas a opção, neste caso, seria provisória, sujeita à confirmação depois de atingida a maioridade, aos dezoito anos, fato aliás já ocorrido. (TRF, 4ª Região, Ap. n. 2004.700.200.48241, rei. Des. Valdemar Capeletti, j. 15.02.2006)

Processual civil e previdenciário. Pensão por morte. Indígena. Comprovação do indeferimento administrativo. Interesse de agir. 1 - Apesar de não ter havido o indeferimento do requerimento administrativo de pensão por morte de indígena, deve-se considerar que se trata de pedido que é reiteradamente indeferido pelo INSS e, ainda, que o autor não possuía os documentos solicitados (CPF, RG ou CTPS), fato que reafirma a conclusão de que o benefício seria negado. 2 - Apesar de o Código Civil de 2002 não considerar os indígenas como pessoas relativamente incapazes, diversamente do que fazia o Código de 1916 (art. 6º, III), deve ser reco-

nhecida sua situação de vulnerabilidade econômico-social. 3 - Diante da presunção do indeferimento do benefício, seja em razão da prática reiterada do INSS quanto aos segurados especiais, seja em razão da omissão do interessado em apresentar documentos solicitados, tendo apresentado outros, não há falar em falta de interesse de agir pelo fato de o autor ter provocado o Judiciário antes da decisão final do INSS. (TRF, 4ª Região, Ap. cível n. 2009.70.060.007.466, 6ª T., rei. Des. João Batista Pinto Silveira, j. 21.10.2009, DJ 27.10.2009)

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

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

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

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

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

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria.

CC/1916: art. 9º.

Aos dezoito anos completos cessa a menoridade e, não havendo causa outra de incapacidade ou de inabilitação, a pessoa torna-se apta para a prática de todos os atos da vida civil.

O Código Civil de 1916 fixava o início da maioridade aos 21 anos, tendo, porém, o novo ordenamento igualado o momento da maioridade civil com a criminal, estabelecendo-a aos dezoito anos; é dominante a doutrina no sentido de que tal idade estará completa “no primeiro instante do dia do aniversário do menor” (limongi França, R. *Instituições de direito civil*, 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 60).

A incapacidade dos menores, todavia, poderá cessar por outros modos que não o implemento da idade, a saber:

“Pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial” Trata-se de negócio jurídico formal, pois exige escritura pública. A concordância haverá de ser de ambos os pais. O Código Civil de 1916 dispunha que era atribuição “do pai, ou, se for morto, da mãe”. A Constituição Federal de 1988, entretanto, veio a estabelecer que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, § 5º), de modo que a regra legal (art. 9º, parágrafo único, CC/1916) não fora recepcionada. A lei em vigor, sem ofensa ao texto constitucional, exige a participação de ambos os pais. Na falta de um, cabe ao outro, com exclusividade, proceder à outorga, e por “falta” tanto se entende a morte, a incapacidade, a ausência ou, simplesmente, o desconhecimento do paradeiro. Neste último caso, por se tratar de circunstância fática, pode ser necessária a comprovação judicial, para o que é servível a justificação de que trata o art. 861 do Código de Processo Civil.

Exigindo a lei a concordância de ambos os pais, não distingue se estes são ou não casados, e, mesmo estando o menor sob a guarda de um deles, é imprescindível a concordância de quem não a tem. Havendo, contudo, oposição injustificada, cabe o suprimimento judicial, já que a lei expressamente repele o abuso de direito (art. 187).

A emancipação concedida pelos pais produz efeitos independentemente de homologação judicial.

Se o menor estiver sob tutela (art. 1.728), a emancipação será concedida por sentença do juiz, ouvido o tutor, na conformidade do art. 1.112,1, do Código de Processo Civil.

Em qualquer caso, seja por concessão dos pais, seja por sentença, a emancipação é irrevogável e só será possível se o menor tiver dezesseis anos completos e reclamar registro de emancipação no Registro Civil de Pessoas Naturais (arts. 9º, II, do CC, e 29, IV, da Lei n. 6.015/73).

“Pelo casamento”. Podem casar o homem e a mulher com dezesseis anos, mas, enquanto não atingida a maioridade civil, necessitarão de autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais (art. 1.517). Divergindo os pais ou havendo denegação injusta, caberá suprimimento judicial (arts. 1.519 e 1.631, parágrafo único). Para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez, poderá casar quem ainda não atingiu idade núbil (art. 1.520). O suprimimento de idade deverá ser judicial, em procedimento de jurisdição voluntária, e poderão ser dispensados os proclamas (art. 69 da Lei n. 6.015/73).

Com o casamento, cessa para os menores a incapacidade e esta não se restabelece pela dissolução do casamento ou da sociedade conjugal.

É de notar que o estabelecimento de união estável não faz cessar a incapacidade dos menores.

“Pelo exercício de emprego público efetivo”. A regra para a investidura em cargo ou emprego público é a submissão e “aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (art. 37, II, da CF). Cargo público de provimento efetivo é aquele dependente de aprovação em concurso, e só nessa hipótese cessará para os menores a incapacidade.

A nomeação para cargo de provimento em comissão, bem como as admissões mediante processos seletivos, que não se confundem com o concurso público, não determina a cessação de incapacidade. Também não se identifica a contratação pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho nas empresas públicas e sociedades de economia mista, que têm personalidade jurídica privada.

Assim, cargo efetivo só se reconhece na administração direta, nas autarquias e nas fundações criadas pelo Estado com personalidade jurídica pública, que prestigiosa corrente doutrinária equipara às autarquias.

Identifica-se, aqui, tanto quanto no caso do inciso IV, cessação de incapacidade por habilitação intelectual.

“Pela colação de grau em curso de ensino superior”. Essa hipótese é de improvável verificação fática, diante do número de anos nos diversos ciclos de ensino: fundamental, médio e universitário, este último considerado superior.

“Pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria” A ocorrência de qualquer dessas hipóteses, consoante Maria Helena Diniz, “é sinal de que a pessoa tem amadurecimento e experiência, podendo reger sua própria pessoa e patrimônio, sendo ilógico que para cada ato seu houvesse uma autorização paterna ou materna” (*Curso de direito civil brasileiro*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 179).

É preciso que o menor conte dezesseis anos completos. Aliás, a Constituição Federal proíbe “qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (art. 7º, XXXIII).

O estabelecimento civil ou comercial haverá de ocorrer com recursos próprios, sem auxílio de terceiros, e não se confunde com a continuação da empresa antes exercida “por seus pais ou pelo autor de herança” (art. 974 do CC).

A prova do estabelecimento com economia própria deverá ser registrada no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial) ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 1.150), por aplicação do art. 976.

Não dispõe a lei acerca do meio de prova pertinente. Em se tratando de relação de emprego, prova-a a Carteira de Trabalho ou instrumento escrito, mas pode ser suprida por todos os meios permitidos em Direito (art. 456 da CLT). No caso de estabelecimento, a comprovação de economia própria poderá dar-se, também, por justificação judicial (art. 861 do CPC), que, não fazendo coisa julgada, é passível de ser infirmada em ação própria por qualquer interessado.

Indagação de difícil resposta é a concernente à definitividade da cessação da incapacidade nesses casos.

Clóvis Bevilacqua, comentando o disposto no art. 9º, parágrafo único, do Código Civil anterior, diz: “Os outros casos de emancipação, o exercício de função pública, a colação de grau científico e o estabelecimento civil ou comercial representam uma ociosa persistência do direito anterior, que se não concilia bem com o art. 391, II. Não os contemplou o *Projeto Primitivo* introduziu-os, no Código, uma emenda de Fausto Cardoso, contra a qual se opuseram objeções no *Em defesa*, p. 349 a 355” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 163).

Noutra oportunidade, coerente com tal entendimento de inutilidade, reputam irrevogáveis e, portanto, definitivos tanto a emancipação por concessão dos pais como “os outros casos, a que se refere o Código Civil, art. 9º, parágrafo único” (bevilacqua, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*, 6. ed., atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 126).

Como visto, o fundamento para a cessação da incapacidade nessas hipóteses é a necessidade de gestão dos próprios negócios; desaparecendo esse motivo e retornando o menor ao poder familiar, porque extinto o estabelecimento ou cessada a relação de emprego, não será lógico que esteja o menor na dependência econômica dos pais e mantenha sua independência para os negócios jurídicos. Desse modo, as hipóteses do art. 5º, parágrafo único, V, são de cessação resolúvel da incapacidade, respeitado o ato jurídico perfeito, bem como a habilitação para sua sustentação ou defesa em juízo independentemente de assistência.

Os demais casos de cessação de incapacidade são definitivos, em razão das diversas causas que os inspiram e que não se confundem com a eventual transitoriedade das atividades econômicas.

Jurisprudência: Segundo o que dispõe o art. 1.708, do CC, com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestação de alimentos. Com o casamento, comprovado nos autos, sobrevêm a emancipação (art. 5º, II, do CC) e, demonstrado que a apelante estuda em escola pública, não há liame legal que autorize a manutenção dos alimentos. Apelo conhecido e improvido. (TJMG, Proc. n. 1.0309.06.012708-6/001(1), rei. Cláudio Costa, j. 27.09.2007, publicação 09.10.2007)

Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

CC/1916: art. 10.

O dispositivo trata de duas espécies de morte: a natural ou física e a presumida (*Jicta mors*).

Inexiste, nas leis vigentes, morte civil, embora se possa divisar algo assemelhado, especialmente em matéria sucessória, no trato dos efeitos da exclusão de herdeiro, cujos descendentes “sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão” (art. 1.816).

A morte natural ou física ocorre com a cessação de todas as funções vitais, cabendo, porém, à medicina legal a definição do momento de sua ocorrência e devendo o óbito ser registrado no Registro Civil das Pessoas Naturais (arts. 9º, I, do CC e 29, III, da Lei n. 6.015/73), cujo assento

sc fará “em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou, em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte” (art. 77 da Lei n. 6.015/73).

A morte presumida se dá, para os ausentes (arts. 22 e 23), quando autorizada a abertura da sucessão definitiva, ou seja, dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória (arts. 37 do CC, e 1.167, II, do CPC) ou provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele (arts. 38 do CC e 1.167, III, do CPC).

Por não poder identificar-se completamente a morte física com a ficta, retornando o ausente nos dez anos subsequentes à abertura da sucessão definitiva, recuperará seus bens, na conformidade, todavia, do art. 39; entretanto, o casamento do ausente presumido morto fica dissolvido (art. 1.571, § 1º).

Jurisprudência: Processual civil. Capacidade de ser parte. Pessoa falecida. Ausência. Para alguém estar em juízo é necessário que tenha capacidade de ser parte (capacidade judiciária). Em regra, salvo algumas exceções, tem capacidade de ser parte a pessoa natural e a pessoa jurídica. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, pessoa falecida não tem capacidade de ser parte. Ausente este pressuposto processual, pode o feito ser extinto de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.017.278.250, rei. Des. Arno Werlang, j. 28.02.2007)

Ação de cobrança. Caderneta de poupança. Pretensão de recebimento de diferença de correção monetária, relativa ao mês de abril de 1990 (valores não bloqueados). Ação ajuizada após o falecimento do autor. Extinção, com a morte, da personalidade civil da pessoa natural. Inexistência de personalidade jurídica e, via de consequência, de capacidade processual. Impossibilidade de aforamento de ação judicial, em nome da própria pessoa, depois de sua morte. Aplicação do art. 6º do novo Código Civil e dos arts. 3º e 7º do CPC. Ação julgada procedente. Hipótese de extinção da ação reconhecida. Recurso prejudicado. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 7.266.746.400, 13ª Câ. Dir. Privado, rei. Zélia Maria Antunes Alves, j. 19.11.2008, *DJ* 04.12.2008)

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 88, Lei n. 6.015, de 31.12.1973.

A morte é presumida quando, embora não sendo possível encontrar-se o cadáver, nas circunstâncias previstas na lei, o óbito for considerado provável.

A possibilidade da morte tanto pode dar-se em razão do decurso de tempo como em virtude de uma catástrofe ou acidente. Neste último caso, demonstrada a presença da pessoa no evento, não há necessidade de espera, a fim de se declarar a morte.

São requisitos para declaração de óbito, sem decretação de ausência: a) o desaparecimento da pessoa; b) não ter sido encontrado o cadáver para exame; c) prova da presença no local em que ocorreu o perigo; d) circunstância que identifique a probabilidade da morte, ou seja, a verossimilhança de sua ocorrência.

Cabível, também» a declaração de morte presumida do desaparecido ou feito prisioneiro em campanha, se não vier a ser encontrado até dois anos após o fim do conflito.

A declaração de morte presumida será judicial, a requerimento de interessado, após a cessação das buscas.

Estabelece a Lei n. 6.015/73 que o procedimento a ser adotado é a justificação (art. 88), acrescentando, também, o Código Civil que a sentença deverá fixar a data provável do falecimento; logo, não se trata de justificação no sentido estrito do art. 861 do Código de Processo Civil, em que "o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova" (art. 866, parágrafo único), mas de procedimento de jurisdição voluntária cabente no art. 1.103 do CPC.

A Lei n. 9.140, de 04 de dezembro de 1995, alterada pela Lei n. 10.536, de 14 de agosto de 2002, reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação ou acusação de participação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1988.

Para fins de obtenção de benefício previdenciário, basta "prova do desaparecimento do segurado, em consequência de acidente, desastre ou catástrofe" (art. 78, § 1º, da Lei n. 8.213/91), dispensando-se a declaração de morte presumida e qualquer prazo de ausência.

Jurisprudência: Previdenciário e processual civil. Apelação cível. Declaração de morte presumida. Fins previdenciários. Declaração de ausência. Diferenciação. Legitimidade do INSS. Desaparecimento do segurado. Dependente. Concessão da pensão por morte. Antecipação da tutela.

Verifica-se inequívoca diferenciação entre a declaração de ausência, tratada pelos Códigos Civil e de Processo Civil, e o reconhecimento da morte presumida do segurado, para fins previdenciários, preconizado no art. 78 da Lei n. 8.213/91; os procedimentos não induzem litispendência entre si, sendo inclusive diversa a competência para o julgamento de cada qual. Improriedade da extinção do processo sem o julgamento do mérito.

Cabendo ao INSS a implementação do benefício, deve ele, e não o segurado ausente, integrar o polo passivo da demanda.

Devidamente constatados o desaparecimento do cônjuge da apelante pelo prazo estabelecido na legislação, a condição de segurado em que se enquadrava e a dependência econômica (inclusive presumida) da parte, impõe-se a concessão da pensão por morte, não representando óbices intransponíveis a sua não inscrição, pelo instituidor, no rol de dependentes ou a existência de outro possível dependente.

Impõe-se a concessão da tutela antecipada, sob inspiração do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, assegurando-se a implementação do benefício devido à apelante, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação do INSS.

Apelação parcialmente provida. (TRF, 2ª Região, Ap. n. 2001.020.102.08720, rei. Des. Sergio Feltrin Corrêa, j. 25.01.2006)

Ausência. Declaração. Pretensão que não se confunde com a comprovação de desaparecimento do segurado, para fins previdenciários, em procedimento para o qual foi citado apenas o INSS. Distinção, por igual, do reconhecimento da morte presumida, previsto nos arts. 7º do Código Civil de 2002 e 88 da Lei n. 6.015/73, que autoriza o registro do óbito e reclama a citação dos filhos, da promitente vendedora e da seguradora, como terceiros interessados, bem como intervenção do Ministério Público, cabendo ao juiz fixar a data provável da morte. Pedidos. Cumulação. Declaração de ausência, c/c pedido de quitação do contrato por óbito do compromissário e repetição do indébito. Inadmissibilidade em face da incompatibilidade procedimental. Inteligência do art. 292, § 1º, inciso III, e § 2º, do CPC. Extinção do processo sem exame do mérito. Decisão mantida. Recurso improvido, com observações. (TJSP, Ap. cível n. 2852924600, 6ª Câmara de Direito Privado, rei. Waldemar Nogueira Filho, j. 08.11.2007)

Art. 8º Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.

CC/1916: art. 11.

A questão referente à fixação do momento do óbito de duas ou mais pessoas tem relevo em matéria sucessória, já que, com a morte, “a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (art. 1.784 do CC), de modo que, se um dos falecidos for herdeiro do outro, é preciso averiguar qual deles morreu primeiro. Não sendo possível essa determinação, presumem-se simultaneamente mortos.

A regra sobre a comoriência é arbitrária, já que não são uniformes as legislações sobre o tema e, no Direito romano, por exemplo, se “mandava presumir, de duas pessoas falecidas, na mesma ocasião, sendo uma delas ascendente da outra, que o ascendente havia falecido primeiro, se o descendente fosse púbere, e, no caso oposto, teria falecido depois”; entretanto, “não havendo entre os comorientes esse vínculo de parentesco, entendia-se que a morte se dera ao mesmo tempo” (Bevilacqua, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*, 6. ed., atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 130).

A presunção de morte simultânea só encontra guarida quando há incerteza invencível acerca de qual dos comorientes precedeu ao outro, mas, conforme Serpa Lopes, “pouco importa que as mortes hajam ocorrido como consequência do mesmo acidente ou que tais acontecimentos se tenham dado por causas diversas e em locais diferentes, diversamente do Direito alemão, que condiciona a presunção ao fato das mortes simultâneas terem ocorrido no mesmo acidente” (*Curso de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 266).

Trata-se, ainda, de presunção relativa, podendo, pois, ser contestada.

Jurisprudência: Comoriência. Presunção legal. Elisão. Prova. Não se podendo afirmar com absoluta certeza, em face da prova dos autos, a premoriência de uma das vítimas de acidente em que veículo é abalroado e vem a explodir quase em seguida, deve ser mantida a presunção legal de comoriência. Apelo improvido. (TJMG, Proc. n. 1.0137.06.900006-5/001(1), rei. Cláudio Costa, j. 09.11.2006, publicação 01.12.2006)

Comoriência. Acidente de carro. Bebê de onze meses. Parada cardiorrespiratória. Existência de ligeira sensibilidade das pupilas (“foto reagentes”). Transporte para o hospital, sem que fosse atestado o óbito pelo corpo de bombeiros. Mãe e avó que faleceram no mesmo acidente. Presunção legal não afastada pelas provas. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.927.594.500, 8ª Câmb. Dir. Privado, rei. Joaquim Garcia, j. 04.03.2009, DJ 18.03.2009)

Art. 9º Serão registrados em registro público:

- I - os nascimentos, casamentos e óbitos;
- II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz;
- III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa;
- IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

CC/1916: art. 12.

Legislação correlata: art. 29, Lei n. 6.015, de 31.12.1973.

O registro público referido é o Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 1º, § 1º, I, da Lei n. 6.015/73).

A pessoa natural tem começo e fim e, segundo R. Limongi França, “é entre esses extremos que, fundamentalmente, elas desempenham o seu *papel* (lembremo-nos do sentido metafórico de *persona*) no palco da vida jurídica, papel que se modifica conforme o estado, a capacidade e os demais atributos da personalidade” (*Instituições de direito civil* 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 92), sendo de suma importância o controle estatal desses fatos para a segurança das relações jurídicas.

O registro é ato principal de documentação desses elementos que determinam o estado e a capacidade da pessoa natural, cujas formalidades estão disciplinadas pela Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências.

É também sujeita a registro a opção de nacionalidade (art. 29, VII, da Lei n. 6.015/73), que poderá ser feita em qualquer tempo (art. 12, I, da CF).

Jurisprudência: Registro público. Nascimento de criança morta. Certidão de nascimento. Impossibilidade. Registro no livro "c auxiliar" (arts. 33. V, e 53, § 1º, da Lei n. 6.015/73). A lei determina que ao nascituro que nasce sem vida, ou seja, que não respirou, não se faz certidão de nascimento e, posteriormente, a de óbito, mas apenas o registro no livro próprio. Embora a lei ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é com o nascimento com vida que o indivíduo adquire personalidade civil (art. 2º do Código Civil), alcançando direitos personalíssimos como patrimonial e ao nome. Recurso improvido, por maioria. (TJRS, Ap. cível n. 70.020.535.118, 8ª Câ. Cível, rei. Claudir Fidélis Faccenda, j. 25.10.2007, DJ 01.11.2007)

Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:

I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;

II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação;

III - (*Revogado pela Lei n. 12.010, de 03.08.2009*).

CC/1916: art. 12.

Legislação correlata: art. 29, § 1º, Lei n. 6.015, de 31.12.1973.

A averbação é ato acessório e documenta as modificações de fatos já registrados, dispondo a Lei n. 6.015/73: “A averbação será feita pelo oficial do cartório em que constar o assento à vista da carta de sentença, de mandado ou de petição acompanhada de certidão ou documento legal e autêntico, com audiência do Ministério Público” (art. 97).

O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio (art. 1.571, § 1º).

É nulo o casamento contraído nas condições do art. 1.548 e anulável o realizado nas hipóteses do art. 1.550.

A sociedade conjugal se dissolve, além de nos casos de dissolução do casamento, também pela nulidade ou anulação desse e pela separação judicial (art. 1.571).

A sociedade conjugal dissolvida pela separação judicial poderá ser restabelecida a qualquer tempo, “por ato regular em juízo” (art. 1.577), bastando, pois, que as partes postulem sua reconstituição.

O reconhecimento de filhos havidos do casamento é irrevogável e poderá dar-se por ocasião do próprio registro ou por escritura pública ou particular, por testamento e por manifestação em juízo, ainda que em ação com objetivo diverso (art. 1.609). Além do reconhecimento voluntário, a filiação poderá ser declaração por sentença (art. 1.616).

O inciso III do art. 10 estabelecia o registro “dos atos judiciais ou extrajudiciais de adoção”, mas foi revogado pela Lei n. 12.010, de 03.08.2009, (art. 8º), que, também, deu nova

redação aos arts. 1.618 e 1.619 do Código Civil, por força dos quais a adoção de menores se faz conforme a Lei n. 8.069, de 13.07.1990, (Estatuto da Criança e do Adolescente), aplicável, no que couber, à adoção de maiores de dezoito anos.

A separação consensual ou o divórcio nas mesmas circunstâncias poderão fazer-se por escritura pública, independentemente de homologação judicial, a qual “constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis”, consoante o art. 1.124-A, § 1º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.441, de 04.01.2007.

Jurisprudência: Menor. Paternidade. Reconhecimento por ocasião de acordo realizado no processo. Expedição de mandado de averbação ao cartório de Registro Civil. Admissibilidade. Hipótese em que o ato judicial (revestido inclusive de fé pública), perfeito no fundo e na forma, e com a chancela do Ministério Público, sem dúvida se consubstancia "documento público" válido e eficaz, portanto, a produzir todos os efeitos de direito. Recurso provido nesse sentido. (TJSP, AI n. 153.757-1, rei. Reis Kuntz, j. 05.09.1991)

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

CC/1916: sem correspondente.

O objeto dos direitos da personalidade são faculdades jurídicas que se situam no âmbito da própria pessoa, definindo-os R. Limongi França como aqueles “cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no modo exterior” (*Instituições de direito civil*, 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 1.031), e, segundo o mesmo autor, esses aspectos são basicamente o físico, o intelectual e o moral.

No campo do direito à integridade física situam-se os direitos à vida (art. 5º, III, XLVII, *ae e*, da CF), ao próprio corpo, vivo ou morto, ao corpo alheio, vivo ou morto, e a suas partes separadas, sendo que, no tocante a estas últimas, o tema ganha relevância, quando se tratar de remoção de órgãos para fins de transplante, cuja facilitação é determinada pela Constituição Federal (art. 199, § 4º), ou ainda quando se cuida transplante de órgãos, de que trata a Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, e cuja de coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação de sangue (Lei n. 10.205/2001).

O direito à integridade intelectual compreende a liberdade de pensamento e de expressão e os direitos morais ou imateriais do autor e do inventor, com assento constitucional (art. 5º, IV, IX, XXVII, XXVIII e XXIX) e disciplina infraconstitucional (Lei n. 9.610/98, que dispõe sobre os direitos autorais; Lei n. 9.609/98, que dispõe sobre proteção de propriedade intelectual sobre programas de computadores; Lei n. 9.279/96, que dispõe sobre direitos e obrigações relativas à propriedade industrial).

A integridade moral é garantida mediante o reconhecimento dos direitos à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo e ao sigilo, à imagem e à identidade, de que tratam dispositivos constitucionais (art. 5º, V, X, XII, XIV, LVI, LX e LXXII) e legais (Lei n. 5.250/67 - Lei de Imprensa; Lei n. 9.507/97, que regula o direito de acesso à informação e o procedimento do *habeas data*; Lei Complementar n. 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras; Lei n. 6.015/73 - Registros Públicos).

Os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais e perpétuos. De seu caráter absoluto decorre a oponibilidade *erga omnes*, na medida em que geram o dever geral de abster-se de sua violação. Sua extrapatrimonialidade afasta a possibilidade de transmissão e, em consequência, são direitos impenhoráveis. Sendo perpétuos, não comportam renúncia, nascendo e extinguindo-se com a pessoa, embora sob alguns aspectos possam gozar de proteção para depois da morte.

A impossibilidade de renúncia não significa, entretanto, que a pessoa não possa em algumas circunstâncias, como ao revelar fatos de sua intimidade, deixar de exercê-los, mas tal não significa que deles abriu mão, podendo, por isso, a qualquer tempo recuperar-lhes o pleno exercício.

Jurisprudência: Apelação. Ação de indenização por danos morais. Legitimidade do espólio. Direitos da personalidade. Preliminar acolhida o exercício da defesa dos direitos da personalidade é de caráter personalíssimo, não podendo ser transferidos a outrem. A ação de indenização pelos danos morais sofridos em virtude de cobranças indevidas não pode ser ajuizada pelo espólio da vítima das cobranças, eis que este não manifestou em vida o seu desejo à tutela reparatoria. Nos termos do art. 11 do Código Civil, os direitos da personalidade são intransmissíveis. (TJMG, Ap. cível n. 1.0145.06.334053-6/001, rei. Nilo Lacerda, j. 02.05.2007, publicação 12.05.2007)

Dano à imagem. Direito da personalidade. Veiculação da imagem do autor em carnês de pagamento (conta de energia elétrica). Ausência de autorização. Reprodução para fins comerciais. Sentença que reconheceu o dano moral. Apelação requerendo reforma total da sentença. Recurso adesivo para majoração. 1 - A imagem constitui um dos elementos inerentes à personalidade, sendo o respectivo direito intransmissível e irrenunciável, porém, disponível. 2-0 conjunto probatório é firme no sentido de que não houve autorização do titular do direito para o uso de sua imagem em propaganda da ré. 3 - A utilização da imagem ocorreu com nítidos fins publicitários e comerciais. 4-0 dever de indenizar decorre da constatação da utilização da imagem sem autorização e com fins comerciais, sendo desnecessária a comprovação de veiculação de cunho vexatório. 5 - Danos morais que devem ser majorados. Desprovimento do recurso da ré. Provimento parcial ao recurso adesivo. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.13848, rei. Des. Elton Leme, j. 26.06.2007)

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

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

CC/1916: art. 1.526 (transmissão do direito de pedir reparação de danos).

Os direitos da personalidade são oponíveis *erga omnes* e sua violação configura descumprimento de obrigação legal de não fazer, dando, porém, ensejo a sanções de natureza pública ou privada.

No campo do direito público, encontram previsão no direito penal, quando esse pune os crimes contra a honra a que se aliam instrumentos constitucionais como as ações de *habeas corpus* e *habeas data*.

A sanção privada compreende não só a indenização, que não é instrumento específico de proteção dos direitos da personalidade, como a pretensão cominatória, a que alude o art.

287 do Código de Processo Civil, inclusive com antecipação de tutela (art. 461, § 3º). No caso,

harmoniosamente com a lei civil, o Código de Processo Civil expressamente prevê a viabilidade de cumulação de indenização por perdas e danos com a multa pelo descumprimento da determinação judicial de cessação da ameaça ou lesão (art. 461, § 2º).

Ainda, conquanto a morte ponha termo à existência da pessoa natural (art. 6º do CC), o cônjuge supérstite ou qualquer parente na linha reta ou colateral até o quarto grau do falecido têm legitimidade para reclamar sanções contra a violação dos direitos da personalidade deste, pois sobrevive-lhe “em algumas espécies, a proteção legal”, no dizer de Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*> 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 153).

A legitimidade do cônjuge, também, deve ser estendida àquele com quem o finado vivia em união estável, em razão dos vínculos morais que a lei exige para reconhecê-la (art. 1.724).

Jurisprudência: Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido.

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta [...]. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido. (STJ, REsp n. 521.697/RJ, rei. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 20.03.2006)

Ação de indenização. Danos morais. Possibilidade de os sucessores postularem indenização em nome do falecido. Nos termos do art. 12 do Código Civil, pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Hipótese, contudo, que não comporta reconhecimento de dano moral. Recurso provido para julgar-se improcedente a ação proposta. (Turmas Recursais - RS, Recurso cível n. 71000861427, 2ª T. Recursal Cível, rei. Clovis Moacyr Mattana Ramos, j. 24.05.2006, DJ 14.06.2006)

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: Lei n. 9.434, de 04.02.1997.

A integridade física é direito da personalidade e, portanto, indisponível. Se, porém, a separação de parte do corpo não importar sua diminuição permanente nem contrariar os

bons costumes, é admitida, sendo que a Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, exclui da compreensão de tecidos o sangue, o espermatozoide e o óvulo (art. 1º, parágrafo único).

O dispositivo cuida, evidentemente, da disposição de partes do corpo vivo, que, também, é permitida para fins de transplante e tratamento, observadas as regras estabelecidas em lei especial (Lei n. 9.434/97). Assim é que pode doar a pessoa juridicamente capaz, sendo beneficiário o cônjuge, parente consanguíneo até o quarto grau, mediante autorização preferencialmente por escrito e perante testemunhas. Para qualquer outra pessoa, dependerá de autorização judicial, que é dispensada no caso de medula óssea. O incapaz poderá doar medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais, haja autorização judicial e não ofereça o ato risco para sua saúde. A doação é revogável.

A disposição só se pode dar gratuitamente.

A gestante não pode dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, salvo para transplante de medula óssea, não oferecendo risco a sua saúde ou ao feto.

O autotransplante depende apenas do consentimento do indivíduo ou de seus pais ou responsáveis, se for incapaz.

Jurisprudência: Civil. Estado individual. Imutabilidade. Cirurgia detransgenitalização. Autorização judicial. Pedido. Impossibilidade jurídica. O art. 13, *caput*, do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) veda o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica. A exigência médica a que se refere o dispositivo do Código Civil deve ser entendida como a necessidade imperiosa de transformação ou de remoção de órgão do corpo, cientificamente provada, em decorrência de patologia grave e curável, exclusivamente, por meio daqueles procedimentos interventivos extremos. O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. O sexo, do qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG, Proc. n. 1.0672.04.150614-4/001(1), rei. Almeida Melo, j. 12.05.2005, publicação 14.06.2005)

Ação de retificação do registro de nascimento. Transexual. Adequação do sexo psicológico ao sexo genital. Sentença de procedência. Apelação. Sentença que julgou procedente o pedido, deferindo a alteração no registro civil, consistente na substituição do nome do requerente, passando a figurar como pessoa do sexo feminino. Características físicas e emocionais do sexo feminino. Art. 13 do Código Civil. Defeso o ato de dispor do próprio corpo. Exceção quando for por exigência médica. Ciência moderna trata o transexualismo como uma questão neurológica. Análise citogenética. Prova definitiva para determinar o sexo. Diferença encontrada nos cromossomos sexuais é a chave para a determinação do sexo. Cirurgia de mudança de sexo não é modificadora do sexo. Mera mutilação do órgão genital, buscando a adaptação do sexo psicológico com o sexo genital. Mudança de sexo implicaria reconhecimento de direitos específicos das mulheres. Segurança jurídica. Mudança do nome do apelado se afigura possível. Arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73. Nome pode ser alterado quando expõe a pessoa ao ridículo. Quanto a mudança de sexo, a pretensão deve ser rejeitada. Modificação do *status* sexual encontra vedação no art. 1.604 do Código Civil. Ensejaria violação ao preceito constitucional que veda casamento entre pessoas do mesmo sexo. Retificação do sexo no assento de nascimento tem como pressuposto lógico a existência de erro. Inexistência de erro. Apesar da aparência feminina, ostenta cromossomos masculinos. Dá-se provimento ao recurso. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.24198, rei. Des. Mônica Costa Di Piero, j. 07.08.2007)

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: Lei n. 9.434, de 04.02.1997.

A disposição para depois da morte pode ser de todo o corpo ou de parte ou partes dele. Será, necessariamente, gratuita e é revogável.

A Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, regula a disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante.

A retirada de órgãos para essa finalidade deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não integrantes da equipe de remoção e transplante, sendo admitida a presença de médico da confiança da família do falecido no ato de comprovação e atestação da morte encefálica.

A autorização para retirada de partes do corpo do morto poderá ser dada pelo próprio doador e é revogável, não estabelecendo a lei forma especial; entretanto, pela necessidade de documentação, terá de ser por escrito, sendo aconselhável, embora não obrigatória, a escritura pública.

Não havendo autorização do doador, a retirada de tecidos e órgãos de falecido terá de ser autorizada pelo cônjuge ou parente maior de idade, observada a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

Em se tratando de incapaz, a autorização deverá ser permitida expressamente por ambos os pais ou por seus responsáveis legais.

Não é permitida a remoção de órgãos de pessoa não identificada.

Não tendo a morte ocorrido sob assistência médica, ou se a causa for mal definida ou a morte suspeita, é necessária autorização de patologista encarregado da investigação.

Após a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo, o cadáver será condignamente recomposto para ser entregue aos parentes ou aos responsáveis legais.

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

CC/1916: sem correspondente.

O direito à vida é indisponível, de modo que o médico está autorizado, em princípio, a realizar todos os procedimentos para a recuperação do paciente, independentemente da aquiescência deste.

Se, porém, a cirurgia ou o tratamento indicados oferecem risco, terá de obter o consentimento do enfermo ou de seu representante legal, se incapaz de manifestar validamente a vontade. Somente se a obtiver é que poderá realizá-los.

Não só no trato do doente com o médico a questão se põe, mas também no âmbito contratual e no previdenciário. Assim é que o segurado da previdência social não pode ser compelido a submeter-se a tratamento ou cirurgia de risco, buscando a cura, tão somente para evitar o recebimento de benefício devido em razão de doença. Igualmente, não está o contratante de seguro adstrito a submeter-se a esses tratamentos ou cirurgia, para livrar a seguradora do pagamento de indenização.

Jurisprudência: Acidente do trabalho. Benefício. Aposentadoria por invalidez previdenciária. Concessão administrativa. Cancelamento ante a negativa de submissão a intervenção cirúrgica. Inadmissibilidade.

Despropositado o cancelamento do benefício previdencial, eis que não é lícito à Administração Pública determinar ao acidentado a realização de cirurgia, ato causador de violência física ao ser humano, traduzindo, comumente, risco de vida. (li TACSP, Ap. sem rev. n. 203,901-00/9, 6ª Câ., rei. Juiz Soares Lima, j. 30.09.1987, in *JTA (RT)* 109/255)

Acidente do trabalho. Doença. Mal da coluna. Incapacidade total para o trabalho. Reconhecimento pela autarquia. Imposição de cirurgia. Inadmissibilidade.

Reconhecida pela autarquia a incapacidade total do obreiro, a cirurgia da coluna, com ou sem risco, não pode ser imposta ao trabalhador com a finalidade de aumentar sua capacidade de trabalho. (Ap. sem rev. n. 338.759-00/1, 8ª Câ., rei. Juiz Narciso Orlandi, j. 06.05.1993, in *JTA (Lex)* 144/511)

Intervenção cirúrgica. Consentimento informado. Inobservância do art. 15 CC/2002. Precedentes. Dano material. Perda da chance. Dano moral configurado. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contraindicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado *ex vi* arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/2002 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso. Perda superveniente do interesse de agir quanto ao pedido de condenação do réu a implantar a prótese necessária à radicalização de incontinência urinária, uma vez que o esfíncter artificial não mais soluciona o problema do autor. Nesse diapasão, não há que se falar em fixação das astreintes. Persiste o pedido quanto à condenação em todas as despesas oriundas do tratamento adequado da incontinência urinária, cabendo apuração em sede de liquidação por artigos, haja vista a não consolidação das lesões nos termos do art. 608 do CPC. Dano moral configurado, impondo-se a redução como forma de equidade, por disposição do parágrafo único do art. 944 do CC/2002; considerando que o réu agiu de acordo com a ciência médica no que tange ao procedimento, observando-se como única falha a falta do consentimento informado. Provimento parcial do primeiro recurso e desprovimento do segundo apelo. (TJRJ, Ap. n. 2006.001.13957, rei. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 17.10.2006)

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

CC/1916: sem correspondente.

O nome civil é o principal elemento de identificação da pessoa natural, definindo-o R. Limongi França como “a designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes ao aspecto civil de sua vida jurídica” (*Do nome civil das pessoas naturais*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 22), sendo que comporta, segundo o mesmo autor, os seguintes elementos fundamentais: prenome e apelido de família. O apelido de família também se denomina de modo corrente como patronímico ou sobrenome e serve para indicar a família a que a pessoa pertence.

O prenome pode ser simples (Sidney, Rodrigo, Simone, Juliana, Rafaela, Tiago) ou composto (Regina Marina, André Luís, Delma Lúcia, Ana Luísa) e não raro são os nomes compostos de forma a homenagear, com a combinação, ascendente que, na família, gozou de estima (ex.: Luís Felipe e Luís Henrique, lembrando o ascendente Luís). O prenome, simples ou composto, pode vir imediatamente ligado ao sobrenome (José Silva) ou mediante partícula (José da Silva). Considerando que, na mesma família, pode haver pessoas com nome idêntico, a posição familiar é definida por *agtwme* (José da Silva Filho).

Evidentemente, as pessoas no trato social não são chamadas pelo nome completo, tendo um pelo qual atende, que é o nome vocatório, sendo que muitas vezes, no meio em que vive, o indivíduo é conhecido por alcunha ou apelido decorrente de alguma particularidade (Aleijadinho), fato também corriqueiro entre criminosos (Sete Dedos).

Segundo José Roberto Neves Amorim, os elementos componentes do nome são os seguintes: “prenome, nome de família, sobrenome, agnome, partícula e conjugação, nome vocatório, apelido e alcunha, hipocrístico, pseudônimo e heterônimo, títulos nobiliárquicos e heterônimos” (*Direito ao nome da pessoa física*. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 9).

A disciplina referente à colocação do nome e hipóteses de alteração encontra-se na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73, arts. 54 a 58).

Jurisprudência: Retificação civil. Nome. Retificação. Erro quanto ao nome da genitora nos assentos de nascimento dos filhos. Admissibilidade da pretensão para inserção do nome correto. No caso de erro quanto ao nome da genitora nos assentos de nascimento dos filhos, estes devem ser retificados para inserção de nome correto. (TJMS, Ap. n. 59.849-8, rei. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, j. 15.03.2000)

Nome. Adição de sobrenome. Pretensão. Manifestação por adolescente, que perdeu o pai quando criança, visando acrescentar o apelido do padrasto, também adotado por sua genitora, quando do novo casamento, bem como pelos irmãos resultantes do enlace matrimonial. Admissibilidade, desde que permaneçam os apelidos de família. Inteligência da Lei n. 6.015/73.

A Lei n. 6.015/73 não proíbe a adição de sobrenome, razão pela qual a adolescente que perdeu seu pai em acidente automobilístico quando criança tem o direito de adicionar ao seu nome o apelido do padrasto, também adotado por sua genitora, quando do novo casamento, bem como pelos irmãos resultantes do enlace matrimonial, desde que permaneçam os apelidos de família. (TJRJ, Ap. n. 2000.001.02164, rei. Des. Mauro Fonseca Pinto Nogueira, j. 14.11.2000)

Registro civil. Nome. Exclusão de apelido de família. Tradicional nome familiar que, popularmente, é usado para designar o órgão sexual masculino. Inadmissibilidade da pretensão. Mera autoafirmação social que não se resolve com a mudança do patronímico. Inteligência do art. 56 da Lei n. 6.015/73. O art. 56 da Lei n. 6.015/73 não permite a exclusão de apelido de família, tradicional nome familiar, pelo simples fato de, popularmente, ser usado para designar o órgão sexual masculino, pois não se trata de vergonha do nome de família, mas de autoafirmação social, questão que não se resolve com a mudança do patronímico. (TJSP, Ap. n. 209.542-4/1, rei. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 18.12.2001)

Nome. Exclusão do patronímico do ex-marido trinta anos após a separação, quando da conversão em divórcio. Inadmissibilidade. Hipótese em que a ex-mulher ficou autorizada, por consenso de fato, a se identificar com o nome de casada. Supressão que feriria o patrimônio de sua personalidade. O divórcio que se decreta trinta anos depois da separação, período no qual a mulher separada ficou autorizada, por consenso de fato, a se identificar com o nome de casada, não poderá subtrair desta o item do patrimônio da personalidade humana, uma questão de dignidade humana ou de preservação dos sinais de identificação com a prole

(arts. 1º, III, da CF, e 25, parágrafo único, da Lei n. 6.015/73). (TJSP, Ap. n. 243.486-4/4, rei. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 17.12.2002)

Registro civil. Retificação. Nome. Inclusão de apelido ao prenome pelo qual a requerente é comprovadamente conhecida no meio social em que vive. Admissibilidade. Inteligência dos arts. 55, parágrafo único, e 58 da Lei n. 6.015/73. É admitida a retificação de registro civil, nos termos dos arts. 55, parágrafo único, e 58 da Lei n. 6.015/73, para a inclusão de nome ao prenome pelo qual a requerente é comprovadamente conhecida no meio social em que vive. (TJPI, Ap. n. 3.000.808, rei. Des. João Batista Machado, j. 15.10.2003)

Nome. Alteração de prenome. Admissibilidade. Decurso de mais de um ano após a maioridade civil. Hipótese excepcional e motivada. Inteligência do art. 57, *caput*, da Lei n. 6.015/73. Admite-se a alteração do nome civil após o decurso do prazo de um ano, contado da maioridade civil, somente por exceção e motivadamente, nos termos do art. 57, *caput*, da Lei n. 6.015/73. (STJ, REsp n. 538.187/RJ, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 21.02.2005)

Apelação cível. Alteração de prenome. Homem com prenome feminino. Motivação suficiente para o deferimento. Um dos avanços da nova legislação civil, através do Código Civil em vigor, é ter dado espaço especial aos direitos da personalidade, seguindo a regra de que toda a pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome (art. 16, CC/2002). Tal regra não pode se afastar do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, onde, à evidência, é inadmissível a permanência de um prenome que expõe a pessoa ao ridículo e a situações vexatórias, como a do autor, que ostenta um prenome eminentemente feminino. Possibilidade de alteração, de acordo com o art. 57, da Lei dos Registros Públicos. Precedentes. Apelação cível provida (TJRS, Ap. cível n. 70014074652, 8ª Câmara Cível, rei. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 09.03.2006, *DJ* 22.03.2006). (*RJTJRS* 258/229)

Nome. Registro civil. Retificação. Alteração dos nomes paterno e materno. Admissibilidade. Modificação que visa à identificação da pessoa com a família e com a sociedade (TJSP, Ap. cível n. 437.107-4/5-00, rei. Dimas Carneiro, 5ª Câmara Cível, j. 06.09.2006). (*RT* 856/190)

Nome. Registro civil. Retificação. Inclusão de sobrenome da família. Admissibilidade. Adição de mais um nome, da tradição familiar, ao nome civil, que se mostra perfeitamente possível. Inteligência do art. 113 da Lei n. 6.015/73 (TJMG, Ap. cível n. 1.0686.06.178008-2/001, 5ª Câmara Cível, rei. Nepomuceno Silva, j. 24.05.2007). (*RT* 864/333)

Registro civil. Autor que ostenta ao longo de toda sua vida nome consoante certidão de nascimento, mas em desconformidade com o assento do seu registro civil. Pretensão de retificação de tal registro negada pelo juízo *a quo*. Inconformismo. Se o nome do indivíduo é a marca pela qual é reconhecido por seus pares e se distingue destes, faz o mesmo parte dos direitos de personalidade. Autor que por décadas ostentou nome, oriundo de certidão de nascimento, como provado pela documental acostada. Direito público subjetivo previsto pelo art. 16 do Código Civil. Não admissão de ser o mesmo compelido, ao ingressar em idade pro-vecta, a reformar todos os assentos administrativos de sua vida até então. Inteligência dos arts. 57 e 109, da Lei de Registros Públicos. Retificação que se impõe. Provimento do apelo. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.24611, rei. Des. Pedro Freire Raguenet, j. 11.09.2007)

Registro civil. Nome. Modificação de prenome masculino para feminino. Pretensão manifestada por transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo. Admissibilidade, ainda que não se admita a existência de erro no registro. Circunstância que expõe o

requerente ao ridículo. Interpretação do art. 55, parágrafo único, c/c o art. 109 da Lei n. 6.015/73. Ainda que não se admita a existência de erro no registro civil, não se pode negar que a utilização de nome masculino por transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo o expõe ao ridículo, razão pela qual admite-se a modificação para o prenome feminino que o autor da pretensão vem se utilizando para se identificar, nos moldes do art. 55, parágrafo único, c/c o art. 109 da Lei n. 6.015/73. (/?7790/155)

Registro civil. Nome. Ação de retificação. Demanda proposta pela ex-companheira supérstite. Admissibilidade. Conjunto probatório que demonstra que ela conviveu, *more uxorio*, com o *de cujus* pelo menos desde sua nomeação como curadora provisória no processo de interdição, além de constar como dependente perante a previdência social. Muito embora a autora da ação de retificação de registro não seja parente consanguínea do falecido, o conjunto probatório demonstra que ela conviveu, *more uxorio*, pelo menos desde sua nomeação como sua curadora provisória no processo de sua interdição, inclusive, na Carteira de Trabalho e Previdência Social do *de cujus* consta o nome dela como sua dependente perante a Previdência Social, razão por que não há que se cogitar da falta de interesse processual, possibilidade jurídica do pedido ou de legitimidade da ex-companheira supérstite. (RT 822/245)

Nome. Alteração de prenome. Inadmissibilidade. Transexual. Indivíduo do sexo masculino que se submete à cirurgia de alteração de sexo. Redefinição que procede do direito, e necessita de legislação própria que a discipline. Voto vencido. *Ementa oficial*: O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. A redefinição do sexo da qual derivam direitos e obrigações, procede do direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline. *Ementa oficial do voto vencido*: Negar, nos dias atuais, não o avanço do falso modernismo que sempre não convém, mas a existência de um transtorno sexual reconhecido pela medicina universal, seria pouco científico (TJMG, Embargos infringentes n. 1.0000.00.296076-3/001, rei. Des. Almeida Melo, j. 08.06.2004). (RT 828/333)

Registro civil. Nome. Retificação. Pedido fundado em razão de a genitora, após o divórcio, ter adotado o nome de solteira. Inadmissibilidade. Inexistência de erro quando da lavratura do assento de nascimento. Mudança do nome em razão do divórcio da mãe. Falta de motivação. Ausência de erro. Recurso desprovido. Descabe falar em retificação de registro civil quando, nos autos, não há comprovação de erro quando da lavratura do assento de nascimento. Não há que se falar em retificação de registro civil, sob o fundamento da genitora, após o divórcio, ter adotado o nome de solteira (TJPB, Ap. n. 42838-8/001, 4ª Câmp. Cível, rei. Des. Carlos Antônio Sarmiento, j. 18.04.2006). (RT 853/323)

Art. 17.0 nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

CC/1916: sem correspondente.

Erigindo a ordem constitucional, como fundamento, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), não pode esta sofrer manifestações que a exponha à execração pública; por conseguinte, seu nome, que é o principal elemento de identificação, também não pode ser desse modo utilizado. A proibição, todavia, não alcança a liberdade de informar, nos limites estabelecidos pela Constituição Federal (art. 5º, IV, V e X) e pela lei (Lei n. 5.250/67).

Embora o legislador haja tomado o nome como objeto dessa proteção, mais amplo é o sentido, pois alberga a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, ao recato e ao segredo pessoal.

Na esteira desse entendimento é que se veda a indevida inscrição do nome da pessoa em cadastros negativos de instituições de proteção ao crédito, porquanto acarreta não só restrições em suas atividades econômicas, mas, sobretudo, abalo de ordem moral.

Jurisprudência: Súmula n. 221, STJ: São civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

Agravo de instrumento. Positivação ao Serasa no curso de ação proposta pelo devedor para discussão de contrato de *leasing*. Inadmissibilidade.

Havendo discussão da dívida em juízo, e inexistindo qualquer prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao credor, a inclusão do nome do consumidor, como devedor inadimplente no cadastro do Serasa, constitui abuso de direito e inadmissível demonstração de força, visando à desistência do devedor da demanda proposta. (II TAC, AI n. 633.416-00/9, rei. Juiz Soares Levada, j. 10.05.2000)

Registro civil. Retificação de nome. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Nome passível de ser explorado com escárnio. Acolhimento da pretensão que não contraria o interesse público. Procedência. Recurso provido. Para a segurança social assegura-se a imutabilidade do nome, como forma de garantia de identificação da pessoa. Em linha de interesse privado, o nome integra o direito da personalidade, direito de nossa particular esfera de interesse, não sendo correto recomendar paciência ao recorrente por não se conferir ao nome em questão significado descortês. (TJSP, Ap. cível n. 199.871-1/Poá, rei. Des. Jorge Almeida, j. 24.11.1993)

Nome. Alteração. Prenome que, de tão indesejado, causa constrangimento e distúrbios psicológicos a seu portador. Julgamento no estado da lide que não permite que a parte prove os fatos alegados. Violação a direito subjetivo do pretendente.

Se o pretendente é tão indesejado, vindo a causar constrangimento e distúrbios psicológicos ao seu portador, pode vir a ser alterado, dependendo da prova dos fatos articulados, sendo, desse modo, de extrema precipitação a decisão do julgador que não possibilita a produção de provas, julgando no estado da lide, eis que provar o alegado é mais que ônus, é também direito subjetivo da parte, sendo irrelevante que ao Magistrado pareça supérflua a produção de prova, dada a imutabilidade do prenome. (TJSP, Ap. n. 168.532-4/9, rei. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 20.03.2001)

Retificação de registro civil. Assento de nascimento. Retificação. Menor. Alteração de prenome AAA para BBB. Motivação religiosa que não justifica a mudança. Ausência de escárnio ou depreciação, não sendo tampouco potencialmente capaz de expô-la ao ridículo. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 58 da Lei n. 6.015/73. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 444.900-9/0, rei. Des. Silvério Ribeiro, j. 19.07.2006)

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

CC/1916: sem correspondente.

A utilização do nome é privativa de seu titular» como decorrência de se tratar de um direito da personalidade, portanto, intransmissível.

Nada impede, porém, que o titular do nome autorize sua utilização, de modo gratuito ou oneroso, sem que isso importe revogação do entendimento de que o nome é *res extra commercium*. É o que se dá comumente nas propagandas de certos produtos cujo uso é associado a suposta utilização também por artistas de nomeada, mas nesses casos, consoante afirma R. Limongi França, “o que há é realçamento da personalidade do cedente, cabendo-lhe sempre o direito de interditar o produto ou a obra que ostente o seu nome, desde que haja abuso e sua personalidade e identificação sejam afetadas” (*Do nome civil das pessoas naturais*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 300).

Idêntico realçamento da personalidade do titular do nome ocorre com a manutenção deste ligado a sociedade de que fez parte, com vistas à conservação de clientela, cativa do renome do antigo sócio, como, aliás, expressamente autorizado em sociedade de advogados, que pode manter o nome de sócio falecido “desde que prevista tal possibilidade no ato constitutivo” (art. 16, § 1º, da Lei n. 8.906/94).

Jurisprudência: Associação civil. Estatuto. Inserção não autorizada de nome civil INADM. Direito personalíssimo protegido pelo ordenamento jurídico RNP. Sendo uma expressão da personalidade o nome de uma pessoa, viva ou morta, merece a proteção do direito. Assim, contra a sua vontade ou de cônjuge e herdeiros, se esta for falecida, não pode ser inserido em estatutos sociais. (TJSP, Recurso n. 210.753, rei. Des. Gildo dos Santos, j. 19.08.1993)

Publicação em jornais de nome de estudante aprovado em 1º lugar em vestibular como se fosse aluno de estabelecimento de ensino. Dano moral configurado. 1 - O contrato de prestação de serviços educacionais, uma vez rescindido, não pode produzir o efeito de manter a imagem de aluno vinculada ao do estabelecimento educacional. 2 - A cláusula de autorização de divulgação do nome e imagem inserida em contrato padronizado, sem qualquer destaque, é inválida, pois fere o princípio basilar da boa-fé previsto em nosso CC e no CDC. 3 - O nome da pessoa, como integrante dos direitos de sua personalidade, deve ser respeitada, e não pode ser divulgado para fins comerciais sem a expressa autorização de seu titular (arts. 16 e 18 do CC). 4 - Veiculação de propaganda de curso preparatório para vestibular atrelada ao nome de estudante que deixou de ser aluno do estabelecimento, e não emitiu a devida autorização para este fim, denota o firme propósito lucrativo de obter divulgação da empresa e captar novos alunos. 5 - Desmerecimento do êxito do autor que, mesmo estudando sozinho, conseguiu ser aprovado em 1º lugar para certame bastante concorrido e disputado. 6 - Dano moral configurado, devendo ser considerado, na fixação do *quantum*, o necessário caráter punitivo do estabelecimento de ensino que, fugindo a seu dever de educar, altera verdade dos fatos a fim de angariar lucros. 7 - Quantia de R\$ 15.000,00 que atende à devida penalidade a ser imposta, bem como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 8 - A condenação em valor superior ao sugerido na inicial não reflete na sucumbência (precedentes do STJ). Recurso provido para julgar-se procedente o pedido. (TJRJ, Ap. n. 2006.001.00538, rei. Des. Simone Gastesi Chevrant, j. 07.03.2006)

Responsabilidade civil. Uso indevido do nome. Prejuízo extrapatrimonial. É vedada a utilização do nome alheio com propósito comercial sem a devida autorização - art. 18 do Código Civil/2002. Caso em que curso pré-vestibular incluiu o nome do autor dentre os seus ex-alunos que tiveram aprovação para ingresso em Universidades, a despeito de o demandante jamais haver freqüentado a instituição-ré. Uso indevido do nome do indivíduo com fins comerciais. Dano moral expresso na natural contrariedade da pessoa em ter seu apelido vinculado a serviço do qual não se valeu. A indenização não deve ser em valor ínfimo, nem tão elevada que

torne desinteressante a própria inexistência do fato. Atendimento às particularidades das circunstâncias do evento. Incidência do princípio da proporcionalidade. Indenização arbitrada em 1º grau mantida. Por maioria, acolheram os embargos, vencido o relator, que os acolhia em menor extensão. (TJRS, Embargos infringentes n. 70025123647, 5º Grupo de Câmaras Cíveis, rei. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 18.07.2008, DJ 12.09.2008)

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

CC/1916: sem correspondente.

“Pseudônimo” que etimologicamente significa falso nome, resultando do hibridismo *pseudos* (do grego, mentira, falsidade) e *nomen* (do latim, nome), não significa um nome destinado a ocultar ilicitamente por inteiro a identidade de quem o ostenta, mas encobrir a identidade somente em certos aspectos correspondentes à atividade profissional ou intelectual da pessoa.

O pseudônimo pode constituir-se de nome totalmente diverso do verdadeiro, ou por composição anagramática, consistente na combinação de letras, ou pela justaposição de primeiras letras do nome e sobrenome.

A finalidade pode ser literária, artística ou religiosa. Em circunstâncias especiais, como no caso de guerra ou funções policiais, também se adotam pseudônimos.

Não se deve» porém, confundir pseudônimo com alcunha, que, na linguagem comum, também se designa por apelido e normalmente se refere a uma característica particular do indivíduo. Igualmente não se pode confundir com anonimato, pois o pseudônimo também tem função identificadora.

A proteção dispensada ao pseudônimo encontra-se na legislação referente aos direitos autorais, como se vê das disposições da Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (arts. 12 e 24, II).

Quanto à extensão da proteção do pseudônimo, embora utilizado apenas em determinadas atividades do sujeito, é inegável que sua influência não se esgota na própria atividade. Assim é que o contrato celebrado com pseudônimo não pode ser negado por quem sob essa identificação o firmou. No campo do direito processual, sendo o caso de citação por edital, tem o citando, se ostentar pseudônimo notório, o direito de naquele ato ter mencionado o pseudônimo, sob pena de não atender o chamamento editalício a uma de suas finalidades, que é permitir-se tenha conhecimento de quem se trata ou, ainda, informar o interessado de que está sendo chamado a defender-se.

É, porém, necessário, para que o pseudônimo ganhe proteção, que haja adquirido a importância do nome, o que se configura pelo uso e pela notoriedade.

Jurisprudência: Citação edital. Réu mais conhecido por pseudônimo ou nome artístico. Necessidade de que ele conste obrigatoriamente do edital. Omissão que, no caso, teria explicado a revelia. Anulação do processo. Embargos infringentes rejeitados.

Quando o réu é mais conhecido por algum pseudônimo ou nome artístico, deve este constar obrigatoriamente do edital de citação. Verificando-se que a omissão do apelido possa ter explicado a revelia e a deficiência da defesa em prejuízo do réu, dever-se-á anular o processo (TJSP, Embargos infringentes n. 192.134, rei. Des. Felizardo Calil, j. 10.02.1971). (RT440/67)

Direito civil. Uso de pseudônimo. "Tiririca". Exclusividade. Inadmissibilidade.

I - O pseudônimo goza da proteção dispensada ao nome, mas, por não estar configurado como obra, inexistem direitos materiais e morais sobre ele.

II - O uso contínuo de um nome não dá ao portador o direito ao seu uso exclusivo. Incabível a pretensão do autor de impedir que o réu use o pseudônimo "Tiririca", até porque já registrado, em seu nome, no Inpi.

IV *[sic]* - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 555.483, rei. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 14.10.2003)

Apelação cível. Uso de nome civil por pessoa jurídica. Necessidade de expressa autorização. Sentença que se mantém. Consoante lição da boa doutrina, o direito ao nome é absoluto; produz efeito *erga omnes*, pois todos têm o dever de respeitá-lo. *t*, como os demais direitos da personalidade, intransmissível, imprescritível, irrenunciável. A utilização do nome civil, nome de família ou pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos e nome artístico singular, como marca, depende da expressa autorização de seu titular, conforme exegese do art. 124, incisos XV e XVI, da Lei n. 9.279/96. (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.417199-1/000(1), rei. Domingos Coelho, j. 03.03.2004, publicação 13.03.2004)

Nome. Alteração de prenome. Inadmissibilidade. Utilização de pseudônimo artístico que não induz a notoriedade exigida pelo art. 58 da Lei n. 6.015/73, para viabilizar a modificação. Inexistência de provas de que a requerente é publicamente conhecida pelo nome utilizado no exercício da profissão. Prenome que não revela qualquer conteúdo vexatório. Hipótese, ademais, que a requerente possui protestos lavrados contra a sua pessoa e a alteração poderia causar prejuízos aos seus credores.

A utilização de pseudônimo artístico não induz a notoriedade exigida pelo art. 58 da Lei n. 6.015/73 para viabilizar a alteração do prenome da requerente, quando inexistir provas de que é publicamente conhecida pelo nome utilizado no exercício da profissão, mormente se seu nome não revela qualquer conteúdo vexatório de forma a permitir o abrandamento do princípio da imutabilidade do nome. Ademais, a requerente possui protestos lavrados contra a sua pessoa, e o deferimento de seu pedido poderia causar prejuízos aos seus credores. (TJSP, Ap. n. 392.456/0-00, rei. Des. Denegá Morandini, j. 18.10.2005)

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

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

CC/1916: sem correspondente.

O direito à integridade moral abarca, dentre outros, os aspectos referentes à intimidade, ao segredo e à imagem. A observância desses direitos é sempre exigível e sua violação acarretará indenização se atingir a honra ou se tiver objetivos comerciais.

Pode, todavia, a pessoa autorizar que sua imagem ou fatos que, de ordinário, devem ficar na intimidade venham a público, autorização essa que, dado o caráter irrenunciável dos direitos da personalidade, é sempre revogável.

Questão que pode oferecer dificuldade é a relativa à publicação de cartas, no tocante à legitimidade para autorizá-la, se do remetente ou do destinatário. Considerando-se que o legislador quer proteger a intimidade, somente poderá autorizar a publicação a pessoa referida, seja o subscritor, seja o destinatário.

A lei contém ressalvas, admitindo a divulgação da imagem ou de fato quando necessária a fins judiciais ou que interessem à ordem pública. Além dessas, o retrato de uma pessoa pode ser exibido quando justificado, segundo Orlando Gomes, por “sua notoriedade, o cargo que desempenha, exigência de política ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou de fatos de interesse público, ou que em público haja decorrido” (*Introdução ao direito civil*, 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 156). Evidentemente, mesmo nessas circunstâncias não se tolerará o abuso (art. 187), notadamente se verificado o objetivo comercial.

Não obstante a cessação da personalidade com a morte, alguns aspectos do direito da personalidade são preservados, como a honra, a boa fama da pessoa falecida, o que, aliás, também legitima a revisão criminal de condenado falecido (art. 623 do CPP), de modo que a respectiva proteção pode ser reclamada pelo cônjuge, ascendente ou descendente, compreendendo-se nesse rol também o convivente.

Jurisprudência: Civil e processual civil. Reexame de prova. Divergência. Danos morais e materiais. Direito à imagem. Sucessão. Sucumbência recíproca. Honorários.

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade.

Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí por que não se pode subtrair da mãe direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e a qualquer agressão que possa lhes trazer mácula.

Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postulare indenização em juízo.

A discussão nos embargos infringentes deve ficar adstrita única e exclusivamente à divergência que lhe deu ensejo.

Ao alegar ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, o recorrente deve especificar as omissões e contradições que viciaram o aresto atacado, sob pena de inviabilizar o conhecimento do recurso especial.

Ademais, na hipótese, o acórdão dos aclaratórios não contém esses vícios.

"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula n. 7, STJ)

Sem demonstração analítica do dissídio, não se conhece do recurso especial pela letra c. (STJ, REsp n. 268.660/RJ, rei. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.11.2000, v.u.)

Apelação cível. Uso indevido de imagem. Direito à imagem que decorre do direito à personalidade, na forma do art. 5º, X, CF/88 c/c art. 20 do CC/2002. Captação e difusão da imagem alheia que deve estar expressamente autorizada pelo detentor de tal direito personalíssimo, pena de lesão. Direito que resta agravado *in re ipsa* pelo simples fato da ausência de autorização específica e prévia para a publicação da imagem. Réu que não se desincumbiu do ônus de provar, conforme art. 333, II, do CPC, ter a autora autorizado a veiculação de sua imagem em revista distribuída no comércio e indústria do ramo de vidro e congêneres. Provas documentais e testemunhais que comprovam o uso desautorizado da imagem da pessoa pública-autora. Valor fixado à guisa de condenação, a ser arbitrado em liquidação de sentença, que estabelece *bis in idem*. Valor que se ajusta. Liquidação de sentença que deverá apurar o valor à guisa de cachê pela artista-apelada que seria devido caso tivesse havido autorização oficial e regular. Recurso a que se dá parcial provimento. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.47462, rei. Des. Cristina Tereza Gaulia, j. 19.09.2007)

Danos morais. Direito à imagem. Programa televisivo. Homenagem. O direito à imagem consubstancia um dos direitos da personalidade previsto e amparado na Lei Civil (art. 20, CC) e na Constituição Federal (art. 5º, X) que lhe garantem a inviolabilidade, bem como a efetiva reparação do dano moral ou patrimonial decorrente do uso desautorizado da imagem de uma pessoa, se lhe atingirem a honra, a boa fama e a respeitabilidade ou caso se destinem a fins comerciais. Releva notar que o direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade e patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. A prova carreada nos autos demonstra que o programa "Aguenta Coração" exibido pela emissora de televisão, no qual houve a exibição da imagem do autor, mesclou a narrativa de fatos verídicos com a homenagem ao protagonista de evento ocorrido na vida real. *In casu*, um caminhoneiro que salvou a vida de vítimas de um acidente, ao retirá-las de um ônibus que caíra em um rio. Não se evidenciou ofensa à honra, à reputação, ao bom nome ou à dignidade do autor, bem como qualquer lesão de sentimento que ensejasse o direito à reparação moral. Há que analisar no caso concreto as circunstâncias que envolveram a exposição da imagem da pessoa, a fim de evitar-se a imotivada concessão de reparação por dano moral, desvirtuando-se as finalidades do instituto. No caso *sub judice*, a matéria televisiva, em nenhum momento, expôs o autor ao vexame. Pelo contrário, somente quis homenageá-lo. Desprovemento do recurso. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.45556, rei. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 11.09.2007)

Ação de indenização. Publicação de fotografia vinculada a evento criminoso. Ofensa à honra. Dano moral. Valor indenizatório. Correção monetária. Juros moratórios. A liberdade de expressão não pode ser considerada um direito absoluto. Pelo contrário, ante o princípio da proporcionalidade, em última análise, o direito de informar deve ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício indevido dos direitos inerentes à personalidade. Configura ofensa à imagem a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa de modo a lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, devendo o responsável pela publicação responder pelos danos morais daí decorrentes, na forma disposta no art. 20, do Código Civil. O arbitramento do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato. Logo, deve ser mantida a indenização fixada na sentença, de acordo com as circunstâncias enunciadas. Em se tratando de indenização a título de danos morais, por razões lógicas, o termo *a quo* da correção monetária é a data da prolação da decisão que fixou o *quantum* da indenização. Os juros moratórios, por sua vez, incidem a partir do evento danoso, conforme dispõe a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça. (TJMG, Proc. n. 1.0024.07.405303-4/001(1), rei. Cláudia Maia, j. 31.01.2008, publicação 22.02.2008)

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

CC/1916: sem correspondente.

Corolário de regra constitucional (art. 5º, X, da CF/88), é vedada a intromissão de estranhos na vida privada. Trata-se de obrigação de não fazer decorrente da lei e cujo descumprimento pode ser coibido mediante provimento jurisdicional de natureza cominatória.

Extensão dessa regra acha-se no art. 1.513 do Código Civil, que proíbe “interferir na comunhão de vida instituída pela família”

Não se confundem vida privada e intimidade, na medida em que essa se volta para o mundo interior do indivíduo, compreendidos, por exemplo, seus segredos, enquanto aquela, para o mundo exterior, que corresponde ao direito de manter o modo de vida que aprouver. Sob um ou outro aspecto, todavia, a proteção concedida é contra a indiscrição alheia.

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Dano moral. Violação. Direitos da personalidade. Intimidade. Veiculação. Lista telefônica. Anúncio comercial equivocado. Serviços de massagem.

A conduta da prestadora de serviços telefônicos caracterizada pela veiculação não autorizada e equivocada de anúncio comercial na seção de serviços de massagens viola a intimidade da pessoa humana ao publicar telefone e endereços residenciais.

No sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado.

Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (STJ, REsp n. 506.437/SP, rei. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.09.2003, v.u.)

Ação de indenização por danos materiais e morais. Disparo de alarme antifurto em estabelecimento comercial. Situação vexatória e humilhante causando constrangimento ao cliente. Dano moral caracterizado. O estabelecimento comercial expôs publicamente o cliente a situação constrangedora, em decorrência do acionamento indevido de alarme antifurto, descabendo alegar legítima defesa do patrimônio, conceito que não se sobrepõe à honra e à dignidade, e o tratamento dispensado por funcionário seu que o conduziu ao caixa pelo braço. Muito embora se reconheça o direito de defesa do patrimônio deve o comerciante observar o direito de terceiros, inclusive se relacionado à honra e à imagem. A intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação. Estando demonstrado o vexame público imposto à autora, caracterizado está o dano moral, em cujo critério de fixação há de considerar a capacidade financeira do ofensor, de molde a inibi-lo a futuras reincidências, ensejando-lhe expressivo, mas suportável gravame patrimonial. Valor que, no caso em exame, foi adequadamente valorado em R\$ 10.000,00, devendo ser mantido. Quanto à aplicação da regra estabelecida no art. 21 do CPC, não deve prevalecer ante o estabelecido na jurisprudência deste Tribunal, através do Enunciado n. 13 aprovado no Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizado em Armação dos Búzios, segundo o qual a indenização por dano moral, fixada em valor inferior ao requerido, não implica, necessariamente, sucumbência recíproca. Sentença que se confirma. (TJRJ, Ap. n. 2005.001.41178, rei. Des. Maria Augusta Vaz, j. 20.12.2005)

CAPÍTULO III DA AUSÊNCIA

Seção I Da Curadoria dos Bens do Ausente

Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

Caracteriza-se a ausência pela incerteza da existência de pessoa que desapareceu de seu domicílio, sem dar notícias. Se ela não deixar procurador, ou caso este não possa ou não queira exercer o mandato, uma vez requerida por interessado ou pelo Ministério Público, dar-se-á a declaração judicial de ausência e nomeação de curador.

O Código Civil de 1916 qualificava o ausente como pessoa absolutamente incapaz (art. 5º, IV), o que representava um equívoco, pois, na verdade, a proteção que nesse caso se dispensa é aos bens, e, até certo ponto, no aguardo do retorno de seu proprietário.

É competente para declaração de ausência o juiz da comarca em que domiciliado o desaparecido (art. 1.160 c/c o art. 1.142 do CPC); todavia, se o objetivo é apenas a obtenção de benefício previdenciário da União ou de autarquia federal, há entendimento jurisprudencial no sentido de que a competência é da Justiça Federal.

Para fins previdenciários existe regra específica, visando ao recebimento de benefícios de pessoas desaparecidas, o que se justifica pelo caráter alimentar das prestações. Assim é que a Lei n. 8.213, de 24.07.1991, dispõe que “por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de seis meses de ausência, será concedida pensão provisória [...]” (art. 78).

Jurisprudência: Conflito de competência. Ausência.

A ausência deve ser declarada pela Justiça Estadual, salvo se o pedido tiver como único objetivo a percepção de benefício previdenciário mantido pela União ou autarquia sua. Conflito de competência conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões do Rio de Janeiro. (STJ, CC n. 30.633/RJ, rei. Min. Ari Pargendler, j. 14.02.2001, v.u.)

Civil. Declaração de ausência. Hipótese em que a autora, ora apelante, requereu a declaração de ausência do seu filho [...], com base nos arts. 22 e 25 do Código Civil. A declaração de ausência com fundamento nos dispositivos invocados pressupõe a efetiva existência de bens pertencentes ao ausente, os quais serão administrados pelo curador. Insista-se que o interesse tutelado pela norma em questão é o patrimônio do ausente que deverá ser resguardado para o caso de sua volta, quando o desaparecimento é recente, ou preservado para garantir aos sucessores o recebimento da herança, na hipótese de ser improvável o reaparecimento. Ausência de bens configurada. Falta de interesse processual. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.02513, rei. Des. Marco Antonio Ibrahim, j. 01.03.2007)

Art. 23. Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.

CC/1916: art. 464.

Se a pessoa desaparecida tem representante, em princípio não se declarará a ausência.

A representação pode ser legal ou convencional (art. 115) e, no primeiro caso, não se há de cogitar de recusa de exercê-la. Já no segundo caso, é possível que o mandatário não queira ou não possa exercer ou continuar exercendo o mandato, e é faculdade do mandatário a renúncia (art. 682,1). Também pode ocorrer que o mandato seja insuficiente, acarretando a ineficácia dos negócios realizados além da outorga (art. 662).

Em tais circunstâncias, é cabível a declaração de ausência e nomeação de curador, tal qual no caso de o desaparecido não deixar procurador, só variando o prazo exigido para tanto (art. 26).

O procedimento que terá de ser seguido acha-se nos arts. 1.159 e seguintes do Código de Processo Civil.

Art. 24.0 juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores.

CC/1916: art. 465.

A curadoria do ausente não se identifica com a curatela deferida aos incapazes, até porque o novo Código Civil, diferentemente do anterior, não incluiu os ausentes entre os incapazes, porém, segue, no que for aplicável, as regras pertinentes aos tutores e curadores. Com efeito, no rol dos sujeitos à curatela não se acha o ausente (art. 1.767).

Não obstante isso, os efeitos da curatela do ausente contêm, além dos aspectos patrimoniais, alguns pessoais.

No âmbito patrimonial, competem os atos de administração e, com autorização judicial, nos casos previstos em lei, os de disposição dos bens.

No campo pessoal, a influência está na extensão de sua autoridade aos filhos do ausente que não estejam sob o poder familiar, por força do disposto no art. 1.778.

A nomeação de curador é ato de juiz, entendendo, todavia, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery nada impedir “que os pais indiquem curador para filho passível de declaração de ausência, por testamento ou por outro meio (art. 1.729, parágrafo único)” (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 25), indicação, contudo, que não é de observância obrigatória pelo magistrado.

Em razão das disposições acerca da curatela e da tutela aplicáveis, os mesmos motivos de recusa relacionados no art. 1.736 podem ser opostos, assim como a mesma ordem de escolha, tanto à força do art. 25 como do art. 1.775, sem embargo do art. 1.109 do Código de Processo Civil, que exclui os procedimentos de jurisdição voluntária da legalidade estrita. O curador está sujeito à fiscalização judicial e deve prestar contas (arts. 1.755 e 1.781), ressalvado se se tratar de cônjuge casado em comunhão universal de bens e não houver determinação judicial em contrário (art. 1.783).

Art. 25.0 cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador.

§ 1º Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador.

CC/1916: arts. 466 e 467.

A lei estabelece uma ordem para nomeação de curador, preferindo o cônjuge não separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência. A regra ficou em descompasso com a do art. 1.775, que se refere, também, ao companheiro, devendo-se, pois, entender que este, nas mesmas circunstâncias, será o curador dos bens do ausente, já que à hipótese se aplicam as regras a respeito dos curadores (no presente artigo).

Na falta do cônjuge ou companheiro nas condições acima é que a curadoria será deferida aos pais ou descendentes, sendo que entre estes os mais próximos excluem os mais remotos.

Não existindo os parentes consanguíneos indicados, estando inibidos (art. 1.735) ou apresentando escusa (art. 1.736), compete ao juiz escolher o curador.

A ordem estabelecida na lei não é absoluta, podendo ser alterada motivadamente (art. 1.109 do CPC).

Seção II

Da Sucessão Provisória

Art. 26. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.

CC/1916: art. 469.

Duas são as etapas no procedimento, que se regula, também, pelos arts. 1.159 e seguintes do Código de Processo Civil: a arrecadação dos bens e a declaração de ausência com abertura da sucessão provisória.

A distinção entre as duas fases é importante, na medida em que a arrecadação pode ser determinada de ofício pelo juiz (art. 1.160 do CPC), enquanto o requerimento de declaração de ausência e abertura de sucessão provisória depende de iniciativa de interessado (art. 1.163 do CPC).

Justifica-se a arrecadação inclusive de ofício, porque, no dizer de José Olympio de Castro Filho, “o desaparecimento de alguém do seu domicílio, sem deixar quem lhe administre os bens, cria para estes uma situação de abandono capaz de gerar graves conseqüências não só para o indivíduo como para a comunidade, nascendo daí o interesse do Estado em prover sua conservação e segurança, não só no interesse de cidadão e seus herdeiros, sucessores ou credores, como também no interesse público” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. X, p. 223).

Feita a arrecadação, o juiz mandará publicar editais durante um ano, de dois em dois meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a retomar a posse de seus bens (art. 1.161 do CPC). Em meio a isso, os bens ficarão sob curadoria, que cessará pelo comparecimento do ausente, de seu procurador ou de quem o represente, pela certeza da morte ou pela sucessão provisória (art. 1.162 do CPC).

Não comparecendo o ausente ou quem o represente e também não havendo prova da morte, um ano após a arrecadação, se o desaparecido não deixar representante ou procurador, ou três anos, se houver deixado, poderá ser requerida por qualquer interessado (art. 27) a declaração de ausência e abertura de sucessão provisória.

Jurisprudência: Processual civil. Inventário. Feita a declaração de ausência cumpre fazer-se a abertura da sucessão provisória para que posteriormente seja aberto o inventário. Aplicação do art. 1.165 do CPC. Apelo provido. (TJRJ, Ap. n. 2005.001.37759, rei. Des. Celso Ferreira Filho, j. 14.12.2005)

Art. 27. Para o efeito previsto no artigo anterior, somente se consideram interessados:

- I - o cônjuge não separado judicialmente;
- II - os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários;
- III - os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte;

IV - os credores de obrigações vencidas e não pagas.

CC/1916: art. 470.

Se a arrecadação dos bens é, também, informada por interesse público, a declaração de ausência e a sucessão provisória tocam precipuamente o interesse privado, daí por que para requerê-las se exige legitimidade, isto é, a lei estabelece quais pessoas poderão fazê-lo: o cônjuge não separado judicialmente, incluindo-se, também, o convivente (art. 1.725); os presumidos herdeiros, legítimos ou testamentários; os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte, como o nu-proprietário, se o ausente for o usufrutuário, ou o fideicomissário, se o ausente for o fiduciário; o doador com direito de retorno dos bens (art. 547); e os credores de obrigações vencidas e não pagas.

Art. 28. A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.

§ 1º Findo o prazo a que se refere o art. 26, e não havendo interessados na sucessão provisória, cumpre ao Ministério Público requerê-la ao juízo competente.

§ 2º Não comparecendo herdeiro ou interessado para requerer o inventário até trinta dias depois de passar em julgado a sentença que mandar abrir a sucessão provisória, proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente pela forma estabelecida nos arts. 1.819 a 1.823.

CC/1916: art. 471.

A sentença que determina a abertura da sucessão provisória produz efeitos no processo e fora dele.

No processo, transitada em julgado, passa-se às providências relativas ao testamento, ao inventário e à partilha. Há impropriedade de expressões na lei, pois, se o testamento for público, não haverá *abertura*, de modo que se deve entender o dispositivo como sendo a adoção da providência cabível dentre aquelas contidas nos arts. 1.125 a 1.134 do Código de Processo Civil, conforme se trate de testamento ordinário (público, cerrado ou particular, art. 1.862), ou especial (marítimo, aeronáutico e militar, arts. 1.886 e 1.887). Também a referência “ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido” não se harmoniza com o art. 6º, que manda presumir a morte do ausente, “nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva”. Para conciliar as duas regras, não se deve entender a parte final do art. 28 como uma presunção, mas como simples equiparação.

Fora do âmbito do respectivo processo, todavia, os efeitos se produzem cento e oitenta dias depois de publicada a sentença pela imprensa, sem se cogitar de trânsito em julgado, cessando a curadoria dos bens (art. 1.162, III, do CPC) e deferindo-se a posse dos bens aos herdeiros, que exercerão as prerrogativas disso decorrentes.

No âmbito do Direito de Família, a autoridade do curador (art. 24 c/c o art. 1.778) se estende aos filhos menores do desaparecido que não estiverem sob o poder familiar, e a estes terá de ser dado tutor quando cessada a curadoria.

O ausente, no Código Civil de 1916, era considerado absolutamente incapaz e, por isso, contra ele não corria prescrição (art. 5º, IV, c/c o art. 169,1). Não tendo a lei atual definido o ausente como absolutamente incapaz, a partir de sua vigência contra os declarados ausentes passou a fluir prazo prescricional.

Não sendo, porém, requerida a abertura da sucessão provisória no termo final do prazo a que alude o art. 26, cumpre ao Ministério Público requerê-la. Essa iniciativa do Ministério Público, também prevista no Código de Processo Civil (art. 1.163, § 2º), tem sido reputada inútil, senão para cumprir um ritual, pois, não comparecendo herdeiro ou interessado na abertura de inventário, a herança será considerada jacente (arts. 1.819 e segs., do CC, e 1.165, parágrafo único, do CPC).

O inventário, se for requerido, segue o mesmo procedimento como se o ausente morto fosse, inclusive com incidência do imposto de transmissão.

Jurisprudência: Súmula n. 331, STF: É legítima a incidência do imposto de transmissão *causa mortis* no inventário por morte presumida.

Art. 29. Antes da partilha, o juiz, quando julgar conveniente, ordenará a conversão dos bens móveis, sujeitos a deterioração ou a extravio, em imóveis ou em títulos garantidos pela União.

CC/1916: art. 472.

Trata-se de providência acauteladora, porquanto ainda provisória a sucessão, devendo quanto possível ser preservada a fazenda do ausente.

Acha-se, porém, na discricionariedade do juiz ordenar a conversão, o que, todavia, não dispensa fundamentação (art. 93, IX, da CF), com observância do procedimento do art. 1.113 do Código de Processo Civil, devendo, também, os imóveis a serem adquiridos previamente avaliados.

Art. 30. Os herdeiros, para se imitirem na posse dos bens do ausente, darão garantias da restituição deles, mediante penhores ou hipotecas equivalentes aos quinhões respectivos.

§ 1º Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia.

§ 2º Os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, uma vez provada a sua qualidade de herdeiros, poderão, independentemente de garantia, entrar na posse dos bens do ausente.

CC/1916: art. 473.

A imissão na posse dos bens do ausente, enquanto provisória a sucessão, comporta a distinção sobre se se trata de herdeiro necessário ou não.

Os herdeiros necessários - descendentes, ascendentes e cônjuge (art. 1.845) - estão dispensados da prestação de garantia. Os demais, legítimos (art. 1.829, IV) ou testamentários (art. 1.857), bem como o convivente, que nesse passo não se equipara ao cônjuge (art. 1.790), têm de dar garantia de restituição dos bens, no equivalente aos respectivos quinhões, mediante penhor ou hipoteca. A garantia real, todavia, pode ser substituída por outra, a critério do juiz, uma vez que, no caso, não está adstrito a observar legalidade estrita (art. 1.109 do CPC).

A garantia, se os bens não forem consumíveis, poderá ser dada com eles mesmos, segundo José Olympio de Castro Filho, “sem necessidade de estabelecer o sucessor provisório ônus

sobre os bens próprios” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. X, p. 244).

Se dentre os herdeiros de que se exija garantia algum não puder prestá-la, ficará excluído e os bens que lhe tocariam serão confiados a curador idôneo ou a outro herdeiro, que der garantia. O excluído, entretanto, que justificar falta de recursos poderá receber metade dos rendimentos do quinhão que lhe caberia (art. 34).

Art. 31. Os imóveis do ausente só se poderão alienar, não sendo por desapropriação, ou hipotecar, quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína.

CC/1916: art. 475.

A regra é que, durante a sucessão provisória, os herdeiros possam fruir dos rendimentos e administrar os bens imóveis. Os atos de disposição são excepcionais, não podendo ser praticados por mera utilidade, mas por necessidade, salvo o caso de desapropriação.

Quando necessária, a alienação será judicial, observando-se o disposto nos arts. 1.113 e seguintes do Código de Processo Civil, além de não poder desfazer-se por preço vil (art. 692 do CPC), ou seja, muito abaixo da avaliação, conquanto inexistir percentual fixado em lei para assim considerá-lo, o que reclama a análise pelo juiz de cada caso concreto. Se, contudo, o bem for de incapaz, não poderá ser alienado caso não alcance 80% do valor da avaliação (art. 701 do CPC).

Art. 32. Empossados nos bens, os sucessores provisórios ficarão representando ativa e passivamente o ausente, de modo que contra eles correrão as ações pendentes e as que de futuro àquele forem movidas.

CC/1916: art. 476.

Trata-se de modalidade de representação legal.

Se o processo disser respeito a determinado bem, em cuja posse estiver um ou alguns dos herdeiros, somente estes precisarão ser demandados ou terão de demandar. Já se se referir às obrigações ou à totalidade dos bens, podendo comprometer o acervo, todos terão de demandar ou ser demandados.

Pode parecer incoerência essa hipótese de representação porque o ausente se reputa falecido para a finalidade de transmissão de posse, mas vivo - tanto que representado - para fins processuais. Resolve-se, porém, a contradição, porque, embora tido como falecido o ausente, é esperado seu reaparecimento.

Art. 33. O descendente, ascendente ou cônjuge que for sucessor provisório do ausente, fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a este couberem; os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, segundo o disposto no art. 29, de acordo com o representante do Ministério Público, e prestar anualmente contas ao juiz competente.

Parágrafo único. Se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos.

CC/1916: art. 477.

Os herdeiros necessários auferirão todos os frutos e rendimentos dos bens que lhes couberem. Os demais, legítimos ou testamentário, terão de reservar metade desses frutos e rendimentos, capitalizando-os, para entregá-los ao ausente, se reaparecer.

A capitalização se fará em imóveis ou títulos garantidos pela União (art. 29), para o que será ouvido o Ministério Público, devendo esses herdeiros também prestar contas anualmente.

Estabelece a lei, todavia, uma punição para aquele que voluntária e injustificadamente desertar de seu domicílio e de seus negócios, que é a perda de frutos e rendimentos que lhe caberiam.

Pode, também, ocorrer que durante o período de sucessão provisória fique provada a morte do ausente. Nesse caso, cessará a sucessão provisória (art. 1.167,1, do CPC), ensejando a partir de então a conversão em definitiva, com todas as consequências da transmissão dos bens aos herdeiros (art. 1.784).

Art. 34. O excluído, segundo o art. 30, da posse provisória poderá, justificando falta de meios, requerer lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocaria.

CC/1916: art. 478.

Os herdeiros legítimos, que não são necessários, e os testamentários serão imitados na posse dos bens se derem garantia de restituição deles (art. 30).

A lei, todavia, a título de amparo, permite que aquele que não pôde imitar-se na posse provisória, justificando não ter meios, aufera metade dos rendimentos. Isso não significa que irá administrar esses bens, os quais ficarão sob curadoria ou administração de outro herdeiro designado pelo juiz.

Art. 35. Se durante a posse provisória se provar a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram àquele tempo.

CC/1916: art. 479.

A certeza da morte do ausente acarreta a cessação da sucessão provisória, que se torna definitiva (art. 1.167,1, do CPC) e, conseqüentemente, aplicável o disposto no art. 1.784, ou seja, transmitem-se os bens aos herdeiros.

Art. 36. Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitados, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a seu dono.

CC/1916: art. 480.

Comparecendo o ausente durante o período de sucessão provisória, esta cessará (art. 1.167 do CPC). O mesmo ocorre se ficar provada sua existência. Nesse caso, os herdeiros deixarão de auferir os frutos e rendimentos, mas ficam obrigados a guardar e conservar os bens até sua entrega ao dono, tal qual gestor de negócio.

Seção III

Da Sucessão Definitiva

Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas.

CC/1916: art. 481.

Legislação correlata: art. 1.167, CPC.

A morte da pessoa natural é presumida quando autorizada a abertura da sucessão definitiva (art. 6º).

A transformação em sucessão definitiva não é automática, devendo ser requerida pelo interessado e, à sentença que declarar, devem ser ultimadas providências decorrentes da sucessão provisória, como a verificação da gestão dos sucessores provisórios, com vistas ao levantamento das garantias. O excluído na forma do art. 34 também pode requerer a abertura da sucessão definitiva.

Considerando, ainda, que no registro público consta a sentença de abertura de sucessão provisória (art. 104, parágrafo único, da Lei n. 6.015/73), consoante José Olympio de Castro Filho, “outra decisão judicial necessariamente terá de ser ali averbada, para pôr fim ao estado de ausência e fazer constar a abertura da sucessão definitiva, com possível repercussão no Registro Imobiliário” (*Comentários ao Código de Processo Civil* 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. X, p. 247), além dos efeitos pessoais, como a dissolução do casamento (art. 1.571, § 1º).

O prazo para se tornar definitiva a sucessão é de dez anos, contados do trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória (veja art. 38).

Jurisprudência: Inventário. Sucessão definitiva de ausente. Supressão de sentença de sucessão provisória. Inadmissibilidade. Formalidade exigidas pelo art. 1.164 do Código de Processo Civil. Cessação que só pode ser declarada após devidamente processada a sucessão provisória. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 245.079-1, rei. Des. Luís Carlos de Barros, j. 23.03.1995)

Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele.

CC/1916: art. 482.

Legislação correlata: art. 1.167, CPC.

Dois são os requisitos para ser requerida a abertura da sucessão definitiva, presumindo-se, também, morto o ausente (art. 6º): a) a idade de oitenta anos e b) que suas últimas notícias sejam de pelo menos cinco anos. Desse modo, o prazo do art. 37 pode ser abreviado.

A lei não estabelece o termo inicial de contagem dos cinco anos, todavia é imprescindível que haja previamente a abertura da sucessão provisória, pois esta é que se converte em definitiva (art. 1.167, III, do CPC). Também não há procedimento especial para verificação dessa contagem; por isso, é admissível o geral referente à jurisdição voluntária (arts. 1.103 e segs. do CPC) ou até mesmo a justificação (art. 861 do CPC).

Jurisprudência: Civil. Inventário. Sucessão definitiva dos bens de ausente. Declaração judicial da ausência. Necessidade. A sucessão definitiva dos bens do ausente que tem oitenta anos de idade e há mais de cinco anos encontra-se desaparecido e sem dar notícias, somente pode ocorrer após a declaração judicial da ausência, observadas as regras da lei civil e o rito estabelecido na lei processual civil. (TJMG, Proc. n. 1.0441.06.007839-7/001(1), rei. Alberto Vilas Boas, j. 09.10.1007, publicação 24.10.2007)

Art. 39. Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo.

Parágrafo único. Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.

CC/1916: art. 483.

A sucessão definitiva de que tratam os arts. 37 e 38 só se consolida dez anos após sua abertura. Em meio a esse prazo, conforme observava Bevilacqua, “ainda que o herdeiro tenha a livre disposição dos bens, responde, nesse período, pelo preço das alienações feitas (*Código Civil comentado* 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. II, p. 374).

Regressando o ausente ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes receberão os bens deixados ou seus equivalentes. A referência a descendentes e ascendentes é incompleta, pois o que o legislador quis referir são os herdeiros necessários, logo se deve incluir o cônjuge (art. 1.845).

TÍTULO II DAS PESSOAS JURÍDICAS

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

CC/1916: art. 13.

Pessoas jurídicas são entidades a que a lei atribui personalidade jurídica.

A fim de realizarem finalidade comum, vários indivíduos juntam seus esforços e bens, mas, para agirem em unidade, é preciso que o grupo adquira personalidade, atuando em nome próprio, e não em nome de cada um de seus integrantes. Daí a regra segundo a qual a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus integrantes *universitas distat a singulis*.

Embora atendendo à imperatividade natural decorrente da natureza gregária do homem, a pessoa jurídica é uma criação técnica, que reconhece o fato e o disciplina, daí afirmar Orlando Gomes que “a personalidade, isto é, a atribuição de capacidade jurídica à semelhança do

que ocorre com as pessoas naturais, é *uma ficção de Direito*, porque não passa de simples processo técnico” (*Introdução ao direito civil* 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 180).

Por vários modos se classificam as pessoas jurídicas, a começar pelo regime jurídico a que se submetem, distinguindo-se, sob esse aspecto, as pessoas jurídicas públicas, de direito interno e de direito externo, das pessoas jurídicas de direito privado.

As pessoas jurídicas de direito público externo regulam-se pelo direito internacional, compreendendo não só os Estados soberanos, como entidades internacionais (ONU, OEA). As pessoas jurídicas de direito público interno são as entidades estatais, tanto de natureza política (União, Estados, Municípios, Distrito Federal) como simplesmente administrativas (autarquias e fundações com personalidade jurídica pública), não se incluindo, porém, nessa classe as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que têm personalidade privada (art. 173, § 2º, da CF), embora com participação total ou parcial de entidades estatais e dependentes de lei específica (art. 37, XIX, da CF).

As pessoas jurídicas privadas englobam as sociedades (simples ou empresárias), as associações e as fundações, além dos partidos políticos (art. 17, § 2º, da CF e Lei n. 9.096/95).

Quanto à nacionalidade, dividem-se as pessoas jurídicas em nacionais e estrangeiras (arts. 1.126 e 1.134 do CC).

No que se refere ao tempo de duração, podem ser por tempo indeterminado ou determinado (art. 46,1).

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

Inciso com redação dada pela Lei n. 11.107, de 06.04.2005.

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

CC/1916: art. 14.

As pessoas jurídicas de direito público interno integram a administração pública direta e indireta (art. 37 da CF), distinguindo-se as de caráter político - União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1º da CF) - e as meramente administrativas (autarquias, associações públicas e fundações com personalidade jurídica pública). Exercem todas elas, porém, atividade pública. A Lei n. 11.107/2005, ao dar nova redação ao art. 41 do Código, colocou ao lado das autarquias as associações públicas, antes não previstas.

“Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar” (art. 18, § 2º, da CF). Podem, todavia, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal criar pessoas jurídicas com estrutura de direito privado, como é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista (art 173, § 1º, II, da CF).

Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

CC/1916: art. 13.

Além dos Estados estrangeiros, têm personalidade jurídica de direito público externo os organismos internacionais, regidos pelo direito internacional público, como a ONU, a OEA etc.

A atuação das pessoas jurídicas de direito público externo dentro do território nacional é limitada (art. 11, §§ Iº a 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil). A competência para dirimir litígios com a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território é originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, e, da CF) e, quando contenderem com Município ou pessoa domiciliada ou residente no País, é da Justiça Federal (art. 109, II, da CF), com recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, c, da CF).

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

CC/1916: art. 15.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva, consoante o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que, na mesma regra, inclui as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Já a responsabilidade dos servidores públicos é subjetiva.

Isso significa que, para haver indenização das entidades públicas, basta a prova do dano sem o concurso do ofendido e do nexo causai, mas, na ação de regresso contra seus agentes, ter-se-á de provar dolo ou culpa destes.

Durante sua evolução, a matéria primeiramente foi envolvida pela irresponsabilidade, passando para a responsabilidade com culpa e, posteriormente, pela chamada responsabilidade pública, fundada no risco que a atividade estatal oferece. Hely Lopes Meirelles, ao incluir o tema sob a doutrina do direito público, dividiu as seguintes teses: da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral. Sem embargo de críticas a essas duas últimas subdivisões, situou o estágio atual na teoria do risco administrativo, pelo que “a vítima fica dispensada da prova de culpa da administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização” (*Direito administrativo brasileiro*, 22. ed., atualizada por Eurico de Azevedo Andrade, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 1990, p. 563).

Para que se aplique a regra da responsabilidade objetiva, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, devem-se preencher os seguintes requisitos: 1) que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público; 2) que a entidade preste serviços públicos, ficando excluídas as entidades da administração indireta, que executam atividade econômica de natureza privada; 3) que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público; 4) que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, sejam agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço; 5) que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade (*Direito administrativo*, 15. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 530). Quanto a este último requisito, deve-se acrescentar que a aparência invencível de que o agente atua nessa qualidade corre a favor da vítima que pleiteia indenização.

A diversidade de tratamento verificada no tocante à responsabilidade do Estado, que é objetiva, e do servidor, que é subjetiva, repercute na órbita tanto do direito material como do direito processual, porquanto o art. 70, III, do Código de Processo Civil admite a denunciação da lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”. Desse modo, caberia a denunciação da lide ao agente público,

entretanto, essa intervenção de terceiro não permite a introdução de fundamento novo na demanda, como o pressuposto da culpa, inexigível para a cobrança contra o Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro resolveu a questão do seguinte modo: a) quando a ação se funda em culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, descabe a denúncia; b) quando a ação se funda na responsabilidade objetiva, mas com alegação de culpa do agente público, não só é cabível a denúncia da lide, como o litisconsórcio passivo facultativo ou a propositura diretamente contra o agente culpado (op. cit., p. 537).

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações;

IV - as organizações religiosas;

Inciso acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003.

V - os partidos políticos.

Inciso acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003.

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003.

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.

Antigo parágrafo único renumerado pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003.

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003.

CC/1916: art. 16.

Classificam-se as pessoas jurídicas de direito privado em associações, fundações e sociedades, distinguindo-se tanto pelo modo de constituir-se como pelas finalidades. A Lei n. 10.825, de 22 de dezembro de 2003, deu nova redação ao art. 44 do Código Civil, acrescentando as organizações religiosas e os partidos políticos entre as espécies de pessoas jurídicas privadas. Aquelas e estes, todavia, muito se aproximam das associações, por terem finalidades não econômicas e se sustentarem na organização de pessoas.

As associações se formam pela reunião de pessoas, físicas ou jurídicas, com objetivos não econômicos (art. 53), sendo plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a interferência estatal em seu funcionamento, mas não são permitidas as de caráter paramilitar (art. 5º, XVII e XVIII, da CF).

As fundações são instituídas pela dotação de bens, com finalidades também não econômicas, mas limitadas a alguns setores (art. 62).

As sociedades constituem-se de pessoas que somam esforços ou recursos para atingir objetivos de natureza econômica, partilhando entre si os resultados (art. 981). Subdividem-se em sociedades empresárias e simples. As empresárias podem organizar-se sob formas típicas assim denominadas: sociedade em nome coletivo (art. 1.039); sociedade em comandita simples (art. 1.045); sociedade limitada (art. 1.052); sociedade anônima ou companhia regida por lei especial, aplicando-se nos casos omissos o Código Civil (arts. 1.088 e 1.089); e sociedade em comandita por ações (art. 1.090). Subsidiariamente à disciplina da parte especial, aplicam-se às sociedades as regras pertinentes às associações.

Os partidos políticos encontram previsão constitucional (art. 17, § 2º, da CF) e são disciplinados pela Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995.

A criação, a organização, a estruturação e o funcionamento de organizações religiosas sem ingerência do Estado encontram amparo na Constituição Federal (arts. 5º, VI, e 19, í).

Jurisprudência: CPMF. Isenção. Não configuração. Agremiação de municípios. Fundação. Entidade de direito privado, não público. Verificação do ato constitutivo.

1 - Nos termos do art. 3º da Lei n. 9.311/96, que institui a cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF, a contribuição não incide no lançamento nas contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas autarquias e fundações.

2 - Como regra, sabe-se que as fundações são pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do art. 44 do Código Civil, podendo ser consideradas, contudo, pessoas jurídicas de direito público, na hipótese de serem constituídas dessa forma, por lei (art. 41, parágrafo único, do Código Civil), sendo necessária a verificação, no caso concreto, de como se deu a constituição da fundação.

3 - Considera-se pessoa jurídica de direito público, podendo beneficiar-se da isenção em questão, a fundação assim instituída por lei, bastando que lhe seja atribuída a titularidade de poderes públicos, submetendo-se suas relações ao direito público, o que não se deu no caso em tela. Com efeito, uma vez que se deu a constituição da fundação por meio de escritura pública, registrada no Registro Civil, não há falar em fundação pública, submetida ao direito público - sobretudo quando a única lei juntada aos autos foi editada por apenas um dos municípios que compõem a fundação, não tendo, portanto, legitimidade em relação aos 24 restantes.

4 - Mesmo em análise superficial do estatuto fundacional, se verifica que não se lhe aplica a disciplina de direito público, pois não há afetação de seu patrimônio, o qual pode ser alienado por mero parecer favorável do Conselho de Administração, assim como competiria também a esse Conselho aprovar o quadro de funcionários e o plano de salários - não por meio de lei, o que seria necessário, caso se tratasse, efetivamente, de entidade de direito público. (TRF, 4ª Região, AI n. 2005.040.1006.4835/RS, rei. Dirceu de Almeida Soares, j. 08.06.2005)

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

CC/1916: art. 18.

Criação técnica, a existência da pessoa jurídica de direito privado tem início com a inscrição do ato constitutivo no registro competente. Em regra, para funcionar, não depende de autorização do Poder Público, mas, nos casos em que isso se exige (art. 170, parágrafo único, da CF), deve-se proceder à inscrição (art. 119, parágrafo único, da Lei n. 6.015/73).

As associações, fundações, sociedades simples e partidos políticos são inscritos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 114 da Lei n. 6.015/73) e as sociedades empresárias, no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 967), ou seja, na Junta Comercial que tem “funções executiva e administrativa dos serviços de registro” (art. 3º, II, Lei n. 8.934/94).

O registro confere personalidade jurídica, entretanto, a entidade tem sua origem na manifestação da vontade - unilateral, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, nas fundações; bilateral ou ainda plurilateral, mas sem objetivos coincidentes, nas associações e nas sociedades (*aúnatio hominum ad aliquid unum communiter agendum*). Enquanto não inscritas as sociedades no registro competente, dizem-se irregulares ou de fato, porquanto sem personalidade jurídica, mas nelas já se identifica o elemento subjetivo imprescindível que é a *affectio societatis*. Nesse sentido é que ensina Maria Helena Diniz: “O processo genético da pessoa jurídica de direito privado apresenta duas fases: 1) a do ato constitutivo, que deve ser escrito, e 2) a do registro público” (*Curso de direito civil brasileiro*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 230).

Para anular o ato constitutivo que padecer de vício, há o prazo decadencial de três anos contado da publicação da respectiva inscrição.

A capacidade pressupõe a personalidade; todavia, existem certos grupos que, embora sem possuí-la, circulam no meio jurídico, legitimados a certos atos ou modo particular de atuarem, como as sociedades de fato, a massa falida, a herança jacente, o espólio, o condomínio (art. 12, III, IV, V, VII, IX e § 2º, do CPC), como também merecedora de proteção jurídica, embora despersonalizada, é a família (art. 226 da CF).

Não cuidou o Código Civil do início da personalidade das pessoas jurídicas de direito público, uma vez que se insere no âmbito do direito constitucional (art. 18 da CF).

Jurisprudência: Registro de pessoas jurídicas. Registros de livros contábeis referentes a período anterior ao registro dos atos constitutivos da pessoa jurídica. Impossibilidade. 1 - Nos termos do *caput* do art. 45 do Código Civil de 2002, começa a existência legal da pessoa jurídica de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, revelando-se, portanto, descabida a pretensão de apontamento de livros contábeis referentes a período anterior ao registro dos atos constitutivos. 2 - Desprovemento do apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70022661359, 5ª Câ. Cível, rei. Paulo Sérgio Scarparo, j. 23.01.2008, DJ 06.02.2008)

Art. 46. O registro declarará:

I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;

II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;

III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;

V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;

VI — as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.

CC/1916: art. 19.

O registro dá a publicidade necessária acerca da pessoa jurídica e interessa tanto para o relacionamento entre os que a integram como para suas relações com terceiros.

Os requisitos que devem ser preenchidos dizem respeito à identificação e compreendem: a denominação; a sede, onde a pessoa jurídica centraliza seus negócios e interesses; os fins a que se destina, o que importa na determinação de sua natureza; os recursos de que inicialmente foi dotada para atingir os objetivos. Também devem ser identificados os criadores da entidade.

O modo de funcionamento e a representação interessam aos que contratam com a pessoa jurídica, pois a eficácia de seus negócios depende da legitimidade de quem os praticou (art. 47).

A alteração dos estatutos deve estar condicionada a regras preestabelecidas, para segurança dos sócios ou associados.

A responsabilidade dos membros pelas obrigações sociais é matéria de suma relevância, porque a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus integrantes e, salvo disposição em contrário no ato constitutivo ou por motivos excepcionais (art. 50), aqueles não respondem pelas dívidas sociais.

As condições de extinção compreendem não só os motivos que a acarretam, que são legais ou convencionais, como também a destinação do patrimônio.

Os partidos políticos têm natureza associativa, mas com regime especial, para cujo registro (art. 120, parágrafo único, da Lei n. 6.015/73) deverão ser observados os requisitos da lei especial (Lei n. 9.096/95).

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

CC/1916: art. 17.

A manifestação de vontade da pessoa jurídica se dá pelos administradores, cujos poderes devem ser fixados no ato constitutivo.

Quem o ato constitutivo indicar para administrar e representar a pessoa jurídica (art. 46, III) tem legitimidade, que, no caso, é fator de eficácia do negócio jurídico e, no dizer de Antonio Junqueira de Azevedo, “pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico; ela existe por causa de uma relação jurídica anterior” (*Negócio jurídico - existência, validade e eficácia*. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 69). A ineficácia decorrerá da insuficiência de poderes. Já se não houver poder algum e, portanto, faltar a mencionada “relação jurídica anterior”, a hipótese será a de invalidade do negócio, porque vontade alguma foi manifestada, e a isso equívalem as declarações de quem não recebeu qualquer poder de representação da pessoa jurídica. Ressalvam-se, porém, as hipóteses nas quais é possível arguir a teoria da aparência, assim sustentada por Orlando Gomes, caso “o falso diretor, ou o falso gerente, se comporte aos olhos de todos e para com terceiros como se realmente estivesse a exercer, por título legítimo, a administração da sociedade” (*Transformações gerais do direito das obrigações*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 123).

Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.

CC/1916: arts. 1.384 e 1.386.

A pessoa jurídica, não sendo dotada, no dizer de Serpa Lopes, “de um elemento anímico, tal qual se dá na pessoa natural, tem necessidade de se prevalecer de um meio que realize aquela exteriorização tão necessária à realização dos principais atributos de sua personalidade” (*Curso de direito civil* 3. ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 347), levantando-se para isso as teorias da *representação* e do *órgão*, predominando esta por moti-

vos que Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, v. I, p. 412) resume na *apresentação* da pessoa jurídica, porque, não sendo incapaz, não há que se falar em representação, mas na habilitação que pode conferir, em virtude de sua capacidade, a certos órgãos, segundo determinado em seus atos constitutivos.

Cabe distinguir, porém, órgãos deliberativos daqueles que se manifestam pela pessoa jurídica. Assim é que Manuel A. Domingues de Andrade afirma que os primeiros “resolvem ou decidem os negócios da pessoa colectiva, mas não tratam com terceiros”. São os órgãos internos. Os segundos tratam com terceiros e, “embora devendo cumprir as determinações dos órgãos deliberativos, são eles quem exterioriza a vontade da pessoa colectiva” (*Teoria geral da relação jurídica** 4. reimpr. Coimbra, Almedina, 1974, v. I, p. 115). São órgãos externos ou executivos.

O art. 47, portanto, cuida dos órgãos externos, ao passo que o art. 48 se refere aos internos.

As deliberações tomadas pelos órgãos internos o serão por maioria simples, salvo disposição em contrário do ato constitutivo.

O parágrafo único tem redação ambígua, pois se refere a prazo decadencial de três anos para anular as decisões referidas no *caput*, quando violarem a lei ou o estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude. O objetivo de se estabelecer o prazo decadencial é, a partir de seu termo final, estabilização da relação entre os integrantes da pessoa jurídica, já que a deliberação a que se refere é de órgão *interno*. Assim, deve-se entender que tanto a insuficiência de *quorum* como os vícios referidos são bastantes para desafiar a anulação, ficando, porém, o ato convalidado pelo decurso do tempo.

A segunda dificuldade é que a lei sujeitou a prazo decadencial hipóteses de nulidade absoluta, ou seja, simulação (art. 167), que não convalesce (art. 169). Considerando-se, todavia, que se trata de relações internas da pessoa jurídica, predominando o interesse privado, é de entender que, no caso específico do parágrafo único do art. 48, todos os vícios apontados acarretam nulidade relativa (art. 171, *caput*), portanto, sanáveis a bem da pessoa jurídica.

Art. 49. Se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório.

CC/1916: sem correspondente.

Trata-se de autêntica intervenção judicial na esfera privada. Justifica-se, porque a continuidade da pessoa jurídica em grande parte interessa a terceiros, não devendo sofrer solução de continuidade.

A falta de administração a que a lei se refere pode dar-se tanto por razões de ordem jurídica como de ordem material, ficando a entidade acéfala.

Não há procedimento específico na lei processual, mas, pela própria natureza do provimento almejado, deve-se seguir o geral da jurisdição voluntária (art. 1.103 do CPC).

Cessa a atuação do administrador provisório tão logo seja outro indicado na forma do ato constitutivo.

Jurisprudência: Entidade sindical. Situação anômala. Permissão do art. 49 do nCC. Judiciário. Nomeação de administração provisória. (Voto vencido) Anômala a situação de entidade sindical, nos termos permitidos pelo art. 49 do nCC, deve o Judiciário nomear administração provisória. V.v.: Pedido de nomeação de administrador para sindicato. Impossibilidade jurídica. Inépcia da inicial que se confirma. 1 - A entidade privada - sindicato - é auto-dirigida por seus associados, inviabilizando-se o pedido de nomeação de administrador

provisório, ante flagrante impossibilidade jurídica de haver intervenção do Judiciário sem que os trâmites legais para a eleição, preconizados nos estatutos respectivos, hajam sido levados a efeito. 2 - Assim, inepta a inicial que pede o que é impossível juridicamente, pelo que bem extinto o processo sem apreciação do mérito. (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.436952-0/000(1), rei. Juiz Francisco Kupidlowski, j. 14.10.2004, publicação 10.11.2004)

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 28, Lei n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor).

A personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus integrantes nem com a de seus administradores, e isso era norma expressa no art. 20 do Código Civil de 1916.

O princípio se sustenta na medida em que a lei atribui personalidade a entidades que especifica (art. 44).

Sucede, porém, que muitas vezes os sócios ou administradores, agindo contrariamente às finalidades estatutárias ou abusando da personalidade jurídica da pessoa jurídica, acarretam prejuízos a terceiros, quase sempre pela promiscuidade dos negócios próprios com os da entidade que administram. A fim de pôr cobro a esses desvios é que se formou a doutrina conhecida como *disregard of legal entity*, também chamada doutrina da penetração, para vincular e atingir o patrimônio dos sócios. Adverte, porém, Rubens Requião que “não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos”, e prossegue delimitando “que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito” (*Curso de direito comercial*, 22. ed. São Paulo, Saraiva, 1995, v. I, p. 277).

De certo modo, a lei tributária já trouxera o embrião dessa possibilidade ao tratar da responsabilidade (art. 135, III, do CTN). A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, todavia, entrou para o Direito positivo brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), cujo art. 28 contém um elenco de situações nas quais pode o juiz desconsiderar a pessoa jurídica da sociedade: “O juiz poderá desconsiderar a pessoa jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

A desconsideração da pessoa jurídica é ato privativo do juiz, que, também, não agirá de ofício, dependendo de iniciativa da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo. A decisão fixará quais relações ou obrigações serão estendidas aos sócios ou administradores, de modo que a pessoa jurídica não se extingue, mas é apenas afastado o véu protetor, para que os bens particulares daqueles respondam pelos atos abusivos ou fraudulentos.

Jurisprudência: Penhora. Incidência sobre bens de sócios de pessoa jurídica. Cabimento. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Art. 50 do Código Civil. Paralisação da empresa por mais de um ano. Constatação de deliberação para dissolução irregular da sociedade. Indícios de fraude e evidências da intenção de procrastinar a execução. Inaplicabilidade, ainda, da norma do art. 620 do Código de Processo Civil ante a falta de

indicação pretérita de bens suscetíveis à constrição e de fácil alienação. Agravo de instrumento provido. (TJSP, AI n. 1343242-9/00, ret. Des. sorteado José Reynaldo, j. 19.01.2005)

Penhora. Inexistência de bens. Executada. Pessoa jurídica. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Impossibilidade. Hipóteses taxativas do art. 50 do Código Civil. Inexistência. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 1.066.368*0/4, rei. Amaral Vieira, j. 03.10.2006)

Desconsideração da personalidade jurídica. Inaplicabilidade. Execução. Ausência de provas de que os sócios agiram com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos. Inteligência do art. 596 do CPC.

Execução. Expedição de ofício à Receita Federal. Pedido formulado pelo exequente com vistas à localização de bens do devedor. Inadmissibilidade, diante da ausência de provas de que o credor tenha esgotado todas as possibilidades de localizar bens passíveis de constrição. Interesse particular que não se confunde com interesse público (TJSP, AI n. 7.101.602-7, 18ª Câm. Cível, j. 26.10.2006). (RT 858/276)

Desconsideração da personalidade jurídica. Aplicabilidade. Ausência de demonstração de existência ou subsistência de patrimônio da empresa. Não oferecimento de bens à penhora. Abuso da personalidade jurídica configurado. Possibilidade de a execução recair sobre os bens dos sócios (TJSP, AI n. 485.089-4/8-00, 6ª Câm. Cível, rei. Sebastião Carlos Garcia, j. 08.03.2007). (RT 862/236)

Execução por título judicial. Ação ordinária. Desconsideração de pessoa jurídica. Admissibilidade. Art. 50 do Código Civil. Pressupostos presentes. Decisão recorrida que desconsiderou a personalidade jurídica da empresa executada. Caracterização de fraude com abuso da personalidade jurídica da ré originária, particularmente por conta de irregular cisão parcial da referida sociedade, com a transferência de parte de seu patrimônio para a nova empresa constituída, ensejando para esta última, em prejuízo da primeira, cujo patrimônio restou esvaziado, sensível aumento de capital social, quando já pendente a demanda. Penhora *on-fine*. Admissibilidade. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 506.532-4/1-00, rei. Des. Eduardo Braga, j. 19.06.2007)

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Desconsideração da personalidade da empresa devedora, com o fim de dirigir a execução ao patrimônio dos sócios. Pedido deferido em primeiro grau. Prevalência do pleito dos exequentes, para cuja satisfação se faz a execução forçada. Título constituído contra pessoa jurídica, que se oculta deliberadamente da penhora, nem indica bens sobre os quais incidisse. Manutenção desta como executada, sem prejuízo de chamar-se à responsabilidade os seus sócios. Aplicação do art. 50 do vigente Código Civil. Recurso desprovido. (TJRJ, AI n. 2007.002.20679, rei. Des. Jesse Torres, j. 29.08.2007)

Civil. Execução. Sociedade empresária. Desconsideração da personalidade jurídica. Desvio de finalidade. Demonstração. Transferência de recursos entre pessoas jurídicas que possuem sócios comuns. Operação que visou frustrar a satisfação da dívida exequenda. Fraude à execução. Uso abusivo da personalidade jurídica. Em face do disposto no art. 50 do Código Civil, o deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária reclama a demonstração pelo requerente da ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, não sendo suficiente a inexistência de bens passíveis de satisfazer crédito reclamado em ação de execução. A transferência de recursos financeiros realizada entre sociedades empresárias que possuem sócios comuns com o objetivo de inviabilizar a satisfação de dívida exequenda caracteriza o desvio de finalidade e possibilita o deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, a fim de que o patri-

mônio dos sócios possa ser atingido pela penhora. (TJMG, Proc. n. 1.0024.97.105367-3/002(1), rei. D. Viçoso Rodrigues, j. 15.07.2008, publicação 02.08.2008)

Agravo de instrumento. Alienação fiduciária. Execução. Desconsideração da personalidade jurídica, impossibilidade. Não estando preenchidos os requisitos do art. 50, do Código Civil, quais sejam, o abuso da personalidade jurídica mediante o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, bem como a desativação irregular da empresa, não há como ser deferida a medida extrema e excepcional, não bastando, para tanto, que a empresa executada não tenha bens passíveis de penhora, devendo existir nos autos prova efetiva da conduta faltosa dos sócios. Negado provimento ao agravo de instrumento. (TJRS, AI n. 70025249046, 14ª Câm. Cível, rei. Isabel de Borba Lucas, j. 28.08.2008, DJ 10.09.2008)

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento» ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

CC/1916: art. 21.

A dissolução da pessoa jurídica corresponde a sua extinção e, segundo Caio Mário da Silva Pereira, pode assumir três modalidades: convencional, legal e administrativa (*Instituições de direito civil*, 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, v. I, p. 219).

Dissolução convencional é a deliberada pelos membros da entidade, devendo ser observado o *quorum* e condições previstos no ato constitutivo (arts. 46, VI, 54, VI, e 1.033, II e III). Também se inclui na modalidade de dissolução convencional a extinção pelo vencimento do prazo ou implemento da condição, já que decorrentes do ato constitutivo.

A dissolução legal se dá quando, por força de lei superveniente, for impossível a continuidade da pessoa jurídica, o que, entretanto, não ocorre automaticamente, mas por meio de sentença declaratória nos moldes do art. 655 do Código de Processo Civil de 1939, nessa parte em vigor (art. 1.218, VII, do CPC).

A dissolução administrativa decorre da cassação de autorização de funcionamento. A Constituição Federal, porém, quanto às associações, estabelece que “só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado” (art. 5º, XIX).

Embora extinta a pessoa jurídica, não é possível a terminação imediata das relações jurídicas de que participa, daí por que se segue a fase de liquidação, a fim de apurar os créditos, pagar os débitos e destinar o patrimônio remanescente. Para isso é nomeado um liquidante (arts. 1.102 e segs.).

A destinação do patrimônio difere se se tratar de pessoa jurídica de fins não econômicos ou de fins econômicos. Entre as primeiras, ainda, a liquidação de uma associação distingue-se do que ocorre com as fundações (arts. 61 e 69). No tocante às sociedades, à face de suas finalidades econômicas, o remanescente será partilhado entre os sócios (art. 1.108).

As duas fases são assinaladas no registro, averbando-se a dissolução e promovendo-se o cancelamento da inscrição ao término da liquidação.

Jurisprudência: Ação de reintegração de posse. Legitimidade ativa *ad causam*. Dissolução da sociedade. Personalidade jurídica. Subsistência até conclusão da liquidação. Descrição do imóvel. Necessidade de individualização da área esbulhada. Art 927 do CPC. Requisitos. Ausência. Inépcia da inicial. A dissolução da sociedade não extingue a personalidade jurídica de imediato, pois a pessoa jurídica continua a existir até que se concluam as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimas. Inteligência do art. 51 do Código Civil. O pedido de reintegração de posse, deve individualizar a área dita esbulhada, por aplicação do art. 927 do Código de Processo Civil, sob pena de inviabilizar a ordem judicial que conceder a reintegração. (TJMG, Proc. n. 1.0183.03.062470-8/001(1), rei. Elias Camilo, j. 09.11.2006, publicação 05.12.2006)

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

CC/1916: sem correspondente.

As pessoas jurídicas, em verdade, não têm direitos da personalidade, cujas características se vinculam aos atributos do ser humano. Apesar disso, alguns aspectos relevantes dos direitos da personalidade podem ser estendidos à pessoa jurídica.

Desse modo, interessa a uma pessoa jurídica preservar sua boa fama, punindo-se as condutas ilícitas que venham a deslustrá-la. É nesses limites que deve ser compreendida a extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, pois outras questões concernentes à marca, ao nome comercial, à invenção e aos demais bens incorpóreos inerentes à atividade empresarial se situam no campo de proteção da propriedade industrial, com legislação específica (Lei n. 9.279/96).

Jurisprudência: Súmula n. 227, STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Apelação cível. Ação de cancelamento de protesto c/c indenização por danos materiais e morais. Duplicatas. Entrega de mercadoria em desconformidade com o pedido. Protesto irregular. Pessoa jurídica. Dano moral. Direitos da personalidade. Nome. Abalo. Dano presumido. Indenização devida. O protesto irregular de título cambial caracteriza-se conduta ilícita, passível de indenização por dano moral, dano presumido, por abalo do nome, direito da personalidade, cuja proteção se estende também à pessoa jurídica, nos termos do art. 52 do CC. (TJMG, Ap. cível n. 1.0707.06.125793-7/001(1), rei. Luciano Pinto, j. 24.07.2008, publicação 12.08.2008)

CAPÍTULO II DAS ASSOCIAÇÕES

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

CC/1916: sem correspondente.

As associações são pessoas jurídicas de finalidades não econômicas, que se constituem pela união de pessoas. Tanto quanto as sociedades, apresentam uma estrutura interna funda-

da cm um conjunto de pessoas (*universitas personarum*), mas diferem entre si, porque as sociedades têm fins econômicos, enquanto as associações não; distinguem-se as associações das fundações, porque estas têm por substrato um patrimônio (*universitas bonorum*).

O Código Civil de 1916 empregava a expressão “sociedade” também para designar entidades meramente associativas (art. 16,1), tendo, porém, o novo Código estabelecido a correta distinção que a doutrina já extremava, como se vê no ensinamento de Washington de Barros Monteiro: “Salientamos inicialmente que, do ponto de vista doutrinário, não se confundem sociedades civis e associações. Nas primeiras, há o fito de lucro, enquanto, nas segundas, inexistente finalidade lucrativa. O objeto das associações é puramente cultural, beneficente, altruísta, religioso, esportivo ou moral” (*Curso de direito civil* 30. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, v. I, p. 111).

A lei cuidou de dizer que entre associados não há direitos e obrigações recíprocos, coisa diversa do que ocorre na sociedade, onde as pessoas “reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (art. 981).

O direito de associar-se é constitucionalmente assegurado, não podendo, contudo, as pessoas serem obrigadas a associar-se ou permanecer associadas (art. 5º, XVII e XX, da CF).

Jurisprudência: Ação civil pública. Impedimento de cobrança de custo adicional. Rompimento dos lacres dos medidores de consumo individual. IPEDC. Ilegitimidade ativa. Processo extinto sem julgamento de mérito. Carência de ação.

Nos termos do art. 5º da Lei n. 7.347/85, a associação é parte legítima para propor ação civil pública.

O art. 53 do Código Civil é claro ao estabelecer que as associações constituem-se pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.

O IPEDC não pode ser considerado como associação porquanto se depreende da análise de seu estatuto social que presta atividades de assessoria e consultoria a brasileiros, estrangeiros, pessoas físicas, jurídicas, órgãos públicos, economia mista, e multinacionais (art. 8º), mediante remuneração, consubstanciada em taxa da administração paga mensalmente pelos filiados.

Os objetivos sociais do IPEDC não se coadunam com o interesse difuso em causa.

Prequestionamento sobre a legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.

Apelação improvida. (TRF, 4ª Região, Ap. n. 2003.710.200.91545/RS, rei. José Paulo Baltazar Júnior, j. 17.05.2006)

Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

I - a denominação, os fins e a sede da associação;

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V - o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;

Inciso com redação dada pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005.

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução;

VII - a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005.

CC/1916: sem correspondente.

Devendo servir ao registro, o estatuto das associações deve conter os elementos necessários àquele (art. 121 da Lei n. 6.015/73).

O estatuto encerra a disciplina fundamental da associação e a caracteriza, por isso deve conter, sob pena de nulidade: elementos que a identificam e requisitos acerca da admissão e da demissão de associados; direitos e deveres destes em relação à entidade; as fontes de onde retirará os recursos para manutenção e atingir os fins a que se destina; o modo de constituir-se e funcionar os órgãos deliberativos e diretivos, bem como as condições para sua própria alteração; e, por fim, as regras para a dissolução. A Lei n. 11.127, de 28.06.2005, alterou a redação deste artigo para destacar o requisito pelo qual, também, deve o estatuto conter a disciplina da gestão administrativa e da aprovação das contas respectivas, de modo que tanto os órgãos deliberativos como os de mera gestão devem ter, no âmbito de suas atribuições, a atuação delimitada claramente no estatuto. A falta de alguma dessas disposições invalida o estatuto.

De suma importância são as disposições referentes aos órgãos da associação, distinguindo a lei os órgãos de deliberação, da mera “gestão administrativa”, cujas funções não se confundem, ambos, porém, não podendo agir arbitrariamente, mas segundo os ditames da lei e do estatuto.

Tendo a lei, ainda, se referido a “gestão administrativa”, não se há de confundir esta ordem com a “administração”. Gestão administrativa é função auxiliar, cumpridora das decisões dos administradores, que podem participar da classe dos órgãos deliberativos. Essa distinção se impõe, também, na medida em que o art. 59,1, refere-se a administradores, embora nada impeça que os administradores diretamente exerçam a gestão administrativa, cumulando funções.

A associação determina a estruturação de um grupo de pessoas com base em normas estatutárias e, segundo Maria Helena Diniz, deve cumprir “a exigência de uma regulamentação bastante uniforme e severa, no estatuto, dos direitos e deveres dos associados que devem ser observados” (*Curso de direito civil brasileiro*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 223).

Jurisprudência: Ação ordinária. Associação de servidores municipais. Mudança de estatuto. Art. 16 da CR/88. Inaplicabilidade. Direito regido pelo estatuto da entidade. Alteração ultimada. Inobservância. Pleito nulo. Convocação de novas eleições. Recurso parcialmente provido. O art. 16 da Constituição Federal versa sobre a relação do cidadão com o Estado, porquanto visa garantir os meios de participação deste na formação da vontade política do ente governamental. Ainda que seja possível traçar um paralelo entre o processo eleitoral de um ente público e aquele realizado por uma entidade privada, a aplicação do art. 16 da Constituição Federal fica prejudicada, vez que tal dispositivo faz menção expressa à lei que altera o processo eleitoral. O processo eleitoral das associações é regulado pelo art. 54 do Código Civil. (TJMG, Proc. n. 1.0074.06.029701-2/001(1), rei. Fabio Maia Viani, j. 28.08.2007, publicação 21.09.2007)

Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.

CC/1916: sem correspondente.

Divide-se o dispositivo em duas partes: a) os associados devem ter direitos iguais; b) o estatuto pode instituir categorias com vantagens especiais. Isso significa que a regra é a igualdade de direitos e deveres, porém é possível dividir os associados em categorias diferentes.

Adverte Silvio de Salvo Venosa sobre a dificuldade de saber, no caso concreto, se é válida a concessão de vantagens especiais contrariando a igualdade de direitos e conclui “que a melhor solução é entender que toda entidade dessa espécie deve garantir os direitos mínimos aos associados e que as vantagens são excepcionais a algumas categorias que, por natureza,

sejam diferenciadas, como, por exemplo, a atribuição da categoria de 'sócio benemérito' a alguém estranho inicialmente aos quadros sociais, mas que tenha trazido efetivo benefício à entidade" (*Direito civil* - Parte Geral. São Paulo, Atlas, 2002, p. 278). Além dessa hipótese, que, na verdade, representa uma honraria, outras há, como as classificações comumente adotadas de *sócios proprietários*, *sócios remidos*, *sócios fundadores*, que trazem consequências jurídicas mais sérias, no tocante à restituição de contribuições prestadas ao patrimônio (arl. 61, § Iº) ou ao direito de votar e ser votado.

Essas distinções são possíveis e não infirmam a primeira parte do dispositivo legal, pois os "iguais direitos" a que se refere dizem respeito, apenas, ao acesso às vantagens que constituem o objeto da associação.

Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.

Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.

CC/1916: sem correspondente.

A associação é entidade que se forma tendo por substrato as pessoas (*universitas personarum*) e, muitas vezes, leva em conta atributos personalíssimos, como é o caso de entidades associativas de determinada categoria profissional.

Desse modo, em regra, a qualidade de associado não traz conteúdo patrimonial. Pode, entretanto, o estatuto dispor de forma diversa.

Ressalve-se que, se o associado houver contribuído ou tiver direito sobre parcela do patrimônio, isso pode ser objeto de transmissão por negócio *inter vivos* ou *causa mortis* ou, ainda, pela sucessão legítima, ficando o sucessor com direito ao valor equivalente, mas não adquirirá a condição de associado, exceto por disposição em contrário do estatuto.

Jurisprudência: Embargos à execução fiscal. Embargos de terceiro. Bem impenhorável.

1 - A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, tendo em vista a sucumbência da autarquia. Aplicação do art. 475, III, do CPC e da Súmula n. 620 do STF.

2 - A constrição judicial realizada sobre o título de clube não é válida, ainda que esteja em nome do sócio-executado.

3 - É bem de natureza essencialmente familiar, já que adquirido para toda família ("título familiar").

4 - A qualidade de associado do clube é intransmissível em virtude do caráter pessoal das associações.

5 - Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, improvidas. (TRF, 3ª Região, Ap. n. 90.030.345.406/SP, rei. Vesna Kolmar, j. 22.05.2007)

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

Caput com redação dada pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005.

Parágrafo único. (*Revogado pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005.*)

CC/1916: sem correspondente.

Este dispositivo foi profundamente alterado pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005. A redação anterior dispunha que o reconhecimento de motivo grave caracterizador de justa causa era atribuição de assembleia especialmente convocada e mediante deliberação fundamentada da maioria absoluta dos presentes e se a decisão fosse de outro órgão, na conformidade do estatuto, haveria recurso para a assembleia.

O novo texto simplificou a matéria, de modo que o reconhecimento da justa causa deverá ocorrer em procedimento próprio, o qual, evidentemente, poderá dar-se perante a diretoria, que facultará ao acusado ampla defesa e de sua decisão cabe recurso, naturalmente, para a assembleia. Se, entretanto, a decisão for originária da assembleia, trata-se do órgão hierarquicamente mais elevado, não cabendo falar-se em recurso.

Os requisitos para exclusão do associado têm de constar do estatuto (art. 54, II) e ela só pode ocorrer por justa causa.

Os motivos caracterizadores de justa causa podem figurar *numerus clausus* ou *numerus apertas* no estatuto e, neste último caso, o reconhecimento de motivo grave não é arbitrário. Isso, porém, não significa inexistir margem para discricionariedade, tendo em conta a natureza da associação, para a qual o comportamento do sócio pode ser de primordial importância. Essa discricionariedade na avaliação da conduta não está sujeita à interferência do Poder Judiciário, que, entretanto, não está inibido de apurar eventual abuso, ou desvio de finalidade, ou inexistência do motivo alegado, que maculam a decisão. Igualmente, a razoabilidade da decisão não pode ficar à margem da apreciação judicial, tal qual preconiza Maria Sylvia Zanella Di Pietro no âmbito do direito administrativo: “Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário” (*Direito administrativo*, 15. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 80).

Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.

CC/1916: sem correspondente.

A norma vem limitar a discricionariedade no âmbito das associações.

Os direitos e deveres dos associados devem estar definidos no estatuto (art. 54, III), não podendo os órgãos de deliberação e administração contrariá-los. Igualmente, se investido o associado em alguma função, só poderá dela ser afastado de acordo com a lei ou o estatuto (art. 59, II).

Art. 59. Compete privativamente à assembleia geral:

Caput com redação dada pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005.

I - destituir os administradores;

Inciso com redação dada pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005.

II - alterar o estatuto.

Inciso com redação dada pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005.

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembleia especialmente convocada para esse fim, cujo *quo-*

rum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores.

Parágrafo com redação dada pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005.

CC/1916: sem correspondente.

Este dispositivo foi alterado pela Lei n. 11.127/2005. Na redação anterior eram atribuições privativas da assembleia: eleger e destituir administradores, aprovar contas e alterar estatutos.

A eleição de administradores e a aprovação de contas deixaram de constar expressamente deste artigo como sendo de atribuição privativa da assembleia, o que impõe remeter-se ao art. 54, que formula os requisitos de validade do estatuto, entre os quais o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.

Já a destituição dos administradores é ato privativo da assembleia especial, que deliberará segundo o *quorum* estabelecido no estatuto. Igualmente, a alteração dos estatutos depende de aprovação em assembleia especialmente convocada, observando-se o *quorum* que o estatuto fixar.

Vê-se que o texto atual reduziu a competência privativa da assembleia, de modo que, exceto nas hipóteses deste artigo, todas as outras matérias de interesse da associação poderão ser decididas pela assembleia ou por outros órgãos de que o estatuto incumbir.

Art. 60. A convocação dos órgãos deliberativos far-se-á na forma do estatuto, garantido a 1/5 (um quinto) dos associados o direito de promovê-la.

Artigo com redação dada pela Lei n. 11.127, de 28.06.2005.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo foi alterado pela Lei n. 11.127/2005. O texto primitivo se referia à convocação da assembleia geral, apenas.

Não só a assembleia geral, mas todos os órgãos deliberativos podem ser convocados por um quinto dos associados, além de poder sê-lo por outros modos e oportunidades previstos no estatuto.

Dessume-se, também, que não só a assembleia é considerada órgão deliberativo, o que significa dizer que as decisões podem inserir-se na competência da assembleia ou de outros órgãos da associação que o estatuto qualificar como deliberativo.

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que

remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

CC/1916: art. 22.

A associação é entidade de fins não econômicos (art. 53) e, uma vez extinta, seu patrimônio remanescente será destinado a entidade congênere. Essa destinação corresponde à etapa final de uma liquidação, pois devem ser pagos os débitos e recebidos os créditos que houver, aplicando-se o disposto no art. 51, que se refere a “pessoa jurídica”, compreendendo-se, portanto, as associações.

Caso haja associados com direito a cota ou a fração ideal do patrimônio, esta será atribuída a seu titular (art. 56, parágrafo único).

Também receberão os valores correspondentes monetariamente atualizados os associados que tiverem contribuído para aquisição ou aumento do patrimônio, mas desde que para isso haja previsão estatutária.

A destinação do que remanescer pode ou não estar definida no estatuto. Se estiver, observam-se suas disposições. Se não estiver, deliberará a assembleia, que, entretanto, está limitada por lei a encaminhá-lo para instituição de âmbito municipal, estadual ou federal de fins idênticos ou assemelhados, nesta ordem. A abrangência municipal, estadual ou federal não significa que a entidade beneficiária deva ser necessariamente pública, pois se trata de uma questão meramente territorial.

Se não existir entidade de fins idênticos ou semelhantes no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território onde sediada a associação dissolvida, o restante do patrimônio será entregue à Fazenda Estadual, do Distrito Federal ou da União. Observe-se, aqui, que o Município, nesse caso, não será beneficiário.

Jurisprudência: Ação ordinária. Associação. Patrimônio líquido. Destinação. Art. 61 do CCB. Aquisição. Pedido juridicamente impossível. O art. 61 do CCB autoriza que a associação dissolvida verta seu patrimônio líquido para outra de idênticos fins, e não que associação, interessada no patrimônio líquido de outra, requeira, em juízo, a aquisição. Logo, o pedido de aquisição de imóvel pertence à associação, dissolvida ou não, é juridicamente impossível, pois a destinação do patrimônio líquido é ato vinculado à competência estatutária, e ao Poder Judiciário cabe zelar pelo cumprimento do que restou deliberado no estatuto, ou deliberação de associados para tal desiderato. Apelo improvido. (TJMG, Proc. n. 1.0429.03.002805-5/001(1), rei. Nilson Reis, j. 31.10.2006, publicação 17.11.2006)

CAPITULO DAS FUNDAÇÕES

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

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

CC/1916: art. 24.

Fundação é um acervo de bens, com destinação específica, a que a lei atribui personalidade jurídica. Pode ser criada por negócio jurídico *inter vivos* (escritura pública) ou *causa mortis* (testamento). É negócio jurídico formal.

Para criá-la, o instituidor fará dotação de bens livres, isto é, passíveis de alienação e que não estejam constritos para garantia real ou por ato judicial (penhora, arresto, seqüestro). Também, se o instituidor tiver herdeiros necessários, a dotação não poderá ultrapassar o limite de 50% da herança (art. 1.789). Igual limite se impõe na instituição por escritura pública, conquanto não se identifique com uma doação inegável a semelhança (art. 549). É imprescindível que a finalidade seja declarada. Oulro tanto não ocorre com o modo de administrar, pois o instituidor pode sobre isso dispor, como atribuir a outrem essa tarefa (art. 65).

Circunscreveu o legislador o objeto da fundação, dizendo que poderá se constituir para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. Percebe-se a diferença de tratamento em relação às associações, pois, quanto a estas, apenas assinalou que não terá fins econômicos (art. 53). Essa delimitação de objeto aplica-se, porém, exclusivamente às fundações instituídas por particulares, uma vez que, quando instituídas pelo Poder Público, incide o disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, pelo que caberá a lei complementar “definir as áreas de sua atuação”

Essa restrição não estava expressa no Código Civil anterior, e a inovação é salutar, pois, conforme aduz Maria Helena Diniz, as fundações não podem ter fins “econômicos, nem futeis” e sobretudo não se podem desvirtuar “os fins fundacionais para atender a interesses particulares do instituidor” (*Curso de direito civil brasileiro*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 211).

Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante.

CC/1916: art. 25.

Se insuficientes os bens dotados, respeitar-se-á a determinação do instituidor, mas, se este nada dispuser, os bens serão incorporados a outra fundação congênere.

Três são as soluções propostas doutrinariamente (silva pi-rkira, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, v. I, p. 225): a) nulidade do ato por impossibilidade material; b) conversão em títulos de dívida pública, até que aumentados com os rendimentos ou doações se torne possível a realização da fundação; c) incorporação a outra fundação já existente. O Código Civil de 1916 optara pela segunda solução (art. 25); o Código de 2002 adotou a terceira. A verificação da viabilidade da fundação incumbe ao Ministério Público (art. 1.200 do CPC).

Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo encerra a irrevogabilidade da instituição da fundação por escritura pública. Se por testamento, é da natureza deste a revogabilidade (art. 1.858).

Na vigência do Código anterior, Caio Mário da Silva Pereira sustentou a revogabilidade da instituição por ato *inter vivos* até o momento em “que se constitua definitivamente, com a aprovação dos seus estatutos, realizada pela autoridade competente, e o registro que lhe atribui personalidade jurídica” (*Instituições de direito civil* 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, v. I, p. 226). Sob a égide do Código atual, diz Silvio de Salvo Venosa que “a promessa do instituidor

que se traduz na dotação de bens ou direitos possui caráter irrevogável e irretratável, autorizando a execução específica” (*Direito civil* - Parte Geral. São Paulo, Atlas, 2002, p. 285).

A transferência dos bens compulsoriamente só será possível depois da inscrição da fundação no registro (art. 45), porque antes não tem personalidade jurídica, mas, enquanto isso não se definir, o instituidor fica inibido de revogar a dotação, porque frustraria a própria criação da entidade.

Se a inscrição não ocorrer, a dotação é ineficaz, restando, porém, uma indagação, sobre se a transferência poderá ser exigida para outra fundação congênere, caso o motivo tenha sido a insuficiência de bens para constituir a fundação (art. 63). A resposta é negativa, pois a lei diz que o instituidor é obrigado a transferir-lhe os bens e não a outra fundação.

Não definiu a lei quem tem legitimidade para requerer a expedição de mandado judicial. Poderá fazê-lo o Ministério Público ou aquele a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio (art. 65).

Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz.

Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público.

CC/1916: art. 27.

O instituidor, necessariamente, deverá indicar na escritura ou no testamento os fins a que a fundação se destina e fazer a dotação de bens. Facultativamente declarará a maneira de administrá-la (art. 62), cujo mister poderá atribuir a outrem, daí por que Washington de Barros Monteiro afirmar: “Duas são as modalidades de formação, a *direta* e a *fiduciciria*. Na primeira, o próprio instituidor pessoalmente a tudo provê; na segunda, ele entrega a outrem a organização da obra projetada” (*Curso de direito civil*, 30. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, v. I, p. 119).

O Código Civil anterior não fixava prazo para a elaboração do estatuto, mas o novo Código, supletivamente, o estabeleceu, caso outro não tenha sido determinado pelo instituidor. Terá, então, a pessoa indicada para tanto o prazo de 180 dias, contado, evidentemente, da ciência da indicação.

Elaborado o estatuto, será submetido ao Ministério Público, que verificará se foram observadas as bases da fundação e se os bens são suficientes ao fim a que ela se destina. O Ministério Público aprovará o estatuto, ou indicará as modificações que entender necessárias, ou, se considerá-la inviável, denegará aprovação, cabendo recurso ao juiz, que, antes de suprir a aprovação, poderá mandar fazer no estatuto modificações a fim de adaptá-lo ao objetivo do instituidor.

Não sendo o estatuto elaborado por quem indicara o instituidor, no prazo assinado na lei, passa a atribuição ao Ministério Público. Aquele prazo, no regime do Código de Processo Civil, é de seis meses (art. 1.202, II, do CPC), que, agora, ficou derogado para prevalecer o de 180 dias, cujas contagens são diferentes (art. 132, *caput* e § 3º).

O procedimento relativo à organização e fiscalização das fundações é disciplinado pelos arts. 1.199 a 1.204 do Código de Processo Civil.

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

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

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

CC/1916: art. 26.

O Ministério Público exerce importante função no que diz respeito às fundações. Assim, cabe a órgão daquela instituição o exame do estatuto para verificar se foram observadas as bases da fundação e se os bens são suficientes.

Caso tenha o Ministério Público objeções ao estatuto, se forem sanáveis os defeitos, indicará as modificações necessárias. Sendo, porém, de todo inviável, negará aprovação. Poderá, porém, o interessado, nos dois últimos casos, requerer ao juiz o suprimento da aprovação.

Incumbirá ao Ministério Público elaborar o estatuto, submetendo-o à aprovação do juiz, quando o instituidor não o fizer nem designar quem o faça ou, ainda, quando o designado não cumprir o encargo no prazo assinado pelo instituidor ou no de 180 dias, se este não o estipular.

Toda alteração estatutária tem de ser submetida ao Ministério Público, que, se não a admitir, ensejará recurso ao juiz.

A fiscalização do Ministério Público, porém, não se limita a questões estatutárias, dispondo a lei que lhe incumbe “velar” pelas fundações. Isso significa que sua atuação se estende à fiscalização da administração, inclusive para promover a destituição de administradores que se afastem de suas finalidades ou lhe imprimam gestão desastrosa.

Quanto à preservação do patrimônio, em princípio os bens são inalienáveis, até para assegurar o cumprimento de seus fins. Não o tendo vedado o instituidor ou o estatuto, é possível a alienação de bens, por necessidade ou utilidade, conforme deliberação dos competentes para gerir e representar a fundação, e com aprovação do Ministério Público.

Se as atividades se estenderem por mais de um Estado, será atribuída a fiscalização a cada qual.

O § 1º desse artigo, que atribui ao Ministério Público Federal, no Distrito Federal e em território, o encargo de velar pelas fundações foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn n. 2.794-8/DF).

As fundações de natureza previdenciária, entretanto, não estão sujeitas à fiscalização do Ministério Público (Lei Complementar n. 109/2001), assim como as fundações criadas pelo Poder Público, com personalidade jurídica pública, que se sujeitam ao controle dos Tribunais de Contas (art. 71, II, da CF).

Jurisprudência: Ação de ressarcimento ao erário. FHEMIG. Recebimento indevido de horas extras por ocupante de cargo de chefia. Suposta irregularidade do ato. Questionamento. Legitimidade do Ministério Público. Proteção do patrimônio público e social. Via adequada. Recebimento de verba indevida. Errônea ou má aplicação da lei por parte do ordenador da despesa. Presunção de boa-fé. Improcedência do pedido. Conforme art. 17 da Lei n. 8.429/92, o Ministério Público tem legitimidade para promover a ação visando a proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Especificamente, é o órgão eleito pelo ordenamento jurídico para velar pelas fundações (art. 66 do CC/2002 c/c os arts. 1.199 a 1.204 do CPC), podendo propor ação civil pública que vise a proteger o seu patrimônio ou sua moralidade administrativa. O ato administrativo é ímprobo quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pelo comportamento desonesto do agente público, que pressupõe conduta dolosa. Ante a ausência de prova em contrário, presume-se boa-fé do agente público que ordena despesa indevida de natureza alimentar e

do servidor público que recebe a respectiva verba, em circunstância em que resta evidente que o ato foi precedido de errônea ou má aplicação da lei, em ambiente legislativo denso, extremamente confuso e apto a gerar interpretações diversas. (TJMG, Proc. 1.0024.94.078324-4/001(1), rei. Armando Freire, j. 05.06.2007, publicação 19.06.2007)

Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma:

I - seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação;

II - não contrarie ou desvirtue o fim desta;

III - seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.

CC/1916: art. 28.

O estatuto da fundação não é imutável, porém as alterações não são inteiramente livres, devendo observar requisitos de ordem formal e material.

A modificação deve ser aprovada por maioria de dois terços dos que têm atribuição de gerir e representar a fundação; não pode contrariar seus fins; e necessita de aprovação do Ministério Público ou suprimento judicial, se por aquele for denegada.

O Código anterior exigia apenas maioria absoluta e não previa expressamente recurso contra a negativa de aprovação do Ministério Público (art. 28,1 e III), o que, entretanto, veio a ser previsto no Código de Processo Civil (art. 1.203).

Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias.

CC/1916: art. 29.

Se a mudança do estatuto não obtiver a aquiescência da unanimidade dos competentes para gerir e representar a fundação, quando submetida à apreciação do Ministério Público, requererão os administradores que se dê ciência à minoria vencida.

Essa regra pôs em compasso o Código Civil e o Código de Processo Civil, que contém disposição semelhante (art. 1.203, parágrafo único, do CPC), pois o Código Civil de 1916, nesse caso, apenas outorgava em seu art. 29 à minoria vencida possibilidade de reclamo judicial, no prazo de um ano, salvo direito de terceiros.

Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

CC/1916: art. 30.

A fundação, se instituída por prazo determinado, em seu termo ficará extinta.

A extinção também poderá se dar caso se torne ilícita, impossível ou inútil a finalidade da fundação. A ilicitude ocorrerá se o objeto não mais for legalmente admitido; a impossibilidade, quando não mais puder se manter, em regra pela insuficiência de recursos; e a inutilidade, se o objeto não mais oferecer interesse, como no caso de uma fundação que se dedicasse ao amparo de doenças que foram erradicadas.

Pode o instituidor no ato constitutivo, ou o estatuto, estabelecer a destinação dos bens da fundação, se e quando vier a extinguir-se. Caso assim não disponha, o patrimônio será incorporado a outra fundação, de finalidade idêntica ou semelhante, designada pelo juiz.

A extinção será promovida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público (art. 1.204 do CPC).

Jurisprudência: Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação de extinção de fundação. A fundação somente poderá se extinguir nos casos estritos enumerados no art. 69 do CC e art. 1.204 do CPC. Necessidade de preservação da vontade declarada pelo instituidor. Deram provimento ao recurso. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70020700399, 11ª Câ. Cível, rei. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, j. 19.03.2008)

TÍTULO III DO DOMICÍLIO

Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

CC/1916: art. 31.

Domicílio é a sede jurídica das pessoas. Etimologicamente, vem do latim *domus*, que significa casa. A definição legal, porém, afastou-se desse significado para agregar dois elementos: um objetivo, que é a residência, e outro subjetivo, que é o ânimo definitivo. Daí, então, não se confundir com a simples moradia, embora esta também não seja desprovida, em alguns casos, de relevância jurídica (p. ex., art. 100, II, do CPC).

A determinação da sede jurídica, sob vários aspectos, é importante tanto no campo do direito material como no processual, a saber: a) efetivar-se-á o pagamento no domicílio do devedor (art. 327); b) a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido (art. 1.785); c) as ações fundadas em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu (art. 94 do CPC).

Existem cinco espécies de domicílio: a) voluntário, que se subdivide em único ou plural (art. 71) e é o escolhido pelo sujeito, sendo também voluntário o do itinerante (art. 73); b) legal ou necessário, fixado por lei (art. 76); c) profissional, concernente às relações da profissão (art. 72); d) contratual, estabelecido no contrato para o exercício e cumprimento de direitos e obrigações (arts. 78 do CC e 111 do CPC); e) facultativo, correspondente ao do agente diplomático se alegar extraterritorialidade (art. 77).

Também as pessoas jurídicas possuem domicílio (art. 75).

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Ação fundada em direito pessoal. Foro do domicílio do réu. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art. 70 do CC). Possuindo mais de uma residência, e em se tratando de ação fundada em direito pessoal (art. 94, CPC), a ação em regra será proposta no domicílio do réu. Ainda que não tenha sido formalmente recebida pelo juiz condutor do feito, o equívoco praticado jamais poderia prejudicar o direito de defe-

sa do excipiente, já que, independentemente de seu recebimento, a apresentação da exceção de incompetência "é ato processual apto a produzir a suspensão do processo" (STJ, REsp n. 243.492/MS, 3ª T., rei. Min. Nancy Andrichi). Improvimento do recurso. (TJRJ, AI n. 2006.002.15132, rei. Des. Maldonado de Carvalho, j. 03.10.2006)

Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

CC/1916: art 32.

A hipótese é de domicílio plural, ou seja, aquela em que a pessoa mantém mais de um local definitivo de residência, o que se caracteriza pela alternância.

O Código Civil de 1916 distinguia a pluralidade de domicílio tanto pela diversidade de residências onde a pessoa alternadamente vivesse como pela existência de vários centros de ocupações habituais. Esta última circunstância no Código atual veio disciplinada no art. 72, que trata do domicílio profissional.

Acerca do domicílio plural, ensina Washington de Barros Monteiro: "O indivíduo que assim se desdobra dispersa a sua personalidade. Em matéria de competência judiciária poderá ser acionado em qualquer dos lugares. A lei considera domicílio todos eles" (*Curso de direito civil*, 30. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, v. I, p. 128). O mesmo entendimento vigora sob o Código Civil de 2002, que também acolheu a pluralidade de domicílios, que o Código Civil francês repelira (art. 102).

Jurisprudência: Conflito negativo de competência entre juizes estaduais na função constitucionalmente delegada consoante art. 109, § 3º, da CF/88. Competência do domicílio do réu. Regra de competência relativa. Declaração de ofício. Impossibilidade. Caso de hipossuficiente que possui mais de um domicílio (art. 32 do Código Civil antigo, e art. 71 do atual) que pode demandar contra o INSS, postulando benefício, em qualquer deles. Súmula n. 33 do Col. STJ.

1 - Se o segurado, hipossuficiente, possui mais de um domicílio (o que é possível na órbita civil conforme o art. 32 do Código Civil revogado e do art. 71 do atual) a teor do permissivo constitucional contido no § 3º do art. 109 da Constituição pode demandar pleito de benefício previdenciário contra o INSS no foro estadual instalado em qualquer deles.

2 - A competência territorial é relativa e depende de exceção da parte interessada. Inocorrência no caso. Impossibilidade de sua declaração de ofício. Aplicação do art. 112 do CPC e Súmula n. 33 do STJ. (TRF, 3ª Região, CC n. 2002.030.002.96874/SP, rei. Juiz Johonsom Di Salvo, j. 07.05.2003)

Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

CC/1916: art. 32.

A pessoa pode residir com ânimo definitivo em determinado lugar e em outro centralizar suas atividades profissionais. Nesse caso, há modalidade especial de domicílio, de modo que, para as relações concernentes ao exercício da profissão, o lugar onde esta é exercida se considera domicílio.

O domicílio profissional, além de especial, pode ser plural, quando a pessoa em diversas localidades exercer sua profissão. Necessário, porém, divisar que o domicílio profissional só se caracteriza se na localidade também houver o estabelecimento com ânimo definitivo, não bastando o exercício de trabalhos eventuais ou temporários.

Art. 73. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.

CC/1916: art. 33.

O itinerante tem domicílio no local onde for encontrado.

Fixando os princípios fundamentais sobre o domicílio no Direito brasileiro, Pontes de Miranda afirma que, diferentemente de outros sistemas, não se admite a falta de domicílio, de modo que todos têm domicílio, mesmo “o que não tem residência, nem moradia (princípio da cogência do domicílio)” (*Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, v. I, p. 255).

Art. 74. Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar.

Parágrafo único. A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem.

CC/1916: art. 34.

Ocorre mudança de domicílio quando a pessoa natural transfere a residência com a intenção de transferir para outra localidade o centro de seus interesses.

Dada a importância do domicílio, é fundamental a prova da intenção de mudar, que se fará: a) pela declaração às municipalidades dos lugares que deixa e para onde vai; b) pelas circunstâncias da mudança.

Silvio Rodrigues pondera que as declarações às municipalidades raramente se dão “na vida prática, de modo que a lei admite, como prova da intenção de mudar o domicílio, a presença daquelas circunstâncias que rodeiam tal ato, ou seja, o comportamento do indivíduo, revelador de sua intenção de fixar novo centro de suas atividades” (*Direito civil - parte geral*, 32. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 108). Não se pode, porém, desprezar, para caracterizar a transferência do domicílio, a mudança do domicílio eleitoral, uma vez que o Código Eleitoral, consoante observa Paulo Lauro (*Código Eleitoral comentado por assunto e Lei de Inelegibilidade explicada de forma prática*. São Paulo, Editora Brasileira de Direito, 1975, p. 151), ao impor ao eleitor requerer ao juiz do novo domicílio sua transferência, estabelece exigências, que oferecem subsídios para confirmar a intenção de mudar que a lei civil reclama.

Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

I - da União, o Distrito Federal;

II - dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;

III - do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;

IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

§ 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

§ 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.

CC/1916: art. 35.

As pessoas jurídicas possuem domicílio, ou sede jurídica, e, conforme aduz Maria Helena Diniz, ‘como não têm residência, é o local de suas atividades habituais, de seu governo, administração ou direção, ou, ainda, o determinado no ato constitutivo’ (*Curso de direito civil brasileiro*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 245).

Sendo de direito público de natureza política, as pessoas jurídicas têm domicílio onde se localizar o respectivo governo; entretanto, não se devem confundir as regras jurídicas concernentes ao domicílio com as referentes ao foro, de modo que, embora o domicílio da União seja o Distrito Federal, “as causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte” e “as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal” (art. 109, §§ 1º e 2º, da CF). As mesmas regras se aplicam às autarquias, a despeito de sua natureza meramente administrativa.

As pessoas jurídicas de direito privado têm por domicílio o local onde estiver sua diretoria, podendo, entretanto, no ato constitutivo, eleger domicílio especial. A sede da diretoria não se confunde com estabelecimento, embora a este também se atribua relevância jurídica (art. 3º da Lei n. 11.101/2005).

Se a pessoa jurídica tiver vários estabelecimentos em lugares diferentes, cada qual será considerado domicílio para os atos nele praticados. Trata-se de pluralidade de domicílio, que mais serve a definir a competência em matéria jurisdicional, beneficiando aqueles que houverem com ela contratado.

Do mesmo modo e para as mesmas finalidades, as pessoas jurídicas estrangeiras, quanto às obrigações contraídas no Brasil, terão por domicílio o estabelecimento correspondente no território nacional (Lei n. 8.884/94, com a redação dada pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.149/2000).

Jurisprudência: Súmula n. 363, STF: A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência ou estabelecimento em que se praticou o ato.

Agravo de instrumento. Tributário e processual civil. Exceção de incompetência. Pessoa jurídica com estabelecimentos em lugares diversos. Art. 75, § 1º, do Código Civil, art. 100, do CPC e art. 127, II, do CTN. Agravo provido.

1 - De acordo com o art. 75, § 1º, do CC/2002, tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados. Isto significa que, para fins tributários, cada estabelecimento constitui uma unidade autônoma e individualizável.

2-0 art. 100 do CPC, de sua feita, dispõe que é competente o foro do lugar onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu.

3 - Por sua vez, preceitua o inciso II do art. 127 do CTN, que na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, considera-se como tal, quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento. Nesse sentido, pre-

cedentes desta Corte e do STJ. (TRF, 4ª Região, AI n. 2007.040.001.30686/RS, rei. Otávio Roberto Pamplona, j. 03.07.2007)

Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.

Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumpre a sentença.

CC/1916: arts. 36 a 40.

Domicílio necessário é o estabelecido por lei, independentemente da vontade do sujeito, por isso também chamado domicílio legal.

O domicílio legal, todavia, não afasta o voluntário, que pode ou não coincidir com aquele, dizendo Pontes de Miranda: “A pessoa pode estabelecer domicílio onde queira, porém não afasta com isto o domicílio legal” (*Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, v. I, p. 257).

Sendo a pessoa absoluta ou relativamente incapaz, o domicílio será o de seu representante ou assistente. Assim, o menor que não reside com os pais por motivo de estudos conservará o domicílio destes e, se forem separados, o daquele que detiver a guarda.

Quanto aos servidores públicos, nota-se que o Código se referiu, apenas, ao exercício permanente das funções, diferentemente do anterior, que excluía das hipóteses de domicílio legal o exercício de cargo em comissão. Não há, no texto atual, qualquer vinculação à natureza do provimento, bastando que haja permanência, ou seja, por todo o período do ano, e que não seja o exercício alternado ou periódico.

O militar de força terrestre do serviço ativo tem por domicílio o lugar em que servir, assim entendido como a guarnição a que pertencer, e não o lugar em que eventualmente estiver durante missão ou treinamento.

O militar da Marinha e o da Aeronáutica têm por domicílio a unidade a que se subordinarem, não importando seus deslocamentos.

O marítimo, isto é, integrante da Marinha Mercante, é domiciliado onde for matriculado o navio.

O preso tem por domicílio o lugar em que cumpre a sentença, devendo-se, portanto, entender que o domicílio necessário só se configura com a sentença condenatória, não abrangendo casos de prisão provisória. Pontes de Miranda vai além, dizendo que “é preciso que tenha havido condenação trânsita em julgado” (op. cit., p. 266). No caso específico do preso condenado, não se conserva o domicílio voluntário, à falta do pressuposto da residência ou centralização de negócios alhures.

Jurisprudência: Servidor público. Delegado de polícia. Ajuda de custo. Natureza da verba. Domicílio do servidor público. Local da designação e onde presta o serviço. Presunção absoluta. 1 - O servidor público tem domicílio necessário no lugar onde exerce permanentemente suas funções. Inteligência do art. 76 do Código Civil. Presunção absoluta, segundo a doutrina. 2 - A ajuda de custo tem natureza indenizatória e previsão no art. 53, II, da Lei-RS a 7.366/83, c/c o art. 91 da LC-RS n. 10.098/94. Destina-se a compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, passe a ter exercício na nova sede, com

mudança de domicílio. 3-0 apelado foi removido, *ex officio*, da 17ª Delegacia de Polícia de São Jerônimo, para a 7ª Delegacia de Polícia localizada no bairro Belém Novo, em Porto Alegre, bairro onde o apelado está residindo desde março 2003. Apelação improvida. Sentença de procedência confirmada. Vencido o relator. (TJRS, Ap. cível n. 70011595055, 3ª Câmara Cível, rei. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 18.08.2005, DJ 03.10.2005)

Previdenciário. Processo. Domicílio necessário. Servidor público. Art. 76, Código Civil. Comarca não sede de vara federal. Art. 109, § 3º, CF.

1 - O servidor público possui domicílio necessário, nos termos do art. 76, do Código Civil, no lugar em que exercer permanentemente suas funções, sendo este foro competente para a propositura de ação para discutir questões de natureza previdenciária.

2-0 art. 109, § 3º, da Constituição Federal, possibilita o processo e o julgamento na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal. (TRF, 4ª Região, AI n. 2006.040.000.33871/PR, rei. Des. Otávio Roberto Pamplona, j. 03.05.2006)

Processo civil. Agravo de instrumento. Competência territorial relativa. Prorrogação de competência. Exceção de incompetência da União.

1 - A incompetência territorial é relativa, ou seja, não pode ser declarada de ofício pelo juiz, mas apenas por meio de exceção, a qual, no caso em questão, foi interposta pela União.

2 - Por ter sido interposta a exceção de incompetência, os agravados devem interpor a ação nos foros de seus domicílios.

3 - Condição dos recorrentes de servidores públicos, que, como é cediço, têm, por domicílio, nos termos do art. 76, parágrafo único, do Código Civil, o lugar em que exercem, permanentemente, as suas funções.

4 - Agravo regimental prejudicado. Agravo de Instrumento improvido. (TRF, 5ª Região, AI n. 2004.050.002.86742/PB, rei. Des. Élio Wanderley de Siqueira Filho, j. 08.06.2006)

Conflito negativo de competência. Ação de indenização. Absolutamente incapaz. Domicílio necessário. Foro privilegiado. Abrangência do art. 98, do CPC. Competência do juízo suscitado. Patente a incapacidade do autor da ação de indenização, impõe-se o reconhecimento da sua *capitio diminutio*, sendo o seu domicílio legal ou necessário, nos termos do art. 76, do CC/2002, o do seu representante. Instrumentalizando a norma de direito material, que vincula o domicílio do incapaz ao domicílio do seu representante legal, o Código de Processo Civil, em seu art. 98, estabeleceu que "a ação em que o incapaz for réu se processará no foro do domicílio do seu representante". Entendendo que à aludida norma processual deve ser dada uma maior abrangência, por meio de uma interpretação sistemática, de modo que, também nas ações em que o incapaz figurar como demandante seja reconhecido o foro privilegiado do seu representante, eis que a proteção dos seus interesses constitui um dos princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, de igualar os desiguais. (TJMG, Conflito negativo de competência n. 1.0000.07.452938-9/000, rei. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. 02.08.2007)

Decisão monocrática. Agravo de instrumento. Exceção de incompetência de foro. Litisconsórcio facultativo. Possibilidade de propositura da ação no foro do domicílio de um dos autores. Domicílio do militar. Art. 76 e parágrafo único do Código Civil. Negado seguimento ao recurso por manifestamente improcedente. (TJRS, AI n. 70.021.506.894, 3ª Câmara Especial Cível, rei. Leila Vani Pandolfo Machado, j. 11.10.2007, DJ 26.10.2007)

Art. 77.0 agente diplomático do Brasil, que, citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade sem designar onde tem, no país, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde o teve.

CC/1916: art. 41.

A regra que estabelece o domicílio do diplomata tem natureza processual, pois parte do pressuposto de que tenha sido “citado no estrangeiro”. Deve, ainda, gozar de extraterritorialidade e alegá-la.

Reunidos esses requisitos, se designar o lugar onde tem domicílio no Brasil, este prevalecerá. Se não designar, poderá o autor demandá-lo no Distrito Federal ou no último ponto do território nacional onde tiver sido domiciliado.

A matéria é, também, de interesse do direito público internacional, pelo que aduz Bevilacqua: “O ministro diplomático mantém o seu domicílio no país que representa. É perante os tribunais do seu país que o devem acionar os seus credores, exceto: 1º) se, expressamente, renuncia esse privilégio, mediante autorização do seu governo; 2º) se, autorizado, comparece perante tribunal estrangeiro; 3º) se se trata de questão sobre imóvel situado em território estrangeiro” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 210).

Art. 78. Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.

CC/1916: art. 42.

Trata-se do domicílio convencional.

Muitas vezes confundido com o foro de eleição, o local determinado pelas partes onde se exercitam e cumprem os direitos e obrigações se relaciona com o art. 327: “Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias. Parágrafo único. Designados dois ou mais lugares, cabe ao credor escolher entre eles”.

É, portanto, a convenção sobre o local de execução do contrato.

No âmbito do direito processual, a regra encontra paralelo no art. 111 do Código de Processo Civil, segundo o qual as partes “podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações”.

Nas relações de consumo, todavia, a eleição de foro encontra óbice se dificultar a defesa do consumidor (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90).

Jurisprudência: Súmula n. 335, STF: É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.

LIVRO II DOS BENS

TÍTULO ÚNICO DAS DIFERENTES CLASSES DE BENS

CAPÍTULO I DOS BENS CONSIDERADOS EM SI MESMOS

Seção I Dos Bens Imóveis

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

CC/1916: art. 43.

Embora utilizadas, muitas vezes, como sinônimos, não se confundem bens e coisas, podendo-se dizer que estas são o gênero e aqueles, espécies, distinguindo R. Limongi França como “co/sa, tudo o que se encontra, já no mundo exterior, já no mundo interior do homem”, enquanto “*bem* é a coisa que constitui ou pode constituir o objeto de um direito”, de modo que, também, “em se tratando de coisas materiais, o que caracteriza o bem jurídico é o valor econômico, oriundo da utilidade e da limitação”, ou seja, aquilo que é útil, por satisfazer uma necessidade, e raro, por não existir em abundância tal que a todos seja acessível. Em se tratando de coisas imateriais, “são elas objeto dos direitos quando apresentam pelo menos um interesse moral” (*Instituições de direito civil* 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 98), como a honra, a liberdade, a propriedade literária etc.

Os bens, segundo Bevilacqua, “constituem a parte positiva do patrimônio” (*Theoria geral do direito civil* 6. ed., atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 209), já que, no dizer de Planiol, o patrimônio é único, como a pessoa (*“Le patrimoine est un, comme la personne; tous les biens et toutes les charges forment une tmasse unique”*) (*Traité Élémentaire de Droit Civil* Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1908, 1.1, p. 681), finalizando Maria Helena Diniz: “o patrimônio é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente” (*Curso de direito civil brasileiro*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 276).

É preciso destacar, porém, que existem certas coisas que não podem ser objeto de apropriação ou alienação, daí a classificação em “coisas no comércio e fora do comércio {*res extra commercium*} a que aludia o art. 69 do Código Civil de 1916. A inviabilidade pode ser natural, como se dá com o ar atmosférico, ou por disposição de lei, como nos casos de bens cuja utilização é proibida (ex.: alguns tóxicos), além de hipóteses de inalienabilidade voluntária, estabelecida nas doações ou testamentos, sendo, todavia, nesses casos, relativa e temporária a impossibilidade.

Por vários modos se classificam os bens, levando-se em conta certa peculiaridade, de modo que um mesmo objeto pode inserir-se em várias classificações, como um lápis, que é *móvel e fungível* e um prédio, que é *imóvel* mas *público* ou *particular*.

A ramificação básica é a que os classifica em: a) bens considerados em si mesmos, ou em sua própria individualidade, e b) bens reciprocamente considerados, ou um em relação a outro.

Considerados em si mesmos comportam subdivisão quanto: a) à tangibilidade (tangíveis, também chamados corpóreos ou materiais, ou intangíveis, incorpóreos ou imateriais);

b) à mobilidade (móveis ou imóveis); c) à fungibilidade (fungíveis ou infungíveis); d) à consumibilidade (consumíveis ou não consumíveis); e) à divisibilidade (divisíveis ou indivisíveis); f) ao modo de constituição (singulares ou coletivos); g) à titularidade (públicos ou particulares).

O art 79 define os bens imóveis por natureza, ou seja, os que não se podem transportar, sem alteração da natureza. Na verdade, imóvel por natureza é apenas o solo, porém o Código incluiu na mesma classificação as acessões. As árvores e frutos da terra enquanto não separados consideram-se imóveis, mas podem ser alienados para corte ou colheita e, nesses casos, classificam-se como móveis por antecipação.

No Código de 1916 também se incluíam “o espaço aéreo e o subsolo” (art. 43,1), cuja propriedade, entretanto, não se harmoniza com a Constituição Federal (art. 176, §§ Iº a 4º), mas o Código vigente estabeleceu o compasso ao dispor que “a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais” (art. 1.230), sem embargo de que “a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las” (art. 1.229).

A legislação especial estabelece regras acerca das águas (Decreto n. 24.643/34) e de minas (Decreto-lei n. 227/67).

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

CC/1916: art. 44.

A distinção entre bens móveis e imóveis guarda certo paralelismo com a classificação romana em *res tnncipi* e *nec mancipu* pois, segundo o valor atribuído, exigia-se ou não a solenidade da *mancipatio*, sendo as mais importantes chamadas *res tnncipi*. Na Idade Média, o imóvel apresentava maior relevância; os móveis eram considerados bens secundários. Pelo alto valor que muitos apresentam, como as cotas societárias, as coisas móveis vêm ganhando importância. Remanesce, todavia, a tradição de se reputarem imóveis certos bens que são naturalmente móveis, para realçar o valor.

O Código de 1916, além dos “direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram”, bem como “o direito à sucessão aberta”, incluía entre os imóveis “as apólices de dívida pública com a cláusula de inalienabilidade” (art. 44).

São direitos reais sobre imóveis a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador de imóvel, a hipoteca e a anticrese (art. 1.225). As ações, propriamente, não se classificam como bens, dado o caráter público que ostentam e que não se confunde com o eventual direito material discutido. Já quanto ao direito à sucessão aberta, pouco importa que o acervo seja composto só de bens móveis, pois se refere, apenas, ao direito à herança e somente após a partilha é que se tratará dos bens individualmente.

Ganha relevo a circunstância de esses bens serem considerados imóveis pelo fato de suas alienações, em regra, exigirem escritura pública (art. 108).

O novo Código não incluiu entre os bens imóveis por definição legal o penhor agrícola, como fazia o art. 44,1, do Código de 1916, porém o penhor rural, que compreende o agrícola e o pecuário, está sujeito ao registro no Serviço de Registro de Imóveis do local em que estiverem as coisas empenhadas (art. 1.438).

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

CC/1916: art. 46.

Em algumas circunstâncias, embora naturalmente tornadas móveis, as partes do imóvel conservam a qualidade de imóveis. Trata-se de uma ficção legal e vinculada à intenção do proprietário de reempregá-las.

Os materiais de construção, como telhas, tijolos e madeiras, adquirem o caráter de imóveis quando empregados numa construção. Se retirados provisoriamente e em geral para consertos ou reformas, não perdem esse caráter.

O dispositivo inseriu hipótese nova em relação ao Código de 1916. Neste (art. 46) só entravam em tal categoria o que se acha no inciso II: “os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem”. O contido no inciso I não se refere a partes do edifício, mas a toda edificação que for transportada para outro local. Por certo, são as construções pré-fabricadas ou blocos de edifícios. Removidos para outro terreno, a este ficarão incorporados e não mais ao anterior, contudo não perderão o caráter de imóvel. As consequências, porém, são relevantes, a começar pelo cancelamento da averbação da construção no Registro de Imóveis e modificação do valor venal para fins de lançamento tributário. Não previu o legislador a hipótese de o imóvel de onde se retira a edificação ter sido hipotecado (art. 1.474), o que importa redução da garantia, parecendo que a remoção, no caso, terá de ser autorizada pelo credor (art. 1.499, IV).

Seção II **Dos Bens Móveis**

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

CC/1916: art. 47.

São os bens móveis por natureza, compreendendo duas espécies: os semoventes (animais) e as coisas inanimadas. Podem ser deslocados ou deslocar-se sem que percam seus atributos, mas não readquirem a qualidade de móveis os materiais provisoriamente separados de um prédio para nele se reempregarem (art. 81, II).

Os atributos a serem preservados, quando removidos esses bens, são tanto a substância material como a utilidade para os fins a que se destinam.

Navios e aeronaves, embora móveis por natureza, são tratados pela lei como imóveis, sujeitando-os à hipoteca (art. 1.473, VI e VII).

As árvores destinadas a corte e os frutos que devem ser colhidos consideram-se móveis por antecipação, do que decorre a desnecessidade de outorga uxória e a incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e não de transmissão de bens imóveis.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

- I - as energias que tenham valor econômico;
- II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;
- III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

CC/1916: art. 48.

São os bens móveis por definição legal.

Devem-se acrescentar a essa classificação os direitos de autor, conforme a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (art. 3º), e a propriedade industrial, disciplinada pela Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 (art. 5º).

Em relação ao Código de 1916, nota-se a inclusão das energias que tenham valor econômico, que são bens incorpóreos, como assinala Orlando Gomes: "Bem incorpóreo, o que, não tendo existência material, pode ser objeto de direito. Têm essa natureza as forças naturais, de valor econômico, tais como a *energia elétrica*, a *energia térmica* e a *energia fonética*^{9*} (*Introdução ao direito civil*> 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 212). O Código Penal já equiparava "à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico" (art. 155, § 3º).

Entre os direitos reais sobre coisas móveis acham-se a propriedade, o usufruto dos móveis e semoventes, o penhor e as pretensões nele fundadas.

Por direitos pessoais de caráter patrimonial entendem-se os direitos de crédito.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

CC/1916: art. 49.

Os materiais de construção podem situar-se nos seguintes momentos: a) antes de empregados; b) empregados na construção; c) retirados de uma construção para nela mesmo se reempregarem; d) provenientes de demolição.

Empregados numa construção ou dela retirados para serem reempregados são coisas imóveis (arts. 79 e 81, II). Antes de serem empregados ou oriundos de demolição, os materiais são coisas móveis.

A definição desses momentos, em razão do tratamento jurídico diferente que recebem as coisas móveis e imóveis, é relevante.

Seção III

Dos Bens Fungíveis e Consumíveis

Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

CC/1916: art. 50.

A fungibilidade é atributo próprio das coisas móveis, de modo que dessa classificação ficam excluídos os imóveis.

São fungíveis as coisas móveis que apresentam equivalência com outras. Para Manuel A. Domingues de Andrade, "uma relação jurídica versa sobre coisas fungíveis quando tem por objecto uma certa quantidade de coisas de determinado gênero, quantidade a preencher, na

altura própria (cumprimento da obrigação de entregar ou de restituir), com quaisquer coisas do gênero previsto, desde que perfaçam o montante indicado (*res quae in genere suo functionem recipiunt*)” (*Teoria geral da relação jurídica*, 4. reimpr. Coimbra, Almedina, 1974, v. I, p. 252).

Em vários aspectos a classificação das coisas em fungíveis ou infungíveis é importante, como, por exemplo: a) no contrato de empréstimo, se fungível, trata-se de mútuo e, se infungível, de comodato (arts. 579 e 586); b) na locação, que se presta apenas a coisa infungível (art. 565); c) na compensação, que é admitida entre coisas fungíveis (art. 369); d) no pagamento com coisa fungível que o credor tenha consumido de boa-fé (art. 307, parágrafo único); e) na definição de coisa incerta (art. 243); f) no procedimento para entrega de coisa (arts. 461-A e 1.102-A do CPC).

Por motivos de ordem subjetiva ou convenção, certas coisas fungíveis podem ganhar a qualificação de infungíveis, como exemplifica Clóvis Bevilacqua: “Assim, alguém empresta uma garrafa de vinho, para lhe ser restituída a mesma” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. 1, p. 225).

Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.

CC/1916: art. 51.

Duas são as espécies: o consumo material e o consumo civil ou jurídico. Na primeira, ocorre a destruição física, que, na verdade, significa a perda da forma primitiva que lhe dá aptidão para a função econômica, como no caso dos alimentos e dos combustíveis e também da tinta depois de empregada nas paredes. Na segunda, ocorre simplesmente a alienação da coisa, como a venda das mercadorias de um estabelecimento comercial, uma vez que a utilização normal é exatamente o esgotamento do estoque.

Não se prestam as coisas consumíveis ao usufruto (arts. 1.390 e 1.400), porque aquelas se caracterizam pela inviabilidade de conservação dos atributos necessários a atingir suas finalidades.

Coisas não consumíveis são aquelas que, embora utilizadas, preservam suas qualidades para os fins a que se destinam. Com o passar do tempo ocorrerá a deterioração, perecendo as primitivas forma e utilidade, como é normal a todas as coisas materiais, mas isso não as faz inclusas na classificação de coisas consumíveis, cuja característica é a destruição imediata. Em posição intermediária encontram-se as coisas deterioráveis (*res quae usu minuuntur*), como as roupas e calçados, porém, do ponto de vista jurídico, são meras variantes das não consumíveis. No Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), a distinção aparece com a denominação de serviço e de produto não duráveis ou duráveis (art. 26, I e II).

Seção IV **Dos Bens Divisíveis**

Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.

CC/1916: art. 52.

Trata-se de critério de divisão real ou material, porque, também, é possível a divisão ideal, conforme se dá no condomínio, em que para cada condômino supõe-se uma fração ideal do bem.

A divisão jurídica exige que cada parte venha a constituir um todo, com função econômica, como no caso de um terreno dividido em lotes. Se houver comprometimento da utilidade, ainda que materialmente possível, a coisa deve considerar-se indivisível.

A indivisibilidade ou divisibilidade é levada em consideração na definição e consequências de várias relações jurídicas, tanto no campo dos direitos pessoais como no dos reais. Assim é que as obrigações podem ser divisíveis ou indivisíveis (arts. 257 a 263); as servidões prediais são indivisíveis (art. 1.386); a hipoteca é indivisível (art. 1.420, § 2º). No condomínio, múltiplas são as consequências da indivisibilidade, como a tendência ao desaparecimento da comunhão (art. 1.322) e o direito de preferência do condômino na aquisição da coisa indivisível (art. 504).

Art. 88. Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes.

CC/1916: art. 53, II.

Os bens podem ser indivisíveis: a) por natureza; b) por disposição legal; c) pela vontade das partes.

São indivisíveis por natureza aqueles que não podem partir-se sem alteração em sua substância ou perda da função econômica.

A indivisibilidade legal ocorre quando, embora naturalmente divisível a coisa, é inviável a divisão em virtude de proibição da lei, como no caso dos terrenos loteados (art. 4º, II, da Lei n. 6.766/79) ou do imóvel rural abaixo do módulo (art. 65 da Lei n. 4.504/64). Não fica, porém, vedado o condomínio.

Mediante negócio jurídico, pode-se estabelecer a indivisibilidade do bem, entretanto, essa situação compulsoriamente não pode figurar por prazo superior a cinco anos (art. 1.320, §§ 1º a 3º).

Seção V

Dos Bens Singulares e Coletivos

Art. 89. São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram *de per si*, independentemente dos demais.

CC/1916: art. 54, 1.

Nessa classificação dos bens, que atende ao modo de sua constituição, o Código de 1916 dizia que “as coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas”. Desde logo criticada, inclusive por Bevilacqua, que a reputava sem interesse prático e por seu caráter artificial, tanto que abandonada no projeto primitivo, mas inserida pela comissão revisora do Governo (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 229), foi aplaudida por Orlando Gomes, afirmando que em Direito a distinção não se faz como na Química e o critério é econômico-social (*Introdução ao direito civil* 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 226).

O atual Código suprimiu a referência às *coisas simples e compostas*, firmando a divisão em *singulares e coletivas*.

Na definição de Bevilaqua, "coisas singulares são as que se consideram *de per si*, na sua individualidade" (op. cit.), ou seja, cada unidade cumpre isoladamente sua função econômica.

Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

CC/1916: art. 54, II.

Por universalidade se entendem as coisas coletivas, definindo Bevilaqua: "Coisas coletivas (*universitates rerum*) são as que, sendo compostas de várias coisas singulares, se consideram em conjunto, formando um todo econômico (*ex distantibus constant*), e designando-se por um nome genérico (*uni nomini subjecta*). Distinguem-se em universalidades de fato, que são agregados de coisas corpóreas, como um rebanho, uma loja, uma biblioteca; e universalidades de direito, unidades abstratas de coisas e direitos, como o patrimônio, a herança, o dote, os pecúlios" (*Theoria geral do direito civil*, 6. ed., atualizada por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 235).

Criticada a distinção entre universalidades de fato e de direito por parte da doutrina (Fadda e Bensa), o legislador, entretanto, a mantém, sendo valiosos os subsídios trazidos por Serpa Lopes para identificar a universalidade de fato: "1º) uma multipluridade de coisas autônomas, distintas entre elas; 2º) que as coisas tenham uma individualidade econômica própria e um valor de comércio isolada e independentemente do agregado a que estiverem filiadas; 3º) uma comum destinação econômica" (*Curso de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 369).

Dada a autonomia de cada um dos objetos, na universalidade de fato, é possível estabelecer-se relação jurídica a respeito de cada objeto que compõe a coletividade, por exemplo, a venda ou doação de um livro de certa biblioteca.

Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

CC/1916: arts. 54, II, e 57.

A universalidade de direito se identifica pela submissão a regras estabelecidas em lei. Assim é que Orlando Gomes a define como "um complexo de direitos e obrigações a que a ordem jurídica atribui caráter unitário, como o dote ou a herança. A unidade é resultante da lei", caracterizando-se: "a) por ser constituída por um complexo de relações jurídicas; b) porque o vínculo unitário e funcional resulta exclusivamente da lei; c) pela indiferença dos seus elementos e sua permutabilidade, sem que contravenha a sua unidade de identidade" (*Introdução ao direito civil*, 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 227).

Dessas características resultam conseqüências de ordem prática da mais alta relevância, como a sub-rogação real, embora não repetida expressamente, como constava do art. 56 do Código de 1916 (*in iudicis universalibus res succedit in loco pretii et praetium in loco rei*), mas contida no art. 39 do Código atual e na regra de que o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores, sem importar a época em que os bens naquele entraram (art. 957).

É, pois, a lei que estabelece a função da universalidade de direito.

CAPÍTULO II DOS BENS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS

Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

CC/1916: art. 58.

Na classificação dos bens reciprocamente considerados, ou um em relação a outro, distinguem-se o principal e o acessório.

Coisa principal é a que tem existência própria, independente de outra, e acessória, a que supõe a existência de outra, a principal.

O Código de 1916 cuidava de oferecer, nos arts. 60, 61 e 62, um rol das várias espécies de acessórios: os frutos, os produtos, os rendimentos, os produtos orgânicos do solo, os minerais (excluídos pela legislação posterior), as obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície, e as benfeitorias. Não o fez de modo sistemático o Código atual, mas nele se enumeram os frutos e os produtos (arts. 95 e 1.232), e, quanto aos minerais, acomodou-se à Constituição Federal (arts. 1.230 do CC e 176 da CF).

A regra existente no art. 59 do Código anterior, segundo a qual, “salvo disposição em contrário, a coisa acessória segue a principal”, não foi repetida no Código de 2002, entretanto prevalece como forma suplementar de expressão do Direito, na medida em que inserida em conhecido brocardo jurídico - *cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent* (limongi França, R. *Brocardos jurídicos*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969, p. 104). Além disso, segundo Bevilacqua, “este é o cânon fundamental da teoria da acessão (D. 34.2, fr. 19, § 13 - *accessio cedat principali*)” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. II, p. 233).

Observam, ainda, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que “a regra não repetida expressamente neste capítulo foi mantida no corpo do CC: v. CC 1.209; CC 233; CC 364; CC 287” (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 48).

Necessário, entretanto, advertir que diversa é a regra no que diz respeito às pertenças (art. 94) e que importante inovação trouxe o Código em vigor no tocante às acessões, invertendo a regra tradicional, “se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno” (art. 1.255, parágrafo único; veja também arts. 1.258 e 1.259).

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

CC/1916: sem correspondente.

As pertenças, espécie de coisa acessória, não eram mencionadas no Código de 1916, conquanto nessa categoria se pudessem incluir os imóveis por acessão intelectual (“tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade” - art. 43, III).

Segundo José Carlos Moreira Alves, “embora haja autores que sustentem o contrário, no Direito romano não se conheceram as pertenças que são as coisas - à semelhança dos *instrumenta* e dos *ornamenta* do Direito romano - que, não obstante tenham individualidade pró-

pria, o titular de direito real sobre elas coloca a serviço ou como ornamento da coisa principal” (*Direito romano*, 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. I, p. 143).

Assim, as pertenças são coisas acessórias que, conservando individualidade e autonomia, têm com a principal, de modo duradouro, uma subordinação econômica, para atingir suas finalidades. São exemplos a moldura de um quadro, a engenhoca adaptada a um veículo para melhor desempenho de seu motor ou economia de combustível, as máquinas e implementos agrícolas em uma fazenda ou ornamentos, como vasos de flores de uma residência.

São elementos essenciais para caracterização das pertenças: a) vínculo intencional, material ou ideal, de se pôr a serviço da coisa principal; b) destinação duradoura, permanente e efetiva a bem da coisa principal, não se caracterizando se for meramente transitória ou inócua.

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

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo encerra uma exceção à regra consagrada *accessorium sequitur principale*. Discorrendo sobre texto assemelhado do Código português (art. 210º/2), critica Antonio Menezes Cordeiro: “Trata-se dum aparatoso erro histórico: desde o Direito romano, passando pelo intermediário, pelos Direitos francês, alemão e italiano e pelo Direito português clássico - basta ver Guilherme Moreira e Manuel de Andrade! - que a autonomização de coisas acessórias e/ou pertenças sempre teve o sentido útil de aplicar, ainda que de modo mais ou menos matizado, ao acessório, o regime do principal. A não ser assim, nem se compreenderia o porquê da autonomização da categoria: sendo uma coisa distinta, é evidente que nunca haveria que lhe aplicar o regime duma outra. De todo o modo, a regra está em vigor: haverá que viver com ela” (*Tratado de direito civil português*, 2. ed. Coimbra, Almedina, 2002, v. 1 (Parte Geral), t. II (Coisas), p. 170).

Para que as pertenças sigam a sorte da coisa principal, é preciso que: a) exista disposição legal a respeito, ou b) ocorra manifestação da vontade das partes, que pode ser expressa ou tácita, ou c) as circunstâncias do caso autorizem a interpretação nesse sentido (art. 111).

Art. 95. Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico.

CC/1916: art. 60.

Frutos são bens que de outro nascem periodicamente, sem destruição ou prejuízo para este (*fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet*). São utilidades periodicamente advindas do capital, portanto vinculadas à destinação econômica.

Caracterizam-se os frutos pela periodicidade, pela inalterabilidade da substância e por serem separáveis do bem principal. Classificam-se em *naturais* (resultam do desenvolvimento orgânico), *industriais* (dependem da intervenção humana) e *civis* (equivalem aos rendimentos, como juros e aluguéis). Quanto ao estado, dividem-se em *pendentes* (os unidos à coisa que o produz), *percebidos* (os já colhidos) e *percipiendos* (os que já podiam ser colhidos, mas não foram). Essas distinções têm importância prática no tratamento da posse (arts. 1.214 a 1.216) e do usufruto (arts. 1.394 a 1.399).

Produtos são utilidades retiradas de uma coisa com diminuição da quantidade até esgotar-se (ex.: minerais, a lã do carneiro, o leite etc.).

O Código de 1916 referia-se, também, a rendimentos, que, na verdade, são os frutos civis.

Os frutos e produtos podem ser transacionados antes de separados, o que permite qualificá-los como coisas móveis por antecipação em certas circunstâncias.

Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.

§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

CC/1916: art. 63.

Benfeitorias são despesas e obras destinadas à conservação (necessárias), melhoramentos ou melhor utilização (úteis) e aformoseamento (voluptuárias) de uma coisa.

As definições legais correspondem às de Paulo e guardam interesse no tratamento da posse (arts. 1.219 a 1.222). “O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis” (art. 1.219). Já “ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias” (art. 1.220). O mesmo interesse se dá na locação predial urbana (art. 35 da Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991).

Não se devem confundir benfeitorias com acessões, embora em muitas circunstâncias recebam tratamento assemelhado. A acessão se caracteriza pela aquisição de coisa nova, enquanto a benfeitoria se faz sobre coisa antes já existente.

Jurisprudência: Anulação de negócio jurídico. Posse de boa-fé. Direito de indenização e retenção por benfeitorias úteis e necessárias. Realizadas pelo possuidor de boa-fé benfeitorias necessárias, entendidas como aquelas que visam a conservar a coisa ou evitar que ela se deteriore, ou úteis, definidas como as que aumentam ou facilitam o uso do bem, terá o possuidor direito à indenização, podendo, em ambos os casos, exercer o direito de retenção. Considera-se possuidor de boa-fé aquele que ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído. (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.489342-1/000(1), rei. Duarte de Paula, j. 17.11.2005, publicação 07.12.2005)

Art. 97. Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobre- vindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.

CC/1916: art. 64.

As benfeitorias pressupõem a intenção de conservar, melhorar ou aformosear o bem, mediante intervenção humana. Bem por isso é que podem ser indenizadas, para coibir o enriquecimento sem causa (arts. 1.219 e 1.220).

O que provém da natureza, sem dispêndio do possuidor, não enseja indenização, porquanto o acréscimo não é devido à atividade do homem. Tratamento excepcional, todavia, recebe a avulsão, que pode dar lugar a indenização (art. 1.251), mas que, de resto, não se insere propriamente no âmbito das benfeitorias, e sim no da acessão (art. 1.248, III).

CAPÍTULO III DOS BENS PÚBLICOS

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

CC/1916: art. 65.

Quanto ao respectivo sujeito ou titular, os bens se classificam em públicos ou particulares.

São públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41), e particulares os demais, sejam seus proprietários pessoas físicas ou outras pessoas jurídicas.

Os governos estrangeiros ou entidades por estes constituídas, ou que dirijam ou hajam investido em funções públicas, encontram restrições legais para aquisição de bens no Brasil (art. 11, §§ 2º e 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e Lei n. 4.331/64).

O domínio público, segundo Hely Lopes Meirelles, exterioriza-se “em poderes de soberania e em direitos de propriedade. Aqueles se exercem sobre todas as coisas de interesse público, sob a forma de *domínio eminente*, este só incide sobre os bens pertencentes às entidades públicas, sob a forma de *domínio patrimonial** (*Direito administrativo brasileiro*, 22. ed. São Paulo, Malheiros, 1990, p. 433). O domínio eminente é manifestação da soberania e é em razão dele que o Estado firma limitações sobre a propriedade privada e mantém um poder sobre todas as coisas encontradas em seu território. O domínio patrimonial é direito de propriedade, embora sujeito a regras do direito público.

Jurisprudência: Usucapião. Bem pertencente à empresa pública. Definição de bem público. Art. 98, CC. Bens pertencentes a empresa pública não abrangidos. Prescrição aquisitiva. Possibilidade. A análise do art. 98 do Código Civil demonstra que o legislador excluiu os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado da qualidade de bens públicos, considerando como tais apenas os bens que estejam sob o domínio e patrimônio das pessoas jurídicas de direito público. Não pode, assim, a sociedade de economia mista invocar o benefício da imprescritibilidade aquisitiva em seu favor, visto não estar agraciada por tal benefício constitucional. (TJMG, Proc. n. 1.0027.99.005400-2/001(1), rei. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 05.10.2004, publicação 15.10.2004)

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

CC/1916: art. 66.

O dispositivo traz uma classificação e uma enumeração de bens públicos.

A classificação contém» segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “terminologia própria, peculiar ao Direito brasileiro, não seguindo o modelo estrangeiro, onde é mais comum a bipartição dos bens públicos, conforme o regime jurídico adotado” (*Direito administrativo*, 15. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 540).

A enumeração não é exaustiva, achando-se na Constituição Federal outras referências, como ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo” (art. 225) e às jazidas, que “pertencem à União” (art. 176), sendo que, no rol de Hely Lopes Meirelles, “as terras públicas compõem-se de terras devolutas, plataforma continental, terras ocupadas pelos silvícolas, terrenos de marinha, terrenos acrescidos, ilhas dos rios públicos e oceânicas, álveos abandonados, além das vias e logradouros públicos e áreas ocupadas com as fortificações e edifícios públicos” (*Direito administrativo brasileiro* 22. ed. São Paulo, Malheiros, 1990, p. 463).

Bens de uso comum do povo são aqueles a que todos têm acesso, gratuitamente ou não (art. 103); bens de uso especial, os afetados a atividades inerentes ao serviço público. Os bens dominicais integram o chamado domínio privado do Estado, porque nem afetados ao uso coletivo nem ao serviço público.

O parágrafo único do art. 99, que não encontra correspondência no Código de 1916, permite» porém, que a lei instituidora de uma pessoa jurídica pública qualifique seus bens, independentemente da destinação que tiverem.

Jurisprudência: Administrativo. Ação de reintegração de posse. Estabelecimento comercial construído em terreno de marinha. Ocupação irregular. Mesas e cadeiras em área de praia. Bem da União de uso comum do povo. Impossibilidade de ocupação por particular. Demolição, com direito a indenização. Boa-fé do ocupante. Cobrança da multa prevista na Lei n. 9.636/98. Impossibilidade. Irretroatividade.

1 - Pretensão da União de obter reintegração de posse contra a empresa proprietária da Barraca Segredos do Mar -12, localizada na Praia do Francês, no Município de Marechal Deodoro/AL, que comercializa alimentos e bebidas.

2 - Do conjunto probatório colacionado aos autos, verifica-se que a ocorrência do esbulho restou comprovada, em razão de que o citado estabelecimento comercial foi construído em terreno de marinha, sem autorização da União para a sua regular ocupação, nos termos do Decreto-lei n. 9.760/46, além do que foi construído em local destinado como área verde, ou seja, não sujeita à edificação, bem como vem se expandindo irregularmente em direção à praia, área de uso comum do povo, o que é vedado pelo art. 10, *caput*, §§ 1º e 3º, da Lei n. 7.661/88.

3 - Sendo as praias bens públicos da União de uso comum do povo, não são legalizáveis as construções e as limitações nelas empreendidas, por não serem passíveis de ocupação individual por particular.

4 - Apesar de irregular, sendo a posse de boa-fé, haja vista que a Barraca em questão teve o apoio da Empresa Alagoana de Turismo, o que deu a aparência de regularidade à situação, é cabível indenização pela demolição das construções, a teor do art. 1.255 do Código Civil/2002.

5 - A imposição de multa pela União, em face da ocupação irregular, nos termos da Lei n. 9.636, de 15.05.1998, não é devida, visto que a ocupação do terreno é anterior ao referido dispositivo legal, que não pode retroagir para estipular multas por infrações administrativas. Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF, 5ª Região, Ap. n. 2002.800.000.13756/AL, rei. Des. Frederico Pinto de Azevedo, j. 05.07.2007)

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis ou indisponíveis, porque destinados à coletividade ou ao serviço público, respectivamente.

Há duas modalidades de bens públicos: os de domínio público do Estado, compreendendo os de uso comum do povo e os de uso especial, e os de domínio privado do Estado, ou seja, os bens dominicais (nt pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 15. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 541). Os de uso comum do povo sequer têm valoração patrimonial; os demais possuem valor patrimonial, mas os de uso especial são inalienáveis, porque afetados.

Jurisprudência: Súmula n. 340, STF: Desde a vigência do Código Civil, os bens dominiais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

CC/1916: art. 67.

Os bens dominicais se acham no chamado patrimônio disponível, consoante se extrai do Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União (Decreto n. 15.783, de 08 de novembro de 1922, art. 807), podendo ser alienados.

A alienação desses bens públicos, porém, não é livre, sujeitando-se a regras de direito público, devendo obedecer ao disposto na Lei n. 8.666, de 21 de junho 1993 (arts. 17 e 19). É certo, ainda, como adverte Marçal Justen Filho, que “as regras acerca de alienações abrangem amplamente outras modalidades de relacionamento” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* 8. ed. São Paulo, Dialética, 2001, p. 167), por exemplo, a concessão de direito real de uso de bens imóveis, forma de alienação não admitida sobre bens particulares, disciplinada pelo Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967.

Disciplina especial também ocorre na destinação de terras públicas e devolutas, que deverá ser compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária (art. 188 da CF). Já as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (art. 231, § 4º, da CF); também são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais (art. 225, § 5º, da CF).

Jurisprudência: Direito processual civil e administrativo. Bem público. Ação de extinção de condomínio. Fração pertencente a município. Possibilidade. Prévia autorização legislativa. Prescindibilidade.

1 - É direito potestativo do condômino de bem imóvel indivisível promover a extinção do condomínio mediante alienação judicial da coisa (CC/1916, art. 632; CC/2002, art. 1.322; CPC, art. 1.117, II). Tal direito não fica comprometido com a aquisição, por arrecadação de herança jacente, de parte ideal do imóvel por pessoa jurídica de direito público.

2 - Os bens públicos dominicais podem ser alienados "nos casos e na forma que a lei prescrever" (CC de 1916, arts. 66, III, e 67; CC de 2002, art. 101). Mesmo sendo pessoa jurídica de direito público a proprietária de fração ideal do bem imóvel indivisível, é legítima a sua alienação pela forma da extinção de condomínio, por provocação de outro condômino. Nesse caso, a autorização legislativa para a alienação da fração ideal pertencente ao domínio público é dispensável, porque inerente ao regime da propriedade condominial.

3 - Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp n. 2004/0059028-0/MG, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. 09.08.2005)

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

CC/1916: sem correspondente.

A Constituição Federal proíbe o usucapião de imóveis públicos (arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único). Na verdade, após graves divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, expressamente o proibiu, seguindo-se outras normas semelhantes (Decretos-lei ns. 710/38 e 9.760/46), o que também ficou consolidado na jurisprudência (Súmula n. 340 do STF). As Constituições de 1934, 1937 e 1946, todavia, admitiam o usucapião *pro labore*, que, porém, não foi previsto na Constituição de 1967. No campo da legislação ordinária, a Lei n. 6.969/81 estabelecia usucapião especial sobre terras devolutas rurais, o que não foi recepcionado pela Constituição vigente.

Sem embargo das questões envolvidas na história da propriedade rural, passando do período das sesmarias para o de posses (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1890) e depois o inaugurado pela Constituição da República de 1891, o conceito de terras devolutas, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, continua sendo residual - “aquelas que não estão destinadas a qualquer uso público nem incorporadas ao domínio privado” (*Direito administrativo*, 15. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 587).

A proibição constitucional, entretanto, não impede a legitimação de posse, disciplinada pela Lei n. 6.383, de 7 de dezembro de 1976, após ação discriminatória (art. 29). A legitimação de posse difere do usucapião, pois este é forma originária de aquisição da propriedade, enquanto na legitimação o Poder Público entrega o título de domínio ao particular.

Jurisprudência: Súmula n. 340, STF: Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

Processual civil e reintegração de posse. Agravo retido. Benfeitorias. Indenização. Impossibilidade. Posse clandestina, sem justo título e sem boa-fé.

1 - Os réus deixaram de pedir expressamente o julgamento do agravo retido, na forma da norma ínsita no art. 523, parágrafo único, do Código de Processo Civil, impondo-se, assim, dele não conhecer.

2 - Os bens públicos são insuscetíveis de usucapião, nos termos do art. 183, § 3º, da Constituição Federal e do art. 102, do Novo Código Civil, sendo, portanto, legítima a pretensão do Instituto Nacional do Seguro Social no sentido da reintegração de posse do imóvel.

3 - A questão da indenização das benfeitorias realizadas no imóvel requer uma ponderação acerca da aferição da boa-fé dos possuidores, conforme preceitua o parágrafo único do art. 71, do Decreto-lei n. 9.760/46.

4 - Os réus invadiram o terreno, levantando edificações para suas residências, por sua conta e risco, fato este que não foi negado em suas contestações. Assim, a posse se deu de forma clandestina, sem justo título e sem boa-fé. Em consequência, inexistindo boa-fé, não fazem os réus jus à indenização pelas benfeitorias realizadas (art. 1.219, CC).

5 - Agravo retido não conhecido e recurso improvido. (TRF, 2ª Região, Ap. n. 251.253, Processo n. 2000.020.106.36294/RJ, rei. Juíza Liliane Roriz, j. 11.05.2005)

Ação de usucapião. Bem de propriedade da prefeitura. Indisponibilidade. Recurso provido. Os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público são bens públicos e por isso não são suscetíveis de usucapião, consoante estabelecem o § 3º, do art. 183, o parágrafo único do art. 191 da Constituição Federal, o art. 102 do Código Civil de 2002 e a Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal. (TJMG, Proc. 1.0672.02.088854-7/001(1), rei. Otávio Portes, j. 03.10.2007, publicação 09.11.2007)

Art. 103.0 uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

CC/1916: art. 68.

Bens de uso comum do povo são aqueles a que toda a coletividade tem acesso. Sobre eles ninguém tem exclusividade ou privilégio. Isso, porém, não significa que por sua utilização nada possa ser cobrado. Não deixa, portanto, uma rodovia em que se cobra pedágio de ser bem público de uso comum do povo.

Do fato, contudo, de ser o uso franqueado ao povo, mas sob a administração do Poder Público, decorre que os danos experimentados pelos particulares, que não tenham agido culposamente, obrigam o Estado a indenizar, se houver falta de conservação ou de obra necessária.

Jurisprudência: ADIn. Igrejinha. Utilização de bem público. Remuneração. Viabilidade. Não exhibe defeito gerador de decreto de inconstitucionalidade lei que estabeleça a remunerabilidade de bens públicos, que estejam sendo utilizados, ainda que em parte, por particular. Há, inclusive, previsão legal no Código Civil (art. 103). Ação julgada improcedente. (TJRS, Tribunal Pleno, ADIn n. 70.006.725.022, rei. Vasco Delia Giustina, j. 01.03.2004)

Utilização de bem público. Remuneração. Viabilidade. Não implica inconstitucionalidade por vício de qualquer natureza a promulgação de lei municipal que diga serem passíveis de remuneração os bens públicos utilizados por particulares. Inteligência no art. 103 do CC, precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Matéria clarificada em ADIn julgado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Sentença reformada em reexame necessário, segurança denegada. Voto vencido. (TJRS, Reexame necessário n. 70.008.069.650, 2ª Câm. Cível, rei. Túlio de Oliveira Martins, j. 02.06.2004)

DNIT. Permissão de uso de subsolo. Estradas e faixas de domínio. Uso especial de bem público. Possibilidade de cobrança de remuneração. Natureza da cobrança. Preço público.

Consoante o disposto no art. 103 do Código Civil, até mesmo o uso comum dos bens públicos poderá ser remunerado, a critério da entidade responsável pela administração do bem. Com muito mais razão, o uso especial dos bens públicos - a utilização individualizada de um bem que está disponível ao uso comum do povo - poderá ser oneroso.

A permissão de uso é ato negociai, unilateral, discricionário e precário, através do qual a administração faculta o particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negociai, pode ser gratuito ou remunerado.

A referida cobrança não pode ser confundida com tributo, pois é mera remuneração pela utilização de bem público - constitui-se em preço público - mediante Contrato de Permissão Especial de Uso.

Em se tratando de bens públicos federais ou de bens públicos sob sua administração, possui a União a competência para regulamentar a sua utilização, podendo, ainda, conceder tal prerrogativa a instituições legalmente habilitadas. Tal é o caso do DNIT, que regulamenta a utilização das faixas de domínio das rodovias sob sua administração. (TRF, 4ª Região, Ap. n. 2006.700.001.70098/PR, rei. Juíza Vânia Hack de Almeida, j. 31.07.2007)

LIVRO III DOS FATOS JURÍDICOS

TÍTULO I DO NEGÓCIO JURÍDICO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

CC/1916: art. 82.

No tocante à disciplina do negócio jurídico é que o Código Civil de 2002, dentro da parte geral, “apresenta maiores alterações”, conforme reconhece José Carlos Moreira Alves, em relação ao Código anterior (*A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 96).

Definia, o Código de 1916, o *ato jurídico* (art. 81) e, à época de sua elaboração, ainda não existiam estudos mais aprofundados para estabelecer com precisão o que especificamente se considerava *negócio jurídico*, subtraindo-o da designação genérica de *ato jurídico*. Serpa Lopes, contudo, e ainda na vigência do antigo ordenamento, distinguia: “Vejam, então, quais as diferenças entre fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico. Enquanto o fato jurídico é um acontecimento produtor de uma modificação no mundo jurídico voluntário ou não, enquanto o ato jurídico é um ato voluntário, mas em que a vontade pode não exercitar uma função criadora ou modificativa ou extensiva de uma determinada situação jurídica, como uma declaração de nascimento perante o Oficial de Registro, abrangendo até o próprio ato ilícito, o negócio jurídico é sempre eminentemente manifestação de vontade produzindo efeitos jurídicos, isto é, destinada a produzir os efeitos jurídicos atribuídos pela ordem jurídica, não podendo compreender senão atos lícitos, suscetíveis de um determinado tratamento pela ordem jurídica” (*Curso de direito civil* 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 405).

É neste sentido que Enneccerus considera o negócio jurídico como uma manifestação que contém uma ou várias declarações de vontade a que o ordenamento jurídico reconhece como apta a produzir efeito jurídico qualificado como efeito desejado (“e/ *negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido*”) (Enneccerus, L.; Kipp, T. & Wöhr, M. *Derecho civil (parte general)*, 2. ed., trad. do alemão por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1953, v. II, p. 56). Também assim, Orlando Gomes: “Negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei” (*Introdução ao direito civil* 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 269).

Essa manifestação de vontade, para realizar os efeitos desejados, tem de preencher requisitos tais que o negócio jurídico, no dizer de Antonio Junqueira de Azevedo, deve ser examinado, “a fim de verificar se ele obtém plena realização, no ‘plano de existência, plano da validade e plano da eficácia’” (*Negócio jurídico - existência, validade e eficácia*. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 32), de onde se extraem os *elementos* de existência, *requisitos* de validade e *fatores* de eficácia que, se presentes, conferem ao negócio jurídico a completa aptidão para produzir os

efeitos a que se destina. A ausência de algum deles impede ou prejudica a produção desses efeitos. Daí, então, poder-se dividir a análise do negócio jurídico, como faz R. Limongi França, dentro de uma estrutura *regular* ou *irregular* (*Manual de direito civil*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, v. I, p. 219).

O Código não se ocupou do plano da existência, nem tratou sistematicamente do que concerne à eficácia, embora haja disposições que a isso se vinculem (ex.: art. 1.653). No entanto, ocupou-se em profusão dos aspectos concernentes aos requisitos de validade (art. 104) e das conseqüências de sua falta, distinguindo os negócios inválidos em nulos (arts. 166 e 167) e anuláveis (art. 171).

É imprescindível a todo negócio jurídico, embora a lei não o haja mencionado, a manifestação da vontade. Assim também a capacidade do agente, pois, se absolutamente incapaz, acarretará a nulidade absoluta (arts. 166 e 167) e, se relativamente incapaz, a nulidade relativa (art. 171,1). Isso não significa que os incapazes não podem realizar negócio jurídico; poderão fazê-lo, representados ou assistidos (arts. 115 e segs.). Não se confunde, porém, capacidade com legitimação, porque, para certos negócios, além daquela, o sujeito deverá preencher algum requisito especial, como a outorga uxória na venda de bens imóveis (art. 1.647), ou não incorrer em impedimento (art. 497). O objeto haverá de ser lícito, ou seja, não proibido por lei, nem contrário à ordem pública, à moral ou aos bons costumes. Não pode, também, consubstanciar prestação fisicamente impossível ou se referir a coisa inexistente ou insuscetível de determinação. A impossibilidade aqui referida tem de ser absoluta, isto é, não realizável por qualquer pessoa (veja art. 106).

A forma, na verdade, conquanto inserida entre os requisitos de validade, só é exigível quando a lei a estabelecer (art. 107), dizendo Caio Mário da Silva Pereira: “Exprime-se o princípio hoje vigente, afirmando-se a liberdade da manifestação da vontade, o qual só excepcionalmente é postergado, e, então, quando a lei exige a sujeição a determinada forma, as partes não têm o direito de convencionar forma diversa” (*Instituições de direito civil*, 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, v. I, p. 311). Ao reverso, quando a forma é livre, podem as partes convencionar a adoção de escritura pública (art. 109). Além da forma, alguns negócios jurídicos exigem a intervenção estatal, que é a solenidade, como no casamento (art. 1.533).

Jurisprudência: Apelação cível. Ação de imissão de posse. Permissão de uso. Ausência de possibilidade jurídica de ação. Extinção mantida. Não há como considerar válido o negócio jurídico alegado, porquanto inexistente objeto lícito e possível conforme o disposto contido no art. 104, do CC/2002. Negaram provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.088.124, 17ª Câm. Cível, rei. Alexandre Mussoi Moreira, j. 23.03.2006, DJ 04.05.2006)

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação declaratória de nulidade contratual cumulada com ação de indenização. Legitimidade passiva. Contrato firmado com pessoa absolutamente incapaz. Nulidade. Cadastramento em rol de inadimplentes. ACSP. Comunicação prévia. Dever de indenizar. *Quantum*. A preliminar de ilegitimidade passiva da Associação Comercial de São Paulo em razão do reconhecimento da nulidade do contrato será analisada em conjunto com o mérito. A alegação de ilegitimidade passiva da ACSP diante da situação fática não merece prosperar, haja vista esta ter sido a responsável pela inscrição da requerente em órgãos de restrição de crédito, devendo permanecer incluída no polo passivo desta lide. O réu Banco do Brasil S/A, descuidando-se de diretrizes inerentes ao desenvolvimento regular de sua atividade, contratou com pessoa absolutamente incapaz, o que contraria o art. 104 do Código Civil e torna nulo o contrato havido entre as partes. Não verificou os requisitos essenciais à constituição do negócio jurídico, simplesmente considerando idôneos os dados neles constantes, não conferiu se a pessoa que apresentava os documentos possuía capacidade civil para tanto. E, assim agindo, assumiu os riscos de sua conduta. Não basta para

elidir sua responsabilização argumentar que a requerente contraiu débitos para com o banco demandado com a manutenção de conta aberta indevidamente. Para tanto, seria necessário que demonstrasse a adoção de medidas consistentes na verificação dos documentos apresentados, o que não fez. Conforme recente jurisprudência do STJ, a comunicação ao consumidor sobre a inscrição do seu nome nos registros de proteção ao crédito constitui obrigação exclusiva do órgão responsável pela manutenção do cadastro. Os documentos acostados aos autos pela ACSP da presente ação dão conta do envio de correspondência à demandante em momento anterior à efetivação do cadastramento. O endereço para onde foram remetidas as comunicações coincide com o informado pela autora na petição inicial. Afastada a presença da conduta ilícita e antijurídica da demandada Associação Comercial de São Paulo e, com isso, rechaçado o nexo entre causa e efeito, não se configura o dever de indenizar em relação a esta. Trata-se de dano moral *in re ipsa*, que dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato. Indenização reduzida para R\$ 5.000,00, sendo tão somente o Banco Brasil S/A responsável pelo pagamento da condenação. Tal quantia se mostra adequada ao caso e aos parâmetros adotados por este Colegiado. Juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pela variação mensal do IGP-M, ambos desde a data deste acórdão. Orientação desta Câmara. Redistribuídos os ônus da sucumbência. Preliminares afastadas. Apelo do Banco do Brasil S/A parcialmente provido. Apelo da associação comercial de São Paulo provido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.022.958.052, 9ª Câm. Cível, rei. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 04.06.2008, DJ 10.06.2008)

Art. 105. A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.

CC/1916: art. 83.

A incapacidade relativa é colocada como exceção pessoal, de modo que não pode ser arguida pela outra parte no negócio jurídico, nem aproveita aos demais interessados, salvo se indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.

O Código de 1916 (art. 83) referia-se à incapacidade de uma das partes como não passível de invocação pela outra em seu proveito, abrangendo, pois, tanto a incapacidade absoluta como a relativa. O Código Civil de 2002, porém, restringiu a vedação às hipóteses de incapacidade relativa, de modo que a incapacidade absoluta escapa a essa proibição, o que apresenta coerência com o disposto no art. 169, pois o negócio realizado com absolutamente incapaz é nulo e, assim, não suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso de tempo.

Na hipótese de indivisibilidade, por não ser possível a separação dos interesses, o vício da incapacidade relativa pode ser arguido pelo cointeressado capaz.

Art. 106. A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.

CC/1916: art. 1.091.

Objeto de negócio jurídico são as vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais que dele se retiram, e a lei inquina de nulidade o negócio que tenha objeto impossível (art. 166, II).

A impossibilidade do objeto pode ser *física* ou *jurídica*; *absoluta* ou *relativa*; *atual* ou *superveniente*.

É fisicamente impossível o objeto quando a inaptidão decorrer de sua natureza, não podendo figurar em qualquer relação jurídica (ex.: venda de um dinossauro vivo), e juridicamente impossível quando a ordem jurídica não o admitir (ex.: venda de entorpecentes).

Há impossibilidade absoluta quando a ninguém é dado satisfazer a prestação e relativa se a impossibilidade se referir a quem deva cumprir a obrigação, mas sendo possível para outras.

Será atual a impossibilidade quando ocorrente por ocasião da celebração do negócio e superveniente se verificada na ocasião em que a obrigação deva ser cumprida.

A impossibilidade que retira validade ao negócio jurídico é a absoluta, se inicial; se superveniente, acarreta a extinção da obrigação, sendo que, se houver culpa do devedor, responderá por perdas e danos. Já a impossibilidade relativa não o invalida.

A última parte do dispositivo vincula-se à regra do art. 125, pelo que a condição suspensiva, enquanto não realizada, impede a aquisição do direito. Por esse motivo, é válido o negócio sob condição suspensiva se antes do implemento desta a prestação se tornar possível.

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

CC/1916: art. 129.

A regra é a liberdade de forma; entretanto, para alguns negócios, a lei estabelece forma especial e servirá sempre para sua documentação, uma vez que corresponde ao modo de exteriorizar a vontade.

A exigência da forma se prende à necessidade de resguardar a manifestação da vontade de deformações, facilitando a prova do negócio jurídico, sendo certo que, “quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta” (art. 366 do CPC).

Desse modo, a escritura pública é exigida na generalidade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no país (art. 108), porém essa exigência não se estende ao contrato preliminar (art. 466). Para o testamento, há exigência de forma, que, entretanto, é *plúrima*, ou seja, pode o testador escolher uma entre as três admitidas, concernentes ao testamento: particular, cerrado ou público (art. 1.862).

Não se confunde a forma, todavia, com a *solenidade*, que é outro requisito de validade de alguns negócios jurídicos (art. 166,V).

Para os negócios realizados no estrangeiro, aplica-se a lei do lugar, quanto à forma (*locus regit actum* - art. 13, da Lei de Introdução ao Código Civil), mas, para terem valor de prova no Brasil, se tiverem sido redigidos em outro idioma, deverão ser vertidos para a língua portuguesa (art. 157 do CPC).

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

CC/1916: art. 134, *caput* e II.

Dentre as hipóteses exigentes de forma especial, acham-se aquelas “que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no País”, salvo as exceções legais.

O negócio jurídico, porém, não transfere o domínio ou outro direito real sobre bens imóveis, o que será alcançado pelo registro do título no Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição a que pertencer (art. 1.245), daí por que a lei se referir a negócio que vise à atribuição de direito real e não a negócio que o atribui.

Como exceções legais, não exigentes de escritura pública, podem-se citar a incorporação de imóveis para a formação do capital social das sociedades por ações (art. 89 da Lei n. 6.404/76), as aquisições mediante financiamento imobiliário (art. 61, § 5º, da Lei n. 4.380/64, introduzido pela Lei n. 5.049/66) e a alienação fiduciária de bens imóveis (art. 38 da Lei n. 9.514/97).

Jurisprudência: Apelação cível. Compra e venda. Instrumento particular. Nulidade do negócio jurídico. 1 - À transferência de direitos reais sobre bens imóveis de valor superior a trinta vezes o salário-mínimo mister se faz, à validade do negócio jurídico, a realização através de escritura pública. Incidência do art. 108 do CCB. Nulo é o contrato celebrado entre as partes por forma diversa daquela prescrita em lei, qual seja, a forma escrita e por instrumento público. Abrangência do inciso IV do art. 166 do CCB. 2 - A reconhecimento da nulidade é questão de ordem pública, podendo ser feito de ofício pelo Magistrado, sem a necessidade de requerimento pela parte, a qualquer tempo e grau de jurisdição. 3 - Com o reconhecimento judicial da nulidade, não pode o negócio jurídico eivado de tal vício produzir qualquer efeito no mundo jurídico, bem como no fático. A declaração de nulidade possui eficácia *ex tunc*, retroagindo à data da celebração do contrato e fazendo retornar as coisas ao estado anterior como se o negócio não tivesse sido celebrado. Devendo as partes regressar ao *status quo ante*, faz jus o autor à devolução das quantias despendidas com o pagamento do preço acordado, desde que comprovadas nestes autos. O valor de R\$ 24.500,00, ajustado como sinal, deve ser reembolsado, acrescido de correção monetária. 4 - Conhecimento e não provimento do recurso e reconhecimento, de ofício, da nulidade do contrato de compra e venda celebrado entre as partes, restituindo-as ao *status quo ante* através da devolução dos valores comprovadamente pagos pelo comprador, tal seja, a quantia de R\$ 24.500,00, acrescida de correção monetária desde a data do desembolso. Encargos da sucumbência *pro rata*. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.27161, rei. Des. José Carlos Paes, j. 27.06.2007)

Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.

CC/1916: art. 133.

Embora livre a forma para determinado negócio jurídico, podem as partes estabelecer que será celebrado por escritura pública. Trata-se da chamada *forma contratual*, porque eleita pelas partes contratantes, e, por isso, outra prova do negócio não será admitida, já que da substância do ato (art. 366 do CPC). Nada impede que os contratantes arrependam-se e, por mútuo consentimento, desfaçam o ajuste acerca da forma.

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

CC/1916: sem correspondente.

A manifestação da vontade é imprescindível para formação do negócio jurídico, entretanto vontade e declaração nem sempre coincidem. A segurança das relações jurídicas,

porém, reclama que se empreste eficácia ao que foi declarado e não ao que, eventualmente, for desejado, mas não declarado. Por esse motivo, o que foi objeto da reserva mental, em regra, não é levado em conta.

Vicente Rao, que, nesse processo, reconhece a existência de três elementos volitivos - vontade, vontade de declaração e vontade de conteúdo -, afirma que “a reserva mental é uma particular espécie de vontade não declarada, por não querer, o agente, declará-la. É uma vontade que o agente intencionalmente oculta, assim procedendo para sua declaração ser entendida pela outra parte, ou pelo destinatário (como seria pelo comum dos homens) tal qual exteriormente se apresenta, embora ele, declarante, vise a alcançar não os efeitos de sua declaração efetivamente produzida, mas os que possam resultar de sua reserva”, e acrescenta que, “nesta hipótese, nenhum conflito juridicamente existe, porque o direito valor algum atribui a essa atitude omissiva do declarante: a vontade intencionalmente não declarada, no caso, não pode chocar-se com a vontade declarada” (*Ato jurídico*. São Paulo, Max Limonad, 1961, p. 210).

Esse entendimento, todavia, é abrandado pela *teoria da confiança*,> na medida em que, segundo Orlando Gomes, “empresta valor à aparência da vontade, se não é destruída por circunstâncias que indiquem má-fé em quem acreditou ser verdadeira. Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quando esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade. Enquanto, pois, tem um dos contratantes razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro, há de se considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade”. Conclui dizendo: “A aparência da vontade não é levada em conta em todas as circunstâncias e sem outras considerações. Necessário que possa despertar a convicção de que se trata de vontade real. Concede-se à declaração valor relativo, tornando-a decisiva sempre que a confiança no seu conteúdo se possa fundar na boa-fé de destinatário. Pode-se esquematizar assim a teoria: a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponde à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade” (*Transformações gerais do direito das obrigações*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 14). A reserva mental conhecida do declaratário, entretanto, se encobrir ilicitude, sofre as consequências da simulação (art. 167).

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a reserva mental possui dois elementos constitutivos: “a) uma declaração não querida em seu conteúdo; b) propósito de enganar o declaratário (ou mesmo terceiro)” (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 58). Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 405) classifica a reserva mental do seguinte modo: a) inocente, quando não há intenção de prejudicar, porém dá ensejo a ação declaratória da existência de relação jurídica (art. 4º, I, do CPC); b) ilícita, se houver o intuito de prejudicar; c) absoluta, se o declarante nada pretende; d) relativa, se o declarante pretende algo diverso do que declarou; e) unilateral, se somente um dos contratantes manifesta vontade contrária ao seu querer; f) bilateral, se ambos expressarem vontade em desacordo com a real intenção.

Inúmeros são os exemplos que ilustrariam o exame da reserva mental, sendo, porém, de inegável clareza o trazido por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (op. cit.): “quando o declarante manifesta a sua vontade no sentido de emprestar dinheiro a um seu amigo (contrato de mútuo), porque este tinha a intenção de suicidar-se por estar em dificuldades financeiras. A intenção do declarante não é a de realizar o contrato de mútuo, mas tão somente salvar o amigo do suicídio. Ainda assim, o propósito de engano se encontra presente, sendo hipótese típica de reserva mental”. Nos termos da lei, é irrelevante o que ficou no íntimo do declarante - salvo se o declaratário tiver conhecimento da reserva pois o que importa é o que declarou.

Jurisprudência: Apelação cível. Ação de manutenção de posse julgada improcedente e pedido contraposto de reintegração julgado procedente. Validade de ajuste para desocupação do prédio firmado pela autora comodatária. Manifestação de vontade sob alegada reserva mental (art. 110 do Código Civil). Desconhecimento do destinatário. Prova oral que demonstra a regularidade da avença e o esbulho praticado pela autora. 1 - Sendo desconhecida a reserva mental pelo destinatário do ajuste, reputa-se válido o negócio jurídico mesmo se uma das partes, secretamente, guarda a intenção de não cumprir o contrato (art. 110, CC), o que constitui a chamada simulação unilateral. 2 - Fica afastada a coação se restou demonstrado que a autora foi regularmente assistida por profissional do Direito. 3 - A permanência da autora no imóvel após o prazo formalmente estabelecido para desocupação caracteriza esbulho a ensejar a correspondente proteção possessória. Desprovimento do recurso. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.08074, rei. Des. Elton Leme, j. 30.05.2007)

Art. 111.0 silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

CC/1916: sem correspondente.

A manifestação da vontade pode ser tácita ou expressa. O Código de 1916 estabelecia que “a manifestação de vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa” (art. 1.079). A mesma regra pode ainda ser aproveitada.

O silêncio, por sua vez, é modalidade de manifestação da vontade, que ora é tratada como subespécie da manifestação tácita, ora como da expressa, e, na literatura nacional, já foi seu alcance exaustivamente estudado por Serpa Lopes (*O silêncio como manifestação da vontade nas obrigações*, 2. ed. Rio de Janeiro, Livraria Suíça, Walter Rolter Editora, 1961).

Não se deve entender o silêncio segundo a noção vulgar, quando a questão for jurídica, pois nesta importa não só o não falar, como o não fazer. Tampouco é possível dar guarida ao dito popular “quem cala consente”.

Para que o silêncio opere juridicamente, é preciso, consoante as conclusões de Serpa Lopes: a) a manifestação da vontade mediante um comportamento negativo; b) que as circunstâncias sejam concludentes; c) que a parte tenha o dever ou obrigação, bem como a possibilidade de falar; d) a convicção da outra parte de haver no comportamento negativo uma direção inequívoca e incompatível com a expressão de vontade oposta. Há, portanto, exigência de boa-fé bilateral.

Dentre esses requisitos sobrepõem as circunstâncias, pois, conforme Manuel A. Domingues de Andrade, “o silêncio não pode interessar quando isolado de qualquer circunstância anterior ou concomitante - máxime um comportamento da contraparte ou de outrem” (*Teoria geral da relação jurídica*, 4. reimpr. Coimbra, Almedina, 1974, v. II, p. 138).

O silêncio opera como produtor de efeitos, por exemplo, nos casos de contratos renovados ou prorrogados, destacando-se o de locação de imóveis, em que é usual a inclusão de cláusula pela qual entende-se prorrogado o prazo caso não haja manifestação em sentido contrário de uma das partes, sem embargo de, na hipótese, ocorrerem prorrogações legais (arts. 46, § 1º, 50 e 56, parágrafo único, da Lei n. 8.245/91), ante a falta de oposição do locador.

Jurisprudência: Embargos do devedor. Proposta de acordo. Silêncio da parte. Transação. Impossibilidade. A transação tem caráter contratual, e, assim, a vontade das partes é elemento essencial à sua formação. O silêncio somente importa anuência quando as circunstâncias ou os usos a autorizarem e desde que não seja necessária a declaração de vontade expressa. Apelação provida e sentença cassada. (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.447636-8/000(1), rei. Roberto Borges de Oliveira, j. 31.05.2005, publicação 13.08.2005)

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

CC/1916: art. 85.

A manifestação da vontade encerra o conteúdo do negócio jurídico. É preciso configurarem-se dois elementos: a *vontade* e sua *declaração*.

Nem sempre, porém, o que foi declarado é suficiente para exprimir fielmente a vontade. Isso não significa, também, que a vontade omitida da declaração deva ser levada em conta. Nesses termos o que se procura é extrair dos elementos contidos na declaração a intenção das partes, “fora da expressão verbal imperfeita, indecisa, obscura ou insuficiente”, conforme aduz Bevilacqua (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 265).

Essa regra, além de servir à interpretação do negócio jurídico, pode-se dizer que o integra, pois se trata de bem definir a manifestação da vontade como seu elemento primordial, que deve prevalecer sobre o literal da linguagem.

Jurisprudência: Ação de cobrança cumulada com rescisão de contrato e reintegração de posse. Habitação popular. Contrato nominado de mútuo com garantia hipotecária, revelando, pela análise das cláusulas, verdadeira compra e venda. Entidade sem fins lucrativos que tem por finalidade precípua construir, com recursos próprios, casa simples e resistente, sem obter lucro e cobrar juros, junto às famílias de baixa renda, sem poder aquisitivo para adquirir moradia decente para si e seus familiares. Sentença que - acolhendo a tese de nulidade do contrato por simulação em razão de não se tratar de contrato de mútuo - deu pela improcedência do pedido. Simulação não caracterizada. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Inteligência dos arts.

112 e 113 do Código Civil. Se a ninguém causa dano, é descabida a invalidação do ato. Se fraudulenta, falta aos partícipes da fraude condições morais para alegá-la. *Potentior est quam vox mens dicents*. O princípio traduz, de plano, a repulsa do legislador ao exorcismo da forma, do ritual, do formalismo sem entranhas. O intérprete do negócio jurídico não pode ficar adstrito à expressão gramatical, e seu trabalho hermenêutico não consistirá apenas no exame filológico do teor lingüístico da declaração de vontade. Validade do negócio jurídico celebrado entre as partes. Inadimplência incontroversa. Provimento do recurso para julgar procedente o pedido, decretando a rescisão do contrato celebrado entre as partes e determinando a imediata reintegração da autora. Associação Habitat para a Humanidade - na posse do imóvel. (TJRJ, Ap. n. 2006.001.29211, rei. Des. Maria Henriqueta Lobo, j. 10.10.2006)

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: Código Comercial, art. 131,1 e 4 (*revogado*).

Trata-se de regra de interpretação que milita a favor da segurança das relações jurídicas.

A manifestação da vontade não subsiste apenas sobre si mesma, pois subentende-se que a ela estão agregadas as conseqüências jurídicas decorrentes, ainda que as partes delas queiram afastar-se. Também isso compreende o dever de colaboração das partes, a fim de que o negócio jurídico produza os efeitos que lhe são próprios, não podendo uma das partes impedir ou dificultar a ação da outra no cumprimento de suas obrigações, ou seja, devem as partes agir com lealdade e confiança.

Servem, igualmente, os costumes do lugar como regra interpretativa, que, no particular, se denominam usos negociais e usos integrativos, para diferirem do costume ou uso normativo, que corresponde à fonte ou forma de expressão do Direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Observa-se que o costume a ser aplicado é o do lugar da celebração (arts. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 435 do CC).

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

CC/1916: art. 1.090.

Contrato-benefício é aquele que traz obrigação para apenas uma das partes, como é o caso da doação pura e simples, na qual o donatário não está adstrito a qualquer contraprestação, embora não se lhe dispense a aceitação da liberalidade.

Casos que impõem interpretação estrita, oferecem-nos o Código, na doação (arts. 538 a 564), na fiança (art. 819) e na transação (art. 843).

A renúncia é modo geral de extinção dos direitos, a que o Código de 1916 não se referia, mas que a doutrina reconhecia (cf. bevilacqua, Clóvis. *Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 257). O novo Código mencionou-a expressamente para, ao lado dos negócios jurídicos benéficos, determinar que sua interpretação seja estrita. Dá-se a renúncia quando o titular manifesta a vontade de desfazer-se do direito ou não o aceitar. Várias são as hipóteses, como a renúncia ao direito de propriedade (art. 1.275, II), à prescrição (art. 191), à decadência convencional (arts. 209 e 211), à herança (art. 1.806). Inclui-se entre os modos de *extinção subjetiva* de direitos, pois não depende de aceitação de outra pessoa, mesmo que eventualmente dela se beneficie.

CAPÍTULO II DA REPRESENTAÇÃO

Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.

CC/1916: arts. 7º e 84.

Há representação quando uma pessoa atua juridicamente em nome de outra. Esse poder resulta de lei ou de concessão pelo interessado. A prática de atos meramente materiais, em decorrência de contrato de trabalho, por exemplo, não configura representação, pois é inerente a esta a repercussão no universo jurídico do representado.

Os atos de representação legal, em regra, têm lugar no âmbito do direito de família, por institutos de proteção da personalidade, que são o poder familiar (art. 1.690), a tutela (art. 1.747, I) e a curatela (art. 1.772). A representação voluntária se dá no campo da autonomia privada, normalmente pela procuração, que a lei qualifica como o instrumento de mandato (art. 653), ou mediante a figura do preposto (arts. 1.169 e segs.).

Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil* 20. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. I, p. 621) acrescenta uma terceira modalidade de representação, denominada mista, quando os poderes decorrem da lei, mas ficando a designação do representante a cargo dos interessados, como se dá em matéria de condomínio edilício, nas figuras do síndico ou da comissão de representantes do condomínio.

Guillermo A. Borda (*Manual de derecho civil* - Parte General, 9. ed. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1979, p. 437) afirma, também, que a representação se dá por conveniência ou

por necessidade, que será jurídica, como no caso de incapazes, ou de fato, como no caso do enfermo que não pode se deslocar. Esta última figura é identificada no art. 1.780.

Não se deve, porém, confundir representação com figuras afins, tais como a substituição (art. 6º do CPC), a anuência (art. 220) ou outros modos de auxiliar a realização do negócio jurídico (mediadores, assessores, intérpretes, agentes públicos encarregados da lavratura de documentos, tabeliães etc.).

Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

CC/1916: sem correspondente.

A atuação do representante é limitada pela lei ou pelo contrato e só obriga o representado se exercida nesses limites.

Desse modo, não podem os pais ultrapassar “os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz” (art. 1.691) ou o tutor adquirir bens do tutelado ou deles dispor (art. 1.749), o mesmo ocorrendo com o curador (art. 1.774). O mandato “em termos gerais só confere poderes de administração”, sendo necessários poderes especiais “para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária” (art. 661, § 1º), encontrando limitações, também, a procuração geral para o foro que não engloba poderes “para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso” (arts. 38 do CPC e 5º, § 2º, da Lei n. 8.906/94). O preposto, quando gerente, considera-se autorizado a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhe foram outorgados e as limitações da outorga dependem de arquivamento e averbação do instrumento no Registro Público de Empresas Mercantis, salvo se provado serem conhecidas da pessoa que com ele tratou (arts. 1.173 e 1.174).

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Desapropriação. Depósito judicial. Devolução. Expropriante representado nos autos pelo mandatário constituído extrajudicialmente. A manifestação da vontade pelo representante, ao cumprir o objeto do mandado, em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe foram conferidos, produz efeitos jurídicos relativamente ao representado, que adquirirá os direitos dele decorrente ou assumirá as obrigações que dele advierem. Sendo o Município de Belo Horizonte o ente expropriante, embora representado nos autos pela sua autarquia municipal, a ele deve ser restituído ou em favor dele convertido em renda a quantia depositada judicialmente, no cumprimento do mandato. (TJMG, AI n. 1.0024.05.876689-0/002(1), rei. Des. Edilson Fernandes, j. 28.08.2007)

Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido subestabelecidos.

CC/1916: sem correspondente.

A regra é a invalidade do contrato consigo mesmo, porém é admitido se o autorizar a lei ou o representado. Nessa categoria se situa o mandato *in rem propriam*, que importa a transmissão de direito ao procurador em causa própria, o qual passa a agir em seu próprio nome

e em seu próprio interesse. Deve, por isso, o respectivo instrumento conter todos os elementos do negócio principal, e o mandato assim outorgado é irrevogável (art. 685). Não se confunde, todavia, com a aquisição que o mandatário pode fazer do bem cuja venda esteja encarregado, se o fizer diretamente do mandante (Súmula n. 165 do STF). Inexistindo previsão legal ou contratual, é anulável o negócio que o representante fizer consigo mesmo. O mesmo vício se verificará se realizado pelo representante com o subestabelecido.

Jurisprudência: Súmula n. 60, STJ: É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.

Civil. Autocontrato (contrato consigo mesmo). Art. 117 do Código Civil. Anulabilidade. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo. Logo, uma vez praticado o ato pelo primeiro réu e em seu próprio benefício, a declaração judicial de nulidade da escritura de cessão de direitos e ação de meação de herança é medida jurídica que se mostra adequada, não se sujeitando, por conseguinte, a modificação objetivada. Sentença correta. Improvimento do recurso. (TJRJ, Ap. n. 2006.001.65267, rei. Des. Maldonado de Carvalho, j. 06.03.2007)

Art. 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.

CC/1916: art. 1.305.

A representação pode ser legal ou convencional. Na primeira hipótese, os limites estão fixados na lei, como se vê, por exemplo, nas disposições acerca da tutela (art. 1.749). Na representação convencional, os poderes são estabelecidos no respectivo instrumento, como é o caso da procuração (art. 654, § 1º). Cabe ao representante provar, à pessoa com quem tratar em nome do representado, sua qualidade e a extensão dos poderes.

Uma coisa, porém, são os poderes do representante, que vinculam as relações firmadas com terceiros, e outra, as instruções do representado, mormente na representação convencional, pois se destas o representante afastar-se, mas nos limites dos poderes que lhe foram conferidos, nenhuma consequência advirá para o terceiro com quem contratar, respondendo, apenas, perante o representado. Se, entretanto, exorbitar na extensão conferida, responderá o representante, também, perante o terceiro de boa-fé com quem contratar.

Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

CC/1916: sem correspondente.

O representante deve ser fiel aos interesses do representado, daí por que é anulável o negócio jurídico por aquele realizado em nome deste, se com seus interesses colidirem.

A lei não distinguiu interesse jurídico daquele meramente de fato, de modo que, em um e outro caso, a representação poderá vir a ser questionada se a pessoa com quem o representante tratar em nome do representado tiver conhecimento da colidência de interesses. Não exige também a lei demonstração de prejuízo ao representado, para caracterizar a eiva.

Quando se tratar de representação legal, a vedação é contornada pela nomeação de curador especial, consoante o disposto no art. 9º, I, do Código de Processo Civil.

O vício, entretanto, não é absoluto, admitindo a ratificação, e só se reconhece por provocação do interessado, que tem o prazo decadencial de 180 dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, para anulá-lo.

Art. 120. Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código.

CC/1916: sem correspondente.

A representação legal rege-se pelas disposições do respectivo instituto: poder familiar (arts. 1.630 e segs.), tutela (arts. 1.728 e segs.) e curatela (arts. 1.767 e segs.).

A representação convencional rege-se pelo negócio jurídico entabulado entre representante e representado. Submetem-se, todavia, estes às regras legais que disciplinam o referido negócio.

CAPÍTULO III DA CONDIÇÃO, DO TERMO E DO ENCARGO

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

CC/1916: art. 114.

A condição é cláusula acessória típica e geral. Da qualidade de ser típica resulta que não deve ser confundida com outras figuras, também típicas (ex.: termo e encargo), tampouco deve ser tomada no sentido comum em que muitas vezes se emprega o vocábulo para definir situações de fato (ex.: arts. 1.322 do CC e 52, § 3º, da Lei n. 8.245/91). É geral, porque cabente em negócios jurídicos pertinentes a mais de uma das divisões da parte especial.

Para se caracterizar verdadeiramente a condição, distinguindo-a, também, das chamadas condições impróprias, é preciso a concorrência dos seguintes elementos que emergem da definição legal: a) evento futuro, de que depende a eficácia do negócio; b) dependência da vontade e não diretamente da lei; c) incerteza da ocorrência do evento.

O evento a que se subordina a eficácia do negócio, não sendo futuro e incerto, desqualifica a condição, dizendo-se, então, imprópria *quae ad praeteritum vel praesens tempus referentur*.

A relevância prática dessa cláusula é possibilitar ao sujeito ter em conta o futuro, que é incerto, mas somente fazendo gerar os efeitos do negócio de acordo com seu interesse, segundo o rumo que tomarem os acontecimentos.

Por exceção há negócios que não admitem condição (ex.: aceitação e renúncia da herança - art. 1.808; reconhecimento do filho - art. 1.613 etc.).

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

CC/1916: art. 115.

Lícitas são as condições que não contrariam a lei ou os bons costumes, e ilícitas, aquelas que a lei e os bons costumes condenam. Trata-se de uma regra geral. Conhecida na doutrina como condição proibida é a cláusula *si non ttupseris*, a que, todavia, se contrapõe haver nulidade apenas se a proibição de casar-se for absoluta e não apenas com certa ou determinada pessoa.

Cuidou o legislador, porém, de exemplificar alguns casos em que a condição será considerada ilícita, a saber: a) se o negócio jurídico ficar privado de efeitos (ex.: doação de uma casa, sob condição de o donatário sobre ela não exercer os direitos de proprietário, concernentes ao uso e gozo); b) se potestativa, pois a condição cujo implemento ficar no alvedrio de uma das partes retira-lhe a característica da incerteza. Somente as condições puramente potestativas são proibidas (ex.: se comparecer à reunião para a qual foi convidado), e não as simplesmente potestativas, ou seja, quando dependerem de algum fator alheio ao exclusivo alvedrio da parte (ex.: marcar um gol em uma partida de futebol).

Art. 123. Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados:

I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas;

II - as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita;

III - as condições incompreensíveis ou contraditórias.

CC/1916: art. 116.

As cláusulas estipuladas pelas partes que sejam impossíveis não podem prevalecer. Distinguem-se, aqui, porém, sob dois critérios: a) o da classificação da condição a que acederia - suspensiva ou resolutiva; b) o da natureza da impossibilidade - física ou jurídica.

Classificam-se as condições pelo modo de atuarem em suspensivas e resolutivas. Aque-las, enquanto não verificadas, impedem a aquisição e o exercício do direito a que visam (art. 125) e, no tocante a estas, enquanto não realizadas, vigora o negócio jurídico (art. 127).

A impossibilidade física afasta o elemento essencial da condição que é a incerteza, pois certa será sua inocorrência. A impossibilidade jurídica se dá quando contrária à ordem jurídica, e, por isso, não lhe é conferida validade, sob pena de incontornável contradição.

Manuel A. Domingues de Andrade, com precisão, diz: “A verdadeira condição impossível é a que de todo não pode realizar-se, por impossibilidade física ou legal. Exemplo de impossibilidade física (ou material): se tocares o céu com um dedo (*si digito coelum tategeris*). A impossibilidade legal propriamente dita consistirá em ter-se posto como condição de eficácia de um negócio a realização válida de outro que por lei não pode realizar-se validamente” (*Teoria geral da relação jurídica** 4. reimpr. Coimbra, Almedina, 1974, v. II, p. 370).

O Código de 1916, sem mencionar, nesse particular, a distinção entre as suspensivas e resolutivas, considerava as condições fisicamente impossíveis como não existentes e as juridicamente impossíveis como determinantes de invalidade do ato (art. 116). O Código atual reuniu pelo critério da impossibilidade tanto as físicas como as juridicamente impossíveis, quando suspensiva a condição, para considerá-las contaminadoras de invalidade do ato.

Pela mesma razão que as condições juridicamente impossíveis, também invalidam os negócios jurídicos as condições ilícitas ou de fazer coisa ilícita. A ilicitude pode decorrer de

contrariedade à lei, como à moral ou aos bons costumes. Nessa classe de condição ilícita inclui-se a instituição de herdeiro ou legatário “sob a condição captatória de que disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro” (art. 1.900,1).

Por fim, se com todo esforço de interpretação não for possível compreender a condição aposta ou se entre as condições houver contradição, o negócio se invalidará. Não se deve confundir, porém, essa hipótese com a das condições perplexas, que representam um fato inconciliável com os efeitos do negócio jurídico, e é por isso que a condição se terá por nula (art. 122).

A eiva determinada pela hipótese do inciso I é restrita às condições suspensivas, e as dos incisos II e III incidem sobre as suspensivas e resolutivas. Deve-se observar, contudo, em todas as hipóteses, que a invalidade pode não atingir todo o negócio, se a condição proibida subordinar apenas uma parte dele, sendo o negócio cindível.

Art. 124. Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível.

CC/1916: art. 116.

Sendo da essência da condição a incerteza, as que forem impossíveis ou a de fazer coisa impossível não contêm esse atributo, adverte Clóvis Bevilacqua, comentando o Código de 1916, que “a impossibilidade da condição manifesta a vontade de que esta não seja cumprida, porque ninguém pode esperar que outrem faça impossíveis ou que a natureza subverta as suas leis” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 298).

Observa-se, todavia, que o Código anterior (art. 116) estabelecia como não inexistentes as condições fisicamente impossíveis ou de não fazer coisa impossível, sem distinguir se suspensivas ou resolutivas, mas que as “juridicamente impossíveis invalidam o ato a elas subordinado”, de modo que, também Bevilacqua, nos mesmos escólios, sustenta a distinção e afirma: “Não se podem pôr, na mesma linha, essas condições, as imorais e as juridicamente impossíveis. Se matares, se cometeres tal torpeza, são condições em que o direito deve reconhecer uma vontade perversa, que tenta destruir as bases da vida jurídica. Se os rios correrem da foz para as cabeceiras, será um gracejo, ou uma extravagância, que não passa de condição para o ato” (op. cit.).

O Código atual não distinguiu, para as condições resolutivas, a impossibilidade física da impossibilidade jurídica. Usou critério diverso, partindo do modo de atuar da condição, pois, se suspensiva a condição, tanto a impossibilidade física como a jurídica determinam a invalidade do negócio a ela subordinado (art. 123,1), mas, se resolutiva a condição, seja física ou juridicamente impossível, tem-se por não existente. Também a condição de não fazer coisa impossível, suspensiva ou resolutiva, considera-se inexistente.

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

CC/1916: art. 118.

A condição suspensiva, enquanto não verificada, impede a aquisição e, por consequência, o exercício do direito. Difere, aqui, do termo inicial, que apenas suspende o exercício, mas não a aquisição do direito (art. 131), e do encargo, que, salvo se imposto como condição suspensiva pelo disponente, não suspende a aquisição nem o exercício do direito (art. 136).

Não obstante impediendo a aquisição do direito até seu implemento, uma vez verificada a condição, considera-se o direito existente desde a celebração do negócio, se *inter v/vos*,

ou da abertura da sucessão, se *causa mortis*. Esse princípio da retroatividade da condição, porém, encontra lindes. As partes devem curvar-se ao disposto no art. 126, pelo que as disposições incompatíveis, antes de realizada a condição, não terão valor. Quanto a terceiros de boa-fé, entretanto, o advento da condição não terá efeito retroativo.

Não é pacífica, entretanto, a tese da retroatividade das condições, posicionando-se favoravelmente Serpa Lopes (*Curso de direito civil* 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 497), juntamente com M. I. Carvalho de Mendonça, mas contrariamente a Clóvis Bevilacqua e Lacerda de Almeida, para os quais, no Direito brasileiro, “não se encontra consagrado em qualquer dos seus textos o princípio da retroatividade”, concluindo, porém, que “nem por isso os resultados deixam de ser os mesmos”, quer se adote o sistema francês, que admite a retroatividade, quer o alemão, que a repele.

Pode alguma perplexidade surgir diante do disposto no art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução do Código Civil: “*Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável o arbítrio de outreni*”. A contradição é aparente, porquanto o art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 125 do Código Civil têm incidência em campos distintos, assinalando R. Limongi França que “é preciso não confundir aquisição de direito em relação às partes contratantes e direito adquirido, para os fins da incidência da lei nova. No primeiro caso, predominava o interesse particular; no segundo, o social. Naquele, a questão fundamental é saber a que patrimônio pertence o direito, se do alienante, se do adquirente; neste, o problema que se coloca é o da estabilidade das relações jurídicas, à face do conflito entre a lei nova e a lei do tempo do negócio”; e arremata: “Nada impede pois que, sem contradição, o legislador tenha um determinado conceito de aquisição de direitos para a primeira hipótese, e outro para direito adquirido, relativamente à segunda” (*Direito intertemporal brasileiro*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 457). Também procura remover a dificuldade Clóvis Bevilacqua ao comentar o dispositivo correspondente do Código de 1916: “No art. 118, o Código tem em vista o efeito da condição suspensiva, e declara que, enquanto não se verificar essa condição, o direito a ela subordinado é apenas possibilidade em via de atualizar-se. Essa possibilidade o legislador respeita; quando legisla, não impede que se realize, porque é um valor jurídico apreciável, embora ainda em formação. Se a lei nova não respeitasse o direito condicionado, verificada a condição, em seguida, o indivíduo sofreria um prejuízo, e a lei nova teria destruído uma formação jurídica criada pela anterior” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 298).

Jurisprudência: Ação monitória. Cheque prescrito. Honorários de profissional liberal. Cheque cobrado estava sob condição suspensiva (art. 125 do Código Civil), ou seja, dependia do resultado favorável na ação indenizatória movida contra o Estado do Rio Grande do Sul. Não tendo ocorrido o evento futuro e incerto, fica afastada a exigibilidade do título. Mantida sentença. Negaram provimento. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70020267001, 16ª Câm. Cível, rei. Ergio Roque Menine, j. 22.08.2007, DJ 28.08.2007)

Ação reivindicatória. Contrato particular de compra e venda. Pendência de condição suspensiva. Não verificação do evento. Improcedência do pedido. A condição suspensiva pactuada impede que o negócio jurídico produza seus efeitos enquanto não ocorrido o evento a que sua eficácia ficou subordinada, conforme estabelece o art. 125 do Código Civil/2002. Tendo sido pactuado entre as partes que a desocupação do bem dependeria do cumprimento da obrigação por parte da empresa cedente, o que não ocorreu, não há como se exigir a entrega do imóvel pela vendedora. (TJMG, Proc. 1.0145.01.013994-0/003(1), rei. Alvimar de Ávila, j. 08.10.2008, publicação 27.10.2008)

Art. 126. Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis.

CC/1916: art. 122.

Não obstante a regra do art. 125, segundo o qual, pendente condição suspensiva, não se adquire o direito a que visa o negócio jurídico, não ficam as partes livres de consequências se realizarem disposições incompatíveis com a condição acordada, vindo esta a ocorrer. Decorre isso do princípio da retroatividade das condições.

Essas consequências variam de acordo com a natureza do objeto e em relação às partes ou a terceiros.

As disposições aqui referidas compreendem alienações, cessões ou constituição de direitos reais, não abrangendo os atos de administração.

Em relação a terceiro de boa-fé, a superveniência da condição não o prejudica, em regra, de modo que ficam salvos os negócios sobre bens fungíveis e móveis em geral de boa-fé adquiridos, e imóveis, se no registro não contiver menção à cláusula de condição. Também não interfere o implemento de condição sobre os frutos percebidos.

Responderá, porém, a parte por perdas e danos se, realizado ato de disposição incompatível com a condição entabulada, não puder restabelecer a integralidade do negócio firmado.

Art. 127. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

CC/1916: art. 119.

Condição resolutiva é aquela, segundo R. Limongi França, “cujo modo de atuar opera de tal forma que a eficácia do ato, em vigor desde o instante do entabulamento, se resolve com a realização de evento futuro e incerto. Exemplo: cedo-te esta casa, para que nela mores enquanto fores solteiro” (*Instituições de direito civil* 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 145).

No Código anterior, o parágrafo único do art. 119 dispunha que “a condição resolutiva de obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo”. Tratava-se, na verdade, de *cláusula resolutiva*, de modo que o novo Código, acertadamente, incluiu idêntica disposição no art. 474, na disciplina dos contratos.

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

CC/1916: art. 119.

Pendente condição resolutiva, os efeitos da relação jurídica vigoram, enquanto aquela não se realizar (art. 127), como no exemplo da propriedade resolúvel (art. 1.359). Distingue, porém, o legislador os negócios instantâneos, ou de execução única, daqueles de execução

continuada, ou de duração, quando subordinados a condição resolutiva. Se instantâneos, operando-se a resolução, as partes são repostas no estado anterior; se de execução continuada, as prestações satisfeitas e os efeitos produzidos não são atingidos. Não se deve, entretanto, confundir negócio de execução deferida, que participa da classificação de negócios instantâneos, com execução continuada, que é de duração, pois, nesse caso, a obrigação, embora única, se subdivide em prestações periódicas.

Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

CC/1916: art. 120.

Tanto se condena o dolo de quem, em benefício próprio, impede a realização da condição como de quem força seu implemento.

Não pode, todavia, a condição depender da vontade exclusiva de uma das partes, porque, assim sendo, a cominação é de nulidade (art. 122). A conduta profligada tem, ainda, de provir da parte que vier a ser favorecida, não de terceiro.

Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

CC/1916: art. 121.

Embora eventual o direito, enquanto pendente a condição, quem do implemento desta vier a beneficiar-se pode praticar os atos de conservação. Por tais se entendem aqueles destinados a impedir o perecimento de direito futuro, sem interferir no direito daquele que em seu patrimônio presentemente o ostenta. Assim, por exemplo, pode o titular do direito eventual interromper a prescrição (art. 203), ou exercer atos materiais, como a reforma de prédio, ou, ainda, reclamar do titular atual conduta compatível com a preservação da coisa ou a garantia de direito futuro, como a prestação de caução, exigível do fiduciário pelo fideicomissário (art. 1.953, parágrafo único).

Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

CC/1916: art. 123.

Termo é o momento a partir do qual tem início *{dies a quo}* ou se extingue *(dies ad quem)* uma relação de direito. Difere da condição, porque, enquanto esta é futura e incerta, o termo é evento futuro e certo. Pode, entretanto, não se conhecer o momento em que ocorrerá, como é o caso do evento *morte de uma pessoa*, daí dizer-se equivocadamente “termo incerto” que, na verdade, é, apenas, indeterminado ou impreciso (cf. limongi França, R. *Instituições de direito civil*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 144).

O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito, diferentemente da condição suspensiva, que suspende a aquisição e o exercício do direito (art. 125).

Há negócios jurídicos que não podem sujeitar-se a termo e, segundo Vicente Rao, duas regras, “uma de doutrina e outra de direito positivo, restringem a liberdade de sujeição dos

atos jurídicos a termo: a primeira não permite a oposição de termo quando este seja incompatível com a natureza do direito de que se trata e a segunda a exclui quando, em caso expresse e imperativamente indicado, a oposição não é tolerada por lei” (*Àto jurídico*. São Paulo, Max Limonad, 1961, p. 363). Nesta última classe encontram-se a adoção (art. 1.628), o reconhecimento de filhos (art. 1.613), a aceitação e a renúncia de herança (art. 1.808). Pode-se, porém, instituir herdeiro a termo, mediante fideicomisso (art. 1.898).

Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.

§ 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.

§ 2º Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia.

§ 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.

§ 4º Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.

CC/1916: art. 125.

Prazo é o período de tempo que medeia entre o termo inicial e o termo final em uma relação jurídica.

A contagem do prazo se dá em unidades de tempo, como horas, dias, meses e anos, para cada uma das quais estabelecendo a lei regra específica.

Sendo o prazo contado em dias, salvo disposição em contrário, exclui-se o de início e conta-se o de vencimento. Por dois fundamentos justifica-se o critério: a) o aritmético, porque a soma do dia inicial com o prazo resulta nessa conclusão (ex.: o prazo de cinco dias, desde o dia 1º, vencerá no dia 6; b) o do aproveitamento, pois, se se incluísse o dia de início na contagem, parte dele já haveria transcorrido e o beneficiário do prazo teria prejuízo.

Em matéria penal, todavia, “o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo” (art. 10, do CP), mas não em matéria processual penal, cuja contagem segue a regra comum (art. 798, § 1º, do CPP).

Pode ainda ocorrer que a contagem estabelecida na lei seja em dias úteis, e, nesse caso, observada a regra geral, excluem-se, também, domingos, feriados e dias em que não há expediente, intercalados no período (ex.: art. 109 da Lei n. 8.666/93).

As partes, igualmente, nos contratos, podem fixar critério diverso de contagem.

Se o prazo terminar em feriado ou em domingo, ou ainda se o ato tiver de ser praticado em local onde naquele dia não há expediente (ex.: agências bancárias aos sábados), prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente. A lei é expressa no tocante ao termo final de prazo que cair em feriado, silenciando, no campo do direito material, acerca do dia de início, quando for domingo ou feriado. Pelo mesmo fundamento que impede o início da contagem no dia do começo, para não prejudicar o destinatário do prazo, com mais razão não deve iniciar-se em dia não útil, aplicando-se subsidiariamente o art. 184, § 2º, do Código de Processo Civil, pelo que “os prazos somente começam a correr do 1º (primeiro) dia útil”.

As mesmas regras devem ser observadas na contagem regressiva dos prazos, como na hipótese do art. 407 do Código de Processo Civil, que estabelece o prazo de “até 10 (dez) dias antes da audiência” para depositar o rol de testemunhas. Desse modo, se a audiência tivesse sido designada para o dia 16 de junho de 2004 (quinta-feira), o prazo terminaria no dia 6, mas sendo este domingo, continuando a contagem regressiva até o primeiro dia útil, e no sábado não havendo expediente forense, terminaria o prazo na sexta-feira, dia 4 de junho. É o que ensina Cândido Rangel Dinamarco: “A contagem dos prazos regressivos rege-se pelas mesmas disposições vigen-

tes para os prospectivos, aplicadas de modo rigorosamente oposto, como que num espelho do tempo” (*Instituições de direito processual civil* São Paulo, Malheiros, 2001, v. II, p. 568).

Se, porém, o prazo for estabelecido em horas contar-se-á de minuto a minuto. Evidente a dificuldade se houver início ou vencimento do prazo no domingo ou feriado. Para contorná-la, entende-se que o prazo só terá início à zero hora do dia útil seguinte, de modo que o dia será considerado por inteiro. O mesmo deve ocorrer com o termo final.

A definição de mês, diversamente do que ocorria no Código de 1916 (art. 125, § 3º), que considerava “o período sucessivo de 30 (trinta) dias completos”, acomodou-se ao que já vinha disposto na Lei n. 810, de 06 de setembro de 1949 (arts. 1º e 2º), o mesmo ocorrendo com a de ano. A contagem de mês e ano termina no dia correspondente do mês ou ano do termo inicial. Se isso não for possível, como na hipótese do dia 29 de fevereiro que se venceria em ano não bissexto, prorroga-se para o dia seguinte - 1º de março.

Meado sempre será o décimo quinto dia do mês, seja este fevereiro, com 28 dias; março, com 31; ou abril, com 30.

A Lei n. 11.419, de 19.12.2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, ao disciplinar a publicação eletrônica, estabelece “como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização de informação no Diário de Justiça eletrônico” e que “os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data de publicação” (art. 4º, §§ 3º e 4º).

Jurisprudência: Mandado de segurança. Impetração deduzida quando já esgotado o prazo decadencial de 120 dias (Lei n. 1.533/51, art. 18). Ação de mandado de segurança não conhecida. (STF, Ag. Reg. no MS n. 23.795/DF, rei. Min. Celso de Mello, j. 09.11.2000)

Decadência. Mandado de segurança. Ocorrência. Fluxo do prazo de 120 dias entre o ato administrativo e a impetração. Inteligência do art. 18 da Lei n. 1.533/51. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 219.063-1/Sorocaba, rei. Des. Reis Kuntz, j. 15.12.1994)

Execução. Instrumento particular de ratificação de acordos judiciais, referendado pelos advogados dos transatores. Nomeação de bens à penhora. Prazo de 24 horas. Intempestividade.

- “Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto” (art. 125, § 4º, do Código Civil). Hipótese em que registrada a hora da citação da devedora. Inaplicação ao caso da regra inscrita no art. 184 do CPC.

- Constitui título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pelos advogados dos transatores (art. 585, II, do CPC). Alegação de ausência de poderes quanto a um dos advogados subscritores a depender do exame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial conhecido, em parte, e desprovido. (STJ, REsp n. 187.444, rei. Min. Barros Monteiro, j. 17.03.2003)

Ação de prestação de contas. Segunda fase. Prazo para apresentação das contas. Prazo fixado em horas. Contagem. Precedentes da Corte.

1 - Como já assentou a Corte, o prazo fixado em horas conta-se minuto a minuto. No caso, irrelevante o fato de não constar da certidão a hora da intimação. O acórdão recorrido beneficiou a recorrente com a prorrogação do início para o primeiro minuto do dia seguinte ao da juntada do mandado, adiando o seu termo final para o momento da abertura do expediente forense do dia seguinte ao do encerramento do prazo de 48 horas, considerando que este caiu no domingo.

2 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 416.689, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.02.2003)

Falência. Prazo de defesa fixado em horas. Contagem minuto a minuto, a partir da intimação (art. 125, § 4º, do Código Civil). Recurso não provido. Ao prazo fixado em horas não se aplica a regra de exclusão do dia da intimação: conta-se, de minuto a minuto, do momento da intimação. (TJSP, Ap. cível n. 277,322-1/SP, 9ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Ruiter Oliva, j. 05.03.1996)

Bem comum. Alienação judicial. Impossibilidade de requerimento da adjudicação do bem, nos termos do art. 1.119 do Código de Processo Civil. Condôminos que, embora não intimados da realização da praça, tinham ciência da data designada. Direito de preferência do condômino, ademais, que somente pode ser exercido ou no ato do leilão, após a oferta do licitante, ou, no máximo, até a assinatura do auto de arrematação, a ser lavrado no prazo de 24 horas após a realização da praça. Hipóteses dos autos, todavia, em que o direito de preferência do condômino foi exercido a destempo, pois que manifestado quando já decorrido o prazo de 14 horas, que, no caso, é contado minuto a minuto, tornando-se a venda judicial perfeita, acabada e irretratável. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 075.430-4/SP, 1ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Guimarães e Souza, j. 03.02.1998)

Prova. Testemunhai. Rol. Prazo do art. 407 do Código de Processo Civil. Adiantamento da audiência inicialmente designada, antes de começar a instrução. Contagem regressiva daquele prazo a partir da nova audiência. Recurso provido. (TJSP, AI n. 55.865-4/Bebedouro, 1ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Gildo dos Santos, j. 09.09.1997)

Prova. Testemunhai. Substituição. Audiência adiada. Inteligência do art. 407, *caput*, do Código de Processo Civil. Contagem regressiva a partir da data redesignada para a nova audiência. Processo anulado. Recurso provido. Se a audiência é adiada, sem que se tenha iniciado a instrução que nela deva fazer-se, o prazo de cinco dias para depósito do rol de testemunhas conta-se, regressivamente, a partir da data da nova designação. (TJSP, Ap. cível n. 207.891-1/SP, rei. Des. Cezar Peluso, j. 09.08.1994)

Concordata. Restituição de mercadorias. Inadmissibilidade. Decorrência de mais de quinze dias do pedido da concordata. Prazo contado regressivamente. Irrelevância do termo limite ter caído num sábado. Observância ao art. 76, § 2º, combinado com o art. 166, ambos do Decreto-lei n. 7.661/45. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 225.564-1/São José do Rio Pardo, rei. Des. Laerte Carramenha, j. 13.09.1994)

Art. 133. Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.

CC/1916: art. 126.

A regra é que o prazo seja estabelecido a favor do devedor ou do herdeiro, ressalvadas as hipóteses em que das circunstâncias ou das disposições do negócio jurídico se possa concluir que o foi a benefício do credor ou de ambos os contratantes.

No Direito argentino, em que o prazo supõe-se estabelecido a favor de ambas as partes, acentua Guillermo A. Borda que a questão tem importância, porque se o prazo fosse estabelecido a favor de devedor, este poderia pagar antes do vencimento; se fosse a favor de credor, este poderia exigir o cumprimento da obrigação a qualquer momento, razão pela qual a obrigação

deve ser cumprida no dia do vencimento, salvo se o contrário resultar expressa ou tacitamente do negócio *Cia cuestión tiene importancia, porque si el plazo se supusiera establecido en favor dei deudor> este podría pagar antes dei vencimiento; si lo fuera en favor dei acreedor, este podría exigir en cualquier momento el cumplimiento de la obligación. El principio general es pues, que la obligación debe pagarse el día dei vencimiento dei plazo, ni antes ni después, salvo, que lo contrario sugiera expresa o tacitamente de los términos dei acto*”) (*Manual de derecho civil* 9. ed. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1979, p. 492). Com o mesmo raciocínio, no Direito brasileiro é de admitir a possibilidade de o devedor antecipar o pagamento ou de o herdeiro abrir mão antecipadamente de vantagens, mas isso não pode importar restrição compulsória a direito do credor, decorrente do mesmo contrato, salvo se o contrário resultar do ajustado ou das circunstâncias do negócio.

Art. 134. Os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exeqüíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo.

CC/1916: art. 127.

A referência é feita aos negócios *inter vivos*, porquanto os *causa mortis* dependem do óbito do disponente, obedecendo, quanto a estes, a regras especiais, como a do art. 1.923, § 1º, acerca da entrada na posse dos bens pelo legatário.

Mesmo nos negócios *inter vivos*, alguns há que por sua natureza ou local de execução subordinam o cumprimento da obrigação a prazo tácito, como a venda de coisa futura, a exemplo de determinada safra, que depende da colheita, ou entrega de certo objeto em local distante ou de difícil acesso.

Essa regra está em harmonia com a do art. 331, mas não pode ser dissociada do art. 397, parágrafo único, acerca da mora, segundo o qual, “não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial”.

Art. 135. Ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva.

CC/1916: art. 124.

Há semelhanças e diferenças entre condição e termo: aquela é futura e incerta e este futuro e certo. A condição suspensiva, enquanto não verificada, impede a aquisição e o exercício do direito, já o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição (arts. 125 e 131). Por isso, apenas, “no que couber”, aplicam-se ao termo as regras pertinentes à condição, entre as quais as dos arts. 126, 127 e 130.

Art. 136. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva.

CC/1916: art. 128.

Encargo ou modo “é a cláusula cessória, em virtude da qual se estabelecem modificações à vantagem criada pelo ato jurídico, já mediante o estabelecimento de uma determinada apli-

cação da coisa, já por meio da exigência de certa prestação” conforme define R. Limongi França (*Instituições de direito civil* 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 148). A par do encargo propriamente dito, ajustados a sua definição, acham-se o encargo condicional, que se comporta como uma variante da condição, dela diferindo porque admite situar-se no alvedrio de uma das partes (art. 122), e o encargo impróprio, que se situa como simples conselho e, portanto, desprovido da coercitividade própria do encargo (art. 562).

Diversamente do que ocorre quando sujeito a condição suspensiva (art. 125) ou a termo (art. 131), o modo ou encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito. Pode, entretanto, nos contratos-benefícios ou nas liberalidades (ex.: doação) ou no testamento, o disponente subordinar a aquisição e o exercício ou somente o exercício do direito ao cumprimento do encargo.

Art. 137. Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico.

CC/1916: sem correspondente.

Difere nas conseqüências se a ilicitude ou impossibilidade do encargo for ou não determinante da liberalidade. Na segunda hipótese, o encargo ter-se-á por não escrito; na segunda, invalidará o negócio jurídico.

Essa regra se vincula às dos arts. 104, II, e 166, III, e encontra paralelo nas disposições dos arts. 123, I e II, e 124, referentes às condições ilícitas ou impossíveis.

CAPÍTULO IV DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Seção I **Do Erro ou Ignorância**

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

CC/1916: art. 86.

A manifestação de vontade é elemento essencial do negócio jurídico, mas, se, embora ocorrente a declaração de vontade, esta se deu em desconformidade com o querer do agente, o negócio jurídico será viciado.

Em regra, os motivos que impelem o agente à realização de um negócio jurídico são irrelevantes, porém o processo psíquico para a formação de vontade é relevante, de modo que, se a declaração decorrer de noção inexata ou de falsa ideia a respeito do objeto principal ou acerca de pessoa, ou ainda sobre a norma jurídica (art. 139), poderá caracterizar-se erro, que é vício capaz de levar à anulação do negócio.

Conquanto equiparada pelo legislador, difere a ignorância do erro, pois aquela significa a ausência completa de conhecimento, e este, o conhecimento inexato.

Para anular o negócio, o erro deve ser essencial, ou seja, incidente sobre o objeto principal da declaração ou sobre qualidades substanciais do objeto ou essenciais da pessoa a que se refira.

Não é necessário que o erro seja comum a ambas as partes nos negócios bilaterais, bastando que atinja a vontade de uma delas. Exige-se, todavia, que, no equívoco ou falsa representação, possa incidir pessoa de diligência normal (*vir medius*), mas não é pacífico que deva ser escusável. Esse atributo, na verdade, varia de acordo com a pessoa que o alega, não sendo escusável o erro em matéria técnica ou profissional do declarante, por exemplo. A exigência de que o erro seja escusável se justifica em benefício da confiança que deve estar presente nas relações jurídicas.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

CC/1916: art. 87.

A anulação do negócio tem lugar no caso de erro substancial, que se configura quando:

a) interessa à natureza do negócio, o que recai sobre seus efeitos jurídicos, como na hipótese de se suporem os de comodato, quando são os de locação; b) interessa ao objeto principal da declaração, isto é, sobre sua identificação (*error in corpore*) - por exemplo, o imóvel alugado ou vendido ou a alguma qualidade essencial (*error qualitatis*); c) concerne à identidade (*error personae*) ou qualidade essencial (*error qualitatis*) da pessoa a quem a declaração se refira, desde que tenha influído de modo relevante.

O erro de direito não era previsto no Código Civil de 1916. A inovação, porém, não conflita com o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (“ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”), pois a hipótese do art. 139, III, é a de ideia equivocada sobre as conseqüências jurídicas da norma. Necessário, todavia, que o erro tenha sido o motivo único ou o principal do negócio.

O erro de direito, todavia, não pode ser alegado, para anular transação, “a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes” (art. 849, parágrafo único).

Jurisprudência: Ação anulatória de fiança. Erro substancial quanto a declaração de vontade. Alegação de fiança prestada para pessoa diversa da pretendida. Fiança válida. 1 - A mera alegação de percepção equivocada do negócio não tem o condão de invalidar a fiança prestada, se por meio de prova colhida nos autos restou comprovado que o fiador não tomou as cautelas necessárias ao assinar o contrato. 2 - Erro substancial do art. 139 do atual Código Civil Brasileiro não configurado. 3 - Prova analisada de forma exaustiva pelo magistrado *a quo*. Conheceram do apelo e negaram-lhe provimento. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.002.030.542, rei. Juiz Sergio Luiz Grassi Beck, j. 20.12.2005)

Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

CC/1916: art. 90.

Em regra, o erro quanto ao motivo do negócio não o vicia, na medida em que corresponde à razão subjetiva ou ao impulso psíquico do agente. Não deve, por isso, confundir-se com a causa, que corresponde à base objetiva do negócio.

Assim, na compra e venda, a intenção é propiciar a transferência de domínio (art. 481), logo a declaração de vontade deve ser emitida com essa intenção, não importando, porém, que ela se faça porque o vendedor necessita de dinheiro ou porque o objeto não mais lhe ofereça a utilidade de outrora. O mesmo não ocorre se expressamente o agente declarar o porquê do negócio jurídico, como, por exemplo, na doação "feita em contemplação de merecimento do donatário" (art. 540), se se verificar que este não teve o mérito suposto.

O falso motivo só viciará o negócio se vier expresso como determinante de sua realização.

Art. 141. A transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta.

CC/1916: art. 89.

A interposição tanto pode ser de um meio de transmissão, qual o telégrafo ou fax, como um mensageiro. Irrelevante, também, se houve ou não má-fé do intermediário, ressalvados, evidentemente, os ressarcimentos no campo da responsabilidade civil em caso de dolo ou culpa. Importa, apenas, que a vontade seja transmitida com fidelidade e o erro incida sobre aspecto substancial do negócio.

Art. 142.0 erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada.

CC/1916: art. 91.

Essa disposição se entende com a do art. 112, que manda atender mais à intenção que ao sentido literal da linguagem.

O erro na designação de pessoa ou coisa, quando estas puderem ser identificadas pelas circunstâncias, entra na classificação do erro accidental, que não dá ensejo à anulação do negócio. Assim, o equívoco na indicação do estado civil ou do domicílio da pessoa não vicia. Do mesmo modo, a simples troca de nomes, como no caso de o testador deixar um legado para a pessoa de nome "José", porque lhe salvou a vida em um naufrágio, mas quem o salvou se chama "Antônio", e a este é que se referia na verdade.

Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.

CC/1916: sem correspondente.

Considerada a exatidão da matemática, não configura erro o resultado obtido por errônea aplicação de suas regras. Assim, no caso de preço obtido na venda por medida de extensão (art. 500), não havendo divergência sobre a área e o preço unitário, pouco importa que, ao multiplicá-los, tenham as partes chegado a valor equivocado, bastando a correção do resultado. Nesse caso, não pode qualquer das partes pretender o desfazimento do negócio, mas apenas a retificação do que foi equivocadamente declarado.

Em situações de evidente engano ou de lapso ostensivo, o mesmo raciocínio deve ser aplicado ao *erro de escrita*, embora sem previsão expressa da lei (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.

CC/1916: sem correspondente.

Estando as partes concordes acerca do objeto do negócio, a despeito de equivocada declaração de vontade, não há lugar para a anulação. A hipótese pode decorrer de errônea designação da coisa, como, por exemplo, a “casa n. 100”, quando se trata da “casa n. 102”, objeto de promessa de venda não registrada, dispondo-se o promitente vendedor a alienar esta última, por reconhecer o equívoco.

Seção II

Do Dolo

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

CC/1916: art. 92.

O dolo é definido por Clóvis Bevilacqua como “o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato, que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. 1, p. 273).

A lei, todavia, não erige o prejuízo como elementar do dolo, contentando-se com que haja manifestação de vontade por força de ilicitude do comportamento do *deceptor*,

Diferentemente do erro, em que o prejudicado se engana (erro espontâneo), no dolo aquele é enganado (erro provocado). O autor do dolo é o *deceptor* e o enganado, *deceptus*.

Muitas são as modalidades de dolo, que a doutrina reconhece, como: positivo ou negativo, correspondendo a condutas comissiva ou omissiva do deceptor; *dolus bonus* e *dolus malus*, sendo aquele tolerado quando não vai além dos limites de enaltecer um bem ou serviço; essencial ou accidental, segundo seja determinante ou não da manifestação da vontade do enganado.

O dolo pode ser exercido pela parte ou por terceiro (art. 148). Somente o dolo essencial pode dar ensejo à anulação do negócio.

Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

CC/1916: art. 93.

Diferentemente do que ocorre no dolo essencial, em que a consequência é a anulação do negócio, sendo accidental o dolo, acarretará somente o pagamento de indenização, se configurado prejuízo para o *deceptus*.

Considera-se accidental o dolo quando não for determinante da realização do negócio, porquanto o sujeito o realizaria ainda que por outro modo ou em circunstâncias mais vantajosas.

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais» o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

CC/1916: art. 94.

O silêncio é reconhecido como uma das formas de manifestação da vontade, conforme as circunstâncias, e, também, tem significado quando configura comportamento ilícito.

O dolo pode caracterizar-se tanto por comportamento comissivo como omissivo. Nesse caso, em geral, a conduta dolosa se dá por *reticência*, mas tal só apresenta relevância quando existir o dever de informar; esse comportamento é o esperado e, por isso, segundo Manuel A. Domingues de Andrade, “o que decide neste capítulo são os ditames de boa-fé na contratação, mas não deve passar despercebido que cada estipulante tem os seus próprios interesses e salvaguardas” (*Teoria geral da relação jurídica*, 4. reimpr. Coimbra, Almedina, 1974, v. II, p. 259).

Jurisprudência: Rescisão de contrato. Contrato de promessa de compra e venda e de permuta. Arras. Perda. Código Civil, art. 1.095. Inocorrência nas circunstâncias do caso. Culpa dos promitentes-vendedores. Configuração. Provimento parcial. 1 - Não é nula a sentença que, percorrendo a recomendação do art. 458 do CPC, desata a *quaestio*, não de modo *extra*, *citra* ou *ultra petita*, mas segundo a versão de uma das partes. 2 - "Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução" (CTN, art. 185). 3 - "Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado" (CC/2002, art. 147). 4 - "A cláusula penal tem caráter coercitivo, objetivando compelir o devedor a satisfazer o prometido e também fixar antecipadamente o valor das perdas e danos devidos ao contraente inocente, na hipótese de inexecução contratual por parte do outro contratante. Descumprido por um dos contratantes o prazo prévio para notificação visando à rescisão do contrato, responderá pelo pagamento da multa compensatória pactuada. Improcede a pretensão de cumulação de cláusula penal com perdas e danos e lucros cessantes, uma vez que a cláusula penal compensatória se constitui em prévia determinação dos valores pretendidos." (TAMG, 1ª Câ. Cível, Ap. n. 319.937-7, rei. Juiz Gouvêa Rios, j. 28.11.2000, v. u.). 5 - Retornando as partes ao *statu quo ante*, descabe indenizar a parte culpada, pela ocupação de imóveis que o inocente daria como parte de pagamento. Reconvensão improcedente. (TJMG, Ap. n. 2.0000.00.378083-8/000, rei. Des. Nepomuceno Silva, j. 29.04.2003)

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

CC/1916: art. 95.

Duas são as situações: a) aquela em que a parte beneficiada tenha ou deva ter conhecimento da maquinação; b) aquela em que a parte beneficiada não tenha ou da qual não seja exigível ter conhecimento da maquinação. Na primeira, o negócio é anulável, se a parte não alertou a outra sobre o ilícito em curso por obra de terceiro e, na segunda, pode o negócio subsistir, mas o terceiro que houver levado a cabo a conduta dolosa responderá por perdas e danos (arts. 402 a 404 do CC).

Idêntica solução se impõe quando na parte há mais de uma pessoa e apenas uma delas praticou o dolo, em prejuízo de outra parte, não se anulando o negócio, mas compondo-se perdas e danos a favor de quem sofreu o prejuízo.

O Código de 1916 tinha redação mais singela, dizendo que “pode também ser anulado o ato por dolo de terceiro, se uma das partes o soube”, entretanto idêntica interpretação já era autorizada.

Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

CC/1916: art. 96.

Distingue-se nas consequências o dolo praticado pelo representante legal daquele que é praticado pelo representante convencional (art. 115). Em se tratando de representante legal, o representado só responde até o limite de seu proveito, enquanto se se tratar de representação convencional, o representado responde solidariamente pelos prejuízos (arts. 275 a 285 e 402 a 404 do CC).

A solução apenas indenizatória vincula-se ao dolo accidental (art. 146), porquanto, se for essencial, acarretará a nulidade relativa (art. 145).

Esses limites se verificam, no tocante ao dolo do representante, se este agir nos termos de seus poderes (art. 116), pois, do contrário, terá de responder na conformidade do art. 118.

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

CC/1916: art. 97.

A lei não ampara nenhuma das partes se a torpeza for bilateral e, nesse caso, não importa se de uma das partes o dolo se configurou por ação e o da outra por omissão, nem se se trata de dolo principal a conta de uma e accidental a conta de outra.

Resolveu, também, o texto legal o alcance da regra, pois, doutrinariamente, há opiniões que sustentam apenas o efeito de excluir a ação anulatória, mas não a correspondente exceção; outros entendem que o negócio será duplamente anulável, conforme expõe Manuel A. Domingues de Andrade (*Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra, Almedina, 1974, v. II, p. 263). Dizendo que nenhuma das partes pode alegá-lo, seja para anular o negócio, seja para pedir indenização, compreendeu o autor tanto a ação como a exceção e albergou tanto as hipóteses de dolo principal (art. 145) como de dolo accidental (art. 146).

Seção III

Da Coação

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

CC/1916: art. 98.

A coação que vicia a declaração da vontade é a moral (*vis compulsiva*), pois a coação física (*vis absoluta*) elimina completamente a vontade.

Segundo Bevilacqua, a coação de que trata o artigo “é um estado de espírito, em que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza o acto, que lhe é exigido” (*Theoria geral do direito civil*, 6. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 283).

O pressuposto da coação é o temor (*metus*) de um mal dirigido à própria pessoa do paciente, a seus bens ou a terceiros. Quando a ameaça recair sobre terceiro não pertencente à família do declarante, caberá ao juiz averiguar a existência de efetivos vínculos que determinem a perda da serenidade, para aquiescer diante da ameaça. A referência à família compreende não só o círculo mais restrito constituído do cônjuge, dos descendentes e dos ascendentes, mas deve abarcar os colaterais se, no tocante a estes, ficarem demonstrados os laços da afeição. Igualmente se inclui, em idêntica posição do cônjuge, o companheiro (arts. 1.723 e 1.724 do CC).

Não é, porém, qualquer ameaça hábil a configurar coação, devendo preencher os seguintes requisitos: a) gravidade; b) incutir no paciente temor fundado; c) tratar-se de dano iminente; d) o dano terá de ser considerável; e) ser a ameaça injusta; e f) ser causa determinante do negócio.

O Código anterior (art. 98) exigia que o dano fosse igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido. O novo ordenamento não faz essa gradação, de modo que caberá ao juiz, tendo em conta as circunstâncias apontadas no art. 152, aquilatar se se trata de ameaça “que influencia a vontade do coacto a ponto de alterar suas determinações, embora não possa, no momento, verificar, com justeza, se será inferior ou superior ao resultante do ato extorquido” (DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado*, 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 167).

Jurisprudência: A ameaça de exercício normal de um direito transmuda-se em coação quando a forma e as circunstâncias utilizadas pela parte para fazê-lo caracterizam excesso, abuso com o condão de influir no ânimo do contratante e dele retirar o livre arbítrio, a possibilidade de declarar a sua vontade com independência (TJRO, Câm. Especial, Ap. n. 98.000.583-3, rei. Des. Renato Mimessi, j. 30.04.1998). (RT760/392)

Se o credor usa irregularmente as vias de direito para extorquir ruínosa declaração de vontade do devedor, forçando sua vontade com a representação exagerada de males consideráveis que lhe adviriam ou a pessoa de sua família na hipótese de recusa da declaração, evidente o vício de consentimento caracterizador de coação, responsável pelo defeito do ato jurídico assim obtido, não legitimando as ameaças a alegação da prática de crimes de ordem pública pelo coagido. Então, o que verdadeiramente monta sob a capa da ação lícita é o abuso de direito, o exercício arbitrário de suas razões, a prepotência vulgar (I TACSP, Ap. n. 390.375, 7ª Câ., rei. Juiz Vasconcellos Pereira, j. 09.08.1988). (RT 634/107)

Negócio jurídico. Coação. Inocorrência. Pedido de anulação de escritura pública. Cumprimento de obrigação assumida quando do pedido de aprovação de loteamento. Lei municipal que exigia a doação, pelo loteador, de 5% da área dominical ao Município. Alegação da autora de que assim o fez para poder liberar a hipoteca dada em garantia. Inadmissibilidade. Hipótese em que, além de ter assumido a obrigação, quando da aprovação do loteamento, a autora cumpriu-a, lavrando a escritura de doação. Ausência de ameaça, configuradora da coação, a ensejar a invalidação do negócio jurídico (TJSP, Ap. 311.103-5/1-00, 1ª Câ. de Direito Público, rei. Des. Franklin Nogueira, j. 14.08.2007). (RT 866/179)

Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.

CC/1916: art. 99.

O critério para averiguação da ocorrência de coação é subjetivo e deve reportar-se à época e ao local dos fatos.

Aquilo que é suficiente para abalar o equilíbrio de pessoa madura e sã pode ser irresistível para o mais jovem e também para o idoso ou para o enfermo. A ameaça ocorrente em local onde o paciente conta com recursos ou amizades, se necessitar de socorro, pode ter sua gravidade atenuada e, ao reverso, se o paciente encontrar-se desamparado, o temor avulta.

Jurisprudência: Negócio jurídico. Anulação. Para a coação invalidar o negócio jurídico, a ameaça imposta à parte declarante deve ser determinante, grave, iminente e injusta. Para que sejam aferidas as condições do art. 152 do Código Civil, precisa-se de um mínimo de provas que a autora não produziu, não se desincumbindo do ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Desprovemento do recurso. (TJRJ, Ap. n. 2005.001.38477, rei. Des. Odete Knaack de Souza, j. 26.01.2006)

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

CC/1916: art. 100.

É excludente da coação a ameaça de exercício regular de um direito, porque o pressuposto é a injustiça da ameaça. Não escapa da eiva, entretanto, a ameaça de exercício abusivo de direito, porquanto considerado ato ilícito (art. 187 do CC).

O simples temor reverencial também não configura coação, desde que não acompanhado de ameaça que por si só a caracterize. Segundo Clóvis Bevilacqua, “por temor reverencial entende-se o receio de desgostar o pai, a mãe ou outras pessoas a quem se deve obediência e respeito” (*Theoria geral do direito civil* 6. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 287).

Além dessas excludentes expressamente referidas, outras há, toda vez que a ameaça não preencher os requisitos do art. 151, assim no caso de mal inverossímil ou remoto, ou quando o temor seja infundado.

Jurisprudência: Civil e consumidor. Concessionária de energia elétrica demandada por panificadora. Ação de reparação de danos. Apontada nulidade de contrato de parcelamento. Débito contraído por alegado vício de consentimento. Não constitui coação o normal exercício de um direito. Inteligência do art. 153 do Código Civil de 2002. Mero aborrecimento não configura dano moral. Desprovemento do apelo. (TJRJ, Ap. n. 2005.001.51289, rei. Des. Luiz Fernando de Carvalho, j. 22.08.2006)

Apelação cível. Civil. Indenizatória e negativa de débito. Aplicabilidade do CDC. Relação de emprego. Dano moral. Coação. Temor reverencial. 1 - Não se aplica o CDC a quem adquira bens ou serviços na qualidade que não a de destinatário final. Teoria finalista. Art. 2º, CDC. 2 - Dano moral no Código Civil de 2002. Incidência da Súmula n. 75, deste Eg. TJRJ. De regra, o mero descumprimento de cláusula contratual não enseja a reparação por danos morais. 3 - Autor não

logrou sucesso em comprovar se houve coação à realização de negócio jurídico. Por outro lado, a mera exortação, ainda que fundada em temor reverencial, não caracteriza coação *ex wart.* 153 do CC. 4 - Autor ainda se manteve na propriedade dos veículos que alega ter sido coagido a adquirir, razão que não afasta o débito contraído, sob pena de se cancelar o locupletamento. Recurso improvido. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.32397, rei. Des. Sidney Hartung, j. 17.07.2007)

Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

CC/1916: art. 101.

Se a parte a quem aproveita o negócio realizado sob coação for conivente com terceiro, autor da coação, bastando dela ter conhecimento, ou que dela devesse ter conhecimento, responderá solidariamente pelos prejuízos, além de suportar a anulação do negócio (arts. 171, II, 275 a 285 e 402 a 404 do CC).

O Código anterior exigia que o conhecimento da coação pela parte beneficiada fosse prévio (art. 101, § 1º), mas o atual não fez essa alusão, o que determina que seja a mesma a consequência, tanto se o conhecimento for prévio como se for concomitante à realização do negócio.

Art. 155. Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.

CC/1916: art. 101.

O negócio jurídico realizado sob coação praticada por terceiro sem o conhecimento da parte que se beneficia, ou que dela não tivesse conhecimento, não será anulável, porém responderá o autor da coação pelos prejuízos que causar (arts. 402 a 404 do CC).

No Código Civil de 1916 (art. 101, § 2º), em tal hipótese, o negócio era anulável, mas só o autor da coação respondia por perdas e danos. O Código em vigor, como observara José Carlos Moreira Alves, “inova, em matéria de coação de terceiro, protegendo a boa-fé do contratante não coacto, e dando ao coagido, ao invés da ação para anular o negócio jurídico, perdas e danos contra o coator” (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 56).

Seção IV

Do Estado de Perigo

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

CC/1916: sem correspondente.

O estado de perigo, incluído no Código entre os defeitos do negócio jurídico, constava do projeto de Clóvis Bevilacqua (art. 121), não tendo vingado no texto do Código Civil de 1916, permanecendo, por isso, dividida a doutrina nacional sobre o tema quanto à solução a ser dada nessa hipótese.

Ocorre estado de perigo, apto a invalidar o negócio com prestação excessivamente onerosa, quando este for realizado na iminência de dano à própria parte ou a alguém de sua família, sendo o fato conhecido pela outra parte. Também pode configurar-se caso o perigo diga respeito a pessoa não pertencente à família, mas caberá ao juiz avaliar as circunstâncias.

É necessária a concorrência dos seguintes elementos: a) assunção de obrigação excessivamente onerosa; b) existência de iminente risco à pessoa, real ou fundadamente suposto; c) conhecimento do risco pela parte que se beneficia.

Múltiplas são as possibilidades de ocorrência. Exemplifica Moacyr de Oliveira: “É o pai que, tendo o filho seqüestrado, assegura promessa de recompensa de importância vultosa, que o levará à insolvência, ou a vítima de acidente grave que, para não sucumbir com a família em local sem recursos, firma por meios indiretos contratos de mútuo, transporte, depósito, empreitada, assistência médica e hospitalar, sem possibilidade de saldar prontamente os títulos cambiais” (“Estado de perigo” In: *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. 33, p. 506).

Tendo o Código estabelecido a consequência da nulidade relativa, caso tenha havido efetiva e necessária prestação de serviço, não prevalecerá o valor pecuniário acordado, mas haverá direito ao ressarcimento, que deve ser arbitrado.

Jurisprudência: A assinatura de termo que determina quantia a ser paga a título de honorários médicos no momento da internação do paciente caracteriza coação, em face da violência moral exercida. Dessa forma, em razão do defeito do ato jurídico, qualquer acerto de honorários profissionais contido nesse documento deixa de ter validade e eficácia, devendo o quantum ser apurado em liquidação por arbitramento (Red.) (I TACSP, Ap. sum. n. 354.379, 7ª Câmara, rei. Juiz Marcus Andrade, j. 25.03.1986). (RT 609/118)

Embargos à ação monitória. Contrato de cheque especial. Taxa de juros. Estado de perigo. Inocorrência.

Embargos à ação monitória ajuizada pela CEF, visando à cobrança de dívida resultante do inadimplemento de contrato de cheque especial.

Improcedente a alegação de violação ao disposto no § 3º do art. 192 da CF, em sua redação original, tenha sido violado, tendo em vista entendimento do STF de que tal dispositivo não era autoaplicável.

O estado de perigo, a que se refere o art. 156 do Código Civil, não pode ser alegado como razão do inadimplemento da obrigação contratualmente assumida, porquanto não há prova nem que a utilização do cheque especial tenha ocorrido por necessidade premente do cliente de se salvar ou de salvar pessoa da família, nem que a CEF tivesse conhecimento dessa hipótese.

Apelação improvida. (TRF, 5ª Região, Ap. n. 356.564, rei. Des. Ubaldo Ataíde Cavalcante, j. 30.11.2006)

Seção V

Da Lesão

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

CC/1916: sem correspondente.

A lesão tanto pode dar-se pela desproporção grave entre as prestações opostas como na cobrança extorsiva de juros, reservando-se as expressões lesão contratual e lesão usurária. Daquela é que se ocupa o dispositivo, já que esta é disciplinada no art. 591, além das sanções contidas no Decreto n. 22.626, de 07.04.1933.

Ocorrerá lesão, apta a invalidar o negócio, quando, em negócio comutativo, uma das partes, por inexperiência ou necessidade premente, se obriga a prestação significativamente desproporcional à outra.

Não se exige o conhecimento das circunstâncias pelo beneficiário, bastando o prejuízo do lesado. Diz Moreira Alves (*A Parte Geral do Projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 109) que, “ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que o beneficiário tem de conhecê-lo, na lesão o próprio conhecimento é indiferente para que ela se configure”

A desproporção deve ser averiguada por ocasião do negócio, daí importar anulação, e não resolução, como se dá na superveniente onerosidade excessiva (art. 478 do CC).

O negócio também poderá ser salvo, se o beneficiado oferecer complementação de valor ou concordar com a redução do proveito, ajustando-se as prestações (*reductio ad aequitatem*).

A dificuldade está em saber quando o valor é inadequado. Oferece, todavia, Antonio Menezes Cordeiro argumento histórico de peso, fundado em constituição atribuída aos imperadores romanos Diocleciano e Maximiniano, autorizando a rescisão “quando o preço fosse inferior à metade do valor da coisa (*ultra dimidium*)” e, “na base deste fragmento, os glosadores da escola de Bolonha autorizaram um instituto que designaram *laesio enormis*. Mais tarde, ocorreriam referências a uma *laesio enormissima*, quando a desproporção entre o preço e o valor fosse ainda maior” (*Tratado de direito civil português - Parte Geral*. Coimbra, Almedina, 2000, 11, p. 451).

Jurisprudência: Apelação. Arrendamento rural. Ação de revisão contratual. Remuneração pelo arrendamento gritantemente desproporcional para com o justo valor de mercado. Negócio celebrado com senhora octogenária, iletrada e sem nenhuma experiência em negócios, aparentemente iludida por promessas da nora e dos netos, com os quais contratou. Situação ensejando a aplicação do instituto da lesão, previsto no art. 157 do CC. Mácula cujo reconhecimento pode implicar, lícitamente, nos termos do § 2º daquele dispositivo, a revisão da prestação considerada lesiva, por admitido esse efeito pela parte favorecida. Sentença de acolhimento do pedido. Confirmação. Recurso não conhecido na passagem em que inova no plano fático. Apelação conhecida apenas em parte e, nessa parte, desprovida. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.240.408.006, 25ª Câm. Dir. Privado, rei. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 05.05.2009, DJ 15.06.2009)

Seção VI

Da Fraude contra Credores

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

CC/1916: art. 106.

É anulável o negócio jurídico praticado em fraude pauliana, que se distingue da fraude decorrente da violação de negócios jurídicos pretéritos e da fraude à lei imperativa, esta acarretando a nulidade absoluta (art. 166, VI).

Reconhecida é a dificuldade para definir a fraude, não obstante o princípio *fraus omnia corrumpit* propugnando-se, inclusive, por conceituá-la por exclusão, ou seja, pelo que não é. Alvino Lima, especialmente no tocante à fraude contra credores, diz que consiste “na prática, pelo devedor, de ato ou atos jurídicos, absolutamente legais em si mesmos, mas prejudiciais aos interesses dos credores, frustrando, ciente e conscientemente, a regra jurídica que institui a garantia patrimonial dos credores sobre os bens do devedor” (*A fraude no direito civil* São Paulo, Saraiva, 1965, p. 24). Trata-se de um vício social, porquanto prejudicados são os credores e não uma das partes no negócio.

É o dano causado aos credores decorrente da insolvabilidade do devedor, com a participação de terceiro.

Há necessidade de existir um crédito anterior, para que se possa pleitear a anulação, divergindo, contudo, a doutrina se se considera anterior o crédito sob condição suspensiva ou pendente termo inicial. Nesse caso, a ação anulatória só procede se houver *consilium fraudis*, porque aí a conduta terá sido dolosamente preparada, pois, na verdade, a condição suspensiva e o termo inicial suspendem, respectivamente, a existência e o exercício de um direito.

A observação acerca da exigência do *consilium fraudis*, no caso, mais se impõe na medida em que a lei atual não exige, em regra, para a caracterização de fraude contra credores, que o devedor conheça seu estado de insolvabilidade - “ainda quando o ignore”, diz o texto legal -, diversamente do Código anterior (art. 106), de modo que, hoje, basta o *eventus damni*. Por idêntico motivo, perdeu o interesse a indagação sobre se deve existir o *animus nocendi*.

É verdade, porém, que pela lei anterior sustentava Bevilacqua que pouco importava o conhecimento “do estado dos seus bens” ou “que o soubesse aquele que lucrou com a liberalidade” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 287), mas o afastamento do requisito do *consilium fraudis* não resultava claramente da lei, como se dá no Código em vigor.

Igualmente sem razão é o dissenso a respeito de se tratar de negócio ineficaz ou anulável, pois a lei o coloca no campo das nulidades relativas (art. 171, II), ao contrário do que ocorre na fraude de execução (arts. 592, V, e 593, II, do CPC), em que o negócio é ineficaz.

Têm legitimidade para propor ação anulatória os credores quirografários que o forem ao tempo dos negócios fraudulentos e os que ostentarem garantias, se estas se tornarem insuficientes.

No rol dos negócios passíveis de anulação encontram-se todos os que acarretarem diminuição do patrimônio, não apenas as alienações, mas outros como a renúncia à herança, aos legados e à prescrição e os pagamentos antecipados.

Jurisprudência: Procede a ação pauliana se o devedor, sabendo da existência do débito, desfaz-se de seus bens em curto espaço de tempo, sem demonstrar posteriormente sua solvabilidade, ciente de que, assim o fazendo, prejudicaria o credor, frustrando recebimento de seu crédito. Decisão mantida. Apelo improvido (TAPR, Ap. n. 37.406-9, 1ª Câmara, rei. Juiz Emílio Prohmann, j. 07.04.1992). (RT 698/181)

Fraude contra credores. Devedor que, em acordo em separação consensual realizada pouco antes do ajuizamento da ação, doa todos os seus bens à ex-esposa. Ciência do estado de insolvência a que ficaria reduzido e das dívidas já vencidas que contraíra em decorrência de sua atividade comercial e em benefício da família. Partilha que, portanto, deixa transparecer intuito caviloso. Falta, ademais, de transcrição, não produzindo efeitos contra terceiros. Permanência dos bens em condomínio. Impossibilidade de prosperarem embargos de terceiro opostos pela mulher alegando ser a única proprietária dos bens arrestados. Improcedência mantida (I TACSP, Ap. n. 411.681-0, 3ª Câ., rei. Juiz Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, j. 26.06.1989). (RT645/107)

Execução. Embargos de terceiro. Fraude contra credores. Separação consensual. Meação da mulher. Citação. A alienação de bens às vésperas de uma execução por dívida, mesmo ainda não pendente a lide, é de ser considerada feita em fraude contra credores, mormente se o estado de insolvência do alienante era evidente e notório.

A separação consensual dos cônjuges devedores, com partilha de bens, promovida aceleradamente na mesma época em que se iniciavam as execuções, embora concluída antes da citação, faz presumir a existência de artifício deliberadamente preparado em fraude contra credores, presunção que se fortalece quando os cônjuges permanecem juntos e se exibem publicamente em estado de convivência plena.

Tendo participado ativamente da fraude cometida pelo marido, perde a mulher o direito de preservar sua meação, via embargos de terceiro.

Admite-se o reconhecimento de fraude contra credores manifestada em processo de embargos de terceiro, não sendo imprescindível a citação do executado, visto que, por se encontrar este integrado à execução, tem, quase sempre, pleno conhecimento do debatido nos embargos de terceiro, processo acessório e apensado àquele.

Na contestação aos embargos de terceiro é lícito arguir, como matéria de defesa, tanto a nulidade quanto a anulabilidade do título do autor, não exorbitando a sentença que acolher uma daquelas formas de inviabilidade (TAMG, Ap. n. 23.739, 3ª Câ., rei. Juiz Moacir Pedroso, j. 12.02.1985). (RT 605/173)

O reconhecimento de fraude contra credores, cuja hipótese é de anulabilidade (arts. 106 e 107 do CC), deve ser obtido por meio de ação pauliana, da qual participem todos os envolvidos, e não em embargos de terceiro, de objeto limitado, restringindo-se apenas a afastar a constrição judicial (TAPR, Ap. n. 69.372-5, 7ª Câ., rei. Juiz Wilde Pugliese, j. 20.02.1994). (RT716/276)

Apelação cível. Ação pauliana. Doação para afilhada com reserva de usufruto. Redução da devedora à insolvência. O negócio jurídico gratuito que reduz o devedor à insolvência caracteriza fraude contra credores, conforme o art. 158 do Novo Código Civil, não havendo necessidade de ver-se comprovado o *consilium fraudis*, o que justifica a procedência da demanda. Negaram provimento aos recursos. (TJRS, Ap. cível n. 70.018.787.994, 17ª Câ. Cível, rei. Alzir Felipe Schmitz, j. 05.08.2008, DJ 18.08.2008)

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

CC/1916: art. 107.

Não só os negócios jurídicos a título gratuito são passíveis de anulação, quando prejudiciais aos credores. Também o são os onerosos, quando a insolvabilidade for notória ou se for possível o seu conhecimento pelo outro contratante.

Em se tratando de negócios gratuitos, a anulação por fraude contra credores dispensa que o estado de insolvabilidade seja conhecido por qualquer uma das partes, mas se o negócio é oneroso exige-se que tenha dele conhecimento ou possa ter aquele que contratar com o insolvente.

Jurisprudência: Apelação cível. Embargos de terceiro. Alienação de veículo. Conluio. Não configuração. Fraude contra credores. Necessidade de ação pauliana. Súmula n. 195 do STJ.

1 - Dos fatos. O embargante busca a liberação da constrição que recai sobre o veículo [...], imposta em razão do deferimento de liminar na ação cautelar inominada movida pela ora embargada. A embargada, por sua vez, ressalta que a alienação se deu em fraude contra credores, e daí a necessidade de manutenção da restrição. 2 - Da conceituação de fraude contra credores. Com efeito, na forma do art. 107 do CC de 1916 - reeditado no art. 159 do CC de 2002 são anuláveis por fraude contra credores os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. Há proteção legal, a toda evidência, ao terceiro de boa-fé, pois somente serão anulados por fraude a credores os contratos onerosos quando o adquirente tiver conhecimento, ou puder se presumir que conheça, a situação de insolvência do alienante. 3 - Da não configuração de conluio. Convenci-me, no caso sob exame, de que, tendo o embargado vendido outro veículo para adquirir o caminhão [...], e que desde a aquisição - havida em momento anterior ao ajuizamento da ação cautelar, resalto - utiliza o bem em sua atividade laboral, não resta afastada a presunção de que tenha agido de boa-fé na efetivação do negócio. Até por que, em que pese existam contradições quanto ao valor pago pelo veículo, há indícios de que tenha sido cobrado o valor de mercado. 4 - Da boa-fé. O Direito prestigia e assegura a boa-fé, de modo que, aquele que sustentar a má-fé a seu favor, deverá dela fazer prova inequívoca. 5 - Da impossibilidade de tratar-se de fraude contra credores em sede de embargos de terceiro. Ademais, em sede de embargos de terceiro vedado é cuidar da fraude a credores, sendo necessário para tal o ajuizamento de ação própria, qual seja, a ação pauliana. Súmula n. 195 do STJ. Apelo desprovido. (TJRS, Ap. n. 70.013.633.672, rei. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 11.01.2006)

Art. 160. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados.

Parágrafo único. Se inferior, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real.

CC/1916: art. 108.

Em se tratando de negócio a título oneroso, pode o adquirente forrar-se da anulação se depositar em juízo o preço ainda não pago, desde que este seja próximo ao do mercado. É cabível a ação de consignação em pagamento (art. 335). Se o preço for inferior, desejando o adquirente conservar o bem, poderá depositar o valor real correspondente.

Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

CC/1916: art. 109.

Há litisconsórcio passivo necessário e unitário entre o devedor insolvável e a pessoa que com ele contratou na estipulação considerada fraudulenta (art 47 do CPC).

Já o terceiro que vier a adquirir a título oneroso somente será sujeito passivo se houver alegação de sua má-fé. Não comprovada a má-fé deste, resolver-se-á em perdas e danos o negócio celebrado entre o insolvável e a pessoa que com este houver contratado. O terceiro adquirente a título gratuito, ainda que de boa-fé, poderá ser demandado.

Aplicam-se nas ações anulatórias por fraude contra credores as regras concernentes aos frutos, contidas nos arts. 1.201, 1.214 e seguintes.

Jurisprudência: Apelação cível. Embargos de terceiro. Fraude contra credores. Anulabilidade do negócio jurídico. Ação própria. Voto vencido. Caracteriza-se fraude contra credores com a anterioridade do crédito ao ato translativo e a demonstração do *consilium fraudis* e o *eventus damni*, podendo a parte que se sentir prejudicada com tal transação valer-se da ação preconizada no art. 161 do Código Civil, denominada de "ação pauliana ou revocatória", não havendo como pretender a anulação do ato fraudulento em sede de embargos de terceiro. V.v.: Compete ao terceiro adquirente provar que a insolvência do devedor não era notória e que não possuía motivos para conhecê-la, a fim de descaracterizar a fraude, caso contrário, impõe-se a procedência do pedido, com a declaração da ineficácia do ato, para salvaguardar os direitos creditícios do exequente. (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.499053-2/000(1), rei. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 22.05.2006, publicação 11.08.2006)

Apelação cível. Ação pauliana. Litisconsórcio passivo necessário. Ausência de citação de litisconsortes. Nulidade absoluta. Desconstituição da sentença. A ação pauliana tem por objetivo desconstituir negócio jurídico realizado em fraude a credores. Deve ser proposta, por consequência, contra todos os participantes do negócio fraudulento, em litisconsórcio passivo necessário. Aplicação do art. 161 do Código Civil. Precedentes jurisprudenciais. Tratando-se de litisconsórcio passivo necessário, a sentença só produzirá efeitos se presente a citação de todos os litisconsortes, consoante determina o art. 47 do CPC. A ausência de citação de litisconsortes acarreta a nulidade dos atos subsequentes ao momento em que deveria ter sido efetuada, para que lhes seja viabilizado o exercício do direito à defesa. Precedentes desta Corte. Preliminar de nulidade acolhida. Sentença desconstituída. (TJRS, Ap. n. 70.009.853.615, rei. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 21.12.2006)

Art. 162. O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu.

CC/1916: art. 110.

O credor quirografário que receber antecipadamente seu crédito deverá restituir o que lhe foi pago, para concorrer com os demais credores.

Sucede que o pagamento antecipado subtrai dos demais credores parcela do patrimônio do devedor, que é garantia comum dos credores (art. 957 do CC).

Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

CC/1916: art. 111.

A garantia que prejudica, e é, portanto inválida, é a real, pois coloca o credor que a recebe em posição de vantagem no concurso (arts. 958 e 961 do CC).

Para restabelecer a igualdade, sendo o devedor insolvável, a garantia oferecida deve ser anulada.

Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

CC/1916: art. 112.

Na classificação dos negócios jurídicos de natureza patrimonial, distinguem-se os de disposição dos de simples administração. Estes, conforme R. Limongi França, “implicam tão somente o exercício de direitos restritos sobre o objeto, de tal modo que não haja alteração substancial dele, atual ou potencialmente” (*Instituições de direito processual civil* 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 131). Nessa categoria estão os atos de administração ordinária, destinados à manutenção de uma atividade, ou os necessários para a manutenção própria e da família, pelo que inexistente diminuição patrimonial e, portanto, não podem configurar fraude contra credores.

Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.

Parágrafo único. Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada.

CC/1916: art. 113.

Com a anulação do negócio jurídico devem as partes voltar à situação anterior (art. 182 do CC), entretanto, no caso de fraude contra credores, o devedor nada aproveitará, pois a vantagem se destina aos credores em concurso.

Se o negócio fraudulento consistir em mera outorga de garantia, a anulação apenas retirará a preferência, volvendo o credor beneficiado à categoria de quirografário.

CAPÍTULO V DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

CC/1916: art. 145.

Em uma estrutura irregular, quando inválidos, os negócios jurídicos se classificam como nulos ou anuláveis. Aqueles, também ditos inquinados por nulidade absoluta, estão privados da produção de qualquer efeito, porque ofendem a ordem pública. Já estes interessam basicamente à ordem privada e, por isso, produzem efeitos, até que algum interessado promova a anulação (arts. 169 e 177 do CC).

Segundo Orlando Gomes, a nulidade absoluta contém as seguintes características: a) imediata (invalida o negócio desde sua formação); b) absoluta (pode ser alegada por qualquer interessado, pelo Ministério Público quando couber intervir e, encontrando-a provada, deverá o juiz pronunciá-la de ofício); c) incurável (as partes não podem saná-la e o juiz não pode supri-la); e d) perpétua (porque não se extingue pelo decurso do tempo) (*Introdução ao direito civil* 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 474).

A nulidade absoluta ocorre quando há negação dos requisitos do art. 104, sendo que, no tocante à capacidade do agente, haverá nulidade se este for absolutamente incapaz, mas, se a incapacidade for relativa, o negócio apenas será anulável (art. 171, I, do CC).

Além das hipóteses de confronto com o art. 104, são nulos os negócios se o motivo animador de ambas as partes for ilícito (art. 883) ou se for preterida solenidade (ex.: a do testamento público - art. 1.864, II), ou se se objetiva fraudar lei cogente, ou ainda se a lei declarar sua nulidade ou proibir-lhe a prática, sem cominar outra sanção (ex.: contrato que tem por objeto herança de pessoa viva - art. 426).

Especial dificuldade existe na verificação da fraude à lei, porquanto a violação, nesse caso, é subreptícia. Assinala Alvino Lima que “no ato contrário à lei existe um contraste imediato e direto entre o resultado do negócio e o conteúdo da proibição legal, ao passo que a *fraus legi* pressupõe um itinerário indireto, mediante a degradação do negócio principal a simples instrumento, para conseguir o fim ulterior consistente na frustração da proibição” (*A fraude no direito civil* São Paulo, Saraiva, 1965, p. 293). Exemplo desse itinerário indireto é o contrato de compra e venda, para furtar-se à proibição do pacto comissório na hipoteca (art. 1.428 do CC).

Igualmente difícil é a questão quando se trata de negócio realizado por incapaz que ainda não sofreu interdição. Sendo interdito por incapacidade absoluta, não há dúvida, o negócio é nulo. Se, porém, o agente se acha em estado de regressão, sendo impossível ou dificultoso comprovar-se a deficiência mental, o negócio deve ser preservado, para a proteção da boa-fé do outro contratante. Já se a insanidade é notória, ou conhecida do outro contratante, será anulado. Em síntese, antes da interdição, presume-se a capacidade.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I — aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

CC/1916: arts. 102 e 147, II.

A simulação no Código de 1916 acarretava nulidade relativa (art. 147, II), tendo no novo Código sido inserida no rol dos defeitos que determinam nulidade absoluta.

É simulado o negócio em que, na definição de Manuel A. Domingues de Andrade, ocorre “a divergência intencional entre a vontade e a declaração, procedente do acordo entre o de-

clarante e o declaratório e determinada pelo intuito de enganar terceiros” (*Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra, Almedina, 1974, v. U, p. 169).

Para se caracterizar a simulação são necessários a intencionalidade da divergência entre a vontade e a declaração, o acordo entre as partes e o objetivo de enganar. Se houver intuito de iludir, mas não de prejudicar, diz-se então simulação inocente. Indaga-se a respeito da possibilidade de simulação em negócios unilaterais, o que, entretanto, é viável em hipóteses restritas, como na revogação de mandato, para dar satisfação a terceiro, desafeto do mandatário, supostamente destituído.

A simulação guarda certa proximidade com os negócios fiduciários e com os realizados em fraude à lei, sem que se confundam. Nos negócios fiduciários haverá uma recondução à situação efetivamente desejada, e, na fraude à lei, ocorre o objetivo de frustrar-lhes as proibições, o que acarreta a nulidade absoluta.

Embora a lei comine de nulidade o negócio simulado, poderá prevalecer o que se desejou celebrar, se válido na substância e na forma, ou seja, se não encontrar óbice legal. Assim, por exemplo, uma doação dissimulada em compra e venda, se feita a quem não poderia receber a liberalidade, ou doado, por quem não pudesse doar, será nula; contudo, se as partes forem livres para firmar o contrato de doação, mas assim não o qualificando por questões de fato que não ofendem a ordem jurídica, o negócio, se atendidos os requisitos formais, prevalecerá como efetiva doação.

No rol dos negócios simulados encontram-se aqueles que aparentam negócio inexistente ou diverso do verdadeiro; os celebrados com pessoa diversa da que auferirá o proveito; os que encerram falsidade ideológica por conter disposições não verdadeiras; e os documentos com data anterior ou posterior à verdadeira.

Terceiros de boa-fé não terão prejudicados seus direitos, se verificada a simulação, embora esta determine nulidade absoluta, com efeitos *ex tunc*.

Jurisprudência: Negócio jurídico. Cessão de cotas em sociedade empresária. Anulação. Simulação. Configuração. Casal em crise matrimonial. Transferência efetuada pelo marido e sócio gerente em favor da sua irmã sem prova de desembolso do preço e sem concordância da esposa meeira. Marido que continua a atuar na sociedade formalmente como auxiliar de escritório. Doação dissimulada da parte da esposa. Nulidade absoluta (art. 167, § 1º, I e II, do Código Civil de 2002). Irrelevância de a ação de separação judicial não ter sido ainda julgada. Ação procedente. Apelação desprovida. (TJSP, Ap. com revisão n. 4.986.844.300, 10ª Câmara de Direito Privado, rei. Guilherme Santini Teodoro, j. 27.08.2008)

Ação ordinária. Contrato bancário. Simulação. Subsistência do simulado. Litigância de má-fé. Não merece guarida o pedido da parte autora de anulação do contrato, e muito menos o de indenização por danos morais, haja vista que evidenciado nos autos que o negócio foi realizado através de simulação da qual participou. Também provam os autos que o empréstimo contratado foi, na verdade, endereçado à empresa corré, esta a verdadeira contratante, que se valeu de empregado, sem bens passíveis de constrição, como "testa de ferro". Perfeita a sentença em sua carga declaratória, ao reconhecer a existência de negócio simulado, permanecendo o mútuo pactuado com a empresa como devedora. Feliz a remissão ao art. 167 do Código Civil de 2002, que prega ser nulo o negócio jurídico simulado, mas subsiste o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. Também resta claro que tanto a parte autora como a segunda ré alteraram a verdade dos fatos durante a instrução probatória, litigando de má-fé, nos termos do art. 17, II, do CPC, sendo devida a multa do art. 18 desse diploma. (TRF, 4ª Região, Ap. cível n. 2007.71.130.002.287, 4ª T., rei. Edgard Antônio Lippmann Júnior, j. 11.02.2009, DJ 09.03.2009)

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

CC/1916: art 146.

As nulidades absolutas são insanáveis, por afrontar a ordem pública. Podem alegá-las qualquer interessado e o Ministério Público quando tiver de intervir no processo. Encontrando-as provadas, deverá o juiz, de ofício, pronunciá-las, não lhe sendo dado supri-las, ainda que a pedido das partes. São, por isso, ditas incuráveis.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

CC/1916: sem correspondente.

Em razão de serem incuráveis e perpétuas as nulidades absolutas, não podem os negócios nulos ser confirmados, e por isso também não podem ser objeto de novação (art. 367). Igualmente o decurso de tempo não faz desaparecer o vício.

Constitui, porém, exceção o art. 1.859 do Código Civil, em razão do qual se extingue "em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro"

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

CC/1916: sem correspondente.

Trata-se da convenção dos negócios jurídicos. Assim, a venda de imóvel de valor superior a trinta vezes o salário-mínimo, não havendo exceção por lei especial, exige escritura pública (art. 108). Firmado o negócio por instrumento particular, será nulo (art. 166, IV), entretanto, poderá valer como promessa de venda, até porque "o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado" (art. 462).

Para que a conversão seja admitida, consoante Manuel A. Domingues de Andrade (*Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra, Almedina, 1974, v. II, p. 433), é necessário que o negócio nulo contenha os requisitos do negócio sucedâneo, o qual terá de dizer respeito ao mesmo objeto e, finalmente, que se demonstre que tenham as partes desejado o negócio sucedâneo se tivessem constatado a deficiência do negócio realizado.

Difere a hipótese de outras assemelhadas, como o negócio dissimulado (art. 167) e o negócio alternativo, ou seja, quando as partes preveem outro negócio caso aquele primeiramente desejado não possa prevalecer, e tampouco se identifica com a conversão meramente formal, que confere a qualidade de documento particular ao documento público se este não atender a todos os requisitos, mas estiver assinado pelas partes (arts. 215 e 219).

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

CC/1916: art. 147.

As nulidades relativas são decretadas em atenção ao interesse particular das partes e não da ordem pública, como ocorre nas nulidades absolutas.

São anuláveis os negócios jurídicos praticados por pessoa relativamente incapaz (art. 4º), bem como os contaminados por vício de consentimento ou que consubstanciem fraude contra credores. No Código Civil de 1916, também a simulação determinava nulidade relativa.

Além dessas hipóteses, a lei estabelece outras em que se comina a nulidade relativa (ex.: doação de cônjuge adúltero a seu cúmplice - art. 550; venda de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais e do cônjuge - art. 496 etc.).

Por outro lado, o Código Civil exclui a possibilidade de anulação de transação por erro de direito “a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes” (art. 849, parágrafo único).

Art. 172.0 negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

CC/1916: art. 148.

O negócio anulável pode ser confirmado, diferentemente do que ocorre com o negócio nulo (art. 169).

O Código de 1916 dizia que “o ato anulável pode ser ratificado pelas partes”, e Bevilacqua (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 334) identificava as expressões ratificação e confirmação como “o ato pelo qual se expunge (*do negócio*) o vício de anulabilidade que o infirmava”. Já Serpa Lopes, embora reconhecendo que o Código não distinguia confirmação de ratificação, argumentava que “confirmação é a restauração da vontade viciada por parte da própria pessoa que a manifestou daquele modo; ratificação, ao contrário, é a intervenção de uma vontade até então inoperante, é a ratificação de fato alheio, enquanto a confirmação é a ratificação de fato próprio” (*Curso de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 518).

Não há motivo para entender que o novo Código não quis abarcar a ratificação uma vez que preferiu referir-se à confirmação, pois, se o negócio é anulável por incapacidade relativa, tanto poderá ser confirmado pelo então relativamente incapaz, quando atingir a maioridade, como ratificado por seu assistente antes disso.

Quando se tratar de nulidade relativa por vício da vontade, o ato de confirmação deverá ocorrer depois de se achar o agente isento para consentir, porque, do contrário, a eiva perdurará.

Não repetiu a nova lei que a ratificação (ou confirmação) retroage à data do ato (art. 148 do CC/1916), mas era mesmo desnecessário, porque tal acréscimo nada significava além de que a ratificação atingia todas as consequências já advindas como as vindouras, e era fonte de dissenso doutrinário (Serpa Lopes, op. cit., p. 520).

A confirmação, entretanto, não poderá prejudicar direitos de terceiros.

Não se deve confundir a confirmação com a novação, porquanto, nesta, outra relação jurídica surge, diferente da anterior (art. 361).

Quanto à natureza, a confirmação é ato unilateral, que não pode ser impedida pela outra parte, porque não significa um novo contrato.

Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

CC/1916: art. 149.

Trata-se da confirmação expressa.

Embora não se exija a reprodução integral dos termos do negócio, nem que se esclareça o motivo que daria ensejo à sua anulação, o ato de confirmar deve conter as cláusulas principais que caracterizam o negócio confirmado e a vontade expressa de mantê-lo.

Quanto à forma, terá de seguir a mesma do negócio confirmado, sendo, pois, daquela que exige escritura pública, será esta da substância do ato.

Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

CC/1916: art. 150.

Trata-se da confirmação tácita.

O cumprimento voluntário do negócio, após a ciência do vício que o inquina, caracteriza a vontade da confirmação, a fim de que se produzam os efeitos. Basta que o cumprimento seja parcial, o que revela o caráter irrevogável da confirmação. É, porém, necessário que o defeito já seja conhecido e a parte não mais esteja sujeita às circunstâncias que determinaram a eiva.

Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

CC/1916: art. 151.

A confirmação é irrevogável, por isso, uma vez ocorrente, expressa ou tacitamente, retira da parte as vias de impugnação do negócio que era anulável. Tal não significa, porém, que o próprio ato de confirmação não possa estar viciado e, neste caso, o defeito do negócio primitivo não se terá apagado.

Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente.

CC/1916: sem correspondente.

Quando o negócio jurídico for anulável por falta de autorização de terceiro (ex.: art. 496), esta poderá ser concedida posteriormente, com o que o vício ficará sanado. A anuência

terá de observar a mesma forma do negócio confirmado, logo, se esta exigir escritura pública, também a anuência deverá ser dada por escritura pública (art. 220 do CC).

Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

CC/1916: art. 152.

Os negócios anuláveis produzem efeitos até que, por sentença, sejam retirados do mundo jurídico, daí a natureza *ex nunc* do reconhecimento judicial das nulidades relativas.

Somente os prejudicados podem alegar a nulidade relativa, não podendo o juiz pronunciá-la de ofício, nem sendo dado ao Ministério Público argui-la.

A anulação só aproveita a quem houver alegado, salvo se a obrigação for indivisível (art. 258) ou solidária (art. 264).

Se as próprias partes no negócio forem as do processo, a nulidade relativa pode ser reconhecida incidentemente, mas com as limitações do art. 469, III, do Código de Processo Civil.

Jurisprudência: A anulabilidade do ato de transmissão dos direitos possessórios, por vícios de consentimento, está sujeita à apreciação no âmbito da possessória, quando as mesmas pessoas são os contratantes e as partes da ação (TJRO, Ap. n. 98.000.583-3, Câm. Especial, rei. Des. Renato Mimesi, j. 30.04.1998). (/?7"760/392)

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

CC/1916: art. 178, § 9º.

O prazo para anular os negócios jurídicos é decadencial e, nesse ponto, o novo Código Civil cuidou de extremá-lo dos prazos prescricionais.

Quando sujeito o caso à decadência, em regra, direito e ação surgem simultaneamente do mesmo fato. A lei, porém, estabelece o termo inicial do prazo de quatro anos, na hipótese de nulidade relativa do negócio jurídico estabelecida no art. 171, I e II: a) no caso de coação, do dia em que cessar; b) nos casos dos outros defeitos (erro, dolo, estado de perigo, lesão e fraude contra credores), do dia em que o negócio se realizou; c) na hipótese de incapacidade relativa, a partir da cessação da incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

CC/1916: sem correspondente.

Além dos casos referidos nos incisos I e II do art. 171, serão anuláveis outros negócios jurídicos que a lei assim declarar. Quanto a estes, se a lei nada dispuser a respeito do prazo decadencial para a anulação, será de dois anos.

Art. 180.0 menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

CC/1916: art. 155.

O menor relativamente incapaz já possui entendimento, embora se presuma reduzido. Se, entretanto, age com malícia, esta infirma a deficiência decorrente da idade, porque consegue convencer a outrem, daí o brocado *malitia supplet aetatem*.

Em tal circunstância, não poderá o menor, para fugir das obrigações, alegar defeito de idade.

Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

CC/1916: art. 157.

Em regra, anulado o negócio jurídico ou declarada sua nulidade, voltam as partes à situação anterior (art. 182), entretanto, se a nulidade, absoluta ou relativa, decorrer de incapacidade da parte, aquele que pagou ao incapaz não terá direito à repetição, salvo se provar que o que foi pago reverteu em proveito do incapaz.

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

CC/1916: art. 158.

Anulado o negócio, ou declarada sua nulidade, as partes voltam ao *statu quo ante*. Se isso for impossível, o prejudicado será indenizado com o equivalente em dinheiro.

A regra comporta exceções, como a do art. 181, acerca do pagamento feito aos incapazes, e dos arts. 1.214, 1.217 e 1.219, a respeito da boa-fé.

A declaração de nulidade atinge a terceiro, cujo direito tenha sido adquirido com base no ato nulo, porque ninguém pode transferir mais direito do que possui, ressalvada a aplicação das regras acima, concernentes à boa-fé.

Art. 183. A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.

CC/1916: art. 152, parágrafo único.

Quando o negócio não exigir forma especial, a nulidade do instrumento não importará nulidade do negócio, pois, nesse caso, são admitidos outros meios de prova.

Assim, quando o negócio não exigir escritura pública, mas por meio desta for realizado, entretanto, inquinada de nulidade, o negócio valerá, porque pode ser provado por instrumento particular. Trata-se de conversão formal.

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

CC/1916: art. 153.

Os negócios jurídicos, pelo critério de sua composição, dividem-se em simples e complexos, “conforme se constituam de declarações de vontade própria de um só, ou de vários negócios”, consoante Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*, 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 299).

Sendo o negócio complexo e inválido um dos negócios jurídicos, os demais prevalecem, salvo se for outra a intenção das partes, como no caso de lhes interessar apenas o ajuste por inteiro. É a aplicação da regra *utile per inutile non vitiatur*. Não se deve, também, confundir negócio complexo com negócios coligados. Aquele é único, enquanto estes são vários.

Adotando-se o critério da divisão, na classificação das obrigações, de um lado consideradas em si mesmas e de outro reciprocamente, há nesta última hipótese o negócio principal e o acessório. A invalidade do negócio acessório não se comunica com o principal; já a invalidade do negócio principal fulmina o acessório. Assim, em uma fiança locatícia, sendo esta nula, o contrato de locação não será nulo, mas se o contrato de locação for nulo, a fiança também o será, porque a fiança é acessória - *accessorium sequitur suum principale*- ressalvado o disposto no art. 824.

TÍTULO II DOS ATOS JURÍDICOS LÍCITOS

Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

CC/1916: art. 81.

O Código divisou o ato jurídico em sentido estrito do negócio jurídico, ambos compreendidos no gênero ato jurídico em sentido amplo.

Distingue-se o ato jurídico em sentido estrito do negócio jurídico porque neste existe manifestação da vontade apta a determinar efeitos jurídicos, ao passo que naquele os efeitos jurídicos dimanam da lei.

Classifica Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil* 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 253) os atos jurídicos em atos materiais e de participações. Aqueles são comportamentos como a fixação do domicílio, e não têm destinatário; enquanto estes são declarações de vontade, sem intento negociai, mas que objetivam infundir em outrem um evento psíquico, como no caso das notificações, interpelações e protestos (arts. 867 e segs. do CPC).

Aos atos jurídicos lícitos, no que couber, aplicam-se as regras pertinentes aos negócios jurídicos.

TÍTULO III DOS ATOS ILÍCITOS

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

CC/1916: art. 159.

Consiste a responsabilidade civil na obrigação de indenizar o dano, patrimonial ou moral, causado a outrem.

Encarece Aguiar Dias que “não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde não há que reparar” (*Da responsabilidade civil* 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. II, p. 713).

O dano pode surgir tanto em atividade disciplinada por um contrato, daí a chamada responsabilidade contratual (ex.: contrato de transporte), como em atividade independente de qualquer ajuste com o prejudicado, sendo esta a responsabilidade extracontratual (ex.: acidente de trânsito).

São elementos indispensáveis para obter a indenização: 1) o dano causado a outrem, que é a diminuição patrimonial ou a dor, no caso de dano apenas moral; 2) nexo causai, que é a vinculação entre determinada ação ou omissão e o dano experimentado; 3) a culpa, que, genericamente, engloba o dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia), correspondendo em qualquer caso à violação de um dever preexistente.

Em regra, a exigibilidade da reparação subordina-se a um elemento subjetivo, o dolo ou a culpa, do causador do dano. Excepcionalmente, porém, a culpa ou o dolo têm sua comprovação dispensada, nas hipóteses submetidas ao regime da responsabilidade objetiva, ou seja, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente exercida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único, do CC).

Não só o causador efetivo do dano está adstrito a indenizar, porquanto essa responsabilidade se estende a outras pessoas àquele vinculadas, na conformidade do art. 932.

O incapaz também responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, entretanto, nesse caso, a indenização deverá ser equitativa e não será devida, se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem (art. 928, parágrafo único, do CC).

Jurisprudência: Súmula n. 28, STF: O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.

Súmula n. 491, STF: É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

Súmula n. 562, STF: Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária.

Súmula n. 37, STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Súmula n. 130, STJ: A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento.

Súmula n. 227, STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo» excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

CC/1916: sem correspondente.

Não constitui ato ilícito o exercício regular de um direito (art. 188,1, do CC), todavia, não se permitem excessos que contrariem os fins econômicos e sociais daquele.

Define R. Limongi França: “O abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (*Instituições de direito civil* 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 889).

Em diversas outras passagens, o Código Civil coíbe o abuso de direito, a saber, nos arts. 421 e 422,1.228, §§ 1º e 2º, e 1.648, bem como a legislação extravagante, a exemplo da hipótese de limitação ao direito de o inquilino purgar a mora nas ações de despejo por falta de pagamento (art. 62, parágrafo único, da Lei n. 8.245/91). No campo do direito constitucional, várias são as condenações de conduta abusiva (arts. 14, §§ 9º e 10, e 173, § 4º, da CF). No âmbito do direito processual, o litigante que abusar das faculdades que lhe são concedidas responde por isso (arts. 14, parágrafo único, 17, 18, e 538, parágrafo único, do CPC).

Não exige a lei o elemento subjetivo, ou a intenção de prejudicar, para a caracterização do abuso de direito, bastando que seja distorcido o seu exercício.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

CC/1916: art. 160.

São excludentes de ilicitude, ainda que a conduta produza danos a terceiros, a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estado de necessidade. A essas categorias identificáveis no dispositivo do Código Civil pode-se acrescentar o estrito cumprimento do dever legal, a que alude o art. 23, III, do Código Penal, sem que isso exclua a responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da CF). É, ainda, a lei penal que define: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (art. 24, *caput*, do CP). Aplicável, também, sua definição de legítima defesa: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (art. 25 do CP).

Em qualquer das hipóteses, responderá o agente pelo excesso que cometer (art. 187 do CC, e art. 23, parágrafo único, do CP).

Não obstante o paralelismo com a responsabilidade penal, dispõe o Código Civil que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (art. 935).

É necessário, também, observar que o ato praticado em estado de necessidade, embora não considerado ilícito, dá lugar à indenização, se a pessoa lesada ou o dono da coisa destruída ou deteriorada “não forem culpados do perigo” (art. 929 do CC).

Jurisprudência: Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação de indenização por danos morais. Protesto. Ausência de ato ilícito. Débito efetivamente existente, pois ausente prova do pagamento (quitação). Ônus que recaía ao autor, por força do art. 333,1, Código de Processo Civil, do qual não se desincumbiu. Exercício regular de direito do credor. Ausência de ato ilícito. Exegese do art. 188 do Código Civil. Demanda julgada improcedente. Sentença confirmada. Recurso de apelação ao qual se nega provimento. (TJRS, Ap. n. 70.021.062.443, rei. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 13.09.2007)

Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Dano moral. Matéria jornalística publicada com base em dados fornecidos por terceiros. Inexistência de conteúdo calunioso, difamatório e injurioso. Matéria que está dentro do alcance dos parâmetros do direito civil e nos limites de segurança da informação, consoante o direito constitucional. Verba indevida (TJSP, Ap. n. 195.584-4/8-00, 5ª Câ. de Direito Privado, rei. Des. Oldemar Azevedo, j. 09.11.2005). (RT 846/250)

TÍTULO IV DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

CAPÍTULO I DA PRESCRIÇÃO

Seção I *Disposições Gerais*

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

CC/1916: sem correspondente.

O vocábulo prescrição é originário de *praescriptio*, que deriva do verbo *praescribere*, significando “escrever antes”.

Nas denominadas ações temporárias, que se contrapunham às ações perpétuas, ao estatuir a fórmula, determinava o pretor ao juiz que absolvesse o réu se expirado o prazo de sua duração, e essa parte preliminar da fórmula se chamava *praescriptio*. Daí o entendimento que a prescrição corresponderia à extinção da ação e foi conceituada por Clóvis Bevilacqua como “a perda da acção atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dellas, durante um determinado espaço de tempo” (*Theoria geral do direito civil* 6. ed., atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 370).

Assentando que a ação é direito público subjetivo de pedir a prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), a prescrição não mais pode ser compreendida naqueles termos, mas deve ser conceituada como a perda da exigibilidade do direito pelo decurso do tempo. Não é o direito que se extingue, apenas sua exigibilidade.

Alguns justificam a prescrição como uma sanção à negligência do titular do direito que não o exerce em certo lapso de tempo (*dormientibus nott succurrit jus*)> enquanto outros procuram explicá-la com motivos de ordem pública, dada a necessidade de consolidação das situações jurídicas.

Para que se configure a prescrição são necessários: a) a existência de um direito exercitável; b) a violação desse direito (*actio nata*); c) a ciência da violação do direito; d) a inércia do titular do direito; e) o decurso do prazo previsto em lei; e f) a ausência de causa interruptiva, impeditiva ou suspensiva do prazo.

Quando o direito se dividir em cotas periódicas, distingue-se a prescrição nuclear, ou de fundo de direito, da prescrição parcelar. Assim, enquanto não for negado o próprio direito, sujeitam-se a prescrição somente as parcelas (art. 3º, do Decreto n. 20.910, de 06.01.1932), salvo que a própria lei pode estabelecer a imprescritibilidade do próprio direito, fazendo a prescrição incidir apenas sobre as parcelas (art. 104 da Lei n. 8.213/91). No caso de créditos resultantes de relações de trabalho, a prescrição parcelar é quinquenal, todavia, ocorrerá a prescrição nuclear “dois anos após a extinção do contrato de trabalho” urbano ou rural (art. 7º, XXIX, da CF).

Jurisprudência: Súmula n. 443, STF: A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado ou a situação jurídica de que ele resulta.

Súmula n. 85, STJ: Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Embargos infringentes. Seguro. Cobrança. Prescrição anual. Art. 206, § 1º, II, *b*, do Código Civil. Termo inicial. Concessão da aposentadoria pelo INSS. Requerimento administrativo. Suspensão do prazo. Súmula n. 229 do STJ. Prescrição configurada. O prazo prescricional da ação do segurado contra o segurador se perfaz em um ano e deve ser contabilizado a partir do fato gerador da pretensão, e não da negativa do pagamento. Inteligência do art. 206, § 1º, II, *b*, do Código Civil de 2002. Na hipótese de aposentadoria por invalidez pelo INSS, o termo inicial da prescrição é a data da concessão do benefício, pois o segurado obtém ciência inequívoca da sua incapacidade laboral. O requerimento administrativo do pagamento de seguro suspende o prazo prescricional, que volta a fluir a partir do dia da recusa (Súmula n. 229 do STJ). V.v. A prescrição da ação do segurado em face da seguradora é de um (1) ano, conforme disposto no art. 178, § 6º, do Código Civil de 1916 e na Súmula n. 101 do STJ. O termo inicial para contagem da prescrição em questão é a data da efetiva ciência, pelo segurado, da negativa de pagamento do seguro pela seguradora, por força da *actio nata*, visto que a pretensão juridicamente protegida e, conseqüentemente, o interesse de agir, somente surgem após a lesão ao direito material, ou seja, com a recusa do pagamento da verba securitária. Até o momento em que ocorre a negativa da seguradora em pagar o seguro não há ato ilícito a ensejar a pretensão do segurado, porquanto a seguradora ainda não violou o direito de o mesmo receber o pagamento da verba securitária. Ressalte-se, ainda, que o art. 189 do CC/2002 expressamente faz referência à violação do direito material como condição para o surgimento da pretensão, que poderá ser extinta pela prescrição. Diz, assim, o art. 189 do CC/2002: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206". Como se vê, não é qualquer pretensão que tem relevância para fins de prescrição, mas sim aquela que surgiu da violação, da lesão do direito material. Não obstante a Súmula n. 229 do STJ use, em seu texto, a expressão "suspensão", deve-se entender seu sentido não pela literalidade, mas pela teleologia. Assim, o

que ocorre, em verdade, é uma interrupção do prazo, sob pena de se impedir o acesso do segurado ao Judiciário, cometendo-se grave injustiça em relação a ele. (TJMG, Embargos infringentes n. 2.0000.00.481886-6/002, rei. Des. Renato Martins Jacob, j. 16.03.2006)

Art. 190. A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

CC/1916: sem correspondente.

A questão referente à prescrição das exceções é controvertida; assevera Antonio Luís de Câmara Leal em *Da prescrição e da decadência* (3. ed., atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense» 1978, p. 44) que “não há acordo entre os escritores: se uns, como Savigny, são pela absoluta imprescritibilidade das exceções, outros, como Chironi, são pela sua prescritibilidade; e outros, como Mirabelli, admitem tanto a prescritibilidade como a imprescritibilidade, conforme a natureza da exceção” Vergando-se por esta última corrente, aduz que “se a exceção tem seu fundamento em título diverso daquele que serve de base à ação, constituindo um meio de ataque, e não de simples defesa, e tendo por fim não a conservação de um estado atual do objeto da demanda, mas o reconhecimento de um novo estado, diverso do atual, essa exceção é prescritível, porque só tem a feição processual de exceção, sendo, porém, no fundo uma verdadeira ação ou reconvenção”.

Embora o Código não restrinja o conteúdo da exceção que se sujeita à prescrição, corretos se afiguram os limites acima, porque é elementar da prescrição a existência de um direito exercitável.

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

CC/1916: art. 161.

A renúncia é o modo de despojamento de direitos. O fato de um direito não ser exercido, todavia, não implica renúncia, porque esta deve ser expressa ou decorrente de circunstâncias que possibilitem entendê-la desejada pelo titular, quando, então, se diz tácita.

Quanto à prescrição, a renúncia encontra os seguintes limites: a) só pode ocorrer depois de consumada a prescrição, isto é, não se admite a renúncia prévia; b) não pode prejudicar terceiros, de modo que ao devedor insolvável não é lícito renunciar à prescrição referente a um de seus débitos, prejudicando os demais credores.

A renúncia é unilateral, ou seja, independe da anuência da outra parte.

Não pode renunciar à prescrição quem não esteja na livre administração de seus bens, assim os absoluta ou relativamente incapazes, ainda que por intermédio dos que os representam ou assistam, pois os atos de disposição carecem de autorização judicial e devem atender ao interesse do incapaz.

Jurisprudência: Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro obrigatório. DPVAT. Invalidez permanente decorrente de acidente de trânsito. Preliminares de carência de ação e prescrição. Rejeição. Mérito. Nexo causal entre o fato e o dano comprovado. Indenização devida. Inteligência da Lei n. 6.194/74. Fixação em salários-mínimos. Possibilidade. Precedentes desta corte e do STJ. I - Carência de ação. A responsabilidade pelo pagamento da indenização do seguro DPVAT é de qualquer seguradora conveniada, nos termos do art. 7º da Lei n. 6.194/74. Preliminar rejei-

tada. II - Prescrição afastada, tendo em vista a renúncia tácita operada com o pagamento efetuado administrativamente (CC/2002, art. 191). III - Mérito. É aplicável ao Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT) a Lei n. 6.194/74. Incontroverso o nexo de causalidade entre o fato e o dano, mostra-se devido o pagamento do seguro ao demandante. Preliminares rejeitadas e apelo desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.025.645.102, 6ª Câ. Cível, rei. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 21.08.2008)

Prescrição. Ação revisional de contrato de abertura de crédito em conta-corrente ("cheque especial"). Pretensão à exclusão da prática de capitalização de juros e de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Renúncia tácita do réu, por haver praticado ato incompatível com o pedido de reconhecimento da prescrição. Caracterização da hipótese prevista na parte final do art. 191 do novo Código Civil. Prova. Ação revisional de contrato de abertura de crédito em conta-corrente ("cheque especial"). Perícia contábil. Dispensabilidade de sua realização para afastar a alegação de capitalização de juros. Desnecessidade dos quesitos apresentados pelo banco réu para tal fim. Agravo retido desprovido. Contrato. Abertura de crédito em conta-corrente ("cheque especial"). Capitalização. Licitude. Inaplicabilidade ao caso das vedações da Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33). Juros remuneratórios. Livre pactuação. Legalidade. Limitação constitucional em 12% (doze por cento) ao ano. Eficácia contida até sua revogação pela Emenda Constitucional n. 40/2003. Súmulas 596 e 648 do Supremo Tribunal Federal. Aplicação da Súmula vinculante n. 7 da referida Corte Suprema. Repetição do indébito. Descabimento da pretensão. Sucumbência carreada ao autor. Litigância de má-fé. Inocorrência. Não configuração das hipóteses elencadas pelo art. 17 do Código de Processo Civil. Ação improcedente. Agravo retido desprovido, apelo do réu provido, por maioria, e recurso do autor desprovido, com observação. (TJSP, Ap. cível n. 1.342.325.900, 12ª Câ. Dir. Privado, rei. José Reynaldo, j. 03.06.2009, *DJ* 06.07.2009)

Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.

CC/1916: sem correspondente.

As normas referentes à prescrição, entre elas a fixação de seu prazo, têm natureza imperativa, de modo que apenas a lei pode declarar algum direito imprescritível e os particulares não podem dilatar ou diminuir os prazos prescricionais. Por idêntica razão, não lhes é dado criar outros motivos de interrupção ou suspensão do curso do prazo prescricional.

Na sistemática do Código Civil, mesmo no de 1916, comentava Clóvis Bevilacqua (*Theoria geral do direito civil* 6. ed., atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 419) que não há lugar para alusão à “prescrição imemorial (*cujus origo memoriam excessit*)” em razão da adoção de prazo geral (art. 206) e, por outro lado, conforme Câmara Leal (*Da prescrição e da decadência*, 3. ed., atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 37), “todo o estudo relativo à imprescritibilidade se ressent de um certo empirismo”, reduzindo-se à casuística legal.

Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

CC/1916: art. 162.

A prescrição pode ser alegada a qualquer momento, enquanto a causa estiver pendente de julgamento. Não é necessário que o seja na contestação (art. 303, III, do CPC) nem que se

faça em primeiro grau de jurisdição. É inadmissível, todavia, a alegação apenas em sede de recurso especial, continuando válido o que dizia Câmara Leal (*Da prescrição e da decadência*, 3. ed., atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 78) à época em que a função monofiláctica concernente à legislação infraconstitucional era do Supremo Tribunal Federal: “se a prescrição não foi alegada perante a justiça estadual e a lei federal que a rege não se tornou, portanto, objeto da discussão, claro está que a sentença, deixando de aplicá-la, não lhe negou eficiência, não foi proferida ‘contra a letra de lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado’, e o recurso extraordinário se faz inadmissível” Faltaria prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356 do STF e 211 do STJ).

Igualmente, em ação rescisória não se pode alegar prescrição que não fora arguida na ação em que tenha sido proferida a sentença rescindenda. Na execução, a prescrição que se admite alegar é a superveniente à sentença exequenda (art. 741, VI, do CPC).

A alegação da prescrição incumbe à parte a quem aproveita, estendendo-se, porém, a terceiros que pela prescrição forem favorecidos.

A prescrição, também, pode ser reconhecida de ofício (art. 219, § 5º, do CPC com a redação dada pela Lei n. 11.280, de 16.02.2006).

Art. 194. (*Revogado pela Lei n. 11.280, de 16.02.2006.*)

CC/1916: art. 166.

O art. 194 estabelecia que: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”

No Código de 1916, era ao juiz vedado conhecer de ofício da prescrição de direitos patrimoniais (art. 166) alertando, contudo, Clóvis Beviláqua (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 355) que isto fazia supor “que o Juiz possa conhecer da prescrição de direitos não patrimoniais, quando é certo que, precisamente, os direitos patrimoniais é que são prescritíveis. Não há prescrição se não de direitos patrimoniais. Os direitos que são emanções diretas da personalidade os de família puros, não prescrevem”.

A Lei n. 11.280, de 16.02.2006, com entrada em vigor 90 dias depois de publicada, expressamente, revogou o art. 194 do Código Civil (art. 11) e modificou o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, que passou a vigorar com a seguinte redação: “O Juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”

A lei vigente afastou-se da tradição, ao determinar o reconhecimento da prescrição, de ofício, pelo Juiz, com o objetivo de conferir celeridade ao processo, entretanto, tem de conviver com o art. 191 do Código Civil, que permite a renúncia da prescrição. Deste modo, o reconhecimento, de ofício, da prescrição não se poderá dar caso o interessado a ela tenha, anteriormente, renunciado.

Jurisprudência: Execução fiscal. IPTU. Cobrança do exercício de 1999. Sentença que julga extinto o processo, com base nos arts. 267, VI, e 329 do CPC, por entender o juízo que a CDA não preenche os requisitos legais. Com o advento da Lei n. 11.280, de 16.02.2006, com vigência a partir de 17.05.2006, o art. 219, § 5º, do CPC [...] passou a vigorar com a seguinte redação:

O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. [...] *Id est*, para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, *ipso facto*, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição. (STJ, REsp n. 836.083, rei. Min. José Delgado, j. 03.08.2006)

Agravo. Previdenciário. Execução de sentença. Decretação *ex officio* da prescrição. Incidência da Lei n. 11.280/2006. Atribuição e dever de atuação do juiz. Extinção da ação. O reconhecimento judicial da prescrição tomou novo contorno por conta da alteração legislativa trazida pela Lei n. 11.280/2006, que deu nova redação ao § 5º do art. 219 do CPC. Portanto, a análise da prescrição, que pela ordem jurídica anterior ficava ao inteiro dispor das partes, desde o Código Civil de 1916 (art. 166), com as alterações punctuais em 1973, pelo CPC (art. 219, § 5º, na redação original) e pelo Código Civil de 2002 (art. 194), passou agora a ser atribuição do juiz, como dever de atuação. Assim, a qualquer tempo, modo e grau de jurisdição (Código Civil, art. 193, primeira parte), deve o juiz pronunciar a prescrição. Por isso, quando pronunciada pela instância superior, sem que tivesse havido manifestação na origem, tal não importa supressão de instância. Agravo provido. Processo extinto pela ocorrência da prescrição. Unânime. (TJRS, AI n. 70.016.858.508, 21ª Câm. Cível, rei. Genaro José Baroni Borges, j. 07.03.2007)

Direito tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Contribuições para a seguridade social. Art. 46 da Lei n. 8.212/91. Inconstitucionalidade.

1 - De acordo com a inteligência do art. 174 do CTN, a suspensão do processo de execução fiscal, requerida com base no art. 40, *caput*, da LEF, não pode gerar situação de imprescritibilidade, devendo-se limitar ao lustro prescricional.

2-0 transcurso de cinco anos, contados da data do arquivamento dos autos, sem a efetiva manifestação do exequente no sentido de persistir na execução, caracteriza a prescrição intercorrente e autoriza a extinção do feito.

3 - A prescrição, declarada de ofício, encontra cogência no art. 156, V, do CTN, mesmo porque o último bastião impeditivo, quando se tratasse de direitos patrimoniais, foi removido com a nova redação do art. 219, § 5º, do CPC, dada pela Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, cujo art. 11 também revogou expressamente o art. 194 da Lei n. 10.406/2002 (Novo Código Civil), que vedava o suprimento pelo juiz, de ofício, da alegação de prescrição.

4 - No § 4º do art. 40 da LEF, introduzido pela Lei n. 11.051/2004, a expressão "depois de ouvida a Fazenda Pública", não veda a declaração da prescrição, de ofício, pelo juiz, antes de intimar a Fazenda Pública, porque se trata de matéria de ordem pública e modalidade de extinção do crédito tributário, previsto no art. 156, V, do CTN, não adstrito à conveniência do Fisco.

5 - Tem aquela locução a finalidade de informar o transcurso do prazo quinquenal, para possibilitar arguição de possíveis causas suspensivas ou interruptivas da prescrição intercorrente (CTN, arts. 151 e 174, parágrafo único).

6 - Contribuições relativas às competências de 5/1996 a 3/1997 submetem-se ao prazo prescricional quinquenal.

7 - Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 reconhecida nos julgados desta Corte.

8-0 comando da Súmula n. 46 deste Tribunal não afasta a possibilidade de decretação da prescrição, pois em que pese não seja possível a extinção do feito ante a simples não localização do devedor ou de seus bens, isoladamente considerada, o direito à cobrança permanece sujeito ao prazo prescricional.

9 - Apelação improvida. (TRF, 4ª Região, Ap. n. 1997.710.800.37760/RS, rei. Juiz Artur César de Souza, j. 21.03.2007)

Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.

Contra os absolutamente incapazes (art. 3º do CC) não corre prescrição (art. 198, I), mas corre contra os relativamente incapazes (art. 4º). Desse modo, o dolo ou a negligência de quem os assiste (pais, tutores, curadores) acarreta a obrigação de indenizar, se não propuserem as ações cabíveis em tempo útil ou deixarem de alegar a prescrição que lhes aproveita oportunamente.

Igual direito ressarcitório têm as pessoas jurídicas se forem prejudicadas pela omissão de seus representantes nessas mesmas circunstâncias.

Tal qual no Código Civil de 1916, esse ressarcimento já se podia entender albergado nas regras pertinentes à responsabilidade civil (arts. 186 e 927), também aqui aplicáveis, contudo houve por bem o legislador estabelecer norma específica.

Art. 196. A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.

CC/1916: art. 165.

A fluência do prazo prescricional é contínua, aplicando-se o princípio da *accessio temporis*.

O Código de 1916 referia-se à continuação contra o “herdeiro”, mas a doutrina (BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado* 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 355) já entendia a expressão como compreensiva do sucessor tanto a título singular como universal, no que difere do usucapião, em que se distingue o sucessor a título universal do singular (arts. 1.207 e 1.243 do CC).

Seção II

Das Causas que Impedem ou Suspendem a Prescrição

Art. 197. Não corre a prescrição:

- I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;
- II — entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;
- III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

CC/1916: art. 168.

A fluência do prazo prescricional pode ser estancada por três causas ditas preclusivas que assim se classificam: a) impeditivas; b) suspensivas; c) interruptivas.

As causas impeditivas tolhem o início do prazo; as suspensivas fazem cessar o seu curso e, quando volta a fluir, conta-se o tempo antes transcorrido, restando o prazo remanescente; as interruptivas impedem o andamento do prazo e, cessados os efeitos da causa interruptiva, a contagem recomeça por inteiro, salvo disposição legal em contrário (art. 9º do Decreto n. 20.910, de 06.01.1932).

Não é unânime a doutrina segundo a qual as causas que suspendem o curso do prazo prescricional são taxativas, havendo quem sustente a sobrevivência da regra *contra non valentem agere non currit praescriptio*, ou seja, não corre contra quem estiver absolutamente impossibilitado de agir.

Razões de ordem moral impedem que o prazo prescricional corra entre cônjuges na constância da sociedade conjugal e entre as pessoas que exercem o poder familiar, a tutela e a curatela ou se submetem a eles, porquanto, no dizer de Clóvis Bevilacqua, “a afeição e con-

fiança, que devem existir entre as pessoas a que o Código se refere, não permitiriam que se criasse a situação jurídica da prescrição” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 358).

A dissolução da sociedade conjugal se dá nas hipóteses do art. 1.571, em que não se encontra o caso da separação de fato, contudo, sendo esta separação voluntária, não se deve dar por suspenso ou impedido o curso do prazo prescricional depois de um ano do rompimento da convivência sem ânimo de reconciliação, pois já seria causa de separação judicial (art. 1.573, IV, do CC), além do que se presume o desaparecimento da afeição que era o fundamento da regra legal (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Se consideradas taxativas as causas de suspensão do prazo prescricional, não fica este suspenso com relação às ações contra terceiros que, eventualmente, possam acarretar prejuízos para o cônjuge, como naqueles casos em que poderá ocorrer a denúncia da lide, conforme se vê do entendimento de Câmara Leal (*Da prescrição e da decadência*, 3. ed., atualizada por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 137).

Tendo a lei se referido ao impedimento ou à suspensão entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, duas dificuldades podem ser suscitadas: a) se o prazo prescricional corre entre os parentes em linha reta não vinculados pelo pátrio poder; e b) se suspenso ou destituído do pátrio poder, passa a correr a prescrição contra ou a favor dos pais.

Essas questões só podem ser resolvidas tendo em vista o fundamento moral da regra.

Câmara Leal (op. cit., p. 139) afirmava que a suspensão ou o impedimento são restritos “aos descendentes e ascendentes ligados pelo pátrio poder” e que a cessação dessa isenção ocorreria na destituição mas não na mera suspensão do pátrio poder.

Considerando-se que é a afeição o fundamento da regra, não se poderia admitir que o legislador quisesse indispor avós e netos, ainda que por intermédio dos pais destes. Assim, parece mais consentâneo com os objetivos da lei que se entenda ser a vigência do poder familiar simples termo, dentro do qual se presume a falta ou o reduzido grau de entendimento da pessoa menor, e, por isso, liberando-a do ônus de litigar.

A segunda questão parece bem resolvida por Câmara Leal, porquanto a extinção do pátrio poder é definitiva, enquanto a suspensão, temporária (arts. 1.635 a 1.638 do CC); logo, naquele caso, a isenção da prescrição deve cessar, enquanto neste, deve perdurar.

Por fim, as mesmas razões que impõem a harmonia entre ascendentes e descendentes exigem que entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores não corra prescrição (art. 1.735, III, do CC).

Jurisprudência: Processual civil. Ação de indenização por ato ilícito. Apelação cível. Fazenda pública estadual. Prescrição quinquenal. Art. 1º do Decreto n. 20.910/32. Menor impúbere. Inaplicabilidade. Recurso não provido.

1 - Cuidam os autos de ação de indenização ajuizada por Maria de Fátima Rodrigues de Souza contra o Estado do Amazonas objetivando indenização por danos estéticos sofridos por sua filha após ter recebido a terceira dose de vacina antirrábica. A sentença julgou prescrito o direito pelo desaparecimento da tutela legal. No recurso especial, o Estado alega que houve ofensa aos arts. 198 do Código Civil de 2002: 269, IV, do CPC e Iº do Decreto n. 20.910/32. Em síntese, defende no recurso especial a reforma do acórdão recorrido, para o reconhecimento da prescrição, pelo lapso temporal de mais de 5 (cinco) anos do evento danoso até a propositura da respectiva ação, extinguindo-se o processo com resolução do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC. Contrarrazões pelo conhecimento e não provimento do recurso.

2 - Ação de indenização. Sequelas decorrentes da má-prestação de serviço médico em hospital público. Ação manejada pela genitora da vítima, que contava com 8 (oito) anos à época do sinistro e com 14 (quatorze) à época do ajuizamento. Representação legal decorrente de

expressa disposição legal (art. 8º, do CPC c/c art. 1.634, V, do CC). A prescrição não corre contra os absolutamente incapazes (art. 198,1, do CC). Prescrição afastada. Precedente do STJ.

3 - Recurso especial conhecido e não provido. (STJ, REsp n. 993.249/AM, 1ª T., rei. Min. José Delgado, j. 06.03.2008, DJ 03.04.2008, p.1)

Ação anulatória. Contrato de compra e venda de imóvel. Simulação. Prescrição. União estável. Causa impeditiva. Art. 168, I, do CC/1916. Prejudicialidade externa. Suspensão do processo. Inteligência do art. 265, V, a, do CPC. Na forma do art. 168,1, do Código Civil de 1916, reproduzido pelo art. 197,1, do Código de 2002, o prazo prescricional não corre, entre cônjuges, devendo tal preceito ser estendido, por analogia, àqueles que vivem em união estável, conforme reiterado entendimento jurisprudencial. De acordo com a alínea a, do inciso IV, do art. 265 do CPC, quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente, o processo será suspenso por período não superior a um ano, após o qual incumbe ao julgador decidir a questão incidentalmente, conforme dispõe o § 5º, do mesmo artigo. Assim, considerando a existência de ação pendente, anteriormente proposta, na qual se pleiteia o reconhecimento da união estável, entre a apelante e o apelado, questão que se revela prejudicial, já que a sua eventual procedência implicará no afastamento da aventada prescrição, a teor do art. 168,1, do Código Civil (NCCB, art. 197,1), afigura-se como a melhor solução o sobrestamento do feito, até que seja proferida decisão final na ação de reconhecimento de união estável. (TJMG, Proc. n. 1.0024.04.459002-4/001(1), rei. Tarcisio Martins Costa, j. 01.04.2008, publicação 19.04.2008)

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

CC/1916: art. 169.

Não corre prescrição contra os absolutamente incapazes (art. 3º). No caso dos menores, a questão não oferece maior dificuldade, bastando que tenham menos de dezesseis anos. Já quanto aos demais, é de se ver que a lei não exige a interdição para conferir-lhes o benefício da suspensão ou impedimento do curso do prazo prescricional. Assim, basta a verificação da incapacidade incidentemente no processo para que a isenção da prescrição seja reconhecida. Pronuncia-se nesse sentido Miguel Maria Serpa Lopes: "O estado de loucura constitui, por si mesmo, um motivo impeditivo da prescrição; a sentença apenas facilita a prova daquela situação de incapacidade" (*Curso de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 600).

Tampouco contra aqueles que estiverem ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios ou ainda engajados nas Forças Armadas, em tempo de guerra (arts. 21, II, 22, III, e 84, XIX, da CF). No tocante aos que estejam em serviço público no exterior, a lei não reclama que sejam servidores públicos no sentido estrito, sendo suficiente que exerçam atividade assim qualificada. Assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro que "serviço público é toda atividade que a administração pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime predominantemente público" (*Direito administrativo*, 15. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 60).

Jurisprudência: Administrativo. Prescrição do fundo de direito. Menor impúbere. Inocorrência. Art. 198,1, da Lei n. 10.406/2002.

1 - A matéria em debate na presente apelação diz respeito à ocorrência ou não da prescrição do fundo de direito do autor, menor impúbere, para reivindicar a pensão por morte do pai, uma vez que transcorridos seis anos entre o ato de licenciamento e o ajuizamento da presente ação.

2 - A Lei n. 10.406/2002, novo Código Civil (art. 169, I, do CC/1916), no seu art. 198, I, dispõe que não corre prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º. O inciso I do art. 3º preceitua que são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos. Precedentes.

3 - Na presente hipótese o autor é absolutamente incapaz e, por essa razão, alcança a supramencionada cláusula normativa.

4 - Recurso provido. (TRF, 2ª Região, Ap. n. 295.624/RJ, rei. Juiz Guilherme Calmon Nogueira da Gama, j. 11.10.2005)

Previdenciário. Pensão por morte. Trabalhador rural. Prova testemunhai baseada em início de prova documental. Óbito anterior às alterações introduzidas pela Lei n. 9.528/97. Termo inicial. Correção monetária. Juros de mora. Verba honorária. Exclusão das parcelas vincendas. Beneficiários absolutamente incapazes. Prescrição quinquenal. Inocorrência.

1 - Não há que se falar em incidência da prescrição quinquenal sobre os valores atrasados devidos à autora [...], uma vez que o art 103, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91 c/c 198, I, do Código Civil dispõe que a prescrição não se opera contra os absolutamente incapazes.

2 - Comprovada a condição de trabalhador rural do *de cujus*, por prova testemunhai baseada em início de prova documental, as autoras, cônjuge e filha menor do falecido, fazem jus ao benefício previdenciário de pensão por morte.

3 - "A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, em caso de morte presumida." (Art. 74 da Lei n. 8.213/91, em sua redação anterior à modificação introduzida pela Lei n. 9.528/97.)

4 - Nos termos do art. 16, § 4º, da Lei n. 8.213/91, a dependência econômica das autoras em relação ao *de cujus* é presumida.

5 - O termo inicial do benefício de pensão por morte é regulado pela lei vigente na data do óbito do segurado (precedente deste Tribunal).

6 - A correção monetária deve ser calculada nos termos da Lei n. 6.899/81, a partir do vencimento de cada parcela (Súmulas ns. 43 e 148 do STJ).

7 - A Primeira Seção da Corte firmou entendimento majoritário no sentido de que os juros de mora são devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (TRF, 1ª Região, 1ª Seção, AR n. 2002.01.00.020011-0/MG, rei. Des. federal Carlos Moreira Alves, DJ 14.11.2003).

8 - Nas ações previdenciárias, os honorários de advogado devem incidir apenas sobre as parcelas vencidas até a prolação da sentença (Súmula n. 111 do STJ).

9 - Recurso adesivo das autoras a que se dá provimento.

10 - Apelação do INSS a que se nega provimento e remessa oficial a que se dá parcial provimento. (TRF, 1ª Região, Ap. n. 2000.380.004.07909/MG, rei. Des. Antonio Sávio de Oliveira Chaves, j. 16.01.2006)

Administrativo e processual civil. Militar. Auxílio-invalidez. Prescrição. Incapacidade mental. Anterior à prolação da sentença de interdição. Termo inicial da suspensão do prazo prescricional. Art. 198, I, do Código Civil. Auxílio-invalidez. Requisitos. Art. 126 da Lei n. 5.787/72. Verificação na via do especial. Inviabilidade. Súmula n. 7/STJ.

1 - Conquanto a sentença de interdição tenha sido proferida em data posterior ao decurso do prazo prescricional, a suspensão deste prazo ocorre no momento em que se manifestou a incapacidade mental do indivíduo. Inteligência do art. 198, I, do Código Civil. Precedentes.

2 - A reforma do acórdão recorrido no sentido de afastar a condenação da União ao pagamento do auxílio-invalidez é inviável na via estreita do recurso especial, na medida em que implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7/STJ. Precedentes.

3 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, REsp n. 652.837/RJ, rei. Min. Laurita Vaz, j. 22.05.2007)

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção.

CC/1916: art. 170.

Essas são causas objetivas que tolhem o curso do prazo prescricional.

Na verdade, em tais casos, o prazo prescricional não começa a fluir, pois a condição suspensiva impede a aquisição do direito (art. 125); não vencido o prazo a obrigação é inexigível (art. 394) e, quanto à evicção (arts. 447 a 457), aponta Clóvis Bevilacqua “que o comprador de uma coisa não pode invocar a prescrição em seu favor, se terceiro propuser ação de evicção, e enquanto esta não for julgada” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. I, p. 360).

Também não corre prescrição durante a tramitação de procedimentos administrativos para estudo, reconhecimento ou pagamento de dívida da Fazenda Pública (art. 4º do Decreto n. 20.910, de 06.01.1932).

Jurisprudência: Apelação cível. Contrato de assunção e novação passiva de dívida. Ação declaratória com pedido de interrupção da prescrição. Nulo é o contrato de assunção e novação de dívida que firmado pelo credor sob vício de consentimento. Reconhecimento de que a única responsável pelo pagamento da dívida é a própria Edel Seguradora, que foi quem contratou os serviços prestados pela autora. Prazo prescricional suspenso a partir da transferência da dívida, tendo em vista a condição suspensiva. Inteligência do art. 199, I, do CC. Apelo provido em parte. (TJRS, Ap. cível n. 70.011.124.377, 6ª Câm. Cível, rei. Artur Arnildo Ludwig, j. 24.01.2008)

Apelação civil. Seguro de vida em grupo. Cobertura para doenças crônicas. Prazo de carência. Dever de informar. Indenização securitária devida. Danos morais não configurados. Prescrição. 1 - As hipóteses de causas objetivas que suspendem ou interrompem o prazo prescricional da ação não são taxativas, podendo ser ampliadas por analogia. Exegese do art. 199 do CC/2002. Situação em que, após a negativa da seguradora, a segurada ajuizou contra ela cautelar de exibição de documentos, oportunidade em que novamente foi suspenso o prazo até a intimação sobre a apresentação das cláusulas gerais do contrato e respectiva apólice. Além disso, esses documentos se mostraram essenciais ao ajuizamento da demanda de cobrança. 2 - Tendo a seguradora agido com incúria, ao não informar, de modo claro e objetivo, ao segurado sobre o prazo de carência, impõe-se sua condenação ao pagamento da indenização a que se obrigou contratualmente. 3 - Tratando-se de inadimplemento contratual, os danos morais apenas são admitidos excepcionalmente. Dessa forma, é dever da parte comprovar que tal inadimplemento gerou reflexos percucientes na esfera íntima do indivíduo para, somente nesse caso, ser reconhecido eventual direito à reparação pecuniária. Assim, inexistindo tal prova, inexistente dano a ser reparado. 6 - Readequação dos honorários arbitra-

dos na sentença. Apelo e recurso adesivo desprovidos. (TJRS, Ap. cível n. 70.024.171.092, 5ª Câ. Cível, rei. Paulo Sérgio Scarparo, j. 21.05.2008, *DJ* 30.05.2008)

Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

CC/1916: sem correspondente.

A responsabilidade civil é independente da criminal, entretanto não se poderá “questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (art. 935 do CC).

No Código de Processo Penal, regramento semelhante encontra-se nos arts. 63 a 67.

O Código Penal (art. 91,1) estabelece que a sentença penal condenatória transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar, constituindo título executivo judicial (arts. 63 do CPP e 475-N, II, do CPC).

Em tais circunstâncias, não fica o prejudicado por ato criminoso impedido de ajuizar ação reparatória do dano, entretanto, se houver sentença penal condenatória, poderá executá-la contra o mesmo réu e, para isso, a lei forra de prescrição a vítima, para obter indenização, enquanto não julgada a ação penal.

A dificuldade se encontra em saber: a) se absolvido o réu, extinta sua punibilidade ou arquivado o inquérito policial, o prazo prescricional se terá transcorrido; b) quando se iniciou o período de suspensão ou se se trata de impedimento do curso do prazo prescricional.

A lei não diz que o prazo não corre apenas se a sentença for condenatória, de modo que o que a lei confere como causa de suspensão é que o fato seja suscetível de apuração no juízo criminal, logo, se houver absolvição ou qualquer outro modo do encerramento de processo penal que não impeça a ação indenizatória, ainda assim o prazo prescricional estará suspenso.

Quanto ao termo inicial da suspensão não se deve entender como a data do ilícito. O texto não se refere a fato que *constitui crime*, mas a fato que *deve ser apurado no juízo criminal*, e a verificação dessa circunstância só se dá com o recebimento da denúncia ou da queixa. Nesse sentido estão os comentários de Fabrício Zamproga Matiello: “A suspensão da prescrição se dá desde o dia em que tiver início a ação penal, através do recebimento da denúncia ou medida afim, até que transite em julgado a correspondente sentença” (*Código Civil comentado*. São Paulo, LTr, 2003, p. 161).

Não obstante a ação penal só se dirija contra os autores do dano, o prazo prescricional ficará suspenso, também, para o ajuizamento da ação contra os responsáveis, já que na lei não se encontra limitação desse efeito (art. 932 do CC).

Jurisprudência: Ação de indenização. Acidente automobilístico. Prescrição. Inocorrência. Art. 200 do NCCB. Desconstituição da sentença. Retorno dos autos à origem para a realização da instrução. Como as lesões corporais estavam sendo apuradas no juízo criminal, a prescrição não correu antes da respectiva sentença definitiva, que, no caso, homologou a transação. A partir desse momento, a prescrição passou a correr, na dicção do art. 200 do NCCB. Logo, comprovado o encerramento do processo criminal em março de 2006, o ajuizamento da ação indenizatória, em abril de 2006, sobre o mesmo fato apresenta uma pretensão hígida, vale dizer, não prescrita. Assim, desconstitui-se a sentença e determina-se a realização da instrução. Recurso provido. Sentença desconstituída. (TJRS, Recurso n. 71.001.150.523, rei. Juíza Maria José Schmitt Santanna, j. 11.09.2007)

Indenização. Fato apurado no juízo criminal. Prescrição. Conforme a exegese do art. 200 do Código Civil, se a ação de responsabilidade civil tem origem em fato apurado no juízo criminal, o curso de sua prescrição fica suspenso até que sobrevenha a sentença definitiva naquele juízo. (TJMG, Proc. n. 1.0142.07.019260-4/001(1), rei. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 10.06.2008, publicação 28.06.2008)

Apelação cível. Pedido de indenização por ato ilícito. Prescrição. Prazo. Termo inicial. Art. 200 do Código Civil de 2002. Hipótese em que o prazo prescricional é de três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou da solução do evento na esfera criminal, por se tratar de causa suspensiva que impede o início da fluência do prazo prescricional, a teor do disposto no art. 200 do Código Civil. Precedentes jurisprudenciais. Deram provimento à apelação. Sentença desconstituída de ofício. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70025014606, 9ª Câmara Cível, rei. Léo Romi Pilau Júnior, j. 13.08.2008)

Art. 201. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.

CC/1916: art. 171.

A suspensão do curso do prazo prescricional estabelecida por causa subjetiva é benefício que só pode ser invocado pela pessoa em cujo favor foi conferido. Desse modo, ainda que se trate de obrigação solidária (art. 264), não beneficia os demais credores. Tratando-se de obrigação indivisível, entretanto, a isenção se estende aos outros credores, dada a natureza do objeto, por motivo de ordem econômica ou pela razão determinante do negócio (art. 258 do CC).

Jurisprudência: Acidente de veículo. Ação de reparação de danos materiais e morais. Colisão entre bicicleta e automóvel em estrada de rodagem. Prazo prescricional de três anos (CC/2002, arts. 206, § 3º, V, e 2.028) a incidir da data de vigência do atual Código Civil, ou, então, a partir daí, da data em que cada autor completou dezesseis anos (CC/1916, arts. 5º, I, e 169, inc. I; CC/2002, arts. 3º, I, e 198,1). A regra do art. 200 do Código Civil de 2002 só é aplicável para os casos de intercomunicação entre as jurisdições cível e criminal. A suspensão da prescrição em favor de credor só aproveitam os outros se solidários em obrigação indivisível (CC, art. 201). Não incidência da regra do art. 515, § 3º, do CPC, à míngua de causa madura. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 992.070.309.689, 25ª Câmara. Dir. Privado, rei. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 06.08.2009, DJ 07.09.2009)

Seção III

Das Causas que Interrompem a Prescrição

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

- I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
- II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
- III - por protesto cambial;
- IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

CC/1916: art. 172.

Pela interrupção, o curso do prazo prescricional é estancado e, cessados os efeitos da causa interruptiva, a contagem do prazo recomeça por inteiro, salvo disposição legal em contrário (ex.: art. 9º do Decreto n. 20.910/32).

A interrupção se dá quando o titular do direito manifesta por uma das formas previstas em lei a intenção de exercê-la ou quando o devedor manifesta inequivocamente o reconhecimento daquele direito.

Segundo o texto legal, a interrupção só poderá ocorrer uma vez, e essa inovação diante do que dispunha o Código anterior, mas que já constava do Decreto n. 20.910/32 (art. 8º), objetiva “não se eternizarem as interrupções de prescrição” (Morkira Alves, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 154). Uma dificuldade, porém, necessita ser contornada, pois, interrompida a prescrição por um dos modos previstos nos incisos de II a VI, seria inconcebível entender que, voltando a correr, na conformidade do parágrafo único, não mais fosse detida com o despacho ordenatório da citação (inciso I), levando, eventualmente, à sua consumação no curso do processo, ainda que a parte nele fosse diligente. Assim, é compreensível que a interrupção por uma só vez diz respeito, apenas, às causas dispostas nos incisos de II a VI, de modo que, em qualquer hipótese, fica ressalvada a interrupção fundada no inciso I.

No Código Civil de 1916, a interrupção se dava “pela citação pessoal feita ao devedor” (art. 172,1), o que vem repetido no art. 219 do Código de Processo Civil, entretanto, a lei vigente estabeleceu como fato interruptivo da prescrição “o despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação”, desde que, porém, o interessado a promova no prazo e na forma da lei processual. A lei processual estabelece que a parte deve promover “a citação do réu nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (Súmula n. 106 do STJ) e se nesse prazo isso não ocorrer, ele será prorrogado pelo juiz até o máximo de noventa dias. Se ainda assim não se efetivar o evento, “haver-se-á por não interrompida a prescrição” (art. 219, §§ 2º e 4º). Dessas regras emerge que, embora a interrupção da prescrição se dê com o despacho que a ordenar, a citação é imprescindível para conferir-lhe tal eficácia e deve suceder no prazo e na forma que o Código de Processo Civil prescreve. A circunstância, porém, de a citação ocorrer fora do lapso temporal estabelecido não invalida o processo e, por isso, nesse caso, a interrupção se verificará na data em que a citação se efetivar, de modo que, para tal hipótese, sobrevive a regra do art. 219 do Código de Processo Civil. De igual modo, deve ser aplicada a regra do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil - “a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação” - porque em comarca onde há mais de um juiz, dependendo o processo de distribuição, ou onde, momentaneamente, não houver juiz pode existir demora até que a petição inicial venha a ser despachada, além dos casos em que deve ser emendada (art. 284 do CPC).

Para que se dê o efeito interruptivo da prescrição, não precisa ser competente o juiz que a ordenar, e a lei não distingue se se trata de incompetência absoluta ou relativa; isso se deve ao fato, segundo Clóvis Bevilacqua, de que “as regras concernentes à competência dos juizes oferecem dificuldades e dúvidas, sendo freqüentes os enganos e as controvérsias nesta matéria” (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. 1, p. 362).

O protesto a que alude o inciso II é o judicial e vem disciplinado nos arts. 867 e segs. do Código de Processo Civil. Aliás, segundo Humberto Theodoro Júnior, uma de suas finalidades é, justamente, prover a conservação de um direito, como no caso do protesto interruptivo da prescrição (*Comentários ao Código de Processo Civil* Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. V, p. 346).

Igualmente, o protesto cambial, disciplinado pela Lei n. 9.492, de 10.09.1997, interrompe a prescrição, diferentemente do que se entendia com base no Código anterior, de modo que não mais subsiste a Súmula n. 153 do Supremo Tribunal Federal (simples protesto cambial não interrompe a prescrição).

No inventário podem os credores do espólio requerer o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis. Se houver concordância das partes, o juiz declarará habilitado o credor, para o qual se fará a separação de dinheiro ou bens a fim de satisfazer o crédito. Se não houver concordância, será o credor remetido para as vias ordinárias. Também poderão requerer a habilitação os credores de dívida líquida e certa não vencida, nesse caso, todavia, não se pode falar em prazo prescricional em curso. Requerida a habilitação, mostra o credor a intenção de receber o que entende devido, daí a aptidão para interromper o prazo prescricional.

Em concurso de credores, que se dá com a insolvabilidade do devedor (arts. 955 e segs.), eles são convocados para apresentar a declaração de crédito (art. 761, II, do CPC), sem embargo de que também pode o credor requerer a declaração de insolvência (art. 754 do CPC) e, com idêntico direito, o devedor ou seu espólio (art. 759). Apresentado o título pelo credor, para fins de habilitação, fica interrompida a prescrição, notando-se que a declaração de insolvência determina o vencimento antecipado das dívidas e a execução concursal (art. 751, I e III, do CPC).

A interrupção da prescrição ocorre, igualmente, por qualquer ato judicial que coloque o devedor em mora e, nesse passo, há dissenso doutrinário, pois, consoante já observava Câmara Leal acerca de regra semelhante do Código de 1916, “esse dispositivo tem servido de pábulos a recriminações. Bevilacqua que foi o seu autor, pois ele já figurava no projeto primitivo, não soube justificá-lo, abstendo-se de figurar uma hipótese sequer em que possa ter aplicação [...]” (*Da prescrição e da decadência*, 3. ed., atualizada por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 188). Encontrar-se-iam, porém, nesse rol as medidas preparatórias, preventivas e incidentes, disciplinadas no processo cautelar (arts. 796 e segs. do CPC), entretanto, mesmo essas não estariam todas albergadas, conforme prestigiosa orientação jurisprudencial consolidada na Súmula n. 154 do STF (simples vistoria não interrompe a prescrição). Buscando critério para a aplicação dessa causa interruptiva da prescrição, Yussef Said Cahali invoca certas qualidades da medida processual, trazidas pela doutrina, como quando há cognição completa ou incompleta na sentença; intimidade com o processo principal, reputando-se como início dele (Carpenter) ou a participação do requerido no processo cautelar (Breno Fischer). Em síntese, produzirá efeito interruptivo a providência de natureza processual que revele inequívoca intenção do credor de haver o crédito que entende possuir (*Aspectos processuais da prescrição e da decadência*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 59).

Além das condutas a cargo do credor que interrompem o prazo prescricional, pode a interrupção decorrer de ato do devedor que, sem deixar dúvida, reconhece a existência de direito do credor. Assim resume Câmara Leal (op. cit., p. 192): “Sempre que o sujeito passivo pratique algum ato ou faça alguma declaração, verbal ou escrita, que não teria praticado ou feito, se fosse sua intenção prevalecer-se da prescrição em curso, esse ato ou declaração, importando em reconhecimento direto ou indireto do direito do titular, interrompe a prescrição”.

A legislação especial oferece outras tantas disposições a respeito da interrupção da prescrição, pertinentes aos casos específicos que disciplina (ex.: Lei n. 6.435/77, art. 66, V; CTN, art. 174, parágrafo único; Decreto-lei n. 204/67, art. 17, parágrafo único, etc.).

Interrompida a prescrição, recomeça da data do ato que a interrompeu, mas se a interrupção se der em processo judicial o reinício se dará do último ato neste praticado. O Código atual não repetiu o art. 175 do Código de 1916, de modo que, mesmo extinto sem apre-

ciação do mérito ou anulado o processo, a interrupção da prescrição se terá dado. Se, porém, no curso do processo o autor deixar de praticar ato que lhe competia, deixando-o paralisado voluntariamente, por tempo idêntico ou superior ao do prazo prescricional, dar-se-á a prescrição intercorrente.

A prescrição intercorrente, na execução fiscal, pode ser reconhecida de ofício, na conformidade do § 4º, do art. 40, da Lei n. 6.830, de 22.09.1980, acrescentado pela Lei n. 11.051, de 29.12.2004.

Jurisprudência: Tributário. Execução fiscal. Nulidade da CDA. Súmulas ns. 282, 284 e 356/STF. Prescrição. Reconhecimento de ofício. Lei n. 11.051/2004.

1 - Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas ns. 282 e 356/STF quando as questões suscitadas no especial não foram debatidas no acórdão recorrido, nem, a respeito, foram opostos embargos de declaração.

2 - A falta de indicação do dispositivo legal supostamente contrariado, por não permitir a compreensão de questão infraconstitucional hábil para viabilizar o trânsito do recurso especial, atrai o impedimento consignado na Súmula n. 284/STF.

3 - Não é possível decretar de ofício a prescrição de créditos tributários. Precedentes.

4 - A Lei n. 11.051/2004, por possuir feição processual, aplica-se imediatamente aos processos em curso.

5 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ, REsp n. 817.120/RS, rei. Min. João Otávio de Noronha, j. 28.03.2006)

Art. 203. A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.

CC/1916: art. 174.

Não só o titular do direito pode interromper a prescrição, mas todo aquele que tiver interesse material ou moral na interrupção poderá promovê-la.

Entre os interessados acham-se os assistentes dos relativamente incapazes (contra os absolutamente incapazes não corre prescrição - art. 198,1), os representantes das pessoas jurídicas (art. 195) ou os representantes em geral, legais ou convencionais. Segundo Arnaldo Rizzardo, “quanto ao terceiro com legítimo interesse, estão o fiador e o avalista de uma pessoa que tem um crédito a receber, e a pessoa que é credora de um terceiro cujo direito sobre um bem corre o risco de perder-se pela prescrição” (*Parte Geral do Código Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 621).

No campo dos que podem ter interesse moral, inclui Maria Helena Diniz o cônjuge, o companheiro, ascendentes do titular da pretensão etc. (*Código Civil anotado*, 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 211).

Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o codevedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.

§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.

CC/1916: art. 176.

O dispositivo consagra a regra de *persona ad personam nonfit interruptio*, isto é, a interrupção só aproveita ou prejudica, respectivamente, a quem a promove ou aquele contra quem se dirige. Exceção a essa regra se acha nas obrigações solidárias, sejam elas ativas, sejam passivas, de modo que, promovida a interrupção por um dos credores solidários, serve ela aos demais, e, quando processada contra um dos devedores solidários, aos outros os efeitos se estenderão.

Considerando, porém, que a solidariedade não se propaga para além da morte (arts. 270 e 276), a interrupção da prescrição feita contra um dos herdeiros do devedor solidário só atingirá os demais herdeiros desse devedor se a obrigação for indivisível.

A interrupção da prescrição processada contra o devedor principal atinge o fiador, tendo em conta a natureza acessória da fiança.

O Código não se referiu à interrupção da prescrição em relação ao avalista, entretanto, dada a solidariedade (art. 43 do Decreto n. 2.044, de 31.12.1908), aplicam-se, no particular, as regras pertinentes a esta.

Seção IV **Dos Prazos da Prescrição**

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

CC/1916: art. 177.

Os prazos prescricionais classificam-se em geral e especiais, como assinala Câmara Leal: “Nosso Código Civil estabeleceu, para prescrição das ações, um prazo geral e diversos prazos especiais, ficando subordinadas àquele as ações para as quais não se fixou um prazo especial. Daí duas classes de prescrição: a) a geral, comum ou ordinária; e b) a especial” (*Da prescrição e da decadência*, 3. ed., atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 224).

Este dispositivo trata do prazo geral de prescrição.

O Código anterior estabelecia prazo geral distinguindo as ações pessoais das ações reais (art. 177), em virtude de emenda ao projeto primitivo de Clóvis Bevilacqua. O novo ordenamento unificou-o em dez anos. Os prazos especiais estão contidos no art. 206 e na legislação extravagante.

É necessário também distinguir a prescrição nuclear ou de fundo de direito, que atinge a pretensão referente a uma relação jurídica, da prescrição parcelar, que fulmina somente cotas periódicas (art. 7º, XXIX, da CF; art. 3º do Decreto n. 20.910, de 06.01.1932; art. 46 da Lei n. 8.212, de 24.07.1991).

O direito intertemporal nessa matéria é regulado pelo art. 2.028, contudo, não há como se estabelecer conflito entre prazo geral do Código Civil de 1916 e prazo especial do Código Civil de 2002. Quando, pelo Código atual, o prazo tiver sido reduzido a contagem deste só se inicia a partir da entrada em vigor.

Jurisprudência: Direito civil. Execução de alimentos. Prescrição. Novo Código Civil. Redução. Contagem do novo prazo. Termo inicial.

O prazo prescricional em curso, quando diminuído pelo novo Código Civil, só sofre a incidência da redução a partir da sua entrada em vigor, quando cabível (art. 2.028). Nesse

caso, a contagem do prazo reduzido se dá por inteiro e com marco inicial no dia 11.01.2003, em homenagem à segurança e à estabilidade das relações jurídicas. Precedentes. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 717.457/PR, rei. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 27.03.2007)

Civil e processual. Agravo regimental. Ação de indenização. Prescrição. Inocorrência. Código Civil de 2002, arts. 2.028 e 206, § 3º, v. exegese.

I - O prazo prescricional da ação, previsto na lei substantiva revogada, cuja metade ainda não houvesse transcorrido até a vigência do novo Código Civil e por este tenha sido reduzido, como na hipótese, para três anos, tal interstício deve ser contado integralmente a partir de 11.01.2003. Precedentes. II - Inocorrência da prescrição da ação indenizatória na hipótese dos autos, em virtude de o sinistro ter ocorrido em 17.03.1997. III - Agravo regimental desprovido. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 698.128/DF, rei. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.09.2006)

Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

CC/1916: art. 178.

Estes são casos de prazos especiais de prescrição. A enumeração é exemplificativa, pois a Constituição, a legislação extravagante e a especial trazem outros casos (p. ex.: art. 7º, XXIX, CF; art. 1º, Decreto n. 20.910/32; art. 12, Lei n. 6.453/77; art. 27, Lei n. 8.078/90; art. 104, Lei n. 8.213/91; art. 70, Anexo I, Decreto n. 57.663/66; art. 59, Lei n. 7.357/85; art. 168, CTN; art. 21, Lei n. 4.717/65; arts. 285 e segs., Lei n. 6.404/76 etc.).

O Código de 1916 estabelecia o prazo prescricional de seis meses, contado do último pagamento (art. 178, § 5º, V), fixando o prazo de um ano, para a ação dos donos de casa de pensão, educação ou ensino, contando-se ainda o prazo do vencimento de cada uma das prestações (art. 178, § 6º, VII). Presentemente não existe distinção entre as modalidades de hospedagem. Não há, também, determinação do termo inicial do prazo, razão por que se aplicam as disposições do art. 397 e parágrafo referentes à mora, além da incidência do penhor legal (arts. 1.467,1, e 1.470). Esse termo deve ser homologado na forma dos arts. 874 e segs. do Código de Processo Civil. Entende, porém, Arnaldo Rizzardo que o prazo prescricional se inicia “unicamente depois de obedecidos os trâmites exigidos para a homologação” (*Parte Geral do Código Civil* 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 629).

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

O Código Civil de 1916 estabelecia prazos diversos, conforme o local onde ocorresse o fato determinante da indenização, se no Brasil ou no exterior (art. 178, §§ 6º, II, e 7º, V). O Código Civil de 2002 unificou o prazo em um ano. Distingue-se, contudo, o termo inicial: se o segurado é demandado por terceiro prejudicado, a partir da citação; se o segurado paga com anuência do segurador, a partir da data em que ocorre a indenização. Se o pagamento é

feito em parcelas, neste último caso, tem-se que o prazo prescricional se inicia com a solução da última. O Código de Processo Civil, mesmo em procedimento sumário, admite a intervenção de terceiro fundada em contrato de seguro (art. 280).

Fora essas hipóteses, o prazo prescricional se conta da ciência de fato gerador. A ciência que se leva em conta é o conhecimento inequívoco de evento, assim, meros sintomas, ou tratamentos, sem diagnóstico definitivo de moléstia incapacitante não geram o marco inicial.

Também é de ver que a prescrição anual diz respeito à ação entre segurado e segurador, não alcançando o beneficiário, que está excluído da incidência desse prazo reduzido.

Igualmente, entende-se que o dispositivo deve alcançar os efeitos do contrato entre as partes no tocante a seu objeto, não compreendendo as indenizações em razão de danos causados por fato do serviço, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 3º, § 2º, 14 e 27 da Lei n. 8.078/90).

Jurisprudência: Súmula n. 101, STJ: A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano.

Súmula n. 278, STJ: O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

Tratando-se de seguro por invalidez permanente, ainda que anteriormente negada a cobertura pela seguradora, ao fundamento de incorrer a alegada incapacidade laboral, o *dies a quo* do prazo prescricional há de recair na data da concessão pelo INSS da aposentadoria por invalidez, uma vez que nessa oportunidade restou caracterizada a ocorrência da condição sob a qual pendia a obrigação da seguradora, que já não poderia mais esquivar-se ao pagamento sob a alegação de inoccorrência do sinistro. (II TACSP, Ap. com rev. n. 547.320/0, 1ª Câ., rei. Juiz Renato Sartorelli, j. 31.05.1999, v.u.)

A prescrição anual prevista no art. 178, § 6º, II, do Código Civil não alcança o mero beneficiário que se submete ao prazo previsto no art. 177 (vinte anos) do mesmo diploma legal. É regra consagrada da hermenêutica a que diz não poder o intérprete criar exceção onde a lei não excepciona. (II TACSP, Ap. com rev. n. 548.496-0/6, 2ª Câ., rei. Juiz Peçanha de Moraes, j. 07.06.1999, v.u.)

1 - O terceiro beneficiário de seguro facultativo em grupo não se confunde com a figura do segurado e não se sujeita ao prazo prescricional anual previsto no art. 178, § 6º, II, do CC, diante do princípio básico de que as regras sobre prescrição devem ser interpretadas restritivamente.

2 - Havendo condenação, devem-se aplicar os parâmetros do § 3º do art 20 do CPC na fixação dos honorários, levando em conta o zelo do profissional e o tempo de duração do processo, desenvolvendo-se no caso concreto há quase uma década. (II TACSP, Ap. com rev. n. 597.166-0/6, 10ª Câ., rei. Juiz Soares Levada, j. 09.05.2001, v.u.)

Seguro de vida em grupo. Prescrição anual. Regra que não atinge o beneficiário, apenas o segurado. (II TACSP, Ap. com rev. n. 578.264-0/6, 10ª Câ., rei. Juiz José Araldo da Costa Telles, j. 31.05.2000, v.u.)

Monitória. Contrato de seguro de vida em grupo e/ou acidentes pessoais. Prescrição anual (CC, art. 206, § 1º, II, d). Termo inicial. Proposta. Assinatura falsa. Ausência. A prescrição anual do art. 206, § 1º, II, b, do CC, que flui a partir da ocorrência da lesão (violação) do direito (CC, art. 189), é contada da ciência, pelo segurado, da negativa de pagamento da indenização pela segu-

radora, e não da ocorrência do sinistro. Assim, a jurisprudência cristalizada do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 278) deve ser interpretada conforme o Código Civil em vigor. É nulo o contrato de seguro quando falsa é a assinatura do proponente. Aliás, falsa a assinatura do proponente, tem-se por não apresentada as informações constantes do cartão proposta. (TJMG, Ap. n. 1.0024.03.009750-5/001, rei. Des. Saldanha da Fonseca, j. 18.10.2006)

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

Estão incluídos nesta regra os delegatários do foro extrajudicial (art. 236 da CF), bem como os auxiliares da Justiça (art. 139 do CPC). Os créditos destes, se não forem pagos no curso do processo, poderão ser executados (art. 585, VI, do CPC).

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembleia que aprovar o laudo;

A hipótese é restrita à avaliação dos bens que servirem para a formação de capital da sociedade anônima (art. 156, § 2º, I, da CF; art. 7º da Lei n. 6.404/76).

O prazo prescricional tem seu início com a publicação da ata da assembleia que aprovar o laudo (art. 8º, §§ Iº e 6º, da Lei n. 6.404/76). Em igual prazo prescreve a ação contra o perito para haver reparação civil pela avaliação dos bens (art. 287,1, da Lei n. 6.404/76).

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

Dissolvida a sociedade, passa-se à sua liquidação, com vistas ao recebimento dos créditos e pagamento de débitos. Entre os credores poderão estar os sócios ou acionistas (arts. 1.102 e segs. do CC; arts. 208 e segs. da Lei n. 6.404/76), que terão o prazo referido a contar da publicação da ata de encerramento para pleitear seus créditos.

Não se refere o dispositivo aos associados que poderão ter créditos, na conformidade do art. 61, § Iº, do Código Civil, os quais, entretanto, terão de ser reclamados antes da destinação do remanescente do patrimônio, sendo essa uma causa preclusiva do direito, não se podendo, por isso, cogitar de prazo prescricional especial.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

O direito aos alimentos é imprescritível, alcançando a prescrição, apenas, as respectivas parcelas, ou seja, não existe prescrição nuclear ou de fundo de direito, mas, somente, a prescrição parcelar, como já vinha dispondo a Lei n. 5.478/68 (arl. 23), cujo prazo foi reduzido de cinco para dois anos.

Jurisprudência: Embargos do devedor. Execução de alimentos. Prescrição. 1 - Sendo maior e capaz o credor e tendo a execução sido promovida sob a égide do Código Civil em vigor, aplica-se o prazo prescricional nele previsto, podendo a prescrição ser reconhecida de ofício. Inteligência do art. 219, § 5º, do CPC e do art. 206, § 2º, do CC/2002. 2 - A obrigação

alimentar não cessa, por si só, com a maioria do alimentando, e não havendo qualquer prova da exoneração do encargo alimentar, não há empecilho algum à execução. 3 - A prescrição não atinge a obrigação alimentar, apenas as parcelas alimentares anteriores ao último biênio contado da propositura da ação. Incidência do art. 219, § 1º, CPC. Recurso provido. (TJRS, Ap. n. 70.019.211.614, rei. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27.06.2007)

§ 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

No Código Civil anterior o prazo era de cinco anos (art. 178, § 10, IV).

A referência a aluguéis exclui os encargos da locação eventualmente não solvidos pelo inquilino (art. 23,1, da Lei n. 8.245/91), e também neste dispositivo não se incluem os débitos condominiais.

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

As rendas mencionadas são as dispostas pelos arts. 803 a 813.

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

A prescrição se restringe às parcelas que periodicamente vencerem, havendo ou não capitalização, contando-se dos respectivos vencimentos. O Código de 2002, entretanto, não trouxe regra semelhante à do art. 167 do Código de 1916, segundo a qual com o principal prescrevem os direitos acessórios, mas ainda é possível sustentar esse entendimento, por força do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, ante o princípio *cum principalis causa non consistit in ea quidem, quae sequuntur, locum habent*.

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

Não havia regra semelhante no Código de 1916.

O termo inicial do prazo se dá com a verificação de locupletamento, sendo a matéria disciplinada nos arts. 884 a 886. Não se deve confundir o tema do enriquecimento sem causa, cujo regramento constitui inovação do Código vigente, com o tratamento do pagamento indevido (arts. 876 a 883).

V - a pretensão de reparação civil;

Sem regra semelhante no Código anterior, que a sujeitava ao prazo geral.

A reparação civil encontra residência nos arts. 186 e 187. Também haverá obrigação de indenizar nos casos em que se admite a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, do CC).

Por se tratar de inovação, sem correspondência no direito anterior, fica excluída a regra de transição do art. 2.028 nesta hipótese, ressalvado, apenas, o efeito imediato (art. 6º da LICC).

O dano reparável tanto é o material como o moral, iniciando-se o prazo prescricional da data do ato ou fato que autorizar a reparação, salvo se o ato também constituir crime.

Jurisprudência: Processual. Prescrição. Ação contra a Fazenda Pública. Prazo prescricional menor previsto no novo Código Civil. Previsão expressa. Decreto n. 20.190/32.

A teor do disposto no art. 10 do Decreto n. 20.190/32, é impositiva a aplicação do prazo prescricional inferior àquele de 5 (cinco) anos previsto nesse decreto, para as ações ajuizadas contra a Fazenda Pública, desde que estabelecido em lei. A ação de reparação civil proposta contra a Fazenda Pública prescreve em 3 (três) anos, a contar da data do fato, conforme previsto no art. 206, § 3º, V, do Novo Código Civil - Lei n. 10.406/2002. (TRF, 4ª Região, Ap. n. 2006.700.200.23435/PR, rei. Vânia Hack de Almeida, j. 31.07.2007)

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

A pretensão é fundada no direito societário e encontra disciplina na Lei n. 6.404/76 (arts. 191, 201 e 287, II, c).

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

- a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;
- b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento;
- c) para os liquidantes, da primeira assembleia semestral posterior à violação;

Trata-se, consoante Arnaldo Rizzardo, de ação cabível “contra os desmandos, o excesso de mandato, os desvios de fundos e valores, a desídia no desempenho das funções, a apropriação do patrimônio da sociedade, a omissão de medidas administrativas, e toda série de atos e negócios prejudiciais, desde que presente a má-fé e até a culpa” (*Parte Geral do Código Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 639).

Assemelhado é o disposto no art. 287, II, b, da Lei n. 6.404/76, que também oferece rol exemplificativo de condutas vedadas e que dão azo à reparação de danos (art. 158 c/c o art. 217).

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

O dispositivo é residual, porquanto ficam ressalvadas as regras de leis especiais (p. ex.: art. 59, Lei n. 7.357/85).

Trata-se da ação cambial na modalidade de execução (art. 585,1, do CPC), porque, findo o prazo prescricional desta, remanesce a possibilidade de outra via processual, a ação monitória (art. 1.102-A).

Jurisprudência: A prescrição prevista no art. 59 da Lei n. 7.357/85 refere-se exclusivamente à forma executiva de cobrança, não impedindo o uso da ação monitória para o recebimento da dívida oriunda de cheques não honrados. (STJ, REsp n. 168.777/RJ, 4ª T., rei. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.12.1999, v.u.)

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

O seguro obrigatório (DPVAT) destinado às pessoas vítimas de acidentes automobilísticos, transportadas ou não, é regulado pela Lei n. 6.194, de 19.09.1974.

A indenização é devida pelo simples resultado danoso, lesão corporal ou óbito, cujo valor a lei estabelece, bem como o procedimento administrativo para seu recebimento (Lei n. 11.482, de 31.05.2007).

O prazo prescricional de três anos encontrou objeção em corrente jurisprudencial, fundada na circunstância de o pagamento do seguro obrigatório ser devido independentemente de ocorrência de ato ilícito, sendo, também, devido ao próprio condutor do veículo, o que retira a circunstância de tratar-se propriamente de seguro de responsabilidade civil, sendo, por isso, aplicável o prazo geral de dez anos. Essa argumentação, todavia, não encontrava apoio unânime, especialmente, à vista da equação econômica em que se sustenta o contrato de seguro, incompatível com a extensão do prazo geral, sendo que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de o prazo ser trienal (Súmula n. 405).

Jurisprudência: Seguro DPVAT. O art. 206, § 3º, IX, da Lei n. 10.406/2002, embora verse sobre seguro obrigatório, trata daqueles envolvendo responsabilidade civil. Como o pagamento do seguro DPVAT independente da existência de ato ilícito, aplica-se, à míngua de regra específica, a regra geral do art. 205. Recurso provido.

O prazo de três anos de que trata o art. 206, § 3º, IX, do Código Civil, refere-se às hipóteses elencadas nas alíneas *b*, *c* e *m*, do Decreto-lei n. 73/66, aplicando-se, para o seguro DPVAT, à míngua de qualquer artigo específico, a regra geral do art. 205. (TJSP, Ap. n. 1.114782-0/2, rei. Des. Artur Marques, 35ª Câm. de Direito Privado, j. 13.08.2007).

Seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores em vias terrestres (DPVAT). Seguro DPVAT. Típico seguro de "danos". Evolução histórica e legislativa. Hipótese ao se subordinando à disciplina do art. 206, § 3º, IX, do CC, que versa sobre seguros obrigatórios de "responsabilidade civil". Modalidades de seguro obrigatório que não se confundem, haja vista o respectivo elenco, expresso no art. 20 do Decreto-lei n. 73/66. Prescrição da pretensão para recebimento da indenização DPVAT se inserindo, portanto, na regra geral do art. 205 do CC, de dez anos. Prazo não consumado na espécie. Sentença de proclamação da prescrição afastada.

A do art. 20 do Decreto-lei n. 73/66 mostra que o elenco legal dos seguros obrigatórios distingue com clareza os seguros de responsabilidade civil dos seguros de danos, certo ainda que o DPVAT se inclui nessa segunda categoria. Tal distinção é fundamental, pois a incidência do seguro de responsabilidade civil pressupõe, necessariamente, responsabilidade do seguro, ao passo que a cobertura pelo seguro de dano não reclama a demonstração nem mesmo a existência de responsabilidade civil de quem quer que seja.

Seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores em vias terrestres (DPVAT). Indenização fixada pelo art. 3º da Lei n. 6.194/74 em salários-mínimos. Ação de cobrança de indenização. Extrato emitido pelo sistema Megadata não representando prova bastante de pagamento administrativo. Seguradora que não apresenta melhor prova, apesar da oportunidade a tanto concedida. Indenização devida. Fixação legal da indenização com base em salários-mínimos. Validade. Jurisprudência pacífica. Correção monetária devendo ser contada a partir do momento em que a obrigação haveria de ser satisfeita, nos termos da lei. Da mesma forma, os juros de mora, por se tratar de obrigação a termo. Juros de mora a serem computados na taxa de 6% ao ano até a revogação do Código de 1916 e na

de 12% ao ano, para o período transcorrido a partir de 11.01.2003. Sentença reformada, para se proclamar a procedência da demanda. (TJSP, Ap. n. 1.084.517-0/0, 25ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Ricardo de Mello Belli, j. 30.10.2007)

Ação de cobrança. Seguro obrigatório (DPVAT). Não se tratando de seguro de responsabilidade civil, mas sim de seguro de danos, o seguro DPVAT, que ostenta indiscutível caráter social, é hodiernamente regido, no que concerne à prescrição, pela regra geral do art. 205 do Código Civil. Prescrição afastada. Aplicação da hipótese gizada no art. 515, § 3º, do CPC. Recurso provido. (TJSP, Ap. n. 1.164.154-0/0, 34ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Antonio Nascimento, j. 06.08.2008)

Ação de cobrança. Seguro obrigatório (DPVAT). Não se tratando de seguro de responsabilidade civil, mas sim de seguro de danos, o seguro DPVAT, que ostenta indiscutível caráter social, é hodiernamente regido, no que concerne à prescrição, pela regra geral do art. 205 do Código Civil. Prescrição afastada. Recurso provido. (TJSP, Ap. n. 1.148.797-0/2, rei. Des. Antonio Nascimento, j. 13.08.2008, m.v.)

DPVAT. Pretensão de cobrança. Prescrição afastada. Espécie de seguro que não se enquadra no rol dos de responsabilidade civil. Seguro de dano, que remete ao prazo prescricional constante do CC 205. Precedentes desta Corte. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 1.200.427-0/2, 34ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 01.10.2008)

Agravo regimental. Cobrança. Seguro obrigatório. DPVAT. Prescrição. Ocorrência. Precedentes. Agravo improvido.

I - No que se refere ao prazo prescricional para o ajuizamento de ação em que o beneficiário busca o pagamento da indenização referente ao seguro obrigatório, o entendimento assente nesta Corte é no sentido de que o prazo prescricional é de três anos, nos termos do art. 206, § 3º, IX, do CC.

II - Agravo regimental improvido. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 1.057.098/SP, 3ª T., rei. Min. Massami Uyeda, j. 14.10.2008)

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

Os tutores, no fim de cada ano de administração, submeterão ao juiz o balanço de sua gestão e, a cada dois anos, ou quando deixam a tutela, prestarão contas, não valendo a quitação do menor que atingir a plena capacidade antes da aprovação judicial (arts. 1.755 e 1.762).

O mesmo prazo deve ser observado na curatela (art. 1.774).

Aprovadas as contas começa a correr o prazo para a propositura da ação pela parte lesada, ressalvada a hipótese de suspensão (art. 197, III).

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

Sem correspondência no Código anterior. Pelo atual Código, qualquer dívida resultante de documento público ou particular, tenha ou não força executiva, submete-se à prescrição quinquenal, contando-se do respectivo vencimento.

É necessário, porém, que a dívida seja líquida, cuja definição a lei não repetiu, mas vinha, com propriedade, definida no art. 1.533 do Código de 1916: “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”. Sendo ilíquida a obrigação, não se aplica essa regra; porém, não se considera ilíquida a dívida cuja importância, para ser determinada, depende apenas de operação aritmética.

Jurisprudência: Execução. Nota promissória vinculada a contrato de financiamento. Cobrança de quantia inferior à constante na cártula correspondente ao valor contratual e seus acréscimos. Circunstância que não retira a liquidez e certeza do título. Necessidade de simples operação aritmética para apuração do quantum. Carência afastada. Declaração de voto (STJ, REsp n. 4.703-116/MG, 4ª T., rei. Min. Barros Monteiro, j. 26.03.1991, v.u.). (RT 670/181)

Processual civil e empresarial. Demanda monitória. Nota fiscal. Documento hábil para embasar o pedido. Prescrição do direito de cobrar a dívida. Não ocorrência. Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (inciso I, do § 5º, do art. 206 do Código Civil). A demanda monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Admitida a dívida, representada pela nota fiscal que instrui a inicial, e não comprovado o pagamento, tem-se como correta a sentença que, rejeitando os embargos, constituiu, de pleno direito, o título executivo judicial. Preliminar de prescrição rejeitada e recurso não provido. (TJRJ, Ap. n. 2007.001.06621, rei. Des. Lindolpho Moraes Marinho, j. 06.06.2007)

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

Consideram-se profissionais liberais aqueles que celebram contrato de prestação de serviço, agindo com autonomia, em razão de suas qualificações técnicas ou científicas.

No caso de advogados, o mesmo prazo é estabelecido pelo art. 25 da Lei n. 8.906, de 04.07.1994.

Salvo disposição legal ou contratual em contrário, o prazo prescricional tem início com o término do serviço, mas, se as prestações forem periódicas, a cada vencimento (art. 597).

Embora a lei se refira aos profissionais liberais, não se podem desconhecer as sociedades por estes formadas (art. 15 da Lei n. 8.906/94), que, na verdade, constituem o modo de organizar o trabalho, em regra de natureza personalíssima, de sorte que mesmo para as sociedades de profissionais liberais o prazo prescricional é o mesmo.

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

O dispositivo se entende com os ônus sucumbenciais, disciplinados pelo art. 20 do Código de Processo Civil: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”.

Assim, transitada em julgado a sentença, terá o vencedor o prazo acima para executar as verbas que lhe foram deferidas em razão do sucumbimento processual, dando-se o mesmo com o advogado que tem direito autônomo para executar a sentença quanto aos honorários (art. 23 da Lei n. 8.906/94).

CAPÍTULO II DA DECADÊNCIA

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

CC/1916: sem correspondente.

Decadência é a perda do direito pelo decurso do prazo estabelecido para seu exercício. Define-a Câmara Leal: “decadência é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado” (*Da prescrição e da decadência*, 3. ed., atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 101).

Conquanto assinalada a distinção entre prescrição e decadência por Clóvis Bevilacqua (*Theoria geral do direito civil* 6. ed., atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 367), autor do anteprojeto do CC, o Código de 1916 não disciplinava sistematicamente a decadência, inserindo num mesmo dispositivo (art. 178) prazos prescricionais e prazos decadenciais, o que levou os doutrinadores a buscar critérios diferenciadores, alguns com base científica e outros meramente empíricos, conforme se vê no estudo de Yussef Said Cahali (*Aspectos processuais da prescrição e da decadência*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 9).

Aplaudido por Sílvio Rodrigues (*Direito civil* 32. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 329) foi o critério de distinção baseado na origem da ação: a) é de decadência o prazo suposto em ação que se origina simultaneamente com o direito (p. ex.: prazo para anulação de casamento por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge - arts. 1.556, 1.557 e 1.560 do CC); b) é de prescrição o prazo suposto em ação com origem em época distinta da origem do direito, isto é, contado a partir de sua violação (ex.: descumprimento de obrigação - arts. 398 e segs. do CC). Nessa distinção, nota-se uma aproximação das ações constitutivas com os prazos decadenciais e das ações condenatórias com os prescricionais.

Embora o Código vigente tenha extremado a prescrição da decadência em sua disciplina, os subsídios doutrinários continuam válidos para a distinção, quando do exame da matéria, no que for objeto de legislação especial.

Tradicionalmente se insere nas diferenças entre prescrição e decadência o fato de aquela estar sujeita a interrupção e suspensão, enquanto esta é fatal, não se suspendendo nem se interrompendo, embora tal distinção não participe da essência desses institutos, variando conforme a opção do legislador (CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 9). Assim, com o Código de Defesa do Consumidor (art. 26, § 2º, da Lei n. 8.078/91) apareceram na legislação brasileira causas que obstem ou suspendem o prazo decadencial.

O Código Civil colocou como exceções os obstáculos do curso do prazo decadencial, de maneira que a regra continua sendo a sua natureza contínua, e só por disposição legal em sentido contrário os prazos decadenciais têm o curso obstado, suspenso ou interrompido.

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198,1.

CC/1916: sem correspondente.

Trata-se de exceção à regra de que os prazos decadenciais não sofrem impedimento, suspensão ou interrupção de seu curso. Desse modo, não corre decadência contra os absoluta-

mente incapazes (art. 198, I), e têm os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas ação contra os seus assistentes ou representantes legais que deram causa à decadência ou não a alegaram oportunamente (art. 195).

Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.

CC/1916: sem correspondente.

A decadência se classifica em legal e convencional.

A decadência legal é irrenunciável, mas a ela pode renunciar a parte, se for convencional. Esse entendimento já era manifestado por Câmara Leal, sob o argumento de que o particular não pode “derrogar os imperativos impostos pelo legislador”, mas, “se a decadência resulta de prazos prefixados pela vontade do homem, em declaração unilateral ou em convenção bilateral, nada impede a sua renúncia, depois de consumada, porque quem tem poderes para estabelecer uma condição ao exercício do direito também o tem para revogar essa condição” (*Da prescrição e da decadência* 3. ed., atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 101).

Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

CC/1916: sem correspondente.

A decadência legal acha-se no âmbito da ordem pública, não sendo passível de renúncia (art. 209), podendo, por isso, o juiz dela conhecer de ofício.

Jurisprudência: Recurso especial interposto contra acórdão que, conhecendo a decadência do mandado de segurança, julgou prejudicada a apelação. Comprovação dos requisitos expressos nas alíneas a e c, do inciso III, do art. 105, CR/88, com relação ao mérito da ação. Recurso não conhecido.

1 - A decadência, mesmo na vigência do Código Civil de 1916, podia, perfeitamente, ser declarada, de ofício, pelo juiz. O Código Civil de 2002 previu, expressamente, essa competência ao magistrado, no art. 210.

2 - Conhecida a preliminar de decadência, de ofício, pelo Tribunal *a quo* e julgando prejudicada a apelação, é inadmissível recurso especial, fundamentado nas alíneas a e c, do inciso III, do art. 105, da CR/88, onde, tanto os dispositivos de lei federal, supostamente, violados, como o acórdão paradigma da divergência alegada, referem-se apenas ao mérito da ação.

3 - Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 575.629/DF, rei. Min. Paulo Gallotti, j. 09.12.2005)

Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

CC/1916: sem correspondente.

A decadência convencional atende exclusivamente ao interesse privado e, consoante Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Maria Celina

Badim de Moraes. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 691), “não estando em jogo um motivo de ordem pública, descabe o suprimimento judicial da alegação ou a declaração desta *ex officio*” (art. 211). Pode, porém, ser alegada no processo em qualquer grau de jurisdição, nos mesmos moldes do que é possível em se tratando de prescrição (art. 193), ou seja, excluídas as sedes de recurso extraordinário e recurso especial, se não houver prequestionamento.

Diferentemente do que consta no § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.280/2006, acerca da prescrição, ou do art. 210 do Código Civil, a respeito da decadência legal, o Juiz não pode conhecer de ofício da decadência convencional.

TÍTULO V DA PROVA

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

- I - confissão;
- II-documento;
- III - testemunha;
- IV - presunção;
- V - perícia.

CC/1916: art. 136.

Provar significa demonstrar a veracidade de um fato, e por vários meios a prova pode ser produzida.

A matéria interessa tanto ao direito material como ao direito processual, podendo-se dizer que no direito civil se encontram os meios de prova e no direito processual o modo de produzi-la em juízo, sem embargo; a produção da prova também pode dar-se extrajudicialmente, como nos procedimentos administrativos e na arbitragem (art. 5º, LV, da CF; art. 22 da Lei n. 9.307, de 23.09.1996).

Em regra, o objeto da prova são os fatos, entretanto, pode ser necessário fazer prova de direito consubstanciado em leis estrangeiras, estaduais, municipais ou em costumes (art. 337 do CPC; art. 14 da LICC). Trata-se, na verdade, de prova da existência e vigência da lei ou costume.

O fato a ser provado deve ser relevante para o desate do litígio, determinado e controvertido (art. 334 do CPC).

Fixado o objeto da prova, deverão ser escolhidos os meios para produzi-la.

Os meios de prova não podem ser escolhidos indistintamente, variando de acordo com o fato, o ato ou o negócio sobre o qual deva incidir.

Há um vínculo entre a prova e a forma dos negócios jurídicos, pois alguns deles exigem forma especial e em tal circunstância outro meio de prova não será admitido (arts. 104, III, 107 e 166, IV, do CC; art. 366 do CPC). A forma corresponde à exteriorização do negócio, ou ao modo como se apresenta, tal como o caso da escritura pública na venda e compra de imóveis. Diz Clóvis Bevilacqua que a prova “é o revestimento jurídico que exterioriza a declaração da vontade” (*Theoria geral do direito civil*, 6. ed., atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 313).

Exceto nesse caso, em que a forma e a prova se confundem, não existe hierarquia entre os meios de prova; a enumeração legal também não é taxativa (art. 332 do CPC), ou seja, a legislação brasileira, conforme ensina Moacyr Amaral Santos, “relaciona os meios de prova sem que com isso exclua outros que entre os relacionados não se encontrar” (*Prova judiciária no cível e comercial* São Paulo, Max Limonad, 1952, v. I, p. 78).

Assim, cabe a quem tiver o ônus da prova (art. 333 do CPC) eleger o meio que melhor resultado pode trazer. Para tanto, três são os requisitos gerais que têm de guiar a escolha, isto é, a prova há de ser: a) admissível; b) pertinente; c) concludente (BHVILAQUA, Clóvis. Op. cit., p. 313). Segundo R. Limongi França, admissível “é a prova não proibida por lei” (art. 5º, LVI, da CF); pertinente “é a prova adequada à demonstração do fato ou ato” (art. 145 do CPC); concludente “é a prova hábil a demonstrar com precisão o ato ou fato. Não é concludente a prova que o faz de modo vago, impossibilitando um juízo seguro” (*Instituições de direito civil* 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 157).

Confissão é a admissão da veracidade de um fato por uma das partes, que aproveita à outra parte. Pode ser judicial ou extrajudicial, espontânea ou provocada (arts. 334, II, e 348 a 354 do CPC).

Em regra a confissão é indivisível, não podendo ser invocada na parte que beneficia e rejeitada na que prejudica, exceto quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção (art. 354 do CPC).

Não vale como confissão a admissão de fatos referentes a direitos indisponíveis, nem deve ser ela confundida com o reconhecimento da procedência do pedido ou renúncia ao direito pleiteado, porquanto, simples meio de prova não equivale à determinação do direito.

Documentos, na definição de Arnaldo Rizzardo, “constituem elementos concretos, nos quais são descritos, representados ou narrados atos ou negócios jurídicos” (*Parte Geral do Código Civil*, p. 693). Não só os escritos compreendem os documentos, mas também as imagens e expressões sonoras (art. 383 do CPC). Documento, entretanto, não é sinônimo de instrumento, porquanto este, conforme define João Mendes Júnior, “é a forma especial, dotada de força orgânica para realizar ou tornar exequível um ato” (*Direito judiciário brasileiro*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 183).

Os documentos, assim como os instrumentos, classificam-se em públicos ou particulares, conforme sejam emanados de autoridade pública no exercício de suas funções ou provenientes de particulares.

Testemunha é a pessoa estranha ao fato ou ato, mas que dele tem conhecimento. Define Moacyr Amaral Santos (*Comentários ao Código de Processo Civil* 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. IV, p. 261) como “a pessoa distinta dos sujeitos processuais que, convocada na forma da lei, por ter conhecimento do fato ou ato controvertido entre as partes, depõe sobre este em juízo, para atestar sua existência. Distinguem-se, porém, as testemunhas instrumentárias (arts. 1.864, II, e 1.876, § 1º, do CC), que comparecem nos negócios jurídicos para atestar a veracidade de sua formação, das judiciais (art. 412 do CPC), que são convocadas para depor em juízo. Também nos procedimentos administrativos é admissível a prova testemunhal (art. 38, § 2º, da Lei n. 9.784, de 29.01.1999).

Presunção, no dizer de Paula Batista, “é a consequência que a lei ou o juiz tira de um facto certo como prova de um outro facto, cuja verdade se quer saber” (*Compêndio de theoria e prática do processo civil comparado com o Commercial e de hermenêutica jurídica*, 8. ed. São Paulo, Acadêmica Saraiva & Cia, 1935, p. 107).

Classificam-se as presunções em legais e comuns. As presunções legais são absolutas (*juris et jure*), quando não admitem prova em sentido contrário, ou relativas, também chamadas disputáveis (*juris tantum*), quando admitem prova em sentido oposto. Ainda entre umas e outras encontram-se as intermédias, quando a lei só admite a prova contrária em condições especiais.

As presunções comuns, também chamadas simples ou *hominis*, fundam-se naquilo que normalmente acontece (art. 335 do CPC).

Perícia é a prova técnica que, segundo Moacyr Amaral Santos (op. cit., p. 335), “consiste no meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas e sob compromisso verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer”. A perícia se dá mediante exa-

me, que é a inspeção sobre pessoas, coisas móveis e semoventes; vistoria, que ocorre sobre imóveis; e avaliação, que é a apuração de valor em dinheiro de coisas, direitos ou obrigações, sendo que se reserva a expressão arbitramento quando se trata de liquidação (arts. 145 a 147 e 420 a 439 do CPC).

Art. 213. Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

Parágrafo único. Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

CC/1916: sem correspondente.

A regra assemelha-se à do art. 351 do Código de Processo Civil.

Sendo o direito indisponível, a confissão da parte não afeta a relação de direito discutida. Também não pode a confissão elidir os efeitos das presunções absolutas.

Para confessar, o representante tem de estar especialmente autorizado (art. 661 do CC; arts. 38 e 349, parágrafo único, do CPC).

Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.

CC/1916: sem correspondente.

A confissão é irretratável, entretanto pode ser anulada por vício consistente em erro de fato ou coação.

O erro de direito não dá lugar à anulação de confissão (art. 139, III), e o de fato, para anulá-la, deve ser substancial (art. 138).

O Código de Processo Civil admite a anulação da confissão por erro, dolo ou coação (art. 352 do CPC). Ao dolo não se refere o Código Civil, mas, inexistindo incompatibilidade manifesta entre as disposições de ambos os Códigos, continua sendo o dolo também causa de anulação de confissão, ainda mais diante do disposto no art. 2.043 (até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código).

Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

I - data e local de sua realização;

II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;

IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;

V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;

VI - declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

VII - assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º A escritura será redigida na língua nacional.

§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

CC/1916: art. 134, §§ 1º a 5º.

A escritura pública tem o caráter de instrumento público. No Código de 1916, em sua primeira edição, o dispositivo correspondente referia-se a instrumento público, vindo a ser alterado para escritura pública pelo Decreto n. 3.725, de 15.01.1919.

Dizendo a lei que a escritura pública é um documento dotado de fé pública, significa que goza de presunção de veracidade, invertendo-se, por isso, o ônus da prova.

Além dos requisitos mencionados, outros há decorrentes da legislação extravagante, especialmente da Lei n. 7.433, de 18.12.1985, e da Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (arts. 222 a 225).

As funções do tabelião estão regulamentadas pela Lei n. 8.935, de 18.11.1994.

A escritura pública tem de mencionar a data e o local de sua realização (arts. 8º e 9º da Lei n. 8.935/94); identificar as partes e demais comparecentes com as respectivas assinaturas e deve ser lida em sua presença; mencionar o cumprimento das disposições legais e fiscais exigíveis (art. 1º, § 2º, da Lei n. 7.433/85); e transcrever claramente a manifestação da vontade das partes e intervenientes.

A circunstância de algum dos comparecentes não poder ou não saber escrever não impede que seja a escritura pública lavrada, permitindo-se a assinatura por outrem a seu rogo.

A escritura pública será redigida no idioma nacional, mas, se algum dos comparecentes não o souber e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, ficará presente um tradutor público e, se não houver no lugar, outra pessoa idônea capaz de servir como intérprete (art. 8º, III, da Lei n. 8.934, de 18.11.1994).

Em princípio os comparecentes devem identificar-se com documento e só excepcionalmente poderá ocorrer a identificação indireta por duas testemunhas.

Jurisprudência: Recurso de apelação. Promessa de compra e venda. Ação ordinária. Declaração de nulidade de compra e venda. Preliminar de ausência de oportunidade às partes para se manifestarem nos autos. Rejeição. Deixando transcorrer *in albis* o prazo que lhe fora aberto, não é dado à parte vir a juízo, em grau de apelação, insurgir-se contra ausência de oportunidade para se manifestar nos autos. Mérito. Alegação de nulidade da compra e venda. Ausência de outorga uxória e de consentimento. Fato constitutivo do direito da parte autora não demonstrado. Está fadada ao insucesso a ação anulatória de compra e venda, quando demonstrado pela prova dos autos que houve o necessário consentimento da esposa meeira à venda do imóvel. A prova de vício de consentimento, quando o ato é instrumentalizado por escritura pública, há de vir de forma estreme de dúvida, uma vez que o documento é dotado de fé pública, fazendo prova plena, à luz do que estatui, inclusive, o art. 215

do Código Civil. Preliminar desacolhida e recurso de apelação improvido. Unânime. (TJRS, Ap. n. 70.007.470.511, rei. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 06.10.2005)

Art. 216. Farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão consertados.

CC/1916: art. 137.

As certidões tiradas dos atos ou das peças processuais ou de livros a cargo do escrivão constituem documento público, gozando, por isso, de fé pública ou presunção de veracidade, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, 15. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 191), e têm a mesma força que os originais (art. 365,1, do CPC).

É atribuição legal do escrivão expedir certidões (art. 141, V, do CPC), podendo estas serem extraídas por outro servidor, desde que sob vigilância daquele.

Obs.: A parte final contém evidente erro nas expressões “por outro escrivão consertados”. Deve ser “concertados” (FIGUEIREDO, Cândido de. *Novo dicionário da língua portuguesa*, 6. ed.: concertar - conferenciar, confrontar; consertar - reparar, arranjar).

Art. 217. Terão a mesma força probante os traslados e as certidões, extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas.

CC/1916: art. 138.

O notário ou tabelião e o oficial de registro ou registrador têm fé pública (art. 3º da Lei n. 8.935/94), gozando as certidões por estes expedidas de presunção de veracidade, valendo como se fossem os originais (art. 365, II, do CPC).

Art. 218. Os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato.

CC/1916: art. 139.

Traslados e certidões de atos processados em juízo são instrumentos públicos, dotados de força orgânica (MENDHS JÚNIOR, João. *Direito judiciário brasileiro*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 183), ou seja, aptos a gerar os efeitos estabelecidos no processo, fazendo a mesma prova que os originais (art. 365,1, do CPC).

Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

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

CC/1916: art. 131.

As declarações referidas são dispositivas ou enunciativas. Somente aquelas (*caput*) necessariamente gozam de presunção de veracidade por dizerem respeito aos elementos principais do negócio. Na observação de Clóvis Bevilacqua (*Código Civil comentado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. 1, p. 314), “sem essa presunção, os negócios jurídicos, feitos em boa-fé, não teriam firmeza, e a vida social se não poderia desenvolver”

As declarações enunciativas (parágrafo único) podem ou não ter relação direta com as principais. Se não tiverem essa relação, não eximem os interessados de provar sua veracidade, já que não estão atreladas à parte essencial do negócio. Essa regra sobre as declarações meramente enunciativas, que também constava do Código anterior, não é muito clara, como apontava R. Limongi França (*Instituições de direito civil*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 159), sendo mais elucidativo o texto do Código de Processo Civil: “Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato” (art. 368, parágrafo único).

Jurisprudência: Ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis. Aplicação da regra prevista no art. 131 do Código Civil de 1916, segundo a qual as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Inaceitável o desvirtuamento pela autora de suas próprias declarações para impor conseqüências desvantajosas em detrimento da parte adversária. Improvimento do recurso. (TJRJ, Ap. n. 2006.001.25088, rei. Des. Edson Vasconcelos, j. 27.09.2006)

Apelação cível. Ação de cobrança, com fulcro em contrato de autorização para promoção e venda de imóvel, com exclusividade, com prazo de vigência de 120 dias. Sentença que julga improcedente o pedido autoral. Apelo. Se o réu/apelado assinou tal autorização passando-se como proprietário do imóvel, não pode alegar tal falsidade em proveito próprio, para se eximir da obrigação assumida em tal documento. A condição de proprietário do imóvel posto à venda é imprescindível e insuperável em relação à validade da escritura de compra e venda, entretanto, em relação à autorização para promoção da venda, ou seja de intermediação de imobiliária para a venda de um imóvel, esta pode ser feita por terceiro com autorização do proprietário. Mesmo que não exista autorização escrita dos proprietários para o réu/apelado viabilizar a venda do imóvel em tela, tornou-se evidente que ela se deu verbalmente, ante as provas trazidas aos autos de que o réu/apelado participou efetivamente de todas as fases negociais, inclusive perante aos vendedores, compradores e corretora que efetivou a venda. A regra disposta no art. 131 do CC/1916 (art. 219 do CC/2002) é no sentido de que “As declarações constantes de documento assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. O réu/apelado alega mais não provou vícios de tal documento, dispensando, inclusive, provas periciais pertinentes, portanto, a despeito de ele ser ou não o proprietário do referido imóvel, responde pela obrigação de pagar a comissão pactuada (5% do valor da venda) à autora/apelante, uma vez que o imóvel foi vendido no prazo de vigência daquela autorização, que prevê exclusividade. Provido o apelo. (TJRJ, Ap. n. 2006.001.23049, rei. Des. Luiz Eduardo Rabello, j. 06.09.2006)

Art. 220. A anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento.

Há negócios jurídicos que a pessoa não pode realizar sem a anuência de outrem. Nesse rol encontram-se: alienar ou gravar com ônus real um imóvel, para quem seja casado, salvo no regime de separação absoluta de bens (art. 1.647,1); a realização de negócio jurídico por relativamente incapaz (arts. 1.634, V, 1.747,1, e 1.774); e a venda de ascendente para descendente (art. 496).

A forma exigível do negócio tem de ser observada na anuência e, sempre que possível, constará do mesmo instrumento, mas existindo, por outro lado, a possibilidade de validação posterior (art. 176).

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.

CC/1916: art. 135.

Instrumento particular é aquele elaborado e assinado ou somente assinado pelos interessados sem a intervenção de agente ou delegatário público.

O instrumento particular prova obrigações acordadas de qualquer valor, ficando, porém, excluídas aquelas hipóteses que exigem escritura pública (art. 108), bem como os atos e negócios jurídicos de ordem não econômica, especialmente os concernentes ao direito de família.

O Código de 2002 não mais exige a presença de duas testemunhas, como fazia o anterior, entretanto, o Código de Processo Civil, para emprestar força executiva ao instrumento, mantém a exigência (art. 2.043 do CC; art. 585, II, do CPC).

A eficácia resultante do instrumento particular se dá entre as partes, mas, para operar em relação a terceiros, precisa ser registrado no registro público (art. 127,1, da Lei n. 6.015/73).

Cessa a fé do documento particular se declarada sua falsidade ou, se for contestada sua assinatura, enquanto não for provada sua veracidade, ou, então, quando tiver sido abusivamente preenchido (arts. 387 e 388 do CPC).

Dizendo o parágrafo único que a prova do instrumento particular pode suprir-se por outras de caráter legal, entender-se-ia que não há negócio em que o instrumento particular seja de substância, todavia, existem alguns que, embora não reclamando o documento público, não dispensam a prova escrita, como o depósito voluntário (art. 646).

Art. 222. O telegrama, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante conferência com o original assinado.

CC/1916: sem correspondente.

O telegrama faz prova, e sua autenticidade, se contestada, deverá ser conferida pelo original assinado.

Caso não haja assinatura, o que se dá, por exemplo, quando solicitado aos correios por telefone, outros meios de prova poderão ser utilizados para a comprovação da autenticidade.

Presume-se o telegrama conforme o original, provando-se a data da expedição e do recebimento (art. 375 do CPC).

O telegrama tem força probante de documento particular (art. 374 do CPC).

Art. 223. A cópia fotográfica de documento, conferida por tabelião de notas, valerá como prova de declaração da vontade, mas, impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original.

Parágrafo único. A prova não supre a ausência do título de crédito, ou do original, nos casos em que a lei ou as circunstâncias condicionarem o exercício do direito à sua exibição.

CC/1916: sem correspondente.

As cópias obtidas por meio fotográfico valem como prova.

Refere-se o dispositivo à necessidade de autenticação por tabelião, entretanto a ausência dessa formalidade, por si, não invalida a prova, devendo o interessado impugnar-lhe a autenticidade para desmerecê-la.

A cópia fotográfica não substitui o título de crédito para a ação cambial.

Jurisprudência: Prova. Documento particular. Ausência de autenticação. Admissibilidade. Relevância somente no caso de a parte contrária impugnar. Fiança. Ausência de outorga uxória. Nulidade absoluta. Inteligência do art. 235, III, c/c o art. 145, IV, do CC (II TACSP, Ap. com rev. n. 511.299-00/0. 3ª Câ., rei. Juiz Milton Sanseverino, j. 23.06.1998, v.u.). (RT758/252)

Documento. Fotocópia. Impugnação.

A impugnação a documento apresentado por cópia há de fazer-se com indicação do vício que apresente, se o impugnante tem acesso ao original. Não se há de acolher a simples afirmação genérica e imprecisa de que não autêntico.

Recurso especial. Inviabilidade para reavaliação da prova. (STJ, REsp n. 94.626/RS, 3ª T., rei. Min. Eduardo Ribeiro, j. 16.06.1998, v.u.)

Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.

CC/1916: art. 140.

Não impõe a lei que o instrumento particular feito no Brasil o seja em língua nacional, como se dá com a escritura pública (art. 215, § 3º), sendo, porém, usual que se faça na língua do país. Os documentos estrangeiros, também, em geral, são redigidos na língua local.

Tendo o documento em língua estrangeira de ser usado no Brasil, deverá ser traduzido (art. 8º, III, da Lei n. 8.934/94) para o português (art. 157 do CPC; art. 129, 6º, da Lei n. 6.015/73).

A exigência de tradução tem sido abrandada pela jurisprudência, quando o documento apresentado em juízo não apresentar dificuldade para sua compreensão, porque não acarreta prejuízo às partes.

Jurisprudência: Processual civil. Documento redigido em língua estrangeira, desacompanhado da respectiva tradução juramentada (art. 157, CPC). Admissibilidade. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

1 - Em se tratando de documento redigido em língua estrangeira, cuja validade não se contesta e cuja tradução não é indispensável para a sua compreensão, não é razoável negar-lhe eficácia de prova. O art. 157 do CPC, como toda regra instrumental, deve ser interpretado sistematicamente, levando em consideração, inclusive, os princípios que regem as nulidades,

nomeadamente o de que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa (*pas de nullité sans grief*). Não havendo prejuízo, não se pode dizer que a falta de tradução, no caso, tenha importado violação ao art. 157 do CPC.

2 - Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp n. 616.103/SC, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. 14.09.2004)

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

CC/1916: sem correspondente.

Participam essas reproduções da prova documental, embora não sejam literais. O que as diferencia é que não são formadas pelo cérebro do seu autor, mas decorrem do próprio fato ou ato documentado. Classificam-se como documentos diretos porque “o fato representado se transmite diretamente para a coisa representativa” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. IV, p. 163).

Cabe à parte contra quem forem apresentadas impugnar-lhes a exatidão, quando terão de ser submetidas a exame pericial (art. 383 do CPC).

A Lei n. 11.419, de 19.12.2006, trouxe significativa alteração nessa matéria, ao dispor sobre a informatização do processo judicial, estabelecendo que “os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário”, na forma que estabelece, “serão considerados originais para todos os efeitos legais” (art. 11), acrescentando, ainda, regras ao Código de Processo Civil, acerca de “reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular” (art. 365, V e VI, e §§ Iº e 2º).

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

CC/1916: sem correspondente.

Aparentemente o dispositivo contraria o princípio segundo o qual a pessoa não pode forjar a prova para si previamente: *nemo sibi titulum constituit*. Sucede, entretanto, que os livros e fichas provam contra as pessoas a quem pertencem. A fim de fazer prova a seu favor, o empresário terá de ostentar escrituração sem vício extrínseco ou intrínseco, ou seja, lastreada em elemento estranho aos livros, conforme salienta João Eunápio Borges (*Curso de direito comercial terrestre*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1964, p. 217). Não fica, porém, aquele a quem pertencer os livros inibido de provar que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos (art. 378 do CPC). A escrituração, por outro lado, é indivisível, de modo que, “se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis aos interesses do autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto como verdade” (art. 380 do CPC).

A prova resultante dos livros e fichas não substitui a escritura pública, nem o instrumento particular depende de requisitos especiais.

O empresário e as pessoas jurídicas em geral estão sujeitos à exibição da escrita, inclusive em procedimentos preparatórios (art. 844, III, do CPC).

Jurisprudência: Súmula n. 260, STF: O exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes.

Súmula n. 390, STF: A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhai só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário-mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhai é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

CC/1916: art. 141.

A prova testemunhai é sempre admissível quando o negócio não exige forma especial.

A prova exclusivamente testemunhai terá cabimento quando o negócio, na data da celebração, não ultrapassar o décuplo do maior salário-mínimo (art. 401 do CPC).

Complementar ou subsidiariamente, em negócios de qualquer valor a prova testemunhai será aceita, quando houver começo de prova escrita.

Excepcionalmente, ela é permitida, também, qualquer que seja o valor do negócio, quando “o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel” (art. 402, II).

Jurisprudência: Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação monitória. Cheque prescrito. Preliminar. Nulidade da sentença. Julgamento antecipado da lide. Produção de prova inútil. Não há nulidade no julgamento antecipado da lide quando a prova pretendida produzir era inútil ao fim almejado. Na hipótese, descabida a dilação probatória para oitiva de testemunha com intuito de provar o pagamento de débito superior a 10 salários-mínimos vigentes à época do contrato, porque inexistente início de prova documental desse pagamento. Exegese do art. 227 do Código Civil combinado com arts. 401 e 402 do CPC. Faculdade do Juiz em dispensar a produção de prova inútil ou meramente protelatória. Art. 130 do CPC. Cheque prescrito. Ausência de prova do pagamento. Ônus do devedor, inexistente prova da quitação do título, cujo ônus competia ao emitente, ainda que prescrita a cártula, torna impositivo o juízo de procedência da demanda injuntiva. Documento comprobatório da quitação que deve ser guardado, pelo devedor, enquanto não prescrito o direito de ação do credor. A posse do título de crédito, ainda que prescrito, pelo credor, gera a presunção de que a dívida não foi paga. Preliminar rejeitada. Recurso improvido. Unânime. (TJRS, Ap. n. 70.015.338.791, rei. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 24.08.2006)

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;

III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

CC/1916: art. 142.

A testemunha tem de estar em condições de depor, o que se verifica em relação à sua capacidade, idoneidade e compatibilidade com a situação (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 237).

O Código de Processo Civil divide em três classes as vedações ou restrições a testemunhas: a) incapazes; b) impedidas; c) suspeitas. Sendo, porém, “estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer” (art. 405, § 4º, do CPC).

Moacyr Amaral Santos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. IV, p. 286) esclarece que a capacidade de testemunhar consiste “na aptidão, reconhecida pela lei, de a pessoa ser ouvida como testemunha”. São as inaptidões por idade ou por doença que determinam a incapacidade. Impedida é a testemunha que, embora capaz, “pode ser, em razão de sua posição jurídica relativamente às partes na demanda, *incompatível* com a função de testemunhar” Nesse rol estão a própria parte, cônjuges e alguns parentes próximos ou afins e aqueles que intervêm como representante ou assistente da parte. A suspeição decorre das razões mais variadas, como “condições especiais da testemunha, natureza do fato probando, forças psíquicas como receio, afeição, interesse, vingança, irreflexão, paixão, vaidade”

O Código Civil, consoante o parágrafo único, admite o depoimento de todas as pessoas mencionadas no dispositivo, em que se incluem incapazes, impedidos e suspeitos, “para a prova de fatos que só elas conheçam”, o que está a reclamar harmonização com a lei processual (art 2.043).

Jurisprudência: Processual civil. Ação de separação litigiosa. Pedido de oitiva dos filhos do casal, todos já maiores. Possibilidade, dada a especificidade da hipótese, em que os fatos que se objetiva provar se deram, via de regra, no recôndito do lar. Permissivo legal consistente na norma do parágrafo único, do art. 228, do Código Civil, bem como § 4º, do art. 405, do CPC. Recurso provido. (TJMG, Processo n. 1.0024.04.386392-7/001, rei. Des. Pinheiro Lago, j. 02.08.2005)

Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

CC/1916: art. 144.

O dispositivo traz fundamento ético de alta relevância.

O sigilo profissional muitas vezes é imposição legal (arts. 7º, XIX, e 34, VII, da Lei n. 8.906/94). Também os vínculos familiares e de afeição justificam a dispensa e, igualmente, os direitos da personalidade referentes à intimidade, à honra e à integridade física (arts. 11 e 21).

Deve-se, atentar, porém, que se trata de faculdade que a testemunha tem de não depor, nessas situações, mas não está desobrigada de comparecer à audiência para a qual foi convocada. A isenção é, apenas, de não revelar os fatos.

Art. 230. As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

CC/1916: sem correspondente.

São as presunções *hominis* ou simples, somente admitidas como prova quando também for admitida a prova testemunhal. Funda-se no que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC).

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

CC/1916: sem correspondente.

As partes têm o dever de colaboração no processo (art. 339 do CPC) e, em se tratando de ônus, uma vez descumprido, não podem valer-se da própria torpeza para alegar insuficiência da prova que beneficiaria a outra parte.

Jurisprudência: Ação de cobrança. Contrato de seguro. Acidente de veículo. Cláusula prevendo isenção da seguradora em virtude de embriaguez do segurado. Havendo prova de que se encontrava o condutor embriagado quando do acidente, não há lugar para afastamento de cláusula de exclusão de responsabilidade. Hipótese onde evidenciada a circunstância em razão de existência de laudo do DML, secundada por negativa do periciando em se submeter a exame de sangue. Aplicação do disposto no art. 231 do Código Civil, segundo o qual aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa. Sentença de primeiro grau mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJRS, Recurso n. 71.000.640.094, rei. Juiz Clovis Moacyr Mattana Ramos, j. 14.04.2005)

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

CC/1916: sem correspondente.

O juiz pode ordenar à parte que se submeta a perícia médica (art. 340, II, do CPC). Sendo imposição à parte, constitui ônus, cujo cumprimento não pode ser obtido coercitivamente. Recusando-se ela, porém, está o juiz autorizado a interpretar que a prova favorecerá a outra parte.

Não se trata, contudo, de consequência inexorável, porquanto a recusa há de ser injustificável e essa circunstância tem de ser examinada em função do conjunto probatório, podendo ser infirmada por outros elementos de prova.

Jurisprudência: Súmula n. 301, STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

Apelação. Investigação de paternidade. Recusa imotivada a se submeter ao exame de DNA. Presunção de paternidade. Litigância de má-fé. A recusa imotivada da parte investigada a se submeter ao exame de DNA gera presunção de paternidade. Inteligência dos arts. 231 e 232 do CCB. Súmula n. 301 do STJ. Age com deslealdade processual, tipificadora da má-fé, quem se recusa imotivadamente a se submeter a perícia genética, e depois alega falta de provas para a paternidade. Precedentes jurisprudenciais. Negaram provimento. Condenaram a apelante às penas da litigância de má-fé. (TJRS, Ap. n. 70.020.922.878, rei. Des. Rui Portanova, j. 13.09.2007)

Investigação de paternidade. Indícios substanciais da paternidade. Exame de DNA. Recusa imotivada à realização. Art. 232, Código Civil. Código Civil. Aplicabilidade imediata. Ato processual posterior à sua vigência. Paternidade reconhecida. Nos termos do art. 232 do Código Civil, a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. A norma não é impositiva, de forma que submete a recusa ao prudente arbítrio do Juiz que, se encontrar elemento de convicção bastante, deve considerar suprida a prova, se nenhuma justificativa louvável foi arguida. (TJMG, Proc. n. 1.0245.02.006359-1/001(1), rei. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 29.04.2008, publicação 17.06.2008)

PARTE ESPECIAL

LIVRO I

DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

TÍTULO I

DAS MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

CAPÍTULO I

DAS OBRIGAÇÕES DE DAR

Seção I

Das Obrigações de Dar Coisa Certa

Art. 233. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.

CC/1916: art. 864.

Introdução. Conceito. A obrigação é a relação jurídica por intermédio da qual o sujeito passivo (devedor) se obriga a dar, fazer ou não fazer alguma coisa (prestação) em benefício do sujeito ativo (credor). Seus elementos são as partes, a prestação e o vínculo jurídico. A prestação é sempre uma conduta do devedor. Terá natureza patrimonial e consistirá em um dar, fazer ou não fazer. Renan Lotufo, invocando lição de Clóvis Beviláqua, afirma que “o fundamento das obrigações é a boa-fé”, sob pena de “funestas conseqüências pela falta de confiança mútua entre as pessoas” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 1). Em razão desse fundamento é que as obrigações não podem ser vistas apenas sob o aspecto do interesse do credor à satisfação de seu crédito, nem como um vínculo que leva à submissão absoluta do devedor. Sua concepção contemporânea leva em consideração os interesses do devedor na satisfação de sua dívida, conduzindo a uma visão dinâmica, e não estática, da relação jurídica. A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, que compreende interesses recíprocos em evolução, de modo que se desenvolvam na direção da satisfação da prestação (cf. a obra de Clóvis do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976). Ainda segundo Renan Lotufo, “o contrato, tal qual a obrigação, relação jurídica complexa, é um processo que, como ensina o eminente professor Clóvis do Couto e Silva, tem dinamismo e somente chegará ao seu bom êxito se contar com a colaboração leal dos dois participantes. Não há mais, segundo o novo Código, o velho protagonista ‘contratante’, mas *os contratantes*, em constante interação, com respeito à posição e aos interesses de cada um” (op. cit., p. 10). No campo das obrigações, o credor poderá exigir a prestação do devedor e, se este último não adimpli-la espontaneamente, poderá também exigir judicialmente seu efetivo cumprimento ou indenização por perdas e danos que será suportada por seu patrimônio (arts. 389 e 391 do CC). Essa distinção entre a conduta devida e a responsabilidade oriunda do inadimplemento é consagrada pela teoria dualista, que se contrapõe à unitária e pode ser identificada nos casos de obrigações com garantia fidejussória prestada por terceiro - em que se pode verificar que o patrimônio do devedor da obrigação (o locatário, por exemplo) não é o único sobre o qual podem recair as conseqüências do inadimplemento (pois também poderá ser alcançado o patrimônio do fiador) (cf. a propósito das mencionadas teorias VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral* Coimbra, Almedina, 2000, v. I, p. 143-57). No direito

das obrigações, o vínculo se estabelece entre as pessoas, embora seu conteúdo seja patrimonial, diversamente do que ocorre com os direitos reais, em que a relação jurídica se estabelece, em primeiro lugar, entre o titular do direito e o bem e, posteriormente, atinge as pessoas obrigadas a respeitá-la. Fontes das obrigações são os atos ou fatos de onde elas se originam, ou, na lição de Orlando Gomes, “o *fato jurídico* ao qual a lei atribui o efeito de suscitar-la”, pois, prossegue, “entre a *lei*, esquema geral e abstrato, e a *obrigação*, relação jurídica singular entre pessoas, *medeia* sempre um *fato*, ou se configura uma situação, considerando idôneo pelo ordenamento jurídico para determinar o dever de prestar” (*Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 31). As leis são sempre a fonte imediata das obrigações, enquanto fontes mediatas são fatos ou situações capazes de produzi-las. O Código Civil em vigor não disciplinou as fontes das obrigações. Contudo, a partir da definição adotada, podemos identificar os contratos, os atos unilaterais e os atos ilícitos entre as fontes disciplinadas por ele, sem prejuízo, porém, da existência de outras que possam subsumir no conceito estabelecido (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil* Iª parte, 32. ed., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo, Saraiva, 2003, v. IV, p. 42-4). Após a disciplina das modalidades, o Livro “Do Direito das Obrigações” disciplinou a transmissão, o adimplemento e o inadimplemento das obrigações e suas consequências. No Título I, do Livro I, estão disciplinadas as modalidades das obrigações, que correspondem a um critério de classificação, e verificam-se as consequências estabelecidas a partir dessa classificação. Classificação. Importa registrar, de início, que o interesse da classificação das obrigações resulta da possibilidade de, a partir dela, reduzi-las a alguns poucos grupos com características semelhantes, de modo a tornar possível invocar os princípios aplicáveis a cada um deles e simplificar as soluções para as questões que suscitem (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 45). Adotando-se o critério utilizado por Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil*, 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 49), as obrigações podem ser classificadas segundo os critérios seguintes:

Consideradas em si mesmas: a) quanto ao vínculo: civil, moral ou natural; b) quanto à execução: simples, cumulativa, alternativa ou facultativa; c) quanto ao tempo do adimplemento: instantânea, continuada ou diferida; d) quanto ao fim: de meio, de resultado ou de garantia; e) quanto aos elementos acidentais: condicional, modal ou a termo; f) quanto à pluralidade de sujeitos: divisível, indivisível ou solidária; e g) quanto à liquidez do objeto: líquida e ilíquida.

Consideradas umas em relação às outras, isto é, de modo recíproco, as obrigações serão acessórias ou principais.

A obrigação de dar, objeto do artigo em exame, tem natureza positiva, exigindo que o devedor pratique uma conduta, e não que se omita. Quando seu objeto for coisa certa (móvel ou imóvel), como é o caso deste dispositivo, o devedor só satisfaz a prestação se entrega ao credor o bem especificamente individuado pelas partes. Como ensina Renan Lotufo, a coisa é certa quando em sua identificação houver indicação da quantidade, do gênero e de sua individuação, que a torne única (op. cit., p. 17). Desse modo, não há possibilidade de a escolha do bem se verificar em momento posterior ao surgimento da obrigação. A entrega do bem pode se destinar a transferir o domínio, assegurar o uso (entregar) ou restituir ao proprietário (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. II, p. 53). No nosso sistema, a transmissão do domínio não se aperfeiçoa com a criação da obrigação, sendo indispensável que se verifique o registro, para os imóveis (arts. 1.227 e 1.245), e a tradição, para os móveis (arts. 1.226 e 1.267), o que revela a importância do dispositivo em exame. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, “a obrigação de dar coisa certa confere ao credor simples direito pessoal (*jus ad rem*) e não real (*jus in re*). O contrato de compra e venda, por exemplo, tem natureza obrigacional” (op. cit., p. 43). Do mesmo teor: BIERAMBAUM, Gustavo. “Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*

coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 123, que acrescenta que a obrigação, por si só, não cria direito *erga omnes*. Assim, o credor da obrigação de dar coisa certa que não tenha tido anterior posse do bem ou que não for seu proprietário não se pode valer de demandas possessórias ou dominiais para recuperá-lo. No entanto, poderá se valer de ação destinada a obrigar o devedor a entregar-lhe o bem (arts. 461-A e 621 a 628 do CPC), como decorrência da obrigação assumida. No caso do art. 461-A, o pedido é de condenação na entrega de coisa certa formulado por quem não dispõe de título executivo. Na hipótese do art. 621 do Código de Processo Civil, o credor dispõe do título extrajudicial. Tais dispositivos viabilizaram ao credor de obrigação de dar coisa certa a possibilidade de obtê-la diretamente, fazendo valer a força obrigatória que do contrato resulta. A obrigação só se converterá em perdas e danos se o credor a requerer ou se a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente for impossível (arts. 461, § 1º, e 461-A, § 3º, do CPC). Neste sentido lecionam Carlos Roberto Gonçalves (op. cit., p. 43-5) e Everaldo Augusto Cambler (*Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. III, p. 60-4). Acrescente-se que tal espécie de providência já havia sido prevista no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor. Se o bem cuja entrega foi prometida ao credor vier a ser novamente alienado a terceiro, que efetivamente adquirir o domínio pela tradição ou pelo registro, o primeiro adquirente não poderá exigí-lo, porque seu direito pessoal não poderá se opor ao direito real do segundo adquirente (GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 45). No entanto, caso haja má-fé do terceiro, poder-se-á sustentar a proteção do direito do primeiro, levando-se em conta a função social dos contratos e a boa-fé objetiva, consagradas nos arts. 421 e 422 do Código Civil. É o que se pode extrair da lição de Antonio Junqueira de Azevedo em parecer publicado na *Revista dos Tribunais*, n. 750, p. 113: “A responsabilidade do terceiro é, pois, aquiliana. ‘Efetivamente, se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então a sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes. Assim é que não só a violação de contato por terceiro pode gerar responsabilidade civil deste (como quando terceiro destrói a coisa que devia ser prestada, ou na figura da indução ao inadimplemento do negócio jurídico alheio), como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados (o instituto da fraude contra terceiros é exemplo típico disso)’ (Fernando Noronha. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 119)”. E ainda: “Não é possível que, ao final do século XX, os princípios de direito contratual se limitem àqueles da *survival of the fittest*, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria fazer *tabula rasa* de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do Estado não pode significar a perda da noção, conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de *harmonia social*. O alvo, hoje, é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso” (trecho extraído da p. 119). Nas hipóteses em que o credor faz jus à entrega para poder usar o bem de propriedade do devedor (locação) ou para recuperá-lo em razão de sua condição de proprietário ou de qualquer direito de que sobre a coisa disponha (depositário) - e não para adquirir a propriedade -, será possível que ele se valha da mesma espécie de proteção processual conferida ao adquirente (arts. 461-A e 621 a 628 do CPC), embora, em alguns desses casos, seja possível admitir a adequação de demandas de natureza possessória ou petitória. Se a hipótese é de credor proprietário ou possuidor, serão adequadas as ações petitórias ou possessórias. Se o credor não é proprietário nem possuidor, utiliza-se do procedimento previsto nos artigos mencionados - será o caso do locatário, a quem o locador não entrega o imóvel locado. O art. 233 assegura que os acessórios do bem objeto da prestação estarão abrangidos pela obrigação assumida. Assim, ao devedor cumprirá entregar ao credor os acessórios do bem que é objeto da obrigação. Imagine-se que alguém aliena ao comprador um terreno sobre o qual

há uma edificação, sem que da matrícula ou da escritura conste a construção. Admitindo-se que a acessão seja acessório do solo (arts. 79 e 92 do CC), ela deverá seguir o destino deste, transferindo-se ao adquirente, que se tornará proprietário do todo (solo e construção). A regra resulta do princípio de que o acessório segue o principal - não repetido no CC/2002, diversamente do que ocorria com o art. 59 do CC/1916, mas consagrado pela doutrina como princípio e extraído do disposto no art. 92 do Código Civil. O dispositivo de que ora se trata ressalva, porém, a possibilidade de o acessório não seguir o principal: a) em razão de as partes assim haverem convencionado - o que se insere nos limites de sua autonomia privada; e b) em virtude das circunstâncias do caso. Nesta última situação estaria incluída a hipótese em que os acessórios tivessem sido, temporariamente, separados do bem principal. Caso isso se tenha verificado, as circunstâncias deverão ser examinadas para que seja possível concluir se os acessórios devem ou não seguir o principal. O art. 575 do Código Civil argentino expressamente inclui os acessórios temporariamente afastados do bem principal entre os que acompanham o principal (CAMBLER, Everaldo Augusto. Op. cit., p. 61). O Código Civil brasileiro, porém, no art. 233, permite que as circunstâncias de cada caso sejam avaliadas para que se conclua se o acessório destacado segue ou não o bem principal a ser entregue. O tema em exame remete ao tratamento dado às pertenças pelo art. 94 do Código Civil - pertenças são bens que não constituem parte integrante do principal, mas se destinam de modo duradouro a seu uso, serviço ou aformoseamento. Nesse dispositivo, há ressalva expressa no sentido de que as pertenças (acessórios que são) não seguem o bem principal, se o negócio jurídico só diz respeito a este. Dessa forma, as pertenças são exceção à regra do art. 233, pois, no que se refere a elas, somente disposição expressa fará com que estejam abrangidas pelo negócio que tenha por objeto o bem principal. Interessante exemplo a respeito pode ser constatado no caso de alienação de imóvel rural em que o vendedor se compromete a entregar não apenas o imóvel, mas também os animais e as máquinas que nele se encontram (as pertenças) - negócio que na prática comercial é denominado “venda de porteira fechada”. Nessa espécie de transação, não havendo menção expressa às pertenças, somente o imóvel terá sido alienado, sem que ao negócio se aplique a disposição prevista nesse artigo. Os acessórios a que se refere o artigo em exame, segundo Renan Lotufo, que invoca Mário Júlio de Almeida Costa, não se resumem aos que se vinculam à coisa, mas também aos relacionados ao comportamento do devedor (op. cit., p. 18). Segundo o ilustre comentarista, entre os acessórios da obrigação estariam os deveres anexos oriundos da boa-fé objetiva (ver comentário ao art. 422). Dessa forma, seriam deveres acessórios do devedor: guardar a coisa vendida, embalá-la, transportá-la, fornecer informações necessárias etc. (obra e local citados).

Jurisprudência: Considerando que cabe execução de entrega de coisa certa se o cumprimento da obrigação prevista no art. 233 do CC/2002 está consubstanciada em título executivo: TJMG, Ap. cível n. 1.0702.07.401054-8/001(1), rei. Wagner Wilson, j. 13.05.2009.

Ação declaratória. Obrigação de dar coisa certa. Garagens. Construtora-legitimidade. Revelia. Efeitos relativos. Considera-se legítima a parte que, em sendo procedente a ação, deverá suportar os efeitos oriundos da sentença. A obrigação é pessoal e não real, regulada pelos arts. 233 e segs. do CC/2002, quando o que se pretende é o cumprimento de uma obrigação, que é a de dar coisa certa. É pacífico o entendimento de que a presunção de veracidade que trata o art. 319 do CPC é relativa, e não absoluta, podendo o juiz decidir a causa segundo o seu livre convencimento. (TJMG, Proc. n. 1.0024.06.935479-3/001(1), rei. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, j. 27.03.2007)

Alienação fiduciária. Busca e apreensão efetivada. Sentença de procedência. Posse consolidada nas mãos do credor. Pretensão da ré de retirada dos acessórios. Não cabimento. Art.

233 do Código Civil. Recurso não provido. De acordo com o art 233 do Código Civil, nas obrigações de entregar coisa certa, os acessórios devem seguir a sorte do principal, a não ser que haja disposição contratual em contrário, o que não foi demonstrado pela ré. Alienação fiduciária em garantia. Mora caracterizada. Busca e apreensão procedente. Apelação. Alegação de cobrança de valores abusivos impertinência. Recurso não provido. Na ação de busca e apreensão, não há lugar para revisão das cláusulas contratuais, mas unicamente para a questão da existência ou não de esbulho possessório a justificar a retomada do bem por parte do proprietário, mormente quando, apesar de alegar a abusividade dos valores exigidos pelo credor, a devedora fiduciária sequer deposita os valores incontroversos de forma a purgar a mora. Trata-se de ação meramente possessória, a qual prescinde de qualquer apreciação do *quantum debeat*, vez que não se trata de ação de cobrança. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.077.239.002, 31ª Câm. de Direito Privado, rei. Paulo Ayrosa, j. 22.07.2008)

Alienação fiduciária. Busca e apreensão de veículo. Ação julgada procedente. Sentença mantida. Pedido de devolução de acessórios acoplados no veículo. Não provada a aquisição dos equipamentos pelo devedor. Pretensão negada. Partes acessórias que seguem o principal. Exegese do art. 233 do atual Código Civil. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com rev. n. 1.010.971.001, 32ª Câm. de Direito Privado, rei. Francisco Occhiuto Júnior, j. 06.12.2007)

Cédula de produto rural. Execução para entrega de coisa incerta. Conversão em execução por quantia. Admissibilidade. Apesar do objetivo específico da execução para a entrega de coisa ser a procura do bem no patrimônio do devedor ou de terceiro, caso não mais seja encontrada a coisa, ou no caso de destruição ou alienação, poderá o credor optar pela entrega de quantia em dinheiro equivalente ao seu valor, convertendo a execução para entrega em execução por quantia certa, nos termos do art. 627 c/c 631 do Código de Processo Civil. (TJSP, AI n. 1.107.961-0/2, rei. Des. Emanuel Oliveira, j. 27.06.2007)

Os acessórios de bem alienado fiduciariamente devem ser restituídos ao Banco credor por ocasião do cumprimento da liminar concedida em ação de busca e apreensão. (TJSP, AI n. 1.133.293- 0/1, rei. Des. Ruy Coppola, j. 08.11.2007)

A ação de obrigação de dar coisa certa é inadequada se o bem não foi identificado quanto a sua quantidade e gênero. (TJSP, Ap. n. 490.825.4/0, rei. Des. Paulo Alcides, j. 10.04.2007)

Reserva de domínio. Compra e venda. Reintegração de posse. Obrigação de dar coisa certa. Ausência de ressalva quanto ao acessório não acompanhar o principal. Admissibilidade. Os acessórios acompanham o principal em seu destino; o proprietário do principal, salvo exceção legal ou convencional, é o proprietário dos acessórios; os acessórios assumem natureza do principal. À coisa principal por tal modo estão unidos que, dela separados, esta ficaria incompleta. (II TAC, Ap. n. 614.841-00/8, rei. Juiz Mendes Gomes, j. 15.10.2001)

Propaganda em jornal. Venda de automóvel. Código de Defesa do Consumidor. Concessionária. Obrigação de entregar o veículo. A relação jurídica contratual entre as partes aperfeiçoou-se no momento em que o autor pagou o sinal adquirindo o veículo descrito no recibo (art. 1.094 do CC e art. 48 do CDC), firmando a presunção do acordo final e tornando obrigatório o contrato. Desse modo, o fornecedor assumiu a obrigação de dar coisa certa e determinada ao descrever o produto adquirido com todas as suas qualidades, dentre as quais se identifica a cor do automóvel como um elemento essencial do negócio jurídico. Assim, não se apresenta lícita ao devedor a pretensão de entregar coisa diversa da pactua-

da, nos moldes do art. 863 do CC. Por outro lado, o preço do objeto é um elemento essencial do negócio jurídico de compra e venda de um automóvel, não podendo sujeitar-se à retratação unilateral do fornecedor, tornando a cláusula contratual nula de pleno direito por ser abusiva, puramente potestativa, e infringir as normas dos arts. 115 e 1.125 do CC, e 51, X, do CDC. Provimento parcial do apelo quanto à ação de obrigação de dar e integral na ação consignatória. (TJRJ, Ap. n. 2000.001.09444, rei. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 10.10.2000)

Constitui título executivo extrajudicial o documento particular firmado pelo devedor e duas testemunhas para qualquer modalidade de obrigação. O art. 627 do CPC deve ser interpretado de modo a ensejar a conversão da obrigação de dar coisa certa em pagamento de quantia em dinheiro, tendo em vista a redação atual do art. 585, II, do mesmo Código. (RT777/40Q)

No sentido de que a obrigação de pagar em dinheiro tem natureza de obrigação de dar coisa certa: JTA 185/349.

O contrato preliminar de promessa de venda, tal como o definitivo de compra e venda, gera apenas obrigações. Assim como este não transfere a propriedade, aquele não confere direito real ao compromissário, servindo apenas como título à sua constituição que se verifica pela inscrição no registro imobiliário. A inscrição pode ser feita a qualquer tempo, e antes disso o direito real não estará constituído. Mesmo que se admita a validade do contrato entre as partes contratantes, o promitente-vendedor não ficará privado dos direitos de alienar e onerar a coisa, porque a privação desses direitos só se verifica quando o promitente-comprador adquire, pela inscrição do contrato, o direito real. Por conseguinte, não poderá opor o seu direito a terceiros, permanecendo inócua a cláusula de irretratabilidade. (RT 647/102)

Doutrina: Fonte das obrigações, Moacir Adiers: RT 832/687.

Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

CC/1916: art. 865.

Este artigo cuida das hipóteses de obrigação de entrega de coisa certa que perece antes da tradição. Isto é, daqueles casos em que a obrigação de entregar ou restituir ainda não foi cumprida, mas o seu objeto, que é certo, se perde - por ato ilícito ou deterioração de qualquer origem. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “o conceito de perda para o direito é lato e tanto abrange o seu desaparecimento total (*interitus rei*) quanto ainda o deixar de ter as suas qualidades essenciais, ou tornar-se indisponível, ou situar-se em lugar que se tornou inatingível, ou ainda de confundir-se com outra. Logo, as regras devem ter em vista a deterioração ponderável, não sendo curial a rejeição da coisa por danificação insignificante. A apreciação da ressalva é de se fazer em face das circunstâncias” (*Instituições de direito civil*, 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 51). O credor da obrigação não receberá o bem que lhe é devido, cumprindo verificar quais as consequências deste fato. Em sua primeira parte, o artigo estabelece que cada qual dos obrigados (credor e devedor) deve ser restituído à situação em que se encontrava antes de a obrigação ser assumida, se não houver culpa do devedor ou se o bem se perdeu enquanto ainda pendia condição suspensiva (art. 125 do CC). Assim, se o veículo pelo qual o credor já pagou for roubado, sem que nenhuma culpa possa ser imputada ao devedor da obrigação de entregar - isto

é, o alienante o negócio estará resolvido e, em consequência, o valor pago será restituído ao comprador. O legislador opta por considerar que, até o momento da entrega da coisa, os riscos correm por conta do proprietário, que suportará o prejuízo. E acrescenta que essa mesma solução será adotada se o negócio tiver seus efeitos suspensos por uma condição suspensiva. Isto é, se o carro não houver sido entregue ao adquirente em razão de o contrato estabelecer que isso só ocorreria se o adquirente recebesse uma promoção em seu trabalho (fato futuro e incerto caracterizador da condição). Solução diversa, porém, será adotada se o devedor da obrigação tiver culpa pelo perecimento do bem - por exemplo, quando deixa de entregar o veículo ao comprador porque, culposamente, o envolveu em acidente que o inutilizou. Nessa hipótese, além de restituir ao adquirente o valor já recebido, estará sujeito à obrigação de indenizá-lo por perdas e danos (art. 402 do CC). Não se deve concluir que o bem seja de propriedade do devedor até o momento da entrega. Em primeiro lugar, porque o bem pode ser imóvel, de modo que a transferência do domínio pode ocorrer antes da entrega da posse, se o registro do negócio a preceder, em face do disposto no art. 1.245 deste Código. Em segundo, porque o proprietário do bem, na obrigação de restituir, é o credor, e não o devedor. Dessa forma, a conclusão extraída do presente dispositivo é que o legislador impõe ao proprietário - credor ou devedor - o prejuízo decorrente da perda do bem (“a coisa perece para o dono”), se não houver culpa do devedor. E, se ele for culpado, a segunda parte do dispositivo o obriga a indenizar o credor. Nessa hipótese, se o proprietário do bem for o credor - em um contrato de comodato, por exemplo -, poderá postular indenização do devedor e entre as perdas e danos estará o valor do próprio bem que pereceu. Verifique-se que o valor do bem é o montante pecuniário correspondente a seu equivalente, sentido que se deve conferir a essa expressão, adotada no presente dispositivo. O devedor deve entregar ao credor, se agiu com culpa, não outro bem, mas sim o valor de um outro bem parecido ao que pereceu (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. II, p. 54). Segundo Everaldo Augusto Cambler, a perda referida nesse artigo ocorrerá quando “o objeto perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; se confunde com outro, de modo que se não possa distinguir; fica em lugar de onde não pode ser retirado (art. 78 do CC/1916). Carvalho Santos acrescenta a esse rol, ainda, o desaparecimento natural da coisa, ou o perecimento jurídico, quando a coisa é posta fora do comércio” (*Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. III, p. 65).

Jurisprudência: Cobrança. Contrato. Compra e venda. Sistema Financeiro da Habitação. Rescisão. Alteração do percentual a ser financiado, de total para 70% do saldo devedor. Greve dos cartórios, demora na entrega da documentação, intransigência da empresa em não aceitar protocolos. Circunstâncias alheias à vontade do apelado fizeram protrair a avença para o mês seguinte, o que acarretou correção dos valores do contrato (inflação em 1993). Salário do mutuário não atualizado, o que inviabiliza a venda, por não atingir a renda exigida para o financiamento. Rescisão decretada. Cobrança procedente. Devolução do valor pago (arts. 865, 879 e 888 do Código Civil/1916), determinada. Recurso parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de retenção, pela vendedora, de 10% do valor pago de despesas administrativas e não 5% do valor da avença como pretendia a empresa. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 162.548-4/8/São Vicente, 8ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Luiz Ambra, j. 08.02.2007, v.u., voto n. 2.856)

Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.

Neste dispositivo, o legislador já não cuida do perecimento do bem, objeto do dispositivo anterior, mas de sua deterioração - ou seja, danificação sem destruição total facultando ao credor resolver a obrigação ou aceitar a coisa, mas exigir abatimento do preço correspondente à desvalorização proveniente da deterioração. Assegura-se ao prejudicado a possibilidade de optar pela solução que preferir. Para a hipótese de a deterioração ter resultado de conduta culposa do devedor, a solução da questão está estabelecida no artigo seguinte.

Jurisprudência: Execução de sentença. Entrega de coisa certa. Havendo deterioração da coisa, dever-se-á, em liquidação, apurar o valor dos danos a serem reparados. Desnecessidade de instauração de outro processo. (STJ, REsp n. 38.478, rei. Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.03.1994)

Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.

CC/1916: art. 867.

Se a deterioração da coisa resultar de culpa do devedor, assegura-se ao credor a possibilidade de optar entre exigir o equivalente ou aceitar a coisa com a deterioração que apresentar. Em qualquer caso, fará jus à indenização por perdas e danos. Caso o credor não receba o produto que lhe é devido em perfeitas condições, poderá exigir abatimento do preço, deduzindo-se a quantia decorrente da desvalorização (art. 235 do CC), e indenização por perdas e danos. Poderá, ainda, desistir do negócio e receber a devolução do valor equivalente ao do bem em perfeito estado. Vale observar que o credor é autorizado a exigir o valor do bem, mesmo que ele seja superior ao que foi pago, pois o objetivo do dispositivo é imputar a perda proveniente da deterioração ao proprietário do bem - que, no caso, é o devedor da obrigação de entrega de coisa certa. Sobre o conceito de equivalência, verifiquem-se os comentários ao art. 234.

Jurisprudência: É o princípio de que a coisa perece para o dono (*res perit domino*), acolhido pelos arts. 865, 866, 869 e 871 do Código Civil brasileiro. (II TAC, Ap. n. 632.201.00/9, rei. Juiz Gomes Varjão, j. 14.08.2002)

Art. 237. Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação.

Parágrafo único. Os frutos percebidos são do devedor, cabendo ao credor os pendentes.

CC/1916: art. 868.

Se, até a tradição, a coisa principal receber melhoramentos e acrescidos, pertencerão eles ao devedor, que poderá exigir aumento de preço. Ensina Carlos Roberto Gonçalves que melhoramento é tudo o que opera mudança para melhor na coisa principal; acrescido é o que se acrescenta a ela (*Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. II, p. 49). Caso o credor não concorde com o aumento do preço que dos melhoramentos e acrescidos resultar, o devedor poderá resolver a obrigação e cada qual das partes retornará à situação anterior sem direito a indenização, pois tratar-se-á de exercício de direito do devedor. Esse artigo parece estar em conflito com o art. 233, pois melhoramentos e acrescidos são acessórios do bem principal, de modo que, nos

termos deste último dispositivo, haviam de estar abrangidos pelo principal. A conciliação de ambos é possível se se admitir que os acessórios de que trata o art. 233 são os que já existiam ao tempo da realização do negócio, enquanto os melhoramentos e acrescidos referidos no dispositivo de que ora se trata são os que surgem após a realização do negócio. Identifica-se a aplicação dessa regra na hipótese em que um criador adquire uma vaca em um leilão. De acordo com as regras do estabelecimento, ela lhe será entregue em quinze dias. No entanto, nesta oportunidade, ficou prenha, de modo que o arrematante receberá, além da vaca, a cria que a acompanha. A incidência do art. 237 à hipótese autoriza o alienante a exigir remuneração pela cria, que lhe pertence, pois foi acrescida ao bem principal após a efetivação do negócio. Ruy Rosado de Aguiar Júnior pondera que o devedor não tem direito de acionar o credor pelo aumento, mas lhe é conferida a possibilidade de postular a extinção do contrato diante da recusa ao pagamento (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Aide, 2003, p. 164). Registre-se, porém, que a solução não deve ser aplicada se ficar evidenciada má-fé do devedor que pode acrescer melhoramentos na coisa para inviabilizar o negócio ou obrigar o devedor a pagar mais pelo bem. Nessa hipótese, a solução poderá ser o reconhecimento culposo do devedor, o que implica mora ou inadimplemento apto a obrigá-lo a indenizar (arts. 389 e 395 desse Código). Somente no caso de acréscimos feitos de boa-fé a disposição poderá incidir. Arnaldo Rizzardo, porém, opina no sentido de que não se incluem nesse dispositivo acessões e obras produzidas pelo homem (*Obrigações*, Forense, 2004, p. 90). Em relação aos frutos, o parágrafo único estabelece que serão do devedor os percebidos e do credor os pendentes. Vale dizer: aqueles que o devedor colher antes de entregar o bem ao credor lhe pertencerão. Mas os que ainda estiverem ligados ao bem principal quando ocorrer a tradição serão do credor. Reserva de domínio ou venda a contento. Segundo Gustavo Bierambaum, nos casos de venda a contento ou com reserva de domínio, a tradição em favor do adquirente se aperfeiçoa antes da efetiva transmissão do domínio, de maneira que o risco da coisa já lhe é transferido desde logo e ele não ficará livre do dever de pagar o preço estipulado (“Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer” *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 127).

Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.

CC/1916: art. 869.

A obrigação de dar coisa certa compreende a de restituir. Nesta também há obrigação de dar coisa certa, com a diferença de que aquilo que se deve entregar ao credor já lhe pertencia - é o que ocorre com o comodato de bem móvel. Nesse caso, o devedor não é o proprietário do bem, de maneira que, se a coisa perece em suas mãos, antes da tradição, a perda será do credor - valendo o princípio de que a coisa perece para o dono, na medida em que a coisa lhe pertence e está em mãos do devedor obrigado a restituí-la. Contudo, se até o dia da perda o devedor estava obrigado a pagar pelo bem ao credor, ou se outros direitos lhe eram assegurados, este fará jus ao seu recebimento. Este artigo se aplica, como já se disse, ao comodato, de maneira que o comodatário não está obrigado a indenizar o proprietário se o trator que tomou emprestado para arar a terra for roubado de sua propriedade, ou mesmo furtado de local seguro em que se encontrava, uma vez que nesses casos não haverá culpa do comodatário - devedor da obrigação de restituir.

Jurisprudência: Ação de resolução de prestação de serviços de televisão a cabo. Furto do aparelho decodificador. Contrato de comodato. Força maior. Tempestividade do recurso.

Configurando-se o furto como causa de força maior, pois sendo inevitável o prejuízo suportado pelo desapossamento do consumidor de seu decodificador, não há como responsabilizá-lo pela perda do aparelho. Nesse sentido, o previsto no art. 238, do Código Civil. Recurso provido. (Turmas Recursais - RS, Rec. cível n. 71.001.661.982, 1ª T. Recursal Cível, rei. Ricardo Torres Hermann, j. 07.08.2008, *DJ* 12.08.2008)

Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

CC/1916: art. 870.

Diversamente do que consta do art. 238, nesse dispositivo há previsão de perdas e danos, que serão devidos pelo devedor da obrigação de restituir coisa certa se ela se perder por sua culpa. Na obrigação de restituir coisa pertencente ao credor, o devedor será responsabilizado pelo pagamento do equivalente em dinheiro, mais perdas e danos, se agir com negligência, imprudência ou imperícia. A solução prevista nesse dispositivo corresponde à prevista no art. 236 para o caso de deterioração da coisa.

Jurisprudência: Portanto, sendo do locatário a obrigação de restituir a coisa certa (imóvel locado), a sua responsabilidade está disciplinada nos arts. 868 e 865 do CCB. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá ele pelo equivalente, mais perdas e danos (CCB, arts. 870 e 865, segunda alínea), pois cessa, no momento em que o locador é imitado na posse do imóvel, a obrigação de restituir. Em consequência, até a imissão, responderá o locatário pelo pagamento dos alugueres e eventuais danos. (II TAC, AI n. 460.180, rei. Juiz Clóvis Castelo, j. 27.05.1996)

A pretensão inicial refere-se à consignação de ambas as espécies, pois objetiva a devolução de bombas de gasolina, poste com emblema da marca da apelada, em princípio infungíveis, além do dinheiro pelos tanques de combustível, que se encontram enterrados no estabelecimento da apelante, que, pelo menos na origem são fungíveis. Ademais, basta que o custo de desenterrar os tanques supere o valor destes para que seja cogitável a hipótese prevista no art. 239 do Novo Código Civil, aplicável à espécie por força do art. 2.035 deste mesmo diploma. Aliás, existe até jurisprudência deste Tribunal que acolhe a pretensão inicial, conforme se infere da Apelação n. 1.168.006-5, da relatoria do Juiz Antônio Ribeiro, da 1ª Câmara, bem como da Apelação n. 908.040-4, da relatoria de Matheus Fontes, da 12ª Câmara, também deste Tribunal. Enfim, não se pode, de plano, afastar a pretensão, que, em princípio, se mostra viável de ser examinada, pelo que se afasta a extinção do processo. Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso. Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz Márcio Franklin Nogueira (3º Juiz) e dele participou o Juiz Luiz Burza Neto (revisor). São Paulo, 18 de agosto de 2004. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.251.044.600, 8ª Câm. de Férias de julho de 2004, rei. Rui Cascaldi, j. 18.08.2004)

Apelação com revisão n. 903.194-0/4, Comarca: São José do Rio Preto - 2ª Vara Cível. Apelante: Engenharia e Construção Mectal Ltda. Apelado: Locadora Comercial Porto Seguro Ltda. Voto n. 11.659. Locação de bens móveis. Furto. Indenização devida. Procedência reconhecida. Recurso improvido. A demonstração inequívoca do descuido, e por exclusiva culpa da requerida, que permitiu o furto dos bens locados, deve responder pelo valor equivalente dos bens, de acordo com o disposto no art. 239 do Código Civil. (TJSP, Ap. com revisão n. 903.194.400, rei. Armando Toledo, j. 16.05.2006)

Art. 240. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239.

CC/1916: art. 871.

Esse dispositivo tem relação com os arts. 238 e 239, mas, ao contrário destes, não se refere à perda do bem que se está obrigado a restituir, mas sim ao bem danificado - isto é, estragado, mas não integralmente destruído. As soluções são as mesmas dos mencionados dispositivos: se não houver culpa do devedor, o credor recebe o bem deteriorado e não tem direito a perdas e danos. Se houver culpa, pode postular o valor equivalente à desvalorização pela deterioração - ou ao necessário para os reparos -, além da indenização por perdas e danos (pois a segunda parte do dispositivo em exame remete ao art. 239 do Código Civil). O tratamento do tema coincide com o que é dado no art. 235, que se refere à coisa deteriorada.

Jurisprudência: Obrigação de restituir. Fogão entregue para conserto cuja devolução é solicitada após largo período de tempo. Aquele que recebe determinado bem para conserto, mesmo decorrido largo período de tempo, não pode recusar-se a devolvê-lo, notadamente quando admite, por ocasião de seu depoimento pessoal, que embora desmontado, ainda o possui. Eventual deterioração da coisa, questão que não foi objeto da lide, deverá ser solvida por ocasião do cumprimento da obrigação consagrada na sentença, na forma do art. 240 do Código Civil. Recurso improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. (Turmas Recursais - RS, Rec. cível n. 71.000.602.292, 2ª T. Recursal Cível, rei. Luiz Antônio Alves Capra, j. 23.02.2005, DJ 14.03.2005)

Art. 241. Se, no caso do art. 238, sobrevier melhoramento ou acréscimo à coisa, sem despesa ou trabalho do devedor, lucrará o credor, desobrigado de indenização.

CC/1916: art. 872.

Refere-se aos casos mencionados no art. 238, isto é, à obrigação de restituir. O bem encontra-se em poder do devedor, mas é de propriedade do credor, de modo que tudo o que a ele for acrescido a este pertencerá, pois o acessório segue o principal. No entanto, para que não haja enriquecimento sem causa do credor à custa do devedor, se os melhoramentos ou acréscimos resultarem de despesa ou trabalho do devedor, estará aquele obrigado a indenizá-lo - o que se extrai da norma *a contrario sensu* - e está disciplinado no artigo seguinte.

Art. 242. Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas deste Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé.

Parágrafo único. Quanto aos frutos percebidos, observar-se-á, do mesmo modo, o disposto neste Código, acerca do possuidor de boa-fé ou de má-fé.

CC/1916: art. 873.

Cuida-se de disciplinar o modo pelo qual se vai apurar o valor da indenização que o credor pagará ao devedor por melhoramentos ou acréscimos decorrentes de seu trabalho ou com

despesas suportadas por este. As normas escolhidas pelo legislador são as atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor, que se encontram disciplinadas nos arts. 1.219 a 1.222 do Código Civil. Do mesmo modo, no que tange aos frutos do bem a restituir, adotar-se-ão as regras dos arts. 1.214 a 1.216 do Código Civil. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “estando o devedor de boa-fé, tem direito à indenização dos melhoramentos ou aumentos *necessários* e *úteis*; quanto aos voluptuários, se não for pago o respectivo valor, [o devedor) pode levá-los (*jus tollendi*)> quando o puder sem detrimento da coisa e se o credor não preferir ficar com eles, indenizando o seu valor” (*Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. II, p. 50).

Jurisprudência: Comodato de imóvel. Realização de melhorias pelo comodatário. Pleito de ressarcimento de valores. Retomada do bem. Comodatário que, na condição de possuidor do boa-fé, tem direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias empregadas no imóvel, sob pena de enriquecimento indevido do proprietário. Aplicação dos arts. 242 e 1.219 do CC. Recurso provido para o fim de julgar procedente o pedido. (Turmas Recursais - RS, Rec. cível n. 71.001.121.979, 3ª T. Recursal Cível, rei. Eugênio Facchini Neto, j. 27.02.2007, *DJ* 14.03.2007)

Seção II

Das Obrigações de Dar Coisa Incerta

Art. 243. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.

CC/1916: art. 874.

A obrigação de dar coisa incerta só é possível se o credor e o devedor tiverem condições mínimas de identificar o bem a ser entregue. Essa identificação mínima reside na indicação do gênero e da quantidade. Verifique-se que tanto um quanto outro devem ser indicados, pois não se trata de requisitos alternativos, na medida em que a presença de apenas um deles não permitirá a escolha ou concentração - ato pelo qual se identifica a coisa incerta, que, neste momento, se torna certa e passa a ser regida pelas regras aplicáveis à obrigação de dar coisa certa. Basta imaginar que a obrigação de entregar cem sacas de café é obrigação de dar coisa incerta, pois não há especificação do tipo de café a ser entregue, de modo que diversos deles poderão representar o atendimento da prestação. Não é suficiente afirmar que o objeto da prestação é cem sacas (quantidade), sem especificar o gênero do produto, pois a obrigação será inexecutável. Do mesmo modo, não basta dizer que deverão ser entregues sacas de café colombiano (gênero), sem a indicação da quantidade delas. Não sendo a prestação determinável - pelo gênero e pela quantidade ao menos haverá que reconhecer a invalidade do negócio nos termos do disposto nos arts. 166, II, c/c 104, II, do Código Civil. A obrigação de dar coisa incerta não se confunde com as obrigações alternativas (arts. 252 a 256 do CC), nas quais as prestações são especificadas e não se identificam apenas pelo gênero e pela quantidade. Essencialmente, nas alternativas, as prestações colocadas à escolha de um dos contratantes são, em si, certas e determinadas, não sendo, necessariamente, do mesmo gênero (BIERAMBAUM, Gustavo, “Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 133).

Jurisprudência: Acórdão que considerou inadequada ação de obrigação de dar coisa certa porque o bem não foi identificado quanto a sua quantidade e gênero. (TJSP, Ap. n. 490.825.4/0, rei. Des. Paulo Alcides, j. 10.04.2007)

Execução. Obrigação de dar coisa incerta. Pedido diverso daquele previsto para o adimplemento contratual. Segundo o art. 583 do CPC não há execução que não esteja aparelhada no título executivo e a sua falta não tem outra consequência que não a de indeferimento da petição inicial, após a oportunização da sua emenda (art. 284 do CPC). A obrigação de dar coisa incerta (art. 243 do Código Civil/2002) como forma de pagamento, especificada pelo gênero e quantidade determinada no título executivo deve corresponder ao pedido formulado na ação de execução. Apelo desprovido, por maioria. (TJRS, Ap. cível n. 70.020.653.952, 14ª Câm. Cível, rei. Dorval Bráulio Marques, j. 13.12.2007, DJ 24.01.2008)

Art. 244. Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor.

CC/1916: art. 875.

Esse dispositivo se aplica aos casos em que a coisa a ser entregue é determinada apenas pelo gênero e pela quantidade. Assegura que a escolha deverá ser feita pelo devedor, se o título não dispuser de modo diverso. Trata-se de norma de natureza dispositiva, uma vez que nada impede que as partes decidam atribuir a escolha ao credor ou à terceira pessoa. Nos casos em que o devedor é quem escolhe o bem a ser entregue, isto é, quem decide qual a coisa certa dentre as várias alternativas fixadas pelo gênero e pela quantidade, o dispositivo em exame estabelece que ele deverá optar pelo bem de qualidade intermediária, pois não poderá dar bem da pior qualidade, nem estará obrigado a dar da melhor. No tratamento do legado, no direito das sucessões, o Código Civil, em seu art. 1.929, estabelece que, se o legado foi determinado pelo gênero, a escolha será feita pelo herdeiro, que também deverá optar por bem de qualidade intermediária. O art. 1.930 determina que se aplique a mesma regra quando a escolha do legado for deixada ao arbítrio de terceiro ou, quando esse não quiser ou não puder exercer a escolha, do juiz. O art. 244 deve ser interpretado segundo o princípio de que o devedor deve escolher, entre as várias alternativas possíveis, um bem de qualidade intermediária (pkrmra, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 56). O fato de o artigo indicar que o devedor não pode escolher a coisa pior poderá dar ao intérprete a impressão de que ele está autorizado a entregar o penúltimo bem na ordem de gradação. Ou seja, havendo dez bens, o devedor pode escolher o que estiver em nono lugar em uma hipotética tabela de classificação. A interpretação que melhor atende à finalidade do dispositivo, contudo, é a que considera que ele estará sempre obrigado a entregar um bem de qualidade intermediária. Essa conclusão está adequada à boa-fé objetiva - o dever de agir como homem reto, leal e solidário, atento aos interesses do outro contratante (art. 422 do CC). Nada impede, porém, adverte Caio Mário, que as partes convençionem que será entregue o pior ou o melhor dentre as coisas do gênero (op. cit., p. 56). Gustavo Bierbaum, a nosso ver com razão, discorda de Sílvio Rodrigues e sustenta que também o credor que tiver a opção de escolha não poderá eleger o melhor dos bens disponíveis (“Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 130).

Jurisprudência: Direito privado não especificado. Arrematação de imóveis não individualizados. Execução. Agravo contra decisão que deferiu os pedidos de imissão de posse e de demarcação das áreas arrematadas por agrimensor indicado pelo próprio credor. Não havendo dissenso entre as partes quanto ao pedido de abstenção do credor de se ver imitado na posse dos imóveis arrematados, porém não individualizados, nesse particular é de ser provido o recurso. Não evidenciado, num primeiro momento, qualquer prejuízo às partes, nada obsta que se defira

o processamento, nos próprios autos da execução, pedido de demarcação e divisão das áreas arrematadas, desde que feita por perito nomeado pelo Juízo e observado o regramento contido no art. 875 do CC/1916 (art. 244 do novel Código Civil). Agravo parcialmente provido. Unânime. (TJRS, AI n. 70.008.954.984, 10ª Câmara Cível, rei. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 02.09.2004)

Art. 245. Cientificado da escolha o credor, vigorará o disposto na Seção antecedente.

CC/1916: art. 876.

Após a escolha do bem a ser entregue, ele estará individualizado e deixará de ser incerto. Em consequência, as regras que se aplicam à solução do cumprimento da obrigação são aquelas da seção antecedente destinadas às obrigações de dar coisa certa. O dispositivo deixa assentado que somente após a cientificação do credor tornar-se-á certa a coisa objeto da obrigação. O art. 876 do Código Civil de 1916 estabelecia a própria escolha como momento a partir do qual incidiam as regras da seção anterior, o que permitia a interpretação de que o devedor podia fazer a escolha e aplicar as regras da obrigação de dar coisa certa antes mesmo de o credor saber qual bem especificamente lhe seria entregue. Outra questão que o dispositivo pode suscitar é o fato de ele cuidar apenas da identificação da escolha ao credor, sem disciplinar os casos em que a faculdade de escolher é dele, e não do devedor. É certo, porém, que nesse caso a escolha do credor tornará certa a obrigação apenas a partir do momento em que for cientificado o devedor. Até essa oportunidade, a escolha feita pelo credor não pode ser oponível ao devedor. Do mesmo modo, acrescenta Renan Lotufo, “se a concentração for da competência do credor ou de terceiro, aplicar-se-á outra regra, qual seja, ela somente obterá eficácia no instante em que for comunicada ao devedor ou a ambos, quando a escolha for de terceiro. Do contrário, conforme Antunes Varela (*Das obrigações em geral*, p. 850), o devedor não saberia que coisas lhe podiam ser exigidas, nem o credor com que coisas poderia contar” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 44). Não se diga, porém, que a cientificação da escolha referida no presente dispositivo seja suficiente para caracterizar a mora. É possível que o momento da escolha não coincida com o do cumprimento efetivo, de maneira que, a despeito de a escolha ter sido cientificada ao interessado, ele ainda não fará jus à entrega. Assim, se um criador de cães é obrigado a entregar um animal ao adquirente no prazo de noventa dias, o fato de lhe comunicar qual o cão que lhe será entregue não implica que não possa aguardar o decurso do prazo estipulado para fazer a entrega. Nessa hipótese, é válida a escolha e a obrigação passa a ser de entrega de coisa certa. As regras a respeito da mora e do inadimplemento absoluto passam a ser as relativas à obrigação de dar coisa certa (arts. 233 e segs. do CC).

Art. 246. Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.

CC/1916: art. 877.

Até o momento da escolha - ou, mais especificamente, como assegura o artigo antecedente, até a cientificação da escolha não há individualização do bem a ser entregue pelo devedor, de modo que não é possível admitir o perecimento ou a deterioração para a resolução da obrigação. Com efeito, até a escolha, o bem indicado pelo gênero e pela quantidade pode ser encontrado para a satisfação da obrigação devida, sendo irrelevante que o bem separado pelo devedor, com o objetivo de dar cumprimento à obrigação, venha a se perder ou deteriorar. É essencial para que a escolha produza efeitos em relação ao credor que ela seja exteriorizada, per-

mitindo que se possa saber exatamente qual o bem que será entregue ao credor (art. 245 do CC). Adverte Caio Mário da Silva Pereira que somente por exceção se poderá dizer que determinado gênero desapareceu completamente (*Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 57). Enquanto houver possibilidade de encontrar quantidade suficiente do gênero da coisa indicada para cumprimento da prestação, o adimplemento será possível. Talvez a regra não possa ser aplicada com extremo rigor em hipóteses específicas, em que, a despeito de a obrigação recair sobre a entrega de coisa incerta e de o ajuste ser celebrado entre as partes, seja possível extrair que a universalidade sobre a qual recairá a escolha integra gênero restrito (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas, Bookseller, 2003, t. XXII, p. 134-5). Nesse caso, se todos os bens perecerem ou se deteriorarem sem culpa do devedor, será aplicável à hipótese a solução própria das obrigações de dar coisa certa (arts. 234 e 235 do CC) (PEREIRA, Caio Mário. Op. cit., p. 57). Caso o perecimento ou a deterioração resultarem de culpa do devedor, as soluções serão as que se estabelecem nos arts. 234, segunda parte, e 236. Basta imaginar que determinada viúva de um marceneiro se obriga a entregar ao credor uma das várias mesas confeccionadas por ele. No entanto, antes da data da entrega, os móveis são furtados, de maneira que a iníungibilidade da obrigação irá impedi-la de cumprir tal obrigação, sendo irrelevante que se tratasse de obrigação de dar coisa incerta, determinada apenas pelo gênero e pela quantidade (CRUZ, Gisela Sampaio da. “Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 150-1). O tema também foi enfrentado por Gustavo Bierambaum que aponta outra exceção à regra em exame: mercadoria que deixa de ser fabricada entre o momento da celebração do negócio e o da concentração - momento da identificação da coisa, que passa a ser certa - (“Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 132).

Jurisprudência: Obrigação pecuniária que atrai o regime jurídico da obrigação de dar coisa incerta, especialmente a respeito dos riscos sobre a coisa fungível. O devedor não pode alegar força maior ou caso fortuito se houver a perda ou deterioração da coisa. Aplicação do art. 246 do Código Civil. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.264.427.001, rei. Carlos Alberto Garbi, j. 09.06.2009)

Cobrança. Compra e venda. Safra de arroz. Inadimplemento dos vendedores, que não entregaram o produto na data pactuada, não obstante a quitação do preço pelo comprador. Frustração da safra que nem sempre escusa o devedor de cumprir a entrega de coisa incerta. 1 - A frustração da safra em virtude de alterações climáticas e interrupção do fornecimento público de água, não se constitui em causa justificativa de inadimplemento, porquanto se trata de risco inerente à atividade agrícola. Não configuração de força maior, salvo situações excepcionais, por se tratar de obrigação de dar coisa incerta. Aplicação do disposto no art. 246 do CC. 2 - Havendo contrato escrito dando conta da obrigação contraída pelos réus, e sendo incontroverso o seu inadimplemento, impositiva a manutenção da sentença de procedência do pedido. Recurso desprovido. (Turmas Recursais - RS, Rec. cível n. 71.001.363.811,3ª T. Recursal Cível, rei. Eugênio Facchini Neto, j. 16.10.2007, DJ 22.10.2007)

CAPÍTULO II DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Nas obrigações de fazer, a prestação consiste em uma atividade humana (um trabalho físico, intelectual ou mesmo a prática de um ato ou negócio jurídico). Distinguem-se das obrigações de dar porque compreendem essa conduta humana como antecedente lógico de uma eventual obrigação de entrega. Nas obrigações de dar, essa entrega não é precedida de uma atividade humana consistente em fazer. A distinção, portanto, está posta no fazer, que não se identifica quando a obrigação for apenas de dar. É obrigação de fazer a de um cantor que comparece a determinado local no dia estabelecido para um espetáculo. Do mesmo modo, será de fazer a obrigação do pintor que entrega um quadro na data estabelecida. Neste último caso, a entrega do quadro pode caracterizar uma obrigação de dar, mas será de fazer em razão da atividade artística obrigatoriamente desenvolvida antes da entrega. Mas a obrigação será apenas de dar se a prestação consiste em entregar um veículo cujo preço já tenha sido recebido pelo vendedor. A inexecução da obrigação de dar coisa certa e da de fazer ou não fazer autoriza a aplicação da multa no processo de execução (arts. 621, parágrafo único, e 645 do CPC). Assim como os bens (art. 85 do CC), as obrigações de fazer também podem ser fungíveis ou infungíveis. Serão fungíveis sempre que a atividade devida puder ser efetivada por terceiro, e não pelo próprio devedor. Infungíveis, quando isso não for possível, isto é, quando aquele que se obrigou não puder ser substituído por outro que exerça atividade equivalente à sua. Fungível é a obrigação de consertar determinado veículo, pois diversos mecânicos são capazes da mesma tarefa. Mas é infungível a substituição do cantor Ney Matogrosso em um espetáculo, tendo em vista suas características individuais. Nos casos em que a obrigação é fungível, não há necessidade de converter a execução da obrigação de fazer em perdas e danos, pois será possível obter o mesmo resultado previsto originalmente. No entanto, se a obrigação é infungível - tal como são as mencionadas nesse dispositivo obrigatoriamente o credor deverá se satisfazer com as perdas e danos decorrentes do inadimplemento. A obrigação de outorga de escritura definitiva, ou de praticar determinado negócio jurídico, deve ser havida como obrigação fungível, pois pode ser suprida por deliberação judicial tal como especificamente previsto no art. 461-A do Código de Processo Civil. Com acerto, Gustavo Bierambaum adverte que a conversão em perdas e danos é solução a ser evitada, pois melhor será, em geral, a obtenção da própria prestação devida, e registra que ela será a preferível sempre que “o cumprimento forçado dessa obrigação não resultar em violência à liberdade do devedor” (“Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 139). Vale notar, nesse aspecto, que para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer infungível será de significativa valia a multa de que trata o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil.

Jurisprudência: Apelação cível. Promessa de compra e venda. Contrato de gaveta. Transferência de mútuo hipotecário. Descumprimento de obrigação constante da compra e venda. A expressa disposição contratual firmada entre as partes, fixando prazo para o promitente comprador transferir a titularidade do mútuo hipotecário para seu nome junto ao agente financiador, obriga-o a cumprir a avença. Não justifica a mora, a alegação de incapacidade momentânea para os encargos da transferência, devendo a parte cumprir a disposição contratual, pena de resolver-se em perdas e danos. Art. 247 do Código Civil. Precedentes. Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.018.651.059, 18ª Câm. Cível, rei. André Luiz Planella Villarinho, j. 06.12.2007, DJ 13.12.2007)

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

A obrigação de fazer pode tornar-se impossível sem culpa do devedor. Nesse caso, as partes devem ser restituídas ao estado em que se encontravam antes da impossibilidade, sem a obrigação de indenizar perdas e danos. Contudo, haverá obrigação de indenizar perdas e danos se o devedor for o culpado da impossibilidade.

Jurisprudência: Civil. Recurso especial. Obrigação de construtor/empreiteiro. Natureza da obrigação. Morte do construtor/empreiteiro. Transmissão da obrigação aos herdeiros e sucessores. Dependência do objeto do contrato.

- Quando o que mais importa para a obra é que seja feita exclusivamente por determinado empreiteiro ou construtor, a obrigação desse é personalíssima e não se transmite aos seus herdeiros e sucessores, conforme dispunha o art. 878 do CC/1916 e agora dispõe a segunda parte do art. 626 do CC/2002.

- Quando na contratação de uma obra o fator pessoal das habilidades técnicas do empreiteiro ou construtor não é decisivo para a contratação, a obrigação desse não é personalíssima e, por isso, transmite-se aos seus herdeiros e sucessores, nos termos do art. 928 do CC/1916 e da primeira parte do art. 626 do CC/2002.

- Em regra, a obrigação do empreiteiro ou construtor não é personalíssima, porquanto a obra pode ser executada por várias pessoas, como ocorre em geral, a exemplo das obras feitas mediante concorrência pública com a participação de várias construtoras e das pequenas construções feitas mediante a escolha do empreiteiro que oferecer o menor preço.

- Na presente hipótese, com a morte do construtor, a sua obrigação transmitiu-se aos seus herdeiros, pois a obra não demandava habilidades técnicas exclusivas do falecido.

- Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 703.244, 3ª T., rei. Min. Nancy Andrighi, j. 15.04.2008, *DJe* 29.04.2008)

Obrigação de fazer. Impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo contratante. Ausência de culpa. Inexistência de notícia de desmembramento do prédio no momento da celebração do contrato. Falta de diligência não demonstrada. Resolução da obrigação. Exege-se do art. 248 do Código Civil. Apelação não provida. (TJSP, Ap. com revisão n. 723.358.000, 33ª Câ. de Direito Privado, rei. João Carlos Sá Moreira de Oliveira, j. 20.02.2008)

Apelação cível. Ação de cumprimento contratual ou indenização. Reconvenção. Promessa de compra e venda. Dação em pagamento. Bem do qual o promitente comprador não detém a propriedade. Revenda. Boa-fé objetiva. Preliminar de nulidade da sentença. Denúnciação da lide. A denúnciação da lide só é possível nos casos arrolados no art. 70 do CPC, dos quais não se cuida a ação em tela. Hipótese de evicção que não se insere nos limites da lide, justificando o indeferimento do pedido. Preliminar rejeitada. Mérito. Contrato de promessa de compra e venda de bens imóveis, firmado entre as partes, no qual a ré deu em pagamento imóvel sobre o qual detinha mera cessão de direitos de uso, comprometendo-se contratualmente a regularizar a situação. Impossibilidade de cumprimento do contrato pela demandada, visto que os direitos sobre o mesmo bem foram cedidos a mais de uma pessoa, impondo-se a conversão da obrigação de fazer em compensação pecuniária equivalente ao valor do imóvel dado em pagamento. Art. 248 do Código Civil. Precedentes do STJ. Intervenção da ré, em promessa de compra e venda feita pela autora à terceiro, sobre o mesmo bem, anuindo com a transação, em manifestação tácita sobre condição prevista em cláusula de contrato anterior. Reconvenção. Indenização por dano moral. O julgamento de improcedência de ação, por si só, não constitui dano moral passível de reparação indenizatória. Correspondência remetida à parte sem ofensa a honra. Improcedência do pedido confirmada. Preliminar rejeitada e apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.016.464.117, 18ª Câ. Cível, rei. André Luiz Planella Villarinho, j. 09.08.2007, *DJ* 16.08.2007)

Direito privado não especificado. Ação condenatória e reparatória de danos morais. Serviço de telefonia móvel. Promoção "Vivo namorando". Obrigação de fazer. Impossibilidade técnica. Conversão em perdas e danos. Possibilidade. Indenização do dano moral. Manutenção do *quantum* fixado na sentença. Reconhecida a falha na prestação do serviço disponibilizado pela operadora de telefonia móvel, e evidenciada a impossibilidade técnica de reinclusão do demandante na promoção levada a efeito por aquela, fato contra o qual não há oposição, possível se mostra a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, a serem apurados em liquidação. Inteligência do disposto nos arts. 248 do Código Civil e 633 do Código de Processo Civil. Sopesadas as circunstâncias fáticas do feito, e as condições econômicas das partes, e atento às indenizações comumente manejadas pela Câmara, resta majorada a indenização por danos morais. Descabe o prequestionamento, posto que o magistrado não é obrigado a responder a toda e qualquer indagação de ordem legal formulada pelo recorrente. Apelação parcialmente provida e recurso adesivo provido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.012.219.085, 10ª Câm. Cível, rei. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 04.08.2005, DJ 23.08.2005)

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

CC/1916: art. 881.

Este artigo trata das obrigações fungíveis - as que podem ser executadas por terceiro -, admitindo que a recusa ou a mora do devedor autoriza o credor a obter a prestação por intermédio da atuação de outra pessoa. A execução do serviço por terceiro haverá de ser custeada pelo que seria pago ao credor. Observe-se que, além da remuneração do terceiro, o devedor inadimplente deverá pagar a indenização das perdas e danos que provocou. Importante alteração desse artigo em relação ao seu equivalente do Código de 1916, é que neste a execução por terceiro impedia a cumulação com o pedido de perdas e danos, enquanto o dispositivo em vigor expressamente autoriza a cumulação. É preciso observar que não se autoriza o credor a postular a devolução do dinheiro pago e, além disso, a condenação do inadimplente a pagar ao terceiro; o presente artigo autoriza a indenização de outros prejuízos que o inadimplemento lhe cause - decorrentes do atraso na conclusão da obrigação de fazer, por exemplo mas jamais que se enriqueça à custa do inadimplente. E haveria enriquecimento se ele recebesse de volta o que pagou e ainda obrigasse o inadimplente a pagar ao terceiro o adimplemento da obrigação. Assim sendo, se o terceiro que executar a tarefa devida por ele cobrar preço superior ao que ele recebeu, a diferença correrá por sua conta, na medida em que corresponde a prejuízo do credor, que receberia o serviço pelo preço inferior acordado com o devedor inadimplente. Outra importante novidade está consagrada no parágrafo único desse dispositivo, que deve ser compreendido e interpretado com cautela. Cuida-se da autotutela que já era prevista no Código Civil de 1916 em relação à proteção possessória (art. 502), repetida no parágrafo primeiro do art. 1.210 do Código Civil em vigor. A autotutela é um meio de proteção de direito que dispensa a intervenção judicial. Para ser utilizado, depende da presença dos seguintes requisitos: a) que o caso justifique a urgência; b) que o credor se utilize apenas dos meios necessários indispensáveis para evitar o dano decorrente do inadimplemento do devedor; e c) que não haja condições de obter a intervenção judicial. Tais requisitos resultam da necessidade de limitar à justiça privada as hipóteses excepcionais. Dessa forma, se o cumprimento da obrigação não precisar ser imediato, ou se houver possibilidade de obter a intervenção judi-

ciai, não há razão para que o credor faça justiça por suas próprias mãos. Se o credor se exceder na execução do fato, não levando em conta que deve fazê-lo do modo menos gravoso para o devedor, poderá haver abuso de direito tal como definido no art. 187 do Código Civil (CAMBLER, Everaldo Augusto. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. III, p. 109). É possível imaginar determinadas hipóteses em que a urgência do cumprimento da prestação torne imperiosa a execução do fato imediatamente: determinado município contrata empresa para executar serviços de reparo no esgoto municipal. Contudo, embora a necessidade do reparo já fosse conhecida, a empresa contratada atrasa o cumprimento de sua tarefa e, em certo fim de semana, o agravamento do problema compromete o bairro residencial servido pela rede de esgoto a ser consertada. A urgência e a impossibilidade de intervenção judicial, bem como os danos consideráveis suportados pelos munícipes, autorizam a municipalidade a mandar outra empresa executar a tarefa devida pela empresa inadimplente, que estará obrigada a suportar o preço pago para o terceiro executor, ressarcindo a credora. Também seria adequado invocar exemplo freqüente em nossos tribunais. Aquele em que determinado consumidor não é atendido pelo hospital conveniado com seu plano médico. Em decorrência da urgência do procedimento, poderá exigir tratamento de terceiros, carregando as despesas correspondentes ao administrador do plano, obrigado a lhe dar a indispensável cobertura. Dispositivo equivalente a esse será encontrado no parágrafo único do art. 251 do Código Civil, que se distingue do presente apenas porque se refere à obrigação de não fazer. A regra em exame expressamente autoriza a cumulação dos pedidos de execução e de indenização, sem utilizar a conjunção “ou” do art. 881 do Código Civil de 1916, o qual parecia indicar que as alternativas eram excludentes, isto é, ou o credor postulava a execução ou a indenização, embora seja possível que a execução forçada da obrigação não exclua eventuais prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Jurisprudência: Obrigação de fazer. Pedido de tutela antecipada objetivando restabelecer o fornecimento de água na unidade condominial do autor. Admissibilidade. Condomínio que, possuindo meios processuais e legais para a cobrança das cotas em atraso, não está legalmente autorizado a proceder a interrupção de serviço essencial ao condômino inadimplente. Decisão reformada. Recurso provido, com observação. (TJSP, AI n. 1.091.181-7, rei. Des. Walter César Exner, j. 08.03.2007)

Tratando-se de obrigação de fazer fungível, como por exemplo a construção de uma obra, o inadimplemento permitirá a construção por um terceiro às custas do devedor. Na hipótese em que há obrigação de não fazer (não praticar determinado ato), que pode ser convertida em obrigação de fazer fungível (obrigação de desfazer o ato), o juiz pode determinar, no caso de inadimplemento da obrigação fungível, o desfazimento por um terceiro também às custas do devedor. No caso de obrigação de fazer infungível ou de obrigação de não fazer insuscetível de conversão em obrigação de fazer fungível, pode ser imposta a multa. Note-se, porém, que a multa pode ser aplicada em face de qualquer espécie de obrigação de fazer ou de não fazer, infungível ou fungível. (STJ, REsp n. 441.466/RS, rei. Min. Luiz Fux, j. 22.04.2003)

Conquanto se cuide de obrigação de fazer fungível, ao autor é facultado pleitear a cominação da pena pecuniária. Inteligência dos arts. 287 e 644 do CPC. (RSTJ 25/389)

As obrigações de fazer infungíveis também são objeto de pedido cominatório, eis que irrelevante seja o objetivo da prestação fungível, porque também o é nas obrigações de dar, quanto nas de fazer. A prestação, no caso das de fazer, revela-se como uma atividade pessoal do devedor, objetivando aproveitar o serviço contratado. (STJ, REsp n. 6.314, rei. Min. Waldemar Zveiter, j. 25.02.1991)

CAPÍTULO III DAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER

Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.

CC/1916: art. 882.

A obrigação de não fazer consiste em impor a alguém uma abstenção. Na hipótese desse dispositivo, essa abstenção se torna impossível sem culpa do devedor. A consequência é a extinção da obrigação. A obrigação de não fazer pode se verificar no compromisso de não demolir determinada edificação existente em um terreno. A obrigação assumida estará extinta se a construção desmoronar em decorrência de fenômenos naturais, pois o desmoronamento tornará impossível cumprir a obrigação de não demolir.

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

CC/1916: art. 883.

Diversamente do que ocorre no artigo antecedente, este trata do inadimplemento culposos da obrigação de não fazer. O devedor infringe a obrigação, praticando o ato a cuja abstenção se obrigou - constrói no terreno em que havia servidão de não edificar. A solução prevista nesse dispositivo é autorizar o credor a exigir que o próprio devedor desfaça o ato, ou desfazê-lo à sua custa, e que, além disso, indenize perdas e danos. No exemplo da construção em terreno sujeito à servidão de não construir, o credor da obrigação pode obter decisão judicial que o autorize a contratar um terceiro para demolir a obra e ainda receber indenização por perdas e danos - que, aqui, como no disposto no art. 249, não é alternativa, mas acréscimo, como registra Renan Lotufo (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 54). No parágrafo único está disciplinada a autotutela. O texto encontra equivalência no parágrafo único do art. 249. Pode ser aplicado aos casos em que não haja urgência, caracterizada pela gravidade dos danos provocados pelo inadimplemento e pela impossibilidade de obter intervenção judicial imediata. É possível identificar esse caso no exemplo seguinte: um pequeno empresário cede seu direito de manter uma barraca de pastéis em uma feira agropecuária a outro vendedor de pastéis. No instrumento de cessão de direitos, assume a obrigação de não se instalar no local com o comércio de pastéis, pois isso acarretaria redução das vendas do cessionário. No único dia em que a feira se realizaria, o cessionário verifica que o cedente do direito de se instalar está montando sua barraca de pastéis para funcionar no mesmo local. Haverá urgência, pois não existirá tempo de obter intervenção judicial e os danos correspondentes a seu lucro naquele dia serão de difícil reparação, já que o vendedor de pastéis é insolvente. Assim, estarão presentes os requisitos do parágrafo único do art. 251 do Código Civil, que permitem que o credor da obrigação tome as providências a seu alcance para impedir a infração contratual. Poderá, por exemplo, conseguir que a administração da feira agropecuária imponha a abstenção ao dono da barraca de pastéis. Vale registrar, em observação também pertinente para o parágrafo único do art. 249, que o credor que atuar

sem a intervenção judicial deverá indenizar os danos que causar ao devedor, se se constatar posteriormente que por alguma razão ele não era credor da obrigação. Nesse caso, ele terá agido com infração ao dever contratual de respeito ao outro contratante, oriundo da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) ou com abuso de direito (art. 187 do CC).

CAPÍTULO IV DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

§ 1º Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra.

§ 2º Quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período.

§ 3º No caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação.

§ 4º Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes.

CC/1916: art. 884.

Obrigações alternativas são aquelas em que o devedor cumpre a prestação devida se atender a uma dentre duas ou várias opções de conduta possíveis. Tal como estabelece o art. 244, que cuida da obrigação de dar coisa incerta, este dispositivo confere ao devedor a opção de escolher entre as alternativas dadas sempre que não houver disposição diversa. O § 1º veda ao devedor conjugar partes de prestações diversas para cumprir sua obrigação. As seguradoras, por exemplo, cumprem sua obrigação quando entregam ao segurado, em substituição a um automóvel furtado, outro da mesma espécie ou o valor equivalente (prestações alternativas), mas não podem obrigá-lo a receber um carro mais simples do que o que estava segurado completando o preço em dinheiro. Nos casos em que as prestações forem periódicas, a opção pode se verificar a cada período, nos termos do parágrafo segundo do presente dispositivo, que modificou o parágrafo segundo do art. 884 do Código Civil de 1916, que só se referia a prestações anuais. Essa possibilidade de a opção ser renovada a cada período não é consagrada apenas ao devedor, a despeito do contido no *caput*, mas a todos os que tiverem a opção da escolha, como observa Nelson Rosenvald (*Direito das obrigações*. Niterói, Impetus, 2004, p. 101). Posição diversa, porém, é adotada por Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil* 32. ed., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo, Saraiva, 2004, v. IV, p. 120), que considera que somente ao devedor se confere a possibilidade de fazer a opção periodicamente, o que, no entanto, não se justifica, pois não há razão para tratar as partes diversamente. Também não se pode concluir que, em virtude do que consta do *caput*, os parágrafos só digam respeito à opção do devedor, pois os parágrafos terceiro e quarto são claramente destinados a qualquer optante (inclusive terceiros), o que remete à conclusão de que não há motivo para restringir a incidência da regra do parágrafo segundo apenas à opção feita pelo devedor. Caso o devedor não exerça seu direito de escolha, o credor poderá se valer do disposto no art. 571 do Código de Processo Civil e aparelhar execução para compeli-lo a optar em dez dias, sob pena de devolver-se a ele o direito de optar. Os parágrafos terceiro e quarto trazem significativa inovação ao tema das obrigações alternativas ao atribuir ao juiz o dever de efetivar a escolha dentre as diversas alternativas sempre que não houver acordo unânime entre os vários optantes ou quando o terceiro a quem foi atribuída a escolha não puder ou não quiser fazê-la. O parágrafo terceiro

remete a escolha ao juiz ainda que apenas um dos diversos optantes discorde da escolha, pois exige que ela seja unânime. Não se adotou o critério de admitir a escolha da maioria, como se fez na disciplina da administração do condomínio (art. 1.323 do CC). Também não se disciplinou o modo pelo qual o juiz deve proceder à escolha, parecendo que deve optar pela melhor das opções existentes, e não pela intermediária, pois essa regra só foi prevista para a obrigação de dar coisa incerta (art. 244 do CC). A distinção decorre do fato de que prestações alternativas, ao contrário do que ocorre entre coisas incertas, são certas - cada uma delas - e não estão identificadas somente pelo gênero e pela quantidade.

Jurisprudência: Obrigação com prestação alternativa. Escolha do devedor. Possibilidade. Havendo duas soluções para o escoamento das águas pluviais, caberá ao demandado, proprietário do imóvel superior, escolher entre uma delas (art. 252 do CC). Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.079.175.003, rei. Emanuel Oliveira, j. 04.05.2009)

Ação de consignação em pagamento. Promessa de compra e venda. Pagamento do saldo devedor. Obrigação alternativa. Obrigação alternativa contraída para o pagamento do saldo devedor de promessa de compra e venda. Estipulação de que a escolha pelo pagamento em soja ou em moeda corrente seria dos credores. Falta de prova de que os réus tenham silenciado quanto à escolha (art. 333, I, CPC). Obrigação da compradora de cumprir a opção dos vendedores. Interpretação do art. 252 do CCB. Negaram provimento. (TJRS, Ap. cível n. 70.028.270.841, rei. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 07.04.2009)

Contrato. Cobrança. Mútuo celebrado com a finalidade de financiar a expansão dos serviços telefônicos no Município de Ribeirão Preto. Cláusula contratual, relativa a devolução da importância mutuada, consagrando obrigação alternativa. Escolha cabia ao devedor, a ausência de estipulação em contrário no contrato. Art. 884 do anterior Código Civil. Inexistência de direito de escolha do mutuante. Possibilidade de devolução daquele valor em ações da empresa exploradora do serviço. Recursos oficial e voluntário providos. (TJSP, Ap. cível n. 595.905-5/4/Ribeirão Preto, 1ª Câm. de Direito Público, rei. Des. Franklin Nogueira, j. 14.08.2007, v.u., voto n. 18.474)

Apelação cível. Ação de cobrança. Obrigações alternativas. Possibilidade de a sentença facultar ao devedor qual das obrigações prefere adimplir, desde que não exista acordo que afaste a incidência do art. 252 do Código Civil. A escolha, nas obrigações alternativas, cabe ao devedor, se outra coisa não foi estipulada; caso dos autos. Correta a sentença, portanto, que dá ao réu a faculdade de optar pelo pagamento de quantia ou entrega de coisas, dando-lhe prazo para tanto. Correção monetária. Termo inicial da incidência. Sentença reformada. A correção do valor da parte pecuniária da obrigação alternativa deve ser corrigido desde a data posta no documento que dá conta da existência do débito, porque desde lá o valor cru sofreu aviltamento frente à desvalorização da moeda. Distribuição dos ônus sucumbenciais. Sucumbência recíproca. Divisão dos encargos. Apelação parcialmente provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.016.471.898, 9ª Câm. Cível, rei. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 20.12.2006, DJ 27.12.2006)

Art. 253. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexecutível, subsistirá o débito quanto à outra.

Tal disposição alcança os casos em que uma das prestações perece ou não pode ser objeto da obrigação sem culpa do devedor. As hipóteses em que a impossibilidade decorre da culpa são tratadas nos artigos seguintes. Importa notar que, nesses casos, somente uma das prestações remanesce e, por isso mesmo, concentra-se nela a opção, passando a haver uma obrigação simples, e não alternativa. É possível, porém, imaginar algum caso em que a alternativa seja a essência da obrigação. Nesse caso, desaparecendo a alternativa, é de considerar resolvida a obrigação. Imagine-se que um viajante contrate prestações alternativas consistentes em ter à sua escolha, em determinado local de seu percurso, um barco ou um avião para prosseguir viagem. Essas alternativas lhe são essenciais, pois somente desse modo poderá prosseguir a viagem aventureira a que se comprometeu. No entanto, nesse local isolado, o barco que era uma de suas alternativas sofre uma pane que o impossibilita de navegar. A consolidação da obrigação na entrega do avião não atenderá às suas necessidades, pois condições climáticas inesperadas poderão acarretar sua inutilidade. Desse modo, antes mesmo de chegar ao local da entrega da prestação, poderá dar por desfeito o negócio, na medida em que a existência das alternativas é, por si mesma, fundamental ao resultado visado pelo credor. No exemplo dado, a própria alternatividade desaparece, de modo que o que se verificará será uma cláusula resolutiva - ou seja, desaparecendo uma das duas alternativas, resolve-se a obrigação.

Jurisprudência: Alienação fiduciária. Obrigação de devolver o bem em 24 horas ou o equivalente em dinheiro. Veículo Roubado. Uma vez perecido o bem, mantém-se a obrigação de pagamento do equivalente, nos termos do art. 904 do CPC. Perecimento do bem não extingue a obrigação, que é alternativa. (TJSP, Ap. n. 1.088.715-0/0, rei. Des. João Carlos Sá Moreira de Oliveira, j. 10.10.2007)

Art. 254. Se, por culpa do devedor, não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar.

CC/1916: art. 886.

O art. 254 disciplina hipóteses em que as prestações não puderem ser cumpridas por culpa do devedor. No dispositivo em exame, trata-se de verificar as consequências do perecimento da prestação por culpa do devedor. Nesse caso, a escolha não é feita pelo credor, mas sim pelo próprio devedor culpado do perecimento. Por sua culpa, alguma ou algumas das alternativas se tornam impossíveis. Enquanto remanescerem alternativas será o caso de imaginar que o devedor culpado optou por elas e descartou a que pereceu por culpa sua. Caso somente uma única prestação permaneça, será esta devida ao credor, já que as demais pereceram por culpa do devedor - o que equivale a uma espécie de escolha efetuada por ele, que não foi diligente para preservar as outras. Nesse caso, portanto, cuidar-se-á de uma prestação simples, que se perde por culpa do devedor. A solução deste art. 254 é a mesma do art. 234, segunda parte. Em ambos os artigos, além de pagar o valor da própria prestação que se impossibilitou, o devedor culpado deverá indenizar as perdas e danos (art. 402 do CC). Ao afirmar que essa regra se aplica aos casos em que a escolha não cabe ao credor, o legislador autoriza sua incidência quando a opção ficar a cargo de terceiro. No entanto, a interpretação não parece adequada, pois, nessa hipótese, o devedor que, culposamente, provocasse o perecimento podia apenas subtrair as alternativas oferecidas ao credor - ainda que para serem escolhidas por terceiro -, consolidando a escolha na prestação que melhor lhe conviesse. A regra, portanto, só se justifica nos casos em que a opção de escolha seja do próprio devedor, não alcançando aquelas em que o direito de optar seja do credor ou de terceiro. A questão

pode ser exemplificada com determinada situação em que, ao se separar consensualmente, o casal convencionou que o marido, no período de um ano, optaria entre entregar à esposa um apartamento em construção - do qual era promitente comprador - ou uma casa de padrão médio em determinado bairro. Caso, por culpa do marido, o apartamento não puder ser entregue (porque ele deixou de pagar as prestações), considera-se que ele deve entregar à esposa a residência de padrão médio (que deve ser considerada obrigação de dar coisa incerta, regida pelo disposto nos arts. 243 a 246 do Código Civil). Se a opção, porém, foi conferida a um amigo do casal, o comportamento do ex-marido não pode impedi-lo de escolher o apartamento, remetendo-se a solução do conflito ao art. 255 deste Código. Gisela Sampaio da Cruz enfrenta a hipótese em que ambas as prestações alternativas perecem simultaneamente, por culpa do devedor com direito de escolha e conclui que, por analogia, há que se admitir que a ele se assegure o direito de pagar o valor da prestação que escolher com perdas e danos (“Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 165). O Código Civil não disciplina a possibilidade da coisa perecer ou se perder por culpa do credor. Mas a solução, nessa hipótese, caso a escolha seja do devedor, será assegurar-lhe o exercício desse direito. Ou seja, se escolhe a prestação atingida pela conduta do credor, este suporta o resultado de sua conduta; se a outra prestação for escolhida, o devedor poderá perseguir a indenização pela remanescente danificada ou que pereceu (CRUZ, Gisela Sampaio da. “Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado” *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 166).

Art. 255. Quando a escolha couber ao credor e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos; se, por culpa do devedor, ambas as prestações se tornarem inexequíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos.

CC/1916: art. 887.

Nos casos em que a opção de escolha é do credor, a solução para as hipóteses em que qualquer das prestações se torna impossível por culpa do devedor é permitir que o credor escolha entre a prestação remanescente e aquela que pereceu por culpa do devedor. Se o credor escolhe a prestação subsistente, não há prejuízo de qualquer espécie, de maneira que não haverá necessidade de regulamentar a questão em relação às perdas e danos. Contudo, se o credor optar pela prestação que pereceu, o devedor deverá indenizá-lo, pagando-lhe o valor da própria prestação além das perdas e danos. Também será o caso de obrigar o devedor a pagar o valor do bem e as perdas e danos, se ambas as prestações se tornarem inexequíveis, cumprindo ao credor optar por uma delas.

Art. 256. Se todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação.

CC/1916: art. 888.

Essa disposição decorre das anteriores. Havendo culpa do devedor nos casos em que a opção lhe pertencer, considera-se que a última prestação perdida era aquela pela qual ele

optou (art. 253); se a opção era do credor e houve culpa do devedor, faculta-se a ele optar por uma delas (art. 254). No entanto, se as prestações se tornam impossíveis sem culpa do devedor, a obrigação se extingue e as partes retornam à situação em que se encontravam anteriormente (art. 234, segunda parte).

CAPÍTULO V DAS OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS

Art. 257. Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores.

CC/1916: art 890.

A indivisibilidade da obrigação deve ser examinada com base na definição de divisibilidade de bens prevista nos arts. 87 e 88 deste Código. Os bens são divisíveis quando é possível fracioná-los e cada uma das partes oriundas do fracionamento mantiver as características essenciais do todo, com redução proporcional de seu valor. A indivisibilidade pode acarretar diminuição considerável de valor ou prejuízo do uso, decorrentes da divisão. Também poderá decorrer da lei ou da vontade das partes. No que se refere às obrigações, serão elas indivisíveis quando o fracionamento da prestação for vedado por lei ou pelo contrato, ou acarretar redução considerável do valor da parte fracionada. Dessa forma, haverá indivisibilidade se determinado conjunto musical for contratado para um espetáculo e decidir realizá-lo apenas com dois ou três de um total de seis músicos, na medida em que haverá considerável redução de seu valor em decorrência da alteração das características fundamentais da exibição. A divisibilidade da obrigação decorre da prestação - a obrigação será divisível ou indivisível segundo seu objeto seja ou não passível de divisão. Inovação que pode ser compreendida no estudo do art. 87 da Parte Geral é a indivisibilidade decorrente do critério econômico. O dispositivo de que ora se trata estabelece uma presunção. Considera que a obrigação divisível presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos sejam os credores ou devedores. A regra é dispositiva. Nada impede que credores ou devedores estabeleçam proporções distintas. Caso não o façam, serão titulares de partes iguais.

Jurisprudência: Direito civil. Alienação de imóvel. Pagamento a um dentre os vários credores. Inexistência de solidariedade. Pagamento errôneo que não quita a obrigação. Resolução do negócio jurídico por culpa e retorno ao *status quo ante*. A solidariedade não se presume (art. 265, CC/2002). Ao contrário, havendo mais de um credor, ou devedor, em obrigação divisível, esta se divide entre tantas obrigações, iguais e distintas, quanto os credores ou devedores. O devedor de obrigação divisível, não havendo solidariedade, deve cuidar para que o pagamento seja feito a todos os credores. Feito a apenas um deles, deve ser verificado se este tem poderes para dar quitação em nome dos demais. Se o pagamento é feito a quem não é credor único nem tem poderes para representar os demais credores, há negligência do devedor, podendo haver resolução do negócio jurídico com o retorno das partes ao *status quo ante*. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 868.556,3ª T., rei. Min. Nancy Andrighi, j. 05.11.2008, DJ 18.11.2008)

Considerando que em conta-corrente conjunta solidária entre a marido e mulher, a penhora só pode alcançar a metade do valor em conta: TJSP, Ap. cível n. 7.041.405.800, rei. Rui Cascaldi, j. 19.11.2008)

Ação de prestação de contas. Segunda fase. Honorários advocatícios. Obrigação divisível. Princípio do concurso *partes fiunt* Juros legais. Indicidência. Nos termos do art. 257, do Código Civil, havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores. A parte que litiga sob o pálio da assistência judiciária gratuita, vencida na lide, de forma integral ou parcial, deve ser condenada ao pagamento das custas, ficando apenas suspensa a sua exigibilidade. É inequívoco o direito do credor perceber os juros de mora de 12% ao ano, pela expressa previsão legal deste encargo para qualquer tipo de obrigação pecuniária vencida, nos termos do art. 406 do atual Código Civil, combinado com o art. 161, § 1º, do CTN, observada a vigência da Lei n. 10.406/2002 de forma que, até aquela data, devem prevalecer os encargos previstos na antiga codificação. (TJMG, Proc. n. 1.0672.02.094538-8/001(1), rei. Elias Camilo, j. 01.11.2007)

Processual civil. Honorários do perito. Benefício da gratuidade concedido apenas a dois dos autores. Obrigação das empresas coautoras de arcar com parte dos honorários do perito. Caso em que a ação foi proposta por duas pessoas físicas e duas pessoas jurídicas. Sendo quatro os autores e estando dois deles a litigar sob o pálio da gratuidade da justiça, das duas empresas coautoras, não beneficiárias da benesse legal, somente pode ser exigido o pagamento de 50% dos honorários periciais. Aplicação do art. 23 do CPC e dos arts. 257 e 265 do CC. Agravo de instrumento provido, em parte. (TJRS, AI n. 70.024.922.015, 5ª Câm. Cível, rei. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 20.06.2008, DJ 07.07.2008)

Direito de família. Alimentos. Obrigação. Cessação. Maioridade. Direito de crescer. Redução do encargo. Fixação *intuitu familiae*. Divisibilidade. Havendo desequilíbrio no binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado, impõe-se a revisão do *Quantum* da prestação alimentar, sempre regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, de forma que a sentença que fixa alimentos não faz coisa julgada material. Prescreve ainda o art. 1.695 do Código Civil de 2002 serem devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. Conforme preceitua o art. 1.694 do Código Civil de 2002, devem os alimentos servirem aos que dele necessitem para viverem de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Se há mais de um credor, a obrigação é divisível e, conseqüentemente, aplica-se-lhe o princípio do Direito das Obrigações, do art. 257 do Código Civil de 2002, no sentido de que a existência de mais de um devedor, ou mais de um credor, em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores, salvo estipulação em contrário. (TJMG, Proc. 1.0024.02.876710-1/001(1), rei. Carreira Machado, j. 14.04.2005)

Art. 258. A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico.

CC/1916: sem correspondente.

Como já se disse nos comentários ao art. 257, a divisibilidade da obrigação decorre da divisibilidade da prestação. É o que está afirmado nesse dispositivo, que acrescenta a indivisibilidade oriunda de razão determinante do negócio jurídico - e o exemplo dessa hipótese pode ser o mesmo que foi invocado no art. 257: um conjunto musical, cujo espetáculo não se mantém com as mesmas características se apenas parte dos músicos participar da exibição.

Essa regra não constava do Código revogado. Sua inclusão deixou assentado que a prestação é que define a divisibilidade da obrigação e acrescentou a hipótese da indivisibilidade econômica» inovação do art. 87.

Jurisprudência: Apelação cível. Responsabilidade civil. Indenização paga a co-herdeiro em detrimento dos demais. 1 - Indenização paga a co-herdeiro a título de indenização por demolição de casa construída na área pertencente ao *de cujus*. Inexistência de prova de que a casa, e não apenas o terreno, pertencia à sucessão. Indevida a indenização, pois não houve desapropriação da área, que está sendo partilhada entre os demais herdeiros. 2 - Pode o devedor da sucessão desobrigar-se, até a partilha, pagando a qualquer dos co-herdeiros, por se tratar de obrigação indivisível. 2 - *[sic]* Pagamento de aluguéis a co-herdeiro pelo uso de área pertencente ao *de cujus*. Fatos narrados de forma confusa. Inexistência de comprovação. Ônus que cabia ao autor, por força do disposto no art. 333, inciso I, do CPC. Negaram provimento. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.022.389.647, 9ª Câmara Cível, rei. Odone Sanguiné, j. 18.06.2008, DJ 25.06.2008)

Art. 259. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

Parágrafo único. O devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados.

CC/1916: art. 891.

As obrigações indivisíveis aproximam-se das solidárias, ao estabelecer que qualquer devedor será obrigado pela integralidade do débito se a prestação não for divisível. Basta confrontar esse dispositivo com o art. 264 para chegar a essa conclusão. Contudo, como leciona Nelson Rosenvald, “enquanto a solidariedade é subjetiva, resultando da convenção ou imposição normativa, a indivisibilidade é objetiva, pois resulta de óbice ao fracionamento da obrigação” (*Direito das obrigações*. Niterói, Impetus, 2004, p. 99). Caio Mário da Silva Pereira aponta as distinções fundamentais entre solidariedade e indivisibilidade: “1ª) a causa da solidariedade é o título e a da indivisibilidade é (normalmente) a natureza da prestação; 2ª) na solidariedade cada devedor paga por inteiro, porque deve por inteiro, enquanto que na indivisibilidade solve a totalidade, em razão da impossibilidade jurídica de repartir em cotas a coisa devida; 3ª) a solidariedade é uma relação subjetiva, e a indivisibilidade objetiva, em razão de que, enquanto a indivisibilidade assegura a unidade da prestação, a solidariedade visa a facilitar a exação do crédito e o pagamento do débito; 4ª) a indivisibilidade justifica-se, às vezes, com a própria natureza da prestação, quando o objeto é em si mesmo insuscetível de fracionamento, enquanto a solidariedade é sempre de origem técnica, resultando ou da lei ou da vontade das partes, porém, nunca um dado real; 5ª) a solidariedade cessa com a morte dos devedores, mas a indivisibilidade subsiste enquanto a prestação a suportar; 6ª) a indivisibilidade termina quando a obrigação se converte em perdas e danos, enquanto que a solidariedade conserva esse atributo” (*Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 79-80). Caso um dos devedores pague a dívida, opera-se a sub-rogação no direito do credor. Ou seja, o devedor que paga se torna credor dos demais devedores, de quem poderá cobrar as respectivas cotas-partes.

Jurisprudência: “tem inteira aplicabilidade, no caso, a teoria da indivisibilidade, preconizada no art. 259 do CC/2002, o qual dispõe que havendo dois ou mais devedores, e a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda. É o que sucede no caso em questão, em que a transportadora contratada, no caso a agravante, ainda que tenha locado os serviços

a outra empresa, que igualmente figura no polo passivo da ação, responde pelo resultado final, sendo indivisível, portanto, a responsabilidade pelo inadimplemento do contrato, pela má prestação do serviço e pelos danos advindos de sua execução. O referido contrato assemelha-se ao de empreitada, no qual a prestação de serviços está direcionada para a consecução de determinada obra. Portanto, se o contratante principal repassar a execução do serviço a outra empresa, se terceirizar a realização da tarefa que lhe foi atribuída, não pode escusar-se da responsabilidade". (trecho extraído do acórdão publicado em *RT861/263*, p. 265)

Condomínio. Despesas. Cobrança. Ação julgada procedente. Alegação de litispendência em relação a processo anterior e no qual o condômino restou condenado ao pagamento das despesas vencidas até novembro de 2003. Novo pedido condenatório para despesas vencidas posteriormente. Ausência de identidade de pedido. Processo movido contra um dos titulares de direitos. Litisconsórcio necessário. Não ocorrência. Obrigação indivisível. Recurso improvido. Não há a acenada litispendência. Não se trata da mesma demanda, mas de outra diversa e que busca condenação do devedor ao pagamento das despesas de condomínio posteriores ao termo final fixado em processo precedente. As despesas podem ser reclamadas por inteiro de um ou de ambos os titulares de direitos, cuidando-se na espécie de obrigação indivisível (cf. art. 259 do Código Civil), em que cada um é obrigado pela dívida toda. (TJSP, Ap. cível n. 1.228.832-0/06, rei. Des. Kioitsi Chicuta, j. 11.12.2008)

Apelação cível. Interposição contra sentença que julgou procedente ação de cobrança de despesas condominiais. A desistência da ação movida contra um dos corréus prescinde da concordância dos demais. Apelante que se limitou a formular pedido genérico de produção de provas. Inocorrência de cerceamento de defesa. Coproprietários do imóvel que respondem solidariamente pelo pagamento das verbas condominiais, nos termos do que preconiza o art. 259 do Código Civil. Legitimidade passiva da apelante configurada. Sentença correta. Apelação não provida. (TJSP, Ap. n. 1.047.529-2, rei. Des. Mário A. Silveira, j. 11.07.2007)

Despesas de condomínio. Copropriedade. Solidariedade passiva. Recurso improvido. Para o pagamento de despesas condominiais não é possível decompor uma unidade autônoma em duas partes, o que permite concluir, com base nos arts. 259 e 275 do Código Civil vigente, que o condomínio pode executar qualquer um dos coproprietários do apartamento, ficando este, na forma do parágrafo único do art. 259, sub-rogado no direito do credor em relação aos outros coobrigados. (TJSP, Ap. n. 1.114.484-3, rei. Des. Artur Marques, j. 23.07.2007)

Despesas de condomínio. Copropriedade. Solidariedade passiva. Recurso improvido. Para o pagamento de despesas condominiais não é possível decompor uma unidade autônoma em duas partes, o que permite concluir, com base nos arts. 259 e 275 do Código Civil vigente, que o condomínio pode executar qualquer um dos coproprietários do apartamento, ficando este, na forma do parágrafo único do art. 259, sub-rogado no direito do credor em relação aos outros coobrigados. (TJSP, Ap. sem revisão n. 992.070.171.598 (1114484300), 35ª Câm. do D. Oitavo Grupo (Extinto II TAC), rei. Artur Marques, j. 23.07.2007)

Art. 260. Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira; mas o devedor ou devedores se desobrigarão, pagando:

I - a todos conjuntamente;

II - a um, dando este caução de ratificação dos outros credores.

Qualquer credor pode exigir toda a dívida. No entanto, o devedor só se desobrigará se convocar os demais credores para que recebam a prestação em conjunto, ou, ainda, se exigir do credor a quem efetuar o pagamento que ofereça caução de que repassará a parte dos demais. Imagine-se que três pessoas têm o direito a um veículo de uma concessionária. Um deles comparece ao estabelecimento para recebê-lo. A concessionária está obrigada a entregá-lo, pois o artigo em exame autoriza o credor a cobrá-la. Contudo, deve chamar os outros dois credores, ou exigir que o credor que compareceu a seu estabelecimento lhe dê garantias de que irá obter a anuência dos outros - pedindo, por exemplo, que deixe um outro veículo em seu poder, ou que lhe dê um imóvel em hipoteca, ou lhe entregue títulos de crédito. Se assim não proceder, o devedor poderá ser compelido a pagar os demais credores que não foram receber o veículo, pois terá feito indevido pagamento, como decorre da aplicação desse artigo. Verifique-se que o pagamento de obrigação indivisível impõe ao devedor cautelas inexistíveis no caso do devedor de diversos credores solidários, pois, neste último caso, o pagamento independe dos cuidados exigidos nesse dispositivo (art. 269).

Jurisprudência: Direito civil. Alienação de imóvel. Pagamento a um dentre os vários credores. Inexistência de solidariedade. Pagamento errôneo que não quita a obrigação. Resolução do negócio jurídico por culpa e retorno ao *status quo ante*. A solidariedade não se presume (art. 265, CC/2002). Ao contrário, havendo mais de um credor, ou devedor, em obrigação divisível, esta se divide entre tantas obrigações, iguais e distintas, quanto os credores ou devedores. O devedor de obrigação divisível, não havendo solidariedade, deve cuidar para que o pagamento seja feito a todos os credores. Feito a apenas um deles, deve ser verificado se este tem poderes para dar quitação em nome dos demais. Se o pagamento é feito a quem não é credor único nem tem poderes para representar os demais credores, há negligência do devedor, podendo haver resolução do negócio jurídico com o retorno das partes ao *status quo ante*. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 868.556, 3ª T., rei. Min. Nancy Andrighi, j. 05.11.2008, *É?J* 18.11.2008)

Monitória. Procedência parcial dos embargos monitórios. Inconformismo. Trata-se de obrigação indivisível convencional. Credor que poderá exigir a dívida inteira. Apelantes alegaram em contestação que a importância constante na planilha não se apresenta líquida, certa e exigível, havendo discordância também em relação aos índices de correção e juros. Trata-se de matéria de alta complexidade, demandando a realização de cálculos. Inexistência nos autos de elementos suficientes para solucionar a lide. Necessidade de instrução probatória, especialmente a perícia contábil. Autos que devem ser enviados para 1ª instância a fim de que seja feita a instrução processual. Recurso parcialmente provido para anular a sentença a fim de que haja a dilação probatória para que outra seja proferida após a instrução regular do feito. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 4.212.984.300, rei. Ribeiro da Silva, j. 11.03.2009)

Art. 261. Se um só dos credores receber a prestação por inteiro, a cada um dos outros assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que lhe caiba no total.

CC/1916: art 893.

Este artigo complementa o anterior, que estabelece o modo pelo qual o devedor deve cumprir a obrigação se esse entrega a prestação indivisível a um dentre vários credores. Aqui, cuida de impor ao credor que recebeu a prestação por inteiro o dever de pagar os demais credores. Deve fazê-lo em dinheiro, observando a proporcionalidade do crédito de cada um. A regra privilegia o credor que mais rapidamente exige a prestação indivisível, pois lhe confere a vanta-

gcm de ficar com o bem e pagar a parte dos demais. Provoca solução injusta, na medida em que, no que se refere a determinadas espécies de prestação, os demais podem ter interesse em permanecer com o bem e, eventualmente, pagar mais pela cota dos outros credores. Parece possível, e em maior conformidade com a igualdade de direitos dos diversos credores, solucionar a questão aplicando-se ao caso o disposto no art. 1.322 deste Código por analogia, isto é, mediante venda e partilha do preço. À luz do direito português, Antunes Varela registra que o credor que receber o bem indivisível deve permitir que os demais credores exerçam sobre a coisa o seu direito de cotitular (*Das obrigações em geral* Coimbra, Almedina, 2000, v. I, p. 819). Não se trata de negar vigência ao dispositivo em exame, mas de facultar que o bem indivisível fique, não com o credor que o recebeu diretamente, mas com qualquer um dos outros credores, que ficará, este sim, obrigado a restituir o valor da cota-parte aos demais em dinheiro.

Art. 262. Se um dos credores remitir a dívida, a obrigação não ficará extinta para com os outros; mas estes só a poderão exigir, descontada a quota do credor remitente.

Parágrafo único. O mesmo critério se observará no caso de transação, novação, compensação ou confusão.

CC/1916: art. 894.

Ocorrendo de um dos credores da prestação indivisível perdoar a dívida, por certo que só pode abrir mão do que lhe pertence, ou seja, de sua cota-parte. Os demais, ao exigirem a prestação, devem restituir ao devedor o que foi objeto de remissão por um dos credores - já que se trata de prestação indivisível. A mesma solução se aplica aos casos de novação, compensação ou confusão. Em qualquer das hipóteses, o devedor é obrigado a entregar um bem a diversos credores (um cachorro de raça, no valor de R\$ 3.000,00). Um dos credores, contudo, remitiu sua parte na dívida. Em consequência - admitindo-se que houvesse três credores -, os outros dois que não remitiram só poderão exigir o cão pagando R\$ 1.000,00 ao devedor - isto é, a parte que lhe foi doada por um dos credores.

Art. 263. Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos.

§ 1º Se, para efeito do disposto neste artigo, houver culpa de todos os devedores, responderão todos por partes iguais.

§ 2º Se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros, respondendo só esse pelas perdas e danos.

CC/1916: art. 895.

Quando se afirma que a obrigação se resolveu em perdas e danos, o que se está dizendo é que o devedor será obrigado a pagar os efetivos prejuízos dos credores, além de seus lucros cessantes, o que se faz em dinheiro. Ora, se não é a própria prestação que será entregue ao credor, mas sim determinada importância, não há indivisibilidade, pois o dinheiro pode ser fracionado em tantas partes quantos forem os credores. O § 1º deste dispositivo determina que todos os devedores paguem igualmente o valor da indenização, se todos agiram com culpa. Dessa forma, ainda que alguns dos devedores sejam responsáveis por frações distintas do bem, haverá igualdade entre eles no que se refere ao pagamento da indenização. Ou seja, desaparecerá a indivisibilidade e a divergência nas cotas de cada um. Caso apenas um dos devedores tenha culpa pelo dano causado pela prestação, responderá sozinho pelas perdas e

danos, exonerando-se os demais. Mas há hipóteses em que mais de um dos devedores é culpado pela danificação e, nesses casos, todos os culpados respondem por partes iguais. Anote-se que não haverá responsabilidade solidária nesse caso - como não há no caso do parágrafo primeiro mas sim responsabilidade de cada um por parte da indenização. A solidariedade não está expressa e, por isso, não pode ser reconhecida (art. 265 do CC).

CAPÍTULO VI DAS OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS

Seção I **Disposições Gerais**

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

CC/1916: art. 896, parágrafo único.

A solidariedade está definida nesse dispositivo. Em uma mesma obrigação, mais de um credor ou devedor tem direito, ou está obrigado, como se fosse o único credor ou devedor. É o que se verifica, por exemplo, quando um débito em dinheiro (bem divisível) é assumido solidariamente por duas pessoas. O credor poderá cobrar a totalidade da dívida de um só dos devedores, porque, havendo solidariedade, pode agir como se apenas um dos devedores existisse. Por outro lado, se a solidariedade for ativa (diversos credores), a dívida pode ser exigida por qualquer deles em sua integralidade. Como se verificará no dispositivo seguinte, somente a lei ou o contrato podem estabelecer a solidariedade.

Jurisprudência: Se os devedores são solidários qualquer um tem o dever de cumprir a obrigação por inteiro: TJSP, AI n. 992.090.413.201, rei. Norival Oliva, j. 29.09.2009.

Não há litisconsórcio necessário entre devedores solidários e o credor tem a faculdade de ajuizar a ação em face de qualquer um ou de todos os responsáveis: STJ, REsp n. 848.424, rei. Min. Fernando Gonçalves, j. 07.08.2008.

Prestação de serviços. Cobrança de mensalidades escolares. Cumprimento de sentença. Fase do art. 475-L. Impugnação do executado julgada improcedente. Alegação de falta de intimação da coexecutada. Descabimento. Bem de família. Não configuração. Tratando-se de dívida solidária, pode o exequente exigir a dívida comum, total ou parcialmente, de qualquer um dos devedores (art. 264 do Código Civil). Além disso, não pode a parte postular, em nome próprio, direito alheio, tendo em vista que a arguição de nulidade compete, no caso, à coexecutada ou ao exequente. Inteligência do art. 6º do CPC. Bem de família. Inexistência de prova de que o imóvel penhorado serve de moradia do casal ou da entidade familiar, a teor do art. 1º da Lei n. 8.009/90. Decisão mantida. Recurso não provido, v.u. (TJSP, AI n. 1.157.208.009, 35ª Câmara de Direito Privado, rei. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 07.04.2008)

Embargos do devedor. Preliminar. Ausência de demonstrativo de débito. Inocorrência. Rejeição. Mérito. *Quantum* da execução. Devedor solidário. Obrigação pelo adimplemento do total da dívida. Inteligência do art. 896, do CC/1916 (CC/2002, art. 264). Honorários advocatícios. Fixação. Nas execuções por quantia certa, se o demonstrativo de débito contém os valores devidamente especificados - principal, encargos e multas -, estão atendidos os pres-

supostos do inciso II, do art. 614, do Código de Processo Civil. Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda, por força do parágrafo único, do art. 896, do Código Civil de 1916 (CC/2002, art. 264). O avalista de título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário, *ex vi* da Súmula n. 26, do Augusto Superior Tribunal de Justiça. A sentença que julga improcedentes os embargos do executado tem natureza meramente declaratória, ensejando, assim, a aplicação da regra prevista no § 4º, do art. 20, do Codex Instrumental. (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.496071-8/000(1), rei. Renato Martins Jacob, j. 09.06.2005)

A obrigação solidária constitui relação obrigacional decorrente da vontade das partes e cada devedor responde integralmente pelo cumprimento da obrigação, como se fosse o único devedor. (II TAC, AI n. 799.097-00/7, 8ª Câm., rei. Juiz Orlando Pistoiresi, j. 29.05.2003)

Ilegitimidade *ad causam*. Polo passivo. Banco depositário. Ação de cobrança de diferença de rendimentos creditados em cadernetas de poupança. Legitimidade do réu confirmada. Precedentes jurisprudenciais. Polo ativo. Ajuizamento da demanda pelo cotitular da referida conta. Possibilidade. Existência de solidariedade legal (art. 264 do Código Civil, que reproduz o disposto do parágrafo único do art. 896 do revogado Código Civil de 1916) que possibilita, mas não obriga, a propositura da ação em litisconsórcio com demais cotitulares. Confirmação da legitimidade do autor. Contrato. Caderneta de poupança. Diferença de remuneração. Planos Bresser e Verão, de junho de 1987 e janeiro de 1989. Possibilidade jurídica do pedido. Presença do pressuposto de admissibilidade. Afastamento da tese de defesa, calcada no estrito cumprimento de norma de ordem pública e conseqüente ausência de direito adquirido, fundamentos dissociados da sistemática ditada constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico. Prescrição. Prazo. Juros remuneratórios e correção monetária. 20 (vinte) anos. Aplicação da regra geral do art. 177 do Código Civil de 1916, e não do art. 445 do Código Comercial, ou 178, § 10, III, do Código Civil de 1916. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Inaplicabilidade ao caso do art. 205 do Código Civil vigente. Inteligência do art. 2.028 do referido *codex*. Interrupção com a citação, retroagindo à data da propositura da ação, nos termos do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil. Juros moratórios. Termo inicial. Data da citação. Aplicação do art. 405 do Código Civil. Taxa. 1% (um por cento) ao mês. Interpretação conjunta do art. 406 do Código Civil e § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional. Apelação do autor provida e apelo do Banco réu desprovido. (TJSP, Ap. n. 7.176.723.2, rei. Des. José Reynaldo, j. 03.10.2007)

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

CC/1916: art. 896, *caput*.

A presunção não é admitida em relação à solidariedade. Presunção é a aplicação a um fato desconhecido de uma verdade conhecida em relação a outros fatos semelhantes. No caso da solidariedade, não se pode reconhecê-la sem que a estabeleça a lei ou o acordo de vontades. E assim é porque não é o usual que diversos credores ou devedores em uma mesma relação jurídica não estabeleçam exatamente o que lhes cabe em determinada prestação. A lei (ver art. 942, parágrafo único) ou o contrato, exclusivamente, poderão estipular a solidariedade. Verifique-se, porém, que a impossibilidade de presumir a solidariedade não significa que ela não possa ser reconhecida a partir dos termos de determinado contrato, que deve ser interpretado de acordo com o disposto no art. 112 do Código Civil, ou seja, levando-se em conta mais a intenção consubstanciada na declaração do que sua literalidade.

Jurisprudência: Direito civil. Alienação de imóvel. Pagamento a um dentre os vários credores. Inexistência de solidariedade. Pagamento errôneo que não quita a obrigação. Resolução do negócio jurídico por culpa e retomo ao *status quo ante*. A solidariedade não se presume (art. 265, CC/2002). Ao contrário, havendo mais de um credor, ou devedor, em obrigação divisível, esta se divide entre tantas obrigações, iguais e distintas, quanto os credores ou devedores. O devedor de obrigação divisível, não havendo solidariedade, deve cuidar para que o pagamento seja feito a todos os credores. Feito a apenas um deles, deve ser verificado se este tem poderes para dar quitação em nome dos demais. Se o pagamento é feito a quem não é credor único nem tem poderes para representar os demais credores, há negligência do devedor, podendo haver resolução do negócio jurídico com o retorno das partes ao *status quo ante*. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 868.556,3ª T., rei. Min. Nancy Andrigli, j. 05.11.2008, DJ 18.11.2008)

Recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou improcedentes embargos à execução. Alegação de incorreção. Execução de honorários advocatícios. Litisconsórcio passivo. Condenação do embargado ao pagamento do valor integral da sucumbência. Hipótese que não presume a existência de solidariedade. Obrigação que somente decorre da lei ou da vontade das partes. Inteligência dos arts. 265 do Código Civil e 23 do Código de Processo Civil. Precedentes do C. STJ. Necessária reforma da r. sentença. Condenação por litigância de má-fé afastada. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 991.030.496.584, rei. Simões de Vergueiro, j. 21.10.2009)

Os litisconsortes vencidos respondem pela condenação sucumbência! em proporção (CPC, art. 23). A solidariedade só se admite quando expressa em sentença exequenda por força da coisa julgada. (STJ, REsp n. 848.058, 3ª T., rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 04.12.2007)

Prestação de serviços. Empresa especializada em fornecimento de mão de obra a empreiteiras. Execução do empreendimento denominado *Great Adventure* do Playcenter. Solidariedade passiva. Inexistência. Solidariedade não se presume. Decorre de lei ou da vontade das partes. Inteligência do disposto no art. 896 do CC de 1916 reproduzido no art. 265 do Código Civil pátrio. Contrato firmado entre a autora e a ré não tem o condão de vincular terceiros que não participaram do negócio entabulado entre as partes. Ausente o vínculo jurídico, não há lugar para se falar em solidariedade. Simples fiscalização na condução dos trabalhos e controle de qualidade na execução da obra não são suficientes ao reconhecimento do vínculo jurídico reclamado pela recorrente neste procedimento. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. com revisão n. 941.672.001, 28ª Câm. de Direito Privado, rei. Júlio Vidal, j. 01.04.2008)

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 23 do Código de Processo Civil, vem entendendo ser inaplicável, em honorários advocatícios, o princípio da solidariedade, salvo se expressamente consignado na sentença exequenda, que restou irrecorrida.

II - Caso não haja menção expressa no título executivo quanto à solidariedade das partes que sucumbiram no mesmo polo da demanda, vige o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 896 do Código Civil/1916 (atual art. 265 do Código Civil atual).

III - Assim, inaplicável o princípio da solidariedade na condenação em custas e honorários advocatícios, pois o art. 23 do Código de Processo Civil é taxativo: "Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção". (RSTJ 201/319)

Apartamento em construção vendido sem prévio registro da incorporação. Empreendimento não concluído. Solidariedade da corretora e da construtora pela devolução do

valor recebido e pela indenização em geral. (TJSP, Ap. n. 150.560-4, rei. Des. Maurício Vidi-gal, j. 21.02.2006)

Afastando a solidariedade por ausência de previsão legal ou contratual: AI n. 1.031.488-00/5/Santos, 27ª Câm. Direito Privado, rei. Des. Beatriz Braga, j. 30.05.2006; JTA 178/267; STJ, REsp n. 489.369, rei. Min. Castro Filho, j. 01.03.2005; II TAC, AI n. 847.841-00/5, rei. Juiz Lino Machado, j. 12.05.2004; Ap. n. 539.996, 11ª Câm., rei. Juiz Artur Marques, j. 27.11.1999.

Honorários profissionais. Dentista. Cobrança. Solidariedade passiva. Pais judicialmente separados. Obrigação contraída por um deles em benefício da prole. Inexistência. Cabimen-to da ação somente em face do contratante.

É princípio de direito civil que a obrigação decorre da manifestação de vontade daque-le que quer se obrigar, ou seja, ninguém é devedor contra sua vontade. (II TAC, Ap. n. 486.257, 9ª Câm., rei. Juiz Ferraz de Arruda, j. 23.07.1997)

Resultando inequívoca a intenção das partes contratantes no sentido de que os rotulados "avalistas" respondem solidariamente com o devedor principal pelos encargos assumidos no instrumento contratual, não se mostra admissível o excessivo apego ao formalismo para, sob o simples argumento de não haver aval em contrato, excluir a responsabilidade daqueles que, de forma iniludível e autonomamente, se obrigaram pelo pagamento de integralidade da dívida. (STJ, REsp n. 200.421, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15.08.2000)

Art. 266. A obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos cocredores ou codevedores, e condicional, ou a prazo, ou pagável em lugar diferente, para o outro.

CC/1916: art. 897.

Embora solidária, a obrigação pode ser pura e simples para alguns dos cocredores ou codevedores e sujeita a termo ou condição para outros. O que se admite nesse dispositivo é que haja distinção de tratamento aos devedores ou credores solidários, sem que isso compro-meta a própria solidariedade. Peculiaridades relacionadas a cada credor ou devedor podem autorizar a distinção de tratamento, sem que as razões determinantes da solidariedade sejam abaladas.

Seção II

Da Solidariedade Ativa

Art. 267. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cum-primento da prestação por inteiro.

CC/1916: art. 898.

O dispositivo equívale ao disposto no art. 260, relativo às obrigações indivisíveis. No entanto, o legislador não cercou a hipótese dos cuidados que conferiu à prestação indivisível (arts. 260 e 261 do CC). E a dispensa das mesmas cautelas decorre de, na solidariedade, a ques-tão se resolver internamente entre os credores, que a estipularam em decorrência da autono-mia de suas vontades (contrato) ou foram obrigados legalmente a suportá-la. Destarte, a soli-dariedade entre credores sempre autoriza os que não receberam suas partes a cobrá-las do

credor que recebeu a totalidade da prestação, mas não há obrigação do devedor de cercar-se de cautelas para proteger os demais credores, como é obrigado a fazer pelo art. 260, no que se refere às prestações indivisíveis.

Jurisprudência: Tributário. Repetição de indébito. Empréstimo compulsório sobre combustíveis. Copropriedade do veículo. Possibilidade. Direito de regresso. 1 - Cinge-se a controvérsia em saber se o coproprietário de automóvel pode receber na integralidade o empréstimo compulsório sobre combustíveis, ou se deverá receber apenas o equivalente ao seu quinhão na propriedade do veículo. 2 - Sustenta a Fazenda que o veículo pertencia ao exequente e a um coproprietário que não figura na ação e, portanto, a não inclusão de outro proprietário autoriza ao exequente receber somente 50% do valor da restituição. 3 - Nos termos do artigo 264 do novo Código Civil: "Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda". Por sua vez, configurada a solidariedade, "cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação, por inteiro" (art. 267). 4 - Forçoso concluir que o coproprietário poderá pleitear integralmente a repetição do indébito, ainda que não expressamente autorizado pelos demais condôminos, pois trata-se de hipótese de solidariedade ativa. Agravo regimental improvido. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 850.437, rei. Humberto Martins, j. 09.12.2008)

Litisconsórcio ativo. Conta conjunta de poupança. Existência de solidariedade entre as titulares da conta. Ação de cobrança de diferenças de correção monetária e juros. Desnecessidade de inclusão do espólio da cotitular da conta de poupança no polo ativo da relação processual. Inteligência do artigo 267 do Código Civil. Hipótese de litisconsórcio ativo facultativo, pois a cotitular da conta conjunta detém solidariedade ativa dos créditos junto à instituição financeira. Inadmissibilidade da limitação do pagamento à autora da metade do valor da condenação a ser eventualmente imposta à instituição financeira. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, AI n. 7.393.173.000, rei. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 28.09.2009)

Processual civil. Poupança. Correção monetária. Cotitularidade da conta-conjunta. Solidariedade. A conta poupança conjunta é um contrato de solidariedade ativa, podendo a demanda ser proposta por qualquer um dos cotitulares, pois ambos podem exigir o crédito na sua totalidade, nos termos do que dispõe o art. 267 do Novo Código Civil. (TRF, 4ª Região, Ap. Cível n. 200771070034459/RS, 4ª T., rei. Marga Inge Barth Tessler, j. 16.04.2008)

Correção monetária. Ação de cobrança. Cadernetas de poupança. Plano Verão. Inicial indeferida diante da não regularização do polo ativo, apesar de determinação de emenda. Insubsistência. Conta-conjunta. Observância de que qualquer dos cotitulares, só ou conjuntamente, poderá ajuizar ação pleiteando a integralidade do crédito. Inteligência do art. 267 do Código Civil. Sentença anulada, com determinação de retorno dos autos à primeira instância para regular processamento. Recurso provido. (TJSP, Ap. n. 7.265.290.300, 17ª Câmara de Direito Privado, rei. Tersio Negrato, j. 08.09.2008)

A solidariedade é vínculo jurídico pelo qual, na relação jurídica, comparecem mais de um credor (polo ativo), ou mais de um devedor (polo passivo). Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro (CC, art. 898). (STJ, REsp n. 134.222, rei. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 01.09.1997)

Legitimidade ativa *ad causam*. Não ocorrência. Solidariedade ativa. Questão de mérito. Possibilidade de um dos credores solidários exigir o cumprimento da obrigação por inteiro.

Arts. 818 do Código Civil de 1916 e 267 do Código Civil de 2002. Caderneta de poupança. Lei n. 8.024/90. Valores não bloqueados. Legitimidade da instituição financeira. Prescrição. Caderneta de poupança. Modalidade de depósito bancário. Impossibilidade do decurso do prazo prescricional contra o depositante. Desconsideração dessa regra. Irrelevância prática. Pretensão fundada em direito pessoal. Prescrição vintenária. Juros remuneratórios. Não ocorrência. Caderneta de poupança. Agregação ao capital. Perda do caráter acessório. Caderneta de poupança. Diferença de rendimentos. Lei n. 8.024/90. Não incidência. Valores não bloqueados. Correção pelo IPC. Correção monetária. Cabimento. Termo inicial. Vencimento da obrigação. Aplicação dos índices da tabela do Tribunal de Justiça. Juros contratuais. Taxa de 0,5% ao mês. Capitalização. Incidência sobre o valor atualizado da diferença. Juros de mora. Termo inicial. Citação. Ausência de interesse recursal. Recurso não conhecido. Ônus da sucumbência. Responsabilidade do réu. Sucumbência mínima do autor. Honorários advocatícios. Art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Fixação de 15% sobre o valor da condenação. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. n. 710.2393-7, rei. Des. Roberto Bedaque, j. 06.03.2007)

Honorários de advogado. Arbitramento. Legitimidade de qualquer um dos causídicos constituídos na procuração. Mandato conjunto que implica solidariedade ativa. Litisconsórcio facultativo caracterizado. Inteligência do art. 898 do CC. (I TACSP, RT 655/116)

Art. 268. Enquanto alguns dos credores solidários não demandarem o devedor comum, a qualquer daqueles poderá este pagar.

CC/1916: art. 899.

A razão determinante dessa regra é que o devedor não precisa se preocupar com o fato de outros credores fazerem jus à prestação. Enquanto nenhum deles postular o cumprimento, o pagamento feito a qualquer dos credores solidários extingue o débito, e os demais credores deverão se dirigir ao que recebeu. Como já se disse nos comentários ao art. 267, o devedor dos credores solidários pode pagar qualquer deles sem as cautelas previstas no art. 260. Não pode, porém, agir com negligência ou imprudência e prejudicar os demais, pois, nesse caso, violará o princípio da boa-fé objetiva e estará caracterizado o abuso de direito (art. 187 do CC).

Jurisprudência: Extinção do processo. Cautelar de arresto. Pretensão de que este recaia sobre bens da devedora comum, executada em ação proposta por outra credora solidária. Alegação de que, por ser credora solidária da devedora comum, tem o direito de exigir a dívida por inteiro, pois que independente a relação entre as credoras solidárias. Descabimento. Inadmissibilidade de fracionamento da prestação depois de ajuizada a ação de execução desta. Incidência do art. 268 do Código Civil vigente, correspondente ao art. 899 do Código Civil revogado. Cabimento, contudo, do ingresso da credora solidária nos autos da execução já incoada pela outra credora, na qualidade de assistente simples. Aplicação dos arts. 50 e 598, do Código de Processo Civil. Indeferimento da inicial mantido. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.040.606.100, 23ª Câm. de Direito Privado, rei. Oséas Davi Viana, j. 05.04.2006)

Art. 269. O pagamento feito a um dos credores solidários extingue a dívida até o montante do que foi pago.

CC/1916: art. 900.

Essa disposição alterou sua equivalente no Código Civil de 1916, para que ficasse consignado que o pagamento feito a um dos credores solidários extingue a dívida no equivalente ao que foi pago, mas não totalmente, como constava do art. 900 do diploma revogado. Ora, se o credor pode receber a totalidade, não há o que o impeça de receber parte da dívida. Mas somente aquilo que recebeu será deduzido do total. Imagine-se um débito de R\$ 90.000,00 com três credores solidários. Caso o devedor pague R\$ 45.000,00 a um dos credores, continuará devendo-lhes R\$ 45.000,00, em relação aos quais subsiste a solidariedade. Essa disposição também justifica alguma reflexão referente à supressão do parágrafo único do revogado art. 900, que determinava a incidência do *caput* aos casos de novação, compensação e remissão. Parece que a ausência de repetição da regra não altera a solução da matéria. Novação, remissão e compensação não são pagamento, mas modos de adimplemento da obrigação (Título III deste Livro). Nesses casos, tanto quanto no pagamento, o devedor fica liberado da dívida. Constitui um desvirtuamento conceitual admitir que o devedor fique forro quando recebe a quitação de um dos credores, sem a audiência dos demais, mas não se liberte do vínculo se recebe o perdão, pois que as outras causas extintivas têm o mesmo poder liberatório do pagamento e devem produzir igual efeito (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 92). Vale observar, porém, que o cocredor que remitir, compensar ou novar o débito fica responsável perante os demais credores pelo débito originário, se não houver sido autorizado a tanto (ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Niterói, Impetus, 2004, p. 90).

Jurisprudência: Extinção do processo. Cautelar de arresto. Pretensão de que este recaia sobre bens da devedora comum, executada em ação proposta por outra credora solidária. Alegação de que, por ser credora solidária da devedora comum, tem o direito de exigir a dívida por inteiro, pois que independente a relação entre as credoras solidárias. Descabimento. Inadmissibilidade de fracionamento da prestação depois de ajuizada a ação de execução desta. Incidência do art. 268 do Código Civil vigente, correspondente ao art. 899 do Código Civil revogado. Cabimento, contudo, do ingresso da credora solidária nos autos da execução já incoada pela outra credora, na qualidade de assistente simples. Aplicação dos arts. 50 e 598, do Código de Processo Civil. Indeferimento da inicial mantido. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com rev. n. 7.040.606.100, 23ª Câm. de Direito Privado, rei. Oséas Davi Viana, j. 05.04.2006)

Art. 270. Se um dos credores solidários falecer deixando herdeiros, cada um destes só terá direito a exigir e receber a quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível.

CC/1916: art. 901.

Entre os herdeiros que sucedem ao credor solidário e os demais credores não se estabelece a solidariedade até então existente. Desse modo, cada um dos herdeiros poderá, apenas, cobrar do devedor o valor do que lhe couber - ou seja, sua cota no valor da dívida. A exigência da integralidade da prestação só será possível se a prestação for indivisível, aplicando-se então à hipótese a regra do art. 260, que, como visto, exige que o devedor, para exonerar-se da obrigação, pague a todos os credores conjuntamente, ou exija caução daquele que recebe, assegurando o repasse do valor devido aos demais credores. Não há solidariedade entre os herdeiros e os cocredores solidários em relação ao credor falecido. A parte final do dispositivo apenas autoriza qualquer dos herdeiros a exigir a prestação por inteiro, em face de sua indivisibilidade, sem consagrar a solidariedade entre ele e os outros credores.

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Indenização. Herdeiros necessários x companhia do *de cuius*. Rejeitada preliminar de não conhecimento do recurso da ré. Existência de contas conjuntas solidárias. Solidariedade ativa caracterizada. Inteligência do art. 901 do Código Civil de 1916 (atual art. 270). Hipótese de refração de crédito. Doutrina. Direito dos herdeiros à metade dos valores sacados das contas de investimento. Não responsabilidade da instituição financeira pelos saques. Direito da cotitular de movimento as contas bancárias. Ônus da sucumbência. Aplicação do art. 21, *caput*, do CPC c/c a Súmula n. 306 do C. STJ. Recursos da ré e dos autores desprovidos. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 3.866.894.400, rei. Guimarães e Souza, j. 28.04.2009)

Locação. Morte do locador. Co-herdeiro que somente poderá exigir e dar quitação da quota do aluguel correspondente ao seu quinhão hereditário. Hipótese de obrigação divisível. Inteligência dos arts. 10 da Lei n. 8.245/91 e 901 do CC. (II TACSP, RT759/Z70)

Falecendo o locador, a locação transmite-se aos herdeiros. O co-herdeiro só tem o direito de exigir e, conseqüentemente, só pode dar quitação da cota do aluguel correspondente ao seu quinhão hereditário. (II TAC, Ap. n. 519.769, 5ª Câmara, rei. Juiz Pereira Calças, j. 12.08.1998)

Cobrança. Depósitos em conta-corrente conjunta vinculada à fundo de investimento. Casal sob o regime da separação legal de bens. Espólio do falecido marido que pleiteia da viúva a totalidade dos valores depositados na constância do casamento e que foram sacados por aquela. Ausência de esforço comum de cunho econômico para a formação do patrimônio aplicado. Todavia, natureza solidária da conta implica copropriedade do numerário confiado à instituição financeira. Direito dos herdeiros tão somente à metade da importância. Incidência do art. 270 do CC/2002 (art. 901 do CC/1916). Sociedade de fato constituída por vontade de ambos os cônjuges. Esforço comum que no presente caso se vincula à própria convivência do casal com apoio sentimental e material nos afazeres do lar. Exegese do art. 259 do CC/1916 e Súmula n. 377 do STF. Necessidade de impor a devolução apenas do montante necessário para a correta meaça do patrimônio questionado. Sentença de procedência. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. n. 511.978-4/8, rei. Des. William Marinho, j. 05.07.2007)

Sucessão. Conta conjunta. Morte de um dos depositantes. Direitos de herdeiro-credor solidário. Princípios da solidariedade. Não se devem confundir os princípios da solidariedade com os direitos do herdeiro do credor solidário. A esse respeito, provê o art. 901 do CC, no sentido de que os herdeiros fazem jus, cada qual, à cota de crédito que constituir a herança. E, nas relações internas entre credores solidários, o art. 903 estipula que o credor que houver recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhes caiba. Na solidariedade ativa a parte de cada credor pode variar da divisão proporcional à entrega a um só da totalidade do crédito recebido. Não há dúvida de que o crédito que resulta de obrigação solidária se transmite aos herdeiros do credor na medida da participação dele. Quando se sustenta que o cotitular da conta conjunta pode sacar toda a soma depositada, naturalmente pretende-se dizer que o devedor se libera com o pagamento integral a qualquer um dos credores solidários. Contudo, o falecimento de um dos credores pode fazer nascer outra relação de direito entre o credor sobrevivente - ou credores sobreviventes - e os herdeiros do credor falecido. Se, nas relações internas entre os credores solidários, o morto fazia jus a certa parte, esta será o valor da herança. Mas, se não há elementos acerca do valor da cota de cada qual, não se deve presumir a igualdade de quinhões, ou de cotas, ou de partes. Na solidariedade passiva, o Código presume iguais no débito as partes de todos os codevedores, a menos

que a dívida solidária interesse exclusivamente a um dos devedores, hipótese em que este responderá por toda ela para com aquele que houver pago - arts. 913 e 914. Todavia, na solidariedade ativa não há presunção de igualdade no crédito entre os cocredores. (TJRJ, Ap. n. 3.717/86, 1ª Câm., rei. Des. Doreste Baptista)

Art. 271. Convertendo-se a prestação em perdas e danos, subsiste, para todos os efeitos, a solidariedade.

CC/1916: art. 902.

Nesse caso, a prestação converte-se em perdas e danos, ou seja, a prestação original é substituída por dinheiro, tal como foi determinado no art. 402 deste Código. Essa circunstância implica que a prestação original seja substituída por bem divisível. Não haveria, aparentemente, razão para que a solidariedade subsistisse. Contudo, o legislador optou por preservá-la, para todos os efeitos, considerando que as razões que determinaram a fixação da solidariedade - legal ou convencional - ainda permanecem e justificam sua subsistência.

Jurisprudência: O advogado que não interpõe o recurso cabível, deixando escoar o prazo, sem consultar o cliente sobre a desistência, responde pelos danos causados por sua omissão. No caso, o mandato foi outorgado a vários advogados com poderes para atuarem em conjunto ou isoladamente, respondendo todos solidariamente pela desídia de permanecerem inertes quanto à interposição da apelação. (STJ, REsp n. 596.613, rei. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 19.02.2004)

Art. 272.0 credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhes caiba.

CC/1916: art. 903.

A remissão da dívida ou o recebimento do pagamento gera o compromisso para o credor que perdoar ou receber a obrigação de responder perante os demais credores pela parte que caiba a cada um deles. Diversamente do que está previsto para a obrigação indivisível, no art. 260, nesse dispositivo a obrigação é genérica e não impõe nenhum comportamento ao devedor, que pode efetuar a quitação a qualquer dos credores sem preocupação com a garantia do recebimento dos demais. Segundo Caio Mário, a regra incide sobre outras modalidades extintivas, além da remissão, tais como novação, compensação e dação (*Instituições de direito civil*, 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 92-3).

Jurisprudência: Caso um dos credores solidários proceda à remissão do débito, a obrigação extingue-se para o devedor originário e o outro credor só tem direito de cobrança em face daquele que remitiu: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.201.961.002, rei. Pereira Calças, j. 11.02.2009.

Ação de responsabilidade civil. Indenização. Ação procedente. Réus e coproprietários que alienaram o imóvel e não transferiram o valor correspondente à fração ideal da autora, também coproprietária do bem. Responsabilidade dos alienantes de repassarem o percentual de 25% do valor da venda à outra coproprietária. Vedação ao enriquecimento sem causa. (TJSP, Ap. n. 397.471.4-5, rei. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 02.12.2008)

Art. 273. A um dos credores solidários não pode o devedor opor as exceções pessoais oponíveis aos outros.

CC/1916: sem correspondente.

Exceção é “a palavra técnica que tem hoje o significado de defesa, contrastando com a ação que é o ataque” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. III, p. 168). Não pode ser conhecida de ofício, ao contrário do que se verifica com as objeções, de maneira que somente sua alegação pelo réu autoriza seu exame pelo juiz da causa. Exceção pessoal é aquela que se contrapõe a apenas um dos credores solidários, não alcançando os demais. Exceções comuns são aquelas que podem ser alegadas perante qualquer dos credores solidários. É o caso da nulidade do negócio, da exceção de inadimplemento ou de causas de adimplemento, como pagamento, novação, dação etc (arts. 304 a 388). A conclusão que esse dispositivo permite, portanto, é que o devedor pode se defender perante todos os credores solidários com as exceções comuns e com as pessoais relativas a cada um deles. Destarte, se o devedor não puder ofertar exceção pessoal oponível a um dos credores solidários que ajuizou a demanda, estará obrigado a pagar aos que figuram na demanda a cota indevida ao primeiro. Nesse caso, só lhe restará ajuizar ação específica ante o credor em relação ao qual dispunha de uma ação específica para receber a restituição do que indevidamente pagou aos demais. Caso, por exemplo, A, B e C sejam credores solidários de Y e somente A o tenha coagido a firmar o instrumento de confissão de dívida, sem que a coação seja conhecida pelos demais, Y não poderá invocar o defeito em ação ajuizada por B. Desse modo, poderá este receber a integralidade da dívida, cabendo a Y ajuizar ação ante o coator A, para receber o que indevidamente pagou. Não poderá, porém, nos termos do presente artigo, invocar a coação de A em relação a B, autor da ação. Observe-se que a solução encontraria equivalência com o disposto no art. 154 do Código Civil, já que A deve ser considerado terceiro em relação ao negócio jurídico celebrado entre B, C e Y, pois os dois primeiros desconheciam a coação. É certo, contudo, que A fará jus ao recebimento de sua cota-parte recebida por B e C, pois a coação dirigiu-se a Y e não pode ser invocada pelos cocredores, para excluir seu direito ao crédito.

Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.

CC/1916: sem correspondente.

O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, enquanto o favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve. Se o julgamento de uma ação movida por um dos credores solidários lhe é desfavorável (acolhendo-se, por exemplo, alegações de inexistência do débito, quitação, ou inépcia da inicial), seus efeitos não podem atingir os demais, que não integraram a relação jurídica processual. Mas, se os argumentos apresentados pelo devedor nessa mesma ação forem rejeitados, a decisão aproveitará aos demais credores, o que parece significar a extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada a quem não integra a lide (ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Niterói, Impetus, 2004, p. 92). Essa regra geral, porém, não prevalece quando a defesa apresentada pelo réu for exceção pessoal relativa ao credor que se sagrou vencedor. Alegação capaz de comprometer o sucesso da ação de cobrança movida pelo credor solidário é a prescrição. Caso o devedor articule a prescrição da pretensão do credor que ajuizou a demanda, sua

rejeição pela sentença, com conseqüente condenação da obrigação de pagar, aproveita aos demais credores, segundo a parte final do dispositivo em exame. No entanto, se a rejeição da alegada prescrição resultar da peculiaridade da condição do credor que ajuizou a ação, cuja menoridade impedia a fluência do prazo prescricional, nos termos do inciso I do art. 198 do Código Civil, a sentença não pode aproveitar aos demais credores. O julgamento favorável ao absolutamente incapaz decorre de uma condição pessoal sua, e insuscetível de ser aproveitada pelos demais. A exceção comum, portanto, torna-se pessoal em relação ao credor, pois foi sua condição específica de incapaz que impediu a fluência do prazo e essa situação não socorre os demais credores capazes. Registre-se que o disposto no art. 204 do Código Civil não se aplica ao exemplo dado, pois a incapacidade é hipótese de suspensão, e não de interrupção do prazo prescricional. E, no que tange aos casos de suspensão, os demais credores solidários só serão beneficiados se o objeto da prestação for indivisível (art. 201 do CC). O fato de o julgamento favorável aproveitar aos demais credores não prejudica o devedor, que já teve ampla oportunidade de defesa no primeiro processo ajuizado. De outro lado, se o credor que ajuíza a ação foi malsucedido por sua inépcia ou descuido, essa situação não prejudica os cocredores, que poderão ajuizar a ação sem reflexo daquela anteriormente ajuizada. A regra preserva o interesse dos credores que não participaram do processo e podem produzir outras provas ou deduzirem melhores argumentos em defesa de seus próprios interesses. Solução contrária permitia que o crédito de que são titulares percesse sem que tivessem o direito de defendê-lo. A segunda parte do artigo em exame oferece solução diversa para o caso em que o julgamento - procedência ou improcedência - for favorável a um dos credores solidários. Nesse caso, a regra geral é que a decisão produz efeitos em relação aos outros credores, que poderão se beneficiar do conteúdo da sentença. No entanto, esse benefício não lhes poderá ser concedido nos casos em que o sucesso do credor na demanda resulte de exceção pessoal que apenas a ele diga respeito. Nos casos de defeito do negócio jurídico, a pessoalidade da exceção parece menos relevante na prática. Havendo defeito, o negócio deve ser anulado em ação especificamente movida para esse fim (art. 177 do CC). Contudo, como a anulação compreende todo o negócio, não haverá como admitir sua subsistência parcial apenas no que se refere ao credor que possui uma exceção pessoal que possa beneficiá-lo (caso do estado de perigo desconhecido por algum dos credores de uma confissão de dívida).

Seção III

Da Solidariedade Passiva

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

CC/1916: arts. 904 e 910.

Este artigo oferece o conceito de solidariedade passiva, segundo a qual o débito é exigido total ou parcialmente de apenas um ou alguns dos diversos devedores, que não poderão invocar sua responsabilidade parcial para pagar apenas o que lhes cabe no total da dívida. Embora existam vários devedores, cada um deles é visto, do ponto de vista do credor, como se fosse um único, de modo que ele poderá optar entre receber a dívida de todos os devedores, ou cobrá-la integralmente de apenas um deles. Em conseqüência, o credor pode optar pela cobrança que lhe convier: todo o débito de um dos devedores; a cota de cada devedor em relação a cada um

deles; a cota do devedor em relação a este e o saldo de um ou de todos em conjunto; enfim, poderá postular o valor da dívida do modo que desejar, sem restrições. A segunda parte do artigo impõe a conservação da solidariedade em relação ao saldo devedor que subsiste após o pagamento parcial. Significa dizer: mesmo se um dos devedores paga sua cota-parte do débito ao credor, nem por isso deixa de ser solidariamente responsável pelo restante da dívida ainda não saldada. Não haverá renúncia à solidariedade se a ação for proposta perante um ou alguns devedores, pois o credor, se não obtiver êxito na demanda deduzida ante um dos devedores, poderá ajuizar ação para receber o débito integral, ou parcial, dos demais devedores. Essa regra, contida no parágrafo único do artigo, foi alterada em relação ao art. 910 do Código Civil de 1916

- que expressamente autorizava o ajuizamento de outra ação em relação aos demais devedores ainda não acionados, valendo-se da expressão “não fica inibido de acionar os outros”. A mudança na redação do dispositivo motivou reflexão de Eduardo M. G. de Lyra Jr., que considerou possível a interpretação segundo a qual o credor, ao optar por ajuizar a ação em relação a um dos devedores, não pode, posteriormente, cobrar a dívida de outro devedor, a não ser em determinadas circunstâncias limitadoras desse direito. Sustenta que o parágrafo único do artigo em exame apenas expressa a subsistência da solidariedade em relação aos devedores acionados nessa demanda (que responderão pela totalidade da dívida), mas vetou o ajuizamento de nova ação em relação aos demais devedores (*Revista de Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. XIII, p. 29-50). A posição adotada por Lyra Jr., porém, não conta com a concordância de Renan Lotufo, que esclarece que o credor que não obtém seu crédito do devedor solidário cobrado em primeiro lugar não está impedido de cobrar os demais, conjunta ou individualmente, pois o objetivo da solidariedade é facilitar a cobrança do crédito e proteger o credor do risco de insolvência (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 111). O mesmo entendimento é perfilhado por Carlos Roberto Gonçalves (*Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 173).

Jurisprudência: Direito civil. Agravo regimental no recurso especial. Solidariedade passiva. Dois codevedores. Transação com um deles. Outorga de quitação plena. Extinção da solidariedade. Direito civil. Indenização. Dano efetivo. Danos morais. Alteração pelo STJ. Valor exorbitante ou ínfimo. Possibilidade. Na solidariedade passiva o credor tem a faculdade de exigir e receber, de qualquer dos codevedores, parcial ou totalmente, a dívida comum. Havendo pagamento parcial, todos os demais codevedores continuam obrigados solidariamente pelo valor remanescente. O pagamento parcial efetivado por um dos codevedores e a remissão a ele concedida, não alcança os demais, senão até a concorrência da quantia paga ou relevada. Na espécie, contudo, a sobrevivência da solidariedade não é possível, pois resta apenas um devedor, o qual permaneceu responsável por metade da obrigação. Diante disso, a consequência lógica é que apenas a recorrida permaneça no polo passivo da obrigação, visto que a relação solidária era constituída de tão somente dois codevedores. O acolhimento da tese do recorrente, no sentido de que a recorrida respondesse pela integralidade do valor remanescente da dívida, implicaria, a rigor, na burla da transação firmada com a outra devedora. Isso porque, na hipótese da recorrida se ver obrigada a satisfazer o resto do débito, lhe caberia, a teor do que estipula o art. 283 do CC/02, o direito de exigir da outra devedora a sua quota, não obstante, nos termos da transação, esta já tenha obtido plena quitação em relação à sua parte na dívida. A transação implica em concessões recíprocas, não cabendo dúvida de que o recorrente, ao firmá-la, aceitou receber da outra devedora, pelos prejuízos sofridos (correspondentes a metade do débito total), a quantia prevista no acordo. Assim, não seria razoável que a outra devedora, ainda que por via indireta, se visse obrigada a despendar qualquer outro valor por conta do evento em relação ao qual transigiu e obteve quitação plena. Os arts. 1.059 e 1.060 do CC/02 exigem dano material efetivo como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Pre-

cedentes. A intervenção do STJ, para alterar valor fixado a título de danos morais, é sempre excepcional e justifica-se tão somente nas hipóteses em que o *quantum* seja ínfimo ou exorbitante, diante do quadro delimitado pelas instâncias ordinárias. Precedentes. Agravo provido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, lhe dar provimento. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 1.091.654, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 17.03.2009)

No caso de pagamento parcial da dívida por um ou algum dos devedores, todos os demais continuam solidariamente responsáveis pelo remanescente: STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 692.427, 3ª T., rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.11.2007; RSTJ128/355; TJSP, AI n. 7.308.242.300, rei. Álvaro Torres Júnior, j. 06.07.2009; TJSP, AI n. 6.138.814.900, rei. A. C. Mathias Coltro, j. 09.09.2009.

Despesas de condomínio. Cobrança. Solidariedade dos coproprietários. Legitimidade de qualquer um deles para responder pela dívida toda da unidade autônoma. Os coproprietários da unidade autônoma são devedores solidários na forma do art. 275, do Código Civil, podendo o credor optar por exigir a dívida de todos ou de qualquer um deles. Justiça gratuita. Requisitos presentes. Benefício concedido. Nos termos do art. 4º da Lei n. 1.060/50, a parte desfrutará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação de que não tem condições de pagar as custas processuais e os honorários advocatícios sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Recurso do autor provido. Apelação da requerida parcialmente provida. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1.088.957.006, 34ª Câmara de Direito Privado, rei. Emanuel Oliveira, j. 02.07.2008)

Cisão de sociedade e solidariedade da companhia cindida: Execução. Título judicial. Substituição da executada no polo passivo por força de sua cisão. Descabimento contra a vontade do credor. Obrigação solidária. Na hipótese de cisão parcial da sociedade anônima a companhia cindida é sempre solidariamente responsável pelas obrigações que tiver assumido anteriormente à cisão, na forma do disposto na segunda parte do *caput* do art. 233 da Lei n. 6.404/76. Consequentemente, por força dos princípios da solidariedade passiva, ao credor assiste o direito de exigir a dívida, por inteiro, de qualquer um dos codevedores (art. 904 do Código Civil de 1916 e art. 275 do novo estatuto civil), e tendo optado em cobrá-la com exclusividade da empresa cindida, nada justifica, contra sua vontade, instalar a sociedade que absorveu parcela do patrimônio da cindida no polo passivo da execução. (TJSP, AI n. 1.119.831.003, 28ª Câmara de Direito Privado, rei. Amaral Vieira, j. 13.11.2007)

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Rejeição de objeção de não executividade. Imposto Predial e Territorial Urbano. Taxas de conservação de vias e logradouros públicos, de extinção e prevenção de incêndios e de remoção de lixo domiciliar. Exercícios de 1994 a 1996. Prescrição. Não configuração. Imóvel pertencente a várias pessoas naturais. Obrigação solidária. Citação válida de um dos coproprietários antes do decurso do prazo prescricional. Interrupção da prescrição contra todos os devedores solidários. Inclusão dos demais coobrigados no polo passivo. Admissibilidade. Prescrição intercorrente não verificada. Inexistência de inércia do credor. Inteligência do art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80 e dos arts. 124, I, 125, III, e 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional, combinados com os arts. 204, § 1º, e 275, parágrafo único, do Código Civil. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 6.645.365.700, 14ª Câmara de Direito Público, rei. Geraldo Xavier, j. 28.02.2008)

Locação. Embargos. Fiadores. Devedor solidário. Falência da locatária. Os fiadores, como devedores solidários, podem ser acionados não havendo que se cogitar em habitação do crédito perante o respectivo juízo da falimentar, ex vi do art. 275 do Código Civil, que autoriza ao

credor a exigência da dívida contra o devedor que escolher. (TJSP, Ap. com revisão n. 703.248.0/5/SP, 35ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Clóvis Castelo, j. 27.06.2005, v.u.)

Direito de vizinhança. Construção. Responsabilidade solidária. Danos materiais. Solidariedade do proprietário e do construtor pela reparação civil. Exigibilidade ou recebimento pelo credor de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente. Possibilidade. Art. 275, *caput*, do Código Civil. (TJSP, AI n. 962.751-0/5/SP, 34ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Gomes Varjão, j. 26.10.2005, v.u., voto n. 7.985)

Também não é demais anotar que, tratando-se de obrigações solidárias (emitente e avalista) ambos respondem pelo débito, como se fosse o único devedor, *in totum et totafiter* pelo cumprimento da obrigação. (TJSP, AI n. 7.127.791-9, rei. Des. Newton Neves, j. 03.04.2007)

Pré-executividade. Exceção. Rejeição. Pretensão de evitar lesividade decorrente da penhora, quando se evidencia não ostentar o pretense credor título executivo extrajudicial ou judicial que o habilite à execução. Ausência de condição da ação pela não inclusão da Serasa no polo passivo da ação. Inocorrência da carência da execução pela mera circunstância de ter sido esta proposta apenas contra o Banco, olvidando-se o credor da devedora solidária Serasa. Conduta autorizada pelo disposto no art. 275 do Código Civil, que repete a redação do art. 904 do estatuto revogado. Credor poderá executar apenas um ou algum dos devedores solidários, à sua vontade, sendo as conseqüências dessa conduta expressamente previstas na lei. Impossibilidade de rediscutir o devedor matéria assentada em decisão judicial transitada em julgado, na qual restou estabelecida de forma cabal a solidariedade. Litigância de má-fé afastada, por não se vislumbrar que o pedido do devedor tenha decorrido de conduta dolosa. Recurso parcialmente provido. (TJSP, AI n. 7.101.670-5/00, rei. Des. Manoel Mattos, j. 06.03.2007)

O princípio da ampla responsabilidade adotado pelo art. 904 do Código Civil então vigente (art 275 do Código Civil atual) para o intuito da solidariedade passiva impede que se estabeleça limitação de obrigação a um, ou alguns devedores solidários, cada um dos quais é responsável por todo o débito perante o credor. Essa regra tem o escopo de proporcionar maior facilidade ao credor na cobrança do seu crédito. Nesse sentido a doutrina de J. M. de Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro interpretado*, 3. ed. Freitas Bastos, p. 221-9), de Álvaro Villaça Azevedo (*Curso de direito: teoria geral das obrigações*, 9. ed. atualizada. Revista dos Tribunais, p. 100-5) e de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil. Teoria Geral das Obrigações*. 20. ed. revista. Forense, v. II, p. 95-102). (TJSP, Ap. n. 16.594.646-00, rei. Juiz Dimas Carneiro, j. 01.02.2006)

O proprietário e o construtor são responsáveis solidários pela reparação civil de todos os danos causados pela construção a vizinho. Por se tratar de obrigação solidária, o credor pode exigí-la e recebê-la de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, nos termos do art. 904 do Código Civil. (II TAC, Ap. n. 623.951-00/9, 10ª Câm., rei. Juiz Gomes Varjão, j. 05.06.2002)

O credor de dívida solidária, na forma do art. 910 do Código Civil, propondo a ação contra um dos devedores solidários, não fica inibido de acionar os outros. (JTA 193/400)

O codevedor solidário, em contrato acessório de fiança que, em transação, satisfaz a dívida por inteiro, tem o direito assegurado de voltar-se, regressivamente, contra os demais coobrigados, para deles exigir a cota-parte correspondente. A transação é modo indireto de extinguir o litígio, mas não desonera e nem transmuda a origem obrigacional da dívida. (II TAC, Ap. n. 634.744-00/8, 11ª Câm., rei. Juiz Artur Marques, j. 13.05.2002)

A dívida dos coproprietários com relação ao condomínio caracteriza-se como obrigação solidária, em que o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, o débito comum, conforme dispõem os arts. 904 do antigo Código Civil e 275 do novo diploma. Dessa forma, percebe-se que o litisconsórcio passivo é facultativo e não necessário, a teor do art. 46,1, do Código de Processo Civil. (II TAC, AI n. 789.169, 2ª Câm., rei. Juiz Andratta Rizzo, j. 14.04.2003)

No mesmo sentido: Ap. n. 632.631-00/4, 7ª Câm., rei. Juiz William Campos, j. 29.01.2002; Ap. n. 626.877-00/3, 3ª Câm., rei. Juiz Cambrea Filho, j. 19.02.2002; e Ap. n. 690.482-00/0, 2ª Câm., rei. Juiz Andratta Rizzo, j. 30.06.2003; todos do Eg. II TAC.

Responsabilidade civil extracontratual. Ilícito para cuja produção concorrem várias pessoas. Solidariedade. Havendo solidariedade passiva, todos os devedores respondem, perante o credor, pela integralidade da dívida, não importando o grau da culpa de cada um. (STJ, REsp n. 68.210/MS, rei. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 07.10.1996)

Do mesmo teor: STJ, EDcl no Ag. Reg. no CC n. 39.984/RJ; Processo n. 2003/0154362-3, rei. Min. Fernando Gonçalves, j. 24.11.2004.

Art. 276. Se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores.

CC/1916: art. 905.

O herdeiro do devedor solidário responde apenas por sua cota no quinhão hereditário. No entanto, se a obrigação for indivisível, responderá pela integralidade do bem, já que não haverá possibilidade de pagamento parcial. Os diversos herdeiros reunidos serão considerados como se fossem um só devedor solidário em relação aos demais codevedores. Dessa forma, pela parte do débito de responsabilidade do devedor falecido todos os herdeiros respondem, estabelecendo-se uma solidariedade legal. O art. 1.792 do Código Civil limita a responsabilidade do herdeiro ao valor da herança, dispositivo compatível com o de que ora se trata.

Art. 277. O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até à concorrência da quantia paga ou relevada.

CC/1916: art. 906.

O pagamento efetuado por um dos devedores não o libera da solidariedade em relação ao saldo devedor (art. 275). No entanto, o pagamento parcial e a remissão obtida por um dos devedores devem ser deduzidos do valor da dívida. A solidariedade subsiste em relação ao remanescente, como já afirmado, e não se poderia concluir pela quitação total ou liberação do devedor que efetua o pagamento.

Jurisprudência: Na solidariedade passiva o credor tem a faculdade de exigir e receber, de qualquer dos codevedores, parcial ou totalmente, a dívida comum. Havendo pagamento parcial, todos os demais codevedores continuam obrigados solidariamente pelo valor rema-

nescente. O pagamento parcial efetivado por um dos codevedores e a remissão a ele concedida não alcançam os demais, senão até a concorrência da quantia paga ou relevada. Na espécie, contudo, a sobrevivência da solidariedade não é possível, pois resta apenas um devedor, o qual permaneceu responsável por metade da obrigação. Diante disso, a consequência lógica é que apenas a recorrida permaneça no polo passivo da obrigação, visto que a relação solidária era constituída de tão somente dois codevedores. O acolhimento da tese do recorrente, no sentido de que a recorrida respondesse pela integralidade do valor remanescente da dívida, implicaria, a rigor, na burla da transação firmada com a outra devedora. Isso porque, na hipótese da recorrida se ver obrigada a satisfazer o resto do débito, lhe caberia, a teor do que estipula o art. 283 do CC/02, o direito de exigir da outra devedora a sua quota, não obstante, nos termos da transação, esta já tenha obtido plena quitação em relação à sua parte na dívida. A transação implica em concessões recíprocas, não cabendo dúvida de que o recorrente, ao firmá-la, aceitou receber da outra devedora, pelos prejuízos sofridos (correspondentes a metade do débito total), a quantia prevista no acordo. Assim, não seria razoável que a outra devedora, ainda que por via indireta, se visse obrigada a despendar qualquer outro valor por conta do evento em relação ao qual transigiu e obteve quitação plena [...]. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 1.091.654, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 17.03.2009)

No mesmo sentido: STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 692.427, 3ª T., rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.11.2007; *RSTJ*128/355.

Art. 278. Qualquer cláusula, condição ou obrigação adicional, estipulada entre um dos devedores solidários e o credor, não poderá agravar a posição dos outros sem consentimento destes.

CC/1916: art. 907.

Aquilo que o credor convencionava com apenas um ou alguns dos devedores não pode prejudicar a posição dos demais, salvo se eles concordarem. Ora, as disposições contratuais em geral só produzem efeito para os contratantes, e não atingem terceiros - o que decorre dos princípios da força obrigatória e da relatividade contratual. Destarte, os devedores solidários que não assumiram a obrigação adicional, por ela não respondem. Mais do que isso: além de assegurar que a obrigação não pode ser imposta aos que não a contraíram, o dispositivo em exame acrescenta que ela não pode prejudicar a posição dos demais. Ou seja, se o que foi convencionado apenas entre o credor e algum dos devedores vier a prejudicar de certo modo os codevedores, poderão estes suscitar a invalidade do pacto adicionado em relação a eles para eximir-se do prejuízo.

Jurisprudência: Embora se reconheça, em regra, a solidariedade passiva do locador e locatário na obrigação decorrente do consumo de água e esgoto no imóvel, na hipótese de acordo entre o locatário e a concessionária do serviço sem anuência do locador, com agravamento posterior do débito pela falta de corte e continuidade do serviço que continua a não ser pago, além de inviabilizar ação de despejo por infração contratual, incidente a regra do art. 278 do CC/02 (art. 907 do CC/16), tornando inexigível o crédito do locador. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.123.461.004, rei. Adilson de Araújo, j. 07.04.2009)

Art. 279. Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado.

CC/1916: art. 908.

A questão diz respeito ao perecimento ou deterioração da prestação objeto da solidariedade. Caso o fato não seja decorrente de culpa de qualquer dos devedores, a obrigação se resolve sem o compromisso de indenizar. No entanto, havendo culpa de todos, ou de ao menos um, dos devedores solidários, a solidariedade subsiste em relação ao equivalente da prestação. Contudo, somente o devedor ou os devedores culpados responderão pelas perdas e danos oriundos do perecimento ou da deterioração. A regra não diz, mas, se houver mais de um culpado, o valor da indenização é de responsabilidade solidária destes (art. 942, parágrafo único, do CC).

Jurisprudência: Prevalece a solidariedade pelo inadimplemento, mas pelas perdas e danos só responderá o culpado, pois se é uma pena civil, resultante de culpa, e pessoal, não pode ir além da pessoa do próprio culpado, já que ninguém é responsável por culpa alheia. Apenas o culpado ou os culpados arcarão com o ônus das perdas e danos. (II TAC, Ap. n. 642.483-00/0, 11ª Câmara, rei. Juiz Artur Marques, j. 18.11.2002)

Art. 280. Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida.

CC/1916: art. 909.

A hipótese tratada nesses autos não se confunde com aquela de que cuida o artigo antecedente, pois aqui não se cuida exclusivamente da impossibilidade da prestação. No caso desse dispositivo, a prestação pode também ter sido adimplida, mas não da forma e do modo devidos, incidindo juros de mora. Assim, trata-se de dispositivo que disciplina os casos em que incidem juros moratórios em dívida na qual exista solidariedade passiva. Esses juros são acessórios da obrigação principal - a prestação de maneira que a solidariedade a eles se estende. Mas o valor dos juros decorre da conduta culposa de um ou alguns dos devedores que a provocou, de maneira que caberá a este, ou a estes, indenizar os devedores não culpados pelo valor dos juros, ou seja, a obrigação acrescida. A regra não contempla outros prejuízos, que não sejam os juros. Assim, outros valores provenientes da mora serão de exclusiva responsabilidade do codevedor culpado (art. 279 do CC). Inclusive os juros suplementares previstos no parágrafo único do art. 404 do Código Civil não estão compreendidos nessa regra, pois não são juros de mora, expressão de conteúdo restritivo. Essa interpretação restritiva justifica-se também porque a regra a prevalecer é a da responsabilidade subjetiva no que tange ao valor das perdas e danos (art. 279), de maneira que não se justifica interpretação ampliativa. Ora, se pelas perdas e danos decorrentes da impossibilidade da prestação só responde o devedor culpado (art. 279), nada justifica que pelas perdas e danos que resultem da mora outra seja a solução legal - salvo no que se refere aos juros, como já se viu.

Jurisprudência: A indenização do DPVAT pode ser cobrada de qualquer seguradora que integre o convênio formado para operar o seguro, notadamente em função da solidariedade existente entre elas [...]. Juros de mora. Incidência a partir da data em que a primeira seguradora foi

interpelada extrajudicialmente para o pagamento, nos termos do art. 397, parágrafo único, c/c o art. 280 do CC [...]. (TJSP, Ap. cível n. 992.070.239.222, rei. Pereira Calças, j. 30.09.2009)

Art. 281. O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro codevedor.

CC/1916: art. 911.

O devedor demandado poderá deduzir em ação ajuizada pelo credor as exceções comuns e as que lhe forem pessoais. Contudo, não pode apresentar exceções que sejam pessoais para outros devedores. Nesse caso, o pagamento será integral, questionando-se as consequências jurídicas desse fato para o devedor que possui exceções pessoais insuscetíveis de alegação em virtude de ele não ter sido incluído na lide. O devedor solidário estará obrigado a responder pela integralidade da dívida, como decorre desse dispositivo. Terá, ainda, o direito de regresso contra o devedor que não figurou na demanda e que não teve oportunidade de opor ao credor a exceção pessoal de que dispunha em relação a ele. A este devedor restarão duas alternativas: a) voltar-se contra o credor para exercer seu direito - se houve coação, por exemplo, deve postular perdas e danos (art. 154 do CC), admitindo-se que os outros devedores não tenham sabido da coação; e b) suportar o pagamento de sua cota-parte, sem possibilidade de postular a devolução do que lhe cabia do credor que a recebeu, se tal não for possível - como ocorre com a prescrição, consumada apenas em relação a ele, uma vez que nessa hipótese não lhe será dado postular a restituição (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 302-3).

Art. 282. O credor pode renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores.

Parágrafo único. Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, subsistirá a dos demais.

CC/1916: art. 912.

A solidariedade é instrumento de garantia do credor, que, conseqüentemente, dele pode abrir mão. A renúncia pode referir-se a um, alguns ou todos os devedores, pois não acarreta nenhum prejuízo à situação dos outros devedores. Observe-se que os devedores não contemplados com a renúncia continuam obrigados pela integralidade da dívida, o que não altera a situação em que se encontravam, pois continuarão autorizados a cobrar a cota-parte do que foi liberado da solidariedade. O devedor contemplado com a dispensa, e somente ele, passará a responder perante o credor apenas pela parte da dívida que lhe cabe, liberando-se da obrigação de cumprir a totalidade da prestação. Esse é o único efeito da renúncia. O devedor não dispensado da solidariedade não pode invocar a redução da parte do codevedor contemplado com ela se cobrado pela integralidade da prestação, nos termos do disposto no artigo antecedente, pois se trata de exceção pessoal.

Jurisprudência: Cumprimento de sentença. Ajuizamento em face de todos os condenados solidariamente. Suposta renúncia do credor à solidariedade. Rejeição. Compete ao credor escolher entre seus devedores aquele que melhor lhe aprouver para o cumprimento da obrigação, podendo preferir um, algum ou todos. Não é de se presumir que o credor tenha querido cercear

sua garantia (*nemo juri suo facile renuntiare praesumitur*). Inexigibilidade, todavia, da multa, isso em razão do acolhimento, em parte, da impugnação por excesso da execução. Recurso provido em parte. (TJSP, AI n. 6.089.634.100, rei. A. Santini Teodoro, j. 03.02.2009)

Acidente de veículo. Ação de indenização. Sentença execução. Renúncia. Saldo devedor. Agravo provido. Nos termos dos arts. 282 do Código Civil de 2002 e 912 do Código Civil de 1916, havendo solidariedade entre três devedores e renunciando o credor em relação a dois deles pelo pagamento parcial, só pode executar o saldo devedor remanescente correspondente a 1/3 da condenação. (TJSP, AI n. 992.060.654.006(1082864600), 26ª Câm. do D. Terceiro Grupo (extinto II TAC), rei. Norival Oliva, j. 14.05.2007)

Condomínio. Despesas condominiais. Cobrança. Alegação de dificuldades financeiras como motivo para não adimplir com o débito. Irrelevância. Dívida incontroversa. Ação ajuizada em face de casal separado. Desistência no que tange à mulher. Admissibilidade pelo princípio da solidariedade entre os condôminos. Exegese dos arts. 275 e 282 do Código Civil. Recurso improvido. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1096152009, 29ª Câm. de Direito Privado, rei. Francisco Thomaz, j. 18.06.2008)

Art. 283. O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores.

CC/1916: art. 913.

Uma vez tendo quitado a dívida em sua totalidade, o devedor pode exigir dos demais a cota correspondente, pois entre os solidários não se mantém a possibilidade de aquele que pagou cobrar a totalidade da dívida dos demais devedores. Ele poderá postular de cada codevedor a cota-parte de cada um, exclusivamente. A parte de cada um dos devedores solidários presume-se igual, havendo, portanto, necessidade de prova de que essa igualdade não subsiste. Caso um dos devedores seja insolvente, aquele que pagou sua cota-parte fará jus à divisão daquilo que ele lhe devia entre os codevedores. Assim, se quatro devedores (A, B, C e D) deviam R\$ 100.000,00 a Y e A efetuou o pagamento total da dívida, poderá cobrar R\$ 25.000,00 dos outros devedores (B, C e D, responsáveis por cotas iguais). Se D é insolvente, seus R\$ 25.000,00 serão suportados por A, B e C, de modo que A poderá cobrar dos outros dois R\$ 8.333,33 - correspondentes à parte de D.

Jurisprudência: [...] Diante disso, a consequência lógica é que apenas a recorrida permaneça no polo passivo da obrigação, visto que a relação solidária era constituída de tão somente dois codevedores. O acolhimento da tese da recorrente, no sentido de que a recorrida respondesse pela integralidade do valor remanescente da dívida, implicaria, a rigor, na burla da transação firmada com a outra devedora. Isso porque, na hipótese da recorrida se ver obrigada a satisfazer o resto do débito, lhe caberia, a teor do que estipula o art. 283 do CC/02, o direito de exigir da outra devedora a sua quota, não obstante, nos termos da transação, esta já tenha obtido plena quitação em relação à sua parte na dívida. A transação implica em concessões recíprocas, não cabendo dúvida de que a recorrente, ao firmá-la, aceitou receber da outra devedora, pelos prejuízos sofridos (correspondentes a metade do débito total), a quantia prevista no acordo. Assim, não seria razoável que a outra devedora, ainda que por via indireta, se visse obrigada a despendar qualquer outro valor por conta do evento em relação ao qual transigiu e obteve quitação plena. Os arts. 1.059 e 1.060 do CC/02 exigem dano material efetivo como pres-

suposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Precedentes. A intervenção do STJ, para alterar valor fixado a título de danos morais, é sempre excepcional e justifica-se tão somente nas hipóteses em que o *quantum* seja ínfimo ou exorbitante, diante do quadro delimitado pelas instâncias ordinárias. Precedentes. A proporcionalidade da sucumbência deve levar em consideração o número de pedidos formulados na inicial e o número de pedidos efetivamente julgados procedentes ao final da demanda. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido. (STJ, REsp n. 1.089.444, 3ª T., rei. Min. Nancy Andrighi, j. 09.12.2008, DJ 03.02.2009)

Prestação de serviços. Cobrança. Microempresa. Seguridade social. Contribuição obrigatória. Art. 22 da Lei n. 8.212/91 c/c art. 3º, § 1º, f, da Lei 9.317/96. Encargos previdenciários. Empreiteira e subempreiteira. Solidariedade. Art. 31 da Lei n. 8.212/91. Ação regressiva de cobrança. Via adequada. Artigo 283 do Código Civil. Reembolso devido em 50% do valor retido no INSS. Notas fiscais canceladas. Crédito inexistente. Conserto de telhado. Ausência de impugnação específica. Direito disponível. Prova. Desnecessidade. Inteligência do art. 334, IV, do CPC. Cobrança devida. Ação parcialmente procedente. Recurso provido em parte. Confirmada a solidariedade entre as partes no pagamento dos encargos previdenciários, a autora que compulsoriamente o saldou por inteiro tem o direito de reclamar da coobrigada a sua cota, mediante ação regressiva de cobrança, nos termos do artigo 283 do Código Civil. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 930.363.000, rei. Ferraz Felisardo, j. 17.06.2009)

Ação ambiental. Guarujá. Execução. Multa diária. Penhora. Embargos. Transferência da propriedade. 1 - Exceção de pré-executividade. A exceção de pré-executividade permite a análise de nulidades aparentes do título executivo ou de questões, embasadas em prova pré-constituída, que justifiquem o não prosseguimento da execução. Não é meio idôneo para discutir o excesso de execução nem, como no caso dos autos, o cumprimento parcial ou total da obrigação, que exige a produção de provas. 2 - Embargos. Penhora. Admite-se a interposição de embargos sem penhora ou depois de penhora insuficiente, se impossível ao devedor garantir a execução no todo ou em parte. Necessidade de compatibilizar a segurança do juízo e o direito de o devedor opor-se à execução. 3 - Multa diária. Parte ideal. A responsabilidade objetiva e a solidariedade permite a cobrança da multa diária integral de qualquer dos condôminos, independentemente da proporção possuída. O executado poderá, à evidência, em ação autônoma recuperar do condômino a parte que lhe couber. Aplicação dos arts. 275 e 283 do Código Civil. 4 - Obrigação de fazer. Alienação do bem. A alienação do bem recomenda, uma vez que somente quem tem a posse pode promover a recuperação da área degradada, que a execução da obrigação de fazer se volte contra o proprietário sucessor. Questão complexa, a ser discutida nos embargos. 5 - Multa diária. Valor. A multa cominatória pode ter o valor alterado para mais ou para menos no curso da execução, conforme o contexto de cada processo. Inviabilidade de alterar a multa neste momento, ante a precariedade do instrumento e a falta de informações relevantes. Questão que o juiz apreciará no momento oportuno, caso interpostos os embargos. Agravo provido em parte para, efetivada a penhora dos bens indicados, facultar ao agravante a interposição de embargos ainda que insuficiente a garantia, com observação. (TJSP, AI n. 7.060.205.700, Câmb. Especial de Meio Ambiente, rei. Torres de Carvalho, j. 24.04.2008)

Execução por título extrajudicial. Contrato de empréstimo. Confusão não ocorrente, afastada a pretensão à extinção do processo, certo que o agravado, antes coexecutado e garantidor do contrato, é titular do crédito que antes pertencia ao Banco, visto que o adquiriu de terceiro, que fizera o pagamento diretamente à instituição financeira. Hipótese, entretanto, em que, não tendo o agravado se despedido da condição de garantidor, mantêm-se suas relações com

o outro garantidor e com o devedor principal, razão pela qual não pode exigir do primeiro a integralidade de seu crédito decorrente da cessão. Inteligência dos arts. 275, 283 e 285 do Código Civil. Agravo parcialmente provido. (TJSP, AI n. 7.127.577-9, rei. Des. Itamar Gaino, j. 23.05.2007)

Ação de execução. Penhora. Incidência sobre os bens de devedor solidário. Pedido formulado pelo coexecutado para que sejam também constritos bens dos demais devedores. Inadmissibilidade. Preceito do art. 620 do CPC que não se aplica à espécie. Arts. 275 e 283 do CC. Recurso desprovido. (TJSP, 7ª Câm. de Direito Privado, AI n. 343.476-4/8/Caraguatuba, rei. Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro, j. 29.09.2004, v.u.)

Execução. O devedor solidário que foi o único a ter bens penhorados na execução movida pelo credor, sub-rogando-se no crédito excedente a sua quota parte nos termos do art. 913 do Código Civil, está legitimado a prosseguir na execução (art. 567, III, do Código de Processo Civil); seu crédito, na hipótese, é líquido, certo e estará documentalmente comprovado, a autorizar o arresto de bens de codevedor se ocorrer uma das situações previstas no art. 813 do Código de Processo Civil. Agravo desprovido. (TJSP, 8ª Câm. de Direito Privado, AI n. 120.643-4/SP, rei. Des. Aldo Magalhães, j. 22.09.1999, v.u.)

Art. 284. No caso de rateio entre os codevedores, contribuirão também os exonerados da solidariedade pelo credor, pela parte que na obrigação incumbia ao insolvente.

CC/1916: art. 914.

O art. 282 autoriza o credor a renunciar à solidariedade em relação a um ou alguns dos devedores. Dessa forma, o presente dispositivo confere aos demais devedores o direito de receber do devedor liberado da solidariedade o ressarcimento de sua parte na obrigação do insolvente, obrigando-o a participar do prejuízo daí resultante. A dispensa da solidariedade, como mencionado, não exclui a obrigação do contemplado com a renúncia de ressarcir o devedor que paga a dívida, pagando-lhe sua cota-parte (art. 283 do CC). O presente artigo apenas deixa evidenciada a obrigação do dispensado da solidariedade de participar do prejuízo causado pela insolvência de um dos codevedores. Nos termos do disposto no art. 278 do Código Civil, a exoneração da solidariedade não pode agravar a situação dos demais devedores.

Art. 285. Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar.

CC/1916: art. 915.

Existem hipóteses em que há solidariedade entre os devedores, mas ela interessa apenas a um deles. Isso ocorre nos casos de contratos bancários em que o garantidor é devedor solidário, mas o mútuo é feito no interesse do mutuário, exclusivamente, e nos contratos de locação, nos quais o fiador é devedor solidário, mas o ajuste se faz para atender ao interesse do locatário. Nesses casos, se o garantidor ou fiador quita o débito, não se aplica a presunção de igualdade das cotas, nem se limita a possibilidade de o devedor que paga cobrar dos demais apenas uma fração da dívida (art. 283 do CC). O garantidor e o fiador poderão cobrar do garantido e do locatário o valor integral que pagaram ao credor na medida em que o débito não é de seu interesse e em nada os beneficiou.

Jurisprudência: Produto. Vícios. Ação proposta em face do comerciante. Denúnciação da lide à fabricante. Possibilidade. Recurso provido. Quando o produto apresenta vícios, o comerciante e a empresa fabricante respondem solidariamente (artigo 18 do CDC). Entretanto, como a existência dos vícios é de responsabilidade exclusiva da fabricante, o comerciante, por força do art. 285 do CC, tem direito de regresso contra ela, sendo cabível, portanto, a denúnciação da lide, nos termos do artigo 70, III, do CPC. (TJSP, AI n. 1.241.175.007, rei. Armando Toledo, j. 28.04.2009)

1 - Fiança. Obrigação solidária assumida contratualmente. Possibilidade de execução direta pelo tocador, sub-rogando-se a fiadora nos direitos do credor originário. Arts. 275, *caput*, e 285 do Código Civil, antigos 904 e 915 do CC de 1916. 2 - A exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 não é inconstitucional, pois o tratamento conferido ao fiador é o mesmo que deve ser dado ao locatário quando do exercício do direito de regresso por aquele, devendo eventual bem imóvel do locatário responder pelo débito originário da fiança honrada por quem o afiançou. 3 - Não é obrigatória audiência de tentativa de conciliação se a hipótese dos autos subsume-se à do art. 330,1. CPC. (TJSP, Ap. com revisão n. 665.340.000, rei. Soares Levada, j. 05.05.2004)

Cheque. Conta corrente conjunta. Título emitido por apenas um dos correntistas. Fato que não obriga o pagamento da cambial pelo outro. Solidariedade nos contratos bancários que se desenvolve nos limites das relações pactuadas entre o Banco e os titulares da conta corrente conjunta. Inteligência dos arts. 896 e 915 do CC. *Ementa da redação:* Nos contratos bancários, a solidariedade tanto ativa como passiva, disciplinada nos arts. 896 e 915 do CC, desenvolve-se nos limites das relações pactuadas entre o Banco e os titulares da conta corrente conjunta, razão pela qual não se pode confundir titular de conta conjunta com emitente solidário do cheque, pois a existência daquele tipo de conta, por si só, não conduz à solidariedade no pagamento do título emitido por apenas um dos correntistas. (RT770/260, rei. Juiz Artur César Beretta da Silveira)

TÍTULO II DA TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

CAPÍTULO I DA CESSÃO DE CRÉDITO

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação» a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

CC/1916: art. 1.065.

Créditos e dívidas têm natureza patrimonial e há interesse social e econômico em sua transmissão, a título universal ou singular, em razão da morte ou de ato negociai. No Direito romano, a obrigação estabelecia um vínculo pessoal tão estreito entre as pessoas que não se considerava possível transferi-lo a outros sujeitos. Também havia excesso de formalismo na constituição das obrigações, o que exigia que qualquer alteração subjetiva se procedesse com repetição de fórmulas, constituindo-se uma nova obrigação. Além do mais, a execução forçada da obrigação, em caso de inadimplemento, significava fazer incidir a coercitividade diretamente sobre a pessoa do devedor. Contudo, a expansão comercial ocorrida ainda na época

romana revelou que a transmissão das obrigações era essencial. Evolui-se, assim, para a transmissão de créditos, de débitos e até mesmo da própria posição contratual. Como ensina Renan Lotufo, é preciso observar que, embora transferência e sucessão sejam termos equivalentes, o primeiro diz respeito ao objeto e o segundo, ao sujeito (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 140). A transmissão de créditos, das dívidas e da posição jurídica de qualquer dos contratantes é fenômeno de grande relevância prática nas transações comerciais. Na vida econômica, diversas são as hipóteses em que a satisfação das obrigações pecuniárias não se concretiza em espécie. Nesses casos, a transmissão da obrigação de uma pessoa a outra é instrumento essencial para estimular a circulação de riquezas, prestigiando o crédito. E o crédito sempre foi havido como elemento integrante do patrimônio do credor, passível de transmissão como qualquer outro de seus componentes, a título gratuito ou oneroso. Vale observar que muitas vezes a obrigação não é extinta, mas substituída. Identificam-se, portanto, três espécies de transmissão de obrigações: a cessão de crédito, a cessão de débito e a cessão da posição contratual. O Código Civil em vigor, em capítulo próprio, disciplinou a cessão de crédito e a assunção de dívida, que não havia sido contemplada no Código Civil de 1916. A transmissão do crédito é sua passagem de um sujeito a outro, figurando entre os atos de alienação. Renan Lotufo registra que na cessão “o que se tem é uma mesma situação jurídica, em que o cessionário continua na situação do cedente; não se criam situações cronologicamente sucessivas quanto ao crédito” (op. cit., p. 141). A cessão de crédito pode resultar de um negócio jurídico, da lei ou de uma decisão judicial. Haverá cessão legal, por exemplo, quando a lei impuser a transferência de juros e garantias, como ocorre no art. 287 do Código Civil. E haverá cessão judicial quando a decisão atribuir a determinado herdeiro ou legatário um crédito do falecido. Para Luiz Manuel Telles de Menezes Leitão os requisitos da cessão de créditos são os seguintes: um negócio jurídico que estabeleça a transmissão da totalidade ou de parte do crédito; a inexistência de impedimentos legais ou contratuais a essa transmissão; e a não ligação do crédito à pessoa do credor como decorrência da própria natureza da prestação (*Direito das obrigações*. Coimbra, Almedina, 2002, v. II, p. 14). Normalmente, o negócio jurídico que serve de base à cessão é um contrato, de modo que serão necessárias, para sua formação, a declaração do cedente e a do cessionário. Mas também é possível que a cessão de créditos tenha origem em negócio jurídico unilateral, como ocorre no testamento. A cessão não é possível quando houver proibição legal ou contratual. A proibição legal verifica-se nas hipóteses em que a lei impede a transmissão do crédito - como ocorre com o direito de alimentos. Dessa espécie de proibição são exemplos os arts. 520 e 1.749, III, do Código Civil, que, respectivamente, proíbem a cessão do direito de preferência convencionado nos contratos de compra e venda e que o tutor seja cessionário de crédito do tutelado. A proibição contratual se verifica quando as próprias partes convencionam, expressa ou tacitamente, que o crédito não poderá ser objeto de cessão. A cláusula proibitiva da cessão deve constar do instrumento. Do contrário, presume-se que tenha havido autorização para ceder. A regra prestigia a boa-fé, pois não se pode admitir que, em uma sociedade marcada pela massificação e rapidez, os terceiros possam ser prejudicados pela proibição que desconhecem - se conhecem, não se verifica a boa-fé de que trata esse artigo. A proibição da cessão também pode decorrer da natureza da obrigação. É o que se verifica com o direito de alimentos devidos ao cônjuge em razão da separação e com os direitos da personalidade, que, nos termos do art. 11 do Código Civil, não são transmissíveis. Observe-se que o que não se pode transmitir é o próprio direito, mas não o valor pecuniário dele decorrente. Se os alimentos foram pagos, ou se representam débito inadimplido, pode-se operar a transmissão sem prejuízo do objetivo legal: transmitir o direito personalíssimo. Nessas hipóteses, o que se estará cedendo é apenas a expressão monetária decorrente do direito insuscetível de transferência. É relevante registrar que na cessão de créditos não há extinção da obrigação constituída, mas substituição da posição do credor. O crédito se transfere ao cessionário com suas vantagens e desvantagens, exatamente como pertencia ao cedente. No direito

moderno, admite-se, de modo geral, que o credor pode ceder a terceiro o seu crédito sem o consentimento do devedor. Exige-se apenas que o devedor seja informado da cessão, a fim de que ela lhe seja oponível. Assim é porque o devedor não tem interesse juridicamente protegido para se opor à cessão. Nessa relação jurídica, o credor que transmite o crédito é chamado cedente; o adquirente do crédito, cessionário; o devedor do crédito transmitido, devedor cedido. Para Sílvio Rodrigues, “a cessão de crédito é o negócio jurídico, em geral de caráter oneroso, pelo qual o sujeito ativo de uma obrigação a transfere a terceiro, ao negócio original, independentemente da anuência do devedor” (*Direito civil*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 91). Como negócio jurídico, a cessão de crédito depende dos pressupostos de validade consagrados no art. 104 do Código Civil. Isto é, as partes devem ser capazes, o objeto deve ser lícito, determinado ou determinável e a forma deve ser prescrita ou não defesa em lei. Importante modalidade de transmissão de crédito é a sub-rogação, que pode ser definida como “a substituição do credor na titularidade do direito a uma prestação fungível, pelo terceiro que cumpre em lugar do devedor ou que faculta a este os meios necessários ao cumprimento” (VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. Coimbra, Almedina, 1997, v. II, p. 335-6). Embora seja um modo de transferir crédito, a sub-rogação está fundada no cumprimento, enquanto a cessão tem sua base jurídica em contrato celebrado entre o transmitente e o adquirente do crédito. Ademais, o sub-rogado só poderá receber do devedor aquilo que desembolsou, diversamente do que ocorre com o cessionário, que não enfrenta essa limitação. Observam-se, porém, que as regras aplicáveis à sub-rogação convencional são as mesmas da cessão de crédito, em face do disposto no art. 348 do Código Civil. Ao contrário do que ocorria com o Código Civil de 1916, cujo art. 1.078 expressamente determinava a aplicação das regras da cessão de crédito à de outros direitos para os quais não houvesse modo especial de transferência, o Código em vigor não reproduziu essa regra. No entanto, é possível sua aplicação às hipóteses equivalentes em face da analogia. Se o objeto da cessão atentar contra a moral e os bons costumes, ela não será válida, se for do conhecimento do cessionário. Caso ele esteja de boa-fé, o fato não lhe poderá ser oposto. Também não podem ser cedidos créditos de caráter estritamente pessoal, ou personalíssimos. Dessa espécie são aqueles destinados à satisfação de um interesse físico ou moral da pessoa. Nesses casos, mesmo não havendo vedação legal ou convencional, a transferência não será possível. A cessão não é admitida para proteger os interesses do devedor em decorrência da relevância que assume a pessoa do credor em relação à prestação. Essa relevância pode ter caráter econômico decorrente da pessoa do credor, ou resultar do fato de que sua execução poderá prejudicar economicamente o devedor. Finalmente, é necessário atentar para o fato de que, se a cessão acarretar dificuldades ao devedor, será legítimo que ele se oponha a ela (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 153) ou que exija a manutenção das condições existentes e vigentes. Do contrário, e dependendo das condições em que se realiza o negócio, poderá postular perdas e danos. Condições personalíssimas do cedente. Há possibilidade de determinadas condições personalíssimas do cedente do crédito interferirem diretamente nas condições do crédito. É o que ocorre, exemplificativamente, com o crédito pertencente às instituições financeiras e aos consumidores. As primeiras estão autorizadas a contratar juros superiores a 12% ao ano (Súmulas ns. 596 do Supremo Tribunal Federal e 294 e 296 do Superior Tribunal de Justiça) e os segundos se valem de disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor. A cessão desses créditos não poderá autorizar o cessionário a se valer das mesmas disposições excepcionais, se ele não estiver na mesma situação pessoal do cedente, isto é, se não for instituição financeira no primeiro caso e consumidor, no segundo. A pessoa do credor, nos casos mencionados, é de tal modo relevante para as condições do crédito que, embora não seja obstáculo para a cessão, impede que os acessórios vinculados às suas condições personalíssimas acompanhem o crédito. Outro exemplo significativo será o de sub-rogação em direito do consumidor por uma seguradora. Ainda que o Código de Defesa do Consumidor reconheça a vulnerabilidade do consumidor, não se poderá transferir todo o tratamento benéfico que lhe é dispensado à segurado-

ra com a incidência pura e simples do art. 349 do Código Civil - recorde-se que à sub-rogação são aplicáveis os dispositivos da cessão de crédito (art. 348 do Código Civil), o que aproxima a questão do tema central dessa obra. A matéria é enfrentada no Direito Português, cujo Código Civil, em seu art. 582, n. 1, contém expressa referência ao fato de os acessórios não acompanharem o crédito se forem inseparáveis do credor. Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão, em capítulo de sua obra denominado “A Transmissão do direito a juros” observa que os acessórios do crédito se transmitem ao cessionário desde que não sejam inseparáveis da pessoa do credor (LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes. *Cessão de créditos*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 335). Mais adiante, o autor cuida da cessão de créditos ao consumo e adverte que ela não pode ser incluída entre as relações de consumo quando compreende a transmissão do crédito concedido ao consumidor, pelo fornecedor do produto ou serviço a um agente financeiro: “Efetivamente, embora o crédito possa ser cedido no âmbito de uma operação de financiamento, a verdade é que o fato de o negócio não ser celebrado com consumidores torna absolutamente inviável a sua integração nesta categoria”, (idem, ibidem, p. 336). A circunstância de o Código Civil brasileiro nada dispor especificamente a respeito, não obsta a que se chegue a esta conclusão, pois determinadas características do crédito podem estar de tal modo vinculadas à peculiar situação do credor-cedente que, embora não impeçam sua transmissão, não podem acompanhá-lo como acessório. Antunes Varela, também examinando o tema à luz do Código Civil português, observa que a “inseparabilidade mede-se pelo fundamento ou razão de ser do acessório. São inseparáveis do cedente os atributos do crédito que, pela sua natureza ou por convenção dos interessados, não podem transferir-se ou não devem considerar-se transferidos para o adquirente” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II. Coimbra, Almedina, 1997, p. 327). Nesse sentido, acórdão cuja ementa consta do item jurisprudência do art. 287: TJSP, Ap. n. 7.030.892-4, rei. Des. Roberto Mac Cracken, j. 18.10.2007.

Jurisprudência: Admitindo que o crédito cedido à União seja cobrado por execução fiscal, ainda que tenha natureza privada: STJ, REsp n. 1.126.491, rei. Min. Eliana Calmon, j. 16.12.2008.

Admitindo a cessão do seguro obrigatório: TJSP, Ap. cível n. 931.079-0/7/São José do Rio Preto, 26ª Câm. Direito Privado, rei. Juiz Elias Júnior de Aguiar Bezerra, j. 13.03.2006; TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.122.628.006, rei. Orlando Pistoresi, j. 21.01.2009.

Apelação. Ação de busca e apreensão de veículo conexa com ação de consignação em pagamento. Contrato de cessão de direitos referentes a veículo financiado e alienado fiduciariamente em garantia sem anuência do credor fiduciário, da seguradora do pagamento do débito e da devedora solidária. Posterior falecimento do cedente com o conseqüente acionamento da cobertura securitária cujas áleas se referiam exclusivamente à pessoa deste. Impossibilidade do cessionário beneficiar-se da situação, sob pena de chancela de enriquecimento sem causa. Violação do disposto no art. 1.065 do CC/1916 (atual art. 286 do CC/2002). Sentença de improcedência da busca e apreensão e procedência da consignatória reformada. Apelo provido. (TJSP, Ap. cível n. 992.050.678.263, rei. Pereira Calças, j. 26.08.2009)

Agravo de instrumento. Execução. Cobrança. Cessão de crédito. Admissibilidade. Instrumento regular, que contou com a anuência da executada. Situação que não se compadece com a de terceiro estranho à lide. Inteligência dos arts. 286, do atual Código Civil, e 158, do Código de Processo Civil. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, AI n. 374.066-5/2/Santa Cruz do Rio Pardo, 4ª Câm. de Direito Público, rei. Des. Soares Lima, j. 25.11.2004, v.u.)

Agravo de instrumento. Medida cautelar inominada. Caução representada por critério da agravada, de que é devedora a correquerida. Admissibilidade. Art. 827 do CPC. Possibilidade de cessão do crédito para compor a garantia exigida para litigar, porque inexistente vedação contratual. Exegese do art. 286 do CC. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 341.153.4/0-00/SP, 4ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Carlos Stroppa, j. 16.06.2005, v.u.)

Cobrança. Seguro. Ação intentada por oficina mecânica contra o segurado, em face do não recebimento da verba equivalente aos serviços prestados em veículo. Inadmissibilidade, se o prestador de serviços possui exclusividade com a seguradora, inclusive sendo parte no contrato. Hipótese que caracteriza cessão de crédito, onde a companhia de seguros passa a ser a responsável pelo adimplemento dos reparos efetuados. A oficina mecânica que realiza conserto de veículo, objeto de contrato de seguro, não pode intentar ação de cobrança contra o segurado, em face do não recebimento da verba equivalente aos serviços prestados, se possuía exclusividade com a seguradora, inclusive fazendo parte do contrato, que se tornou plurilateral, pois, em tais hipóteses, caracteriza-se a cessão de crédito, em que o segurado transmite ao prestador de serviços o crédito que possui com a companhia de seguros, que passa a ser a responsável pelo adimplemento dos reparos efetuados no bem. (RT 755/277)

Compromisso de compra e venda. Cessão de crédito. A cessão do crédito relativo às prestações a serem pagas pelo promitente comprador, não envolvendo a cessão pré-contrato, não retira a legitimidade do promitente vendedor para pleitear a rescisão. (STJ, REsp n. 163.599, rei. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.04.1998, DJU 15.06.1998)

Contrato. Bilateralidade. Cumprimento integral por um dos contratantes. Cessão por ele a terceiro que configura cessão de crédito e não de contrato. Circunstância que não permite ao contratante-cedido invocar a *exceptio non adimpleti contractus*. Outorga da escritura de venda e compra determinada. Ação procedente. Recurso não provido. Se o contrato bilateral já foi inteiramente cumprido por um contratante, a cessão por ele feita a terceiro não configura cessão de contrato, mas de crédito, circunstância que não permite ao contratante que se convencionou chamar cedido invocar a *exceptio non adimpleti contractus*. (JTJ 207/151)

Cessão de crédito fiduciária *pro solvendo* feita por cooperativa. Processo de liquidação extrajudicial instaurado cinco dias depois. "Período suspeito". Cedente que ajuíza execução forçada do crédito transmitido. Substituição de parte inadmissível. Caso de substituição processual. Legitimidade das partes. Alteração vedada (CPC, art. 42). Obrigação convencionada por instrumento particular. Ausência de registro. Ineficácia perante terceiros.

Negócio jurídico que corporifica cessão fiduciária *pro solvendo*, destituída de valia perante terceiros por maltrato a dispositivo expresso da Lei civil (CCB, arts. 1.067 e 135), consubstanciado em nominado "aditivo de contrato particular de permuta", celebrado para reforçar garantia da cessionária credora da cedente no período suspeito que precedeu a deflagração do processo de liquidação extrajudicial de cooperativa, não confere ao apontado cessionário legitimidade para, substituindo a credora primitiva, prosseguir em execução forçada como titular único do crédito, por tratar-se de substituição processual, em que é vedada a alteração da legitimidade das partes (art. 42 do CPC). Hipótese em que a credora-cedente prossegue no polo ativo como substituto processual, e a sentença tem seus efeitos estendidos aos sucessores das partes (CPC, art. 42, § 3º) sendo permitido a estes, somente, a assistência (CPC, arts. 50 e 42, § 2º), agravo a que se nega provimento. Decisão monocrática confirmada por sua conclusão. (TAPR, AI n. 106.490.000/Toledo, 1ª Câm., rei. Juiz conv. Renato Lopes de Paiva, j. 23.12.1997, DJ 20.02.1998, m.v.)

Cessão de crédito. Rescisão do contrato que o gerou. A ação de rescisão contratual é de quem participou do contrato - não do cessionário dos créditos decorrentes desse ajuste; acórdão que atribuiu à cessão de crédito efeito próprio da cessão de contrato. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 97.554/SP, 3ª T., rei. Min. Ari Pargendler, *DJU* 05.06.2000)

Tem legitimidade o cessionário para propor ação de busca e apreensão, oriunda de contrato de reserva de domínio, ante instrumento particular de cessão de créditos que transferiu à autora todos os direitos e privilégios decorrentes do contrato, inclusive com relação aos direitos para o recebimento do crédito do veículo objeto do contrato. (II TACSP, Ap. sem revisão n. 652.542-00/1, 11ª Câm., rei. Juiz Melo Bueno, j. 18.09.2000)

Cessão de crédito. Prova. Perícia. Confirmação por laudo técnico de que A é sucessora do Banco [...] na titularidade dos créditos. Ocorrência de fusão por absorção, com transmissão do patrimônio da sociedade incorporada para a sociedade incorporadora. Confirmação da legitimidade ativa da apelada para cobrança de título executivo extrajudicial líquido, certo e exigível. Manutenção da sentença. Recurso improvido. (I TACSP, Ap. n. 928.643-1/SP, 10ª Câm., rei. Juiz Frank Hungria, j. 21.08.2001)

Cessão de crédito. Cheques prescritos. Beneficiária transfere os cheques, em documento em separado, ao beneficiário inicial, que os recebera em pagamento de venda de equipamento de informática. Cobrança pelo cessionário. Cabimento. Irrelevância da inexistência de endosso. Ação procedente. Recurso improvido. Ilegitimidade *ad causam*. Cobrança cambial. Cheque. Conta conjunta. Cheques assinados por um dos titulares. Condenação daquele que não assinou os cheques. Inviabilidade. Ação procedente contra o titular da conta. Recurso adesivo improvido quanto ao tema. (I TACSP, AI n. 837.933-7, 5ª Câm., rei. Juiz Álvaro Torres Júnior, j. 02.10.2002)

Direito falencial. Decisão que defere habilitação de *crédito cedido*, por isso que reconhece força e valia à cessão, logicamente não viola o art. 1.065 do CCB. (STJ, REsp n. 38.230, rei. Min. Fontes de Alencar, j. 13.02.1996)

Execução. Morte do exequente. Ingresso do cessionário nos autos. Cessão do crédito realizada pelos herdeiros mediante escritura pública. Habilitação processual. Desnecessidade. Admissibilidade.

O cessionário de crédito, como novo titular do direito questionado em juízo, pode ingressar no processo, independentemente de habilitação. (II TAC, AI n. 802.329-00/7, rei. Juiz Luís de Carvalho, j. 04.06.2003)

Factoring: Ação anulatória. Cheques. Transferência. Compra e venda desfeita. Alegação da empresa de *factoring* quanto à inoponibilidade de exceções pessoais contra si. Descabimento. Hipótese de cessão de crédito e não de endosso cambial. Procedência mantida. Recurso não provido. (TJSP, Recurso n. 7.145.937-3, rei. Des. Souza José, j. 25.09.2007)

À conta dessa argumentação, é forçoso concluir-se que, para além de ser inconteste a legitimidade passiva da empresa de *factoring*, porquanto adquiriu o título mediante contrato de fomento, o fato de receber duplicatas sem haver precedentemente se cercado da certeza de que efetivamente correspondiam a uma verdadeira compra e venda mercantil ou a uma prestação de serviço, a expõe às consequências negativas dessa ação. E a circunstância de ter ou não havido comunicação da cessão é absolutamente irrelevante para a sacada, se o saque foi feito sem que existisse lastro para tanto. (TJSP, Ap. n. 7.165.789-3, rei. Des. Souza José, j. 18.09.2007)

Cessão da posição contratual. Necessidade do consentimento do cedido para produção de seus efeitos, sob pena de o negócio se restringir a cedente e o cessionário. (TJSP, Ap. n. 940.719-0/9, rei. Des. Artur Marques, j. 07.08.2006)

Ilegitimidade *ad causam*. Ação reparatória de danos por acidente de trabalho. Empresa que adquiriu a carteira de beneficiários de plano de saúde da antiga empregadora da autora. Hipótese em que a simples aquisição da carteira de beneficiários não importa sucessão da adquirente nas obrigações da alienante. Ilegitimidade passiva da adquirente reconhecida. Extinção do processo determinada. Recurso provido. (TJSP, AI n. 1.010.628/8, rei. Des. Rodrigues da Silva, j. 04.09.2007)

Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios.

CC/1916: art. 1.066.

A cessão não é novação, pois nesta última um novo crédito substitui o anterior. Na cessão, o mesmo crédito subsiste, transmitindo-se com todos os seus acessórios ao cessionário. Essa circunstância está consagrada no presente dispositivo. A distinção entre a cessão e a novação é relevante sobretudo quando se verifica que na primeira a intervenção do devedor é desnecessária, embora indispensável na segunda. E nem sempre a concordância do devedor com a novação é obtida com facilidade. Ademais, como a novação extingue a dívida anterior, todos os acessórios a ela vinculados também se extinguem, fazendo desaparecer as garantias da obrigação original. No caso da cessão, fianças e hipotecas oferecidas em garantia da dívida irão permanecer vinculadas a ela, ainda que o credor não seja o mesmo do momento da constituição da obrigação. O terceiro garantidor oferece-se para garantir a dívida levando em conta a pessoa do devedor. Como esta não é substituída, a cessão do crédito é irrelevante para aquele que oferece a garantia. Nada impede, porém, que as partes ressalvem a transmissão da garantia, estabelecendo que ela não acompanhará a transmissão do crédito. Na lição de Renan Lotufo, que se reporta ao Direito italiano, português e espanhol, dentre os acessórios que acompanham a cessão do crédito estão os frutos porventura produzidos (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 144). Mas não são apenas os acessórios do crédito que se transferem ao cessionário. Também as vicissitudes da relação de crédito, que possam enfraquecê-lo ou destruí-lo, são transferidas, pois ao devedor não é permitido nem mesmo se opor à cessão. Em decorrência disso, o devedor não pode ser colocado em situação inferior àquela em que se encontrava perante o cedente. Condições personalíssimas do cedente: vejam-se os comentários feitos em item específico no artigo anterior.

Jurisprudência: Ação de cobrança. Cessão de crédito oriunda de contratos bancários. Companhia securitizadora. Entidade não integrante do Sistema Financeiro Nacional. Impossibilidade de cobrança de encargos bancários.

É de registro que, mesmo em patamar infralegal, inexistente qualquer normalização que determine que os créditos cedidos por instituição financeira à companhia de securitização devam manter a mesma natureza atribuída aos contratos bancários. Assim, no caso específico, a partir das datas dos respectivos vencimentos dos contratos em questão, tendo em vista que as companhias securitizadoras não são instituições financeiras, não integrando, portanto, o Sistema Financeiro Nacional, mostra-se totalmente inadequado permitir que aquelas, como cessionárias de créditos bancários, tenham a prerrogativa de promover a cobrança de encargos contratuais cuja permissão é exclusiva das entidades pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional.

O Sistema Financeiro Nacional é constituído, nos termos da lei (Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964), basicamente, pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S.A., Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social e das demais instituições financeiras públicas e privadas, sendo que, para os efeitos da referida lei (Lei n. 4.595/64), as instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil. A apelada (empresa securitizadora) não pertence ao Sistema Financeiro Nacional e nem é fiscalizada pelo Banco Central do Brasil. Decisão em consonância com sentido do verbete sumular n. 596 do Excelso Supremo Tribunal Federal. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. n. 7.030.892-4, rei. Des. Roberto Mac Cracken, j. 18.10.2007)

Cuida-se de ação aforada por hospital que, após prestar atendimento às vítimas de variados acidentes de trânsito, tornou-se cessionário do suposto direito às diferenças da indenização prometida pelo DPVAT.

Ora, sendo esse o fundamento da propositura, a ela não se podia aplicar a regra de competência anunciada no art. 100, parágrafo único, do CPC, segundo a qual "nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato".

Com efeito, a referida disposição se volta especificamente para a demanda promovida pela vítima do acidente, a quem a lei procura beneficiar, mediante a designação daqueles foros alternativos, em consideração à natureza social do seguro veicular obrigatório.

Cuida-se, portanto, de uma prerrogativa personalíssima e, por isso, dela não se aproveita a pessoa jurídica que se torna cessionária dos direitos de múltiplas vítimas de acidentes automobilísticos e, nessa condição, vem a juízo pleitear diferenças de indenização. Tal entendimento, aliás, coaduna-se com a convicção da doutrina no sentido de a cessão de direitos transferir ao cessionário as vantagens que são ínsitas ao crédito, mas não as prerrogativas que são pessoais do credor. (TJSP, Ap. n. 1.086.967-0/8, rei. Des. Arantes Theodoro, j. 15.2.2007)

Processo civil. Cédula de crédito comercial. Ação de busca e apreensão. Embargos de terceiro julgados procedentes. Honorários advocatícios. Execução. Banco Meridional do Brasil S.A. e Caixa Econômica Federal. Legitimidade passiva *ad causam*.

1 - Lastreada em empréstimo concedido pelo Banco Central do Brasil, a Caixa Econômica Federal, através de Instrumento Contratual de Aquisição de Ativos, Consolidação, Confissão e Pagamento de Dívidas e Outras Avenças, adquiriu, em 30 abril de 1997, a carteira de crédito imobiliário e os créditos inadimplentes da carteira comercial do Banco Meridional do Brasil S.A.

2 - Se cédula de crédito comercial foi objeto de cessão à Caixa Econômica Federal, esta assume todos os seus acessórios, a teor do art. 287 do CCB 2002, e passa a ser responsável por eventuais ônus daí decorrentes.

3 - A Caixa Econômica Federal tem legitimidade para figurar no polo passivo de execução de honorários advocatícios arbitrados em sentença proferida em embargos de terceiro incidental à ação de busca e apreensão relacionada com crédito que lhe foi cedido pelo Banco Meridional do Brasil S.A. (TRF, 4ª Região, Al n. 200.804.000.074.493, 3ª T., rei. Roger Raupp Rios, j. 29.07.2008)

Execução de sentença. Desapropriação. Decisão que indeferiu o pedido da expropriada de recebimento de eventual diferença no tocante aos juros. Acerto. E que ocorreu, no caso, a cessão do crédito, não constando do Termo Particular de Cessão. Nenhuma ressalva ou exclusão. Assim, cedido o crédito, cedem-se todos os direitos decorrentes deste direito. O cessionário passa, por conseguinte, a ter legitimidade para postular eventual diferença que entender devida com relação ao crédito adquirido. Art. 287 do Código Civil. Agravo improvido. Voto. (TJSP, Al n. 7.116.705.400, 7ª Câm. de Direito Público, rei. Guerrieri Rezende, j. 28.01.2008)

Agravo de instrumento. Locação de imóveis. Execução. Bem de fiador. Penhora. Possibilidade. Cessão de crédito. Transferência integral da relação jurídica. Recurso improvido. 1 - "A EC n. 26/2000, que deu nova redação ao art. 6º, incluindo na Constituição Federal o direito à moradia, é norma programática, que serve de diretriz ao Poder Público na implementação de políticas que assegurem referido direito, não afastando, contudo, a penhorabilidade do bem imóvel do fiador locatfciio, persistindo a exceção do inciso VII, do art. 3º da Lei n. 8.009/90". 2 - A cessão de crédito tem como principal efeito a transferência para o cessionário da titularidade integral da relação jurídica cedida, isto é, o crédito e seus acessórios, que formam um todo de caráter patrimonial, constituindo-se num bem que tem valor de troca, podendo ser passível de alienação (CC/1916, art. 1.066, recepcionada pelo art. 287 do vigente CC). (TJSP, AI n. 1.008.772.800, rei. Egidio Giacoia, j. 13.03.2006)

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § Iº do art. 654.

CC/1916: art. 1.067.

A lei não impõe forma especial às cessões, que são negócios não solenes e consensuais, mas, para que ela seja eficaz em relação a terceiros, exige que a cessão seja celebrada mediante instrumento público ou particular, com os requisitos do art. 654, § Iº, do Código Civil. Prevê a ineficácia da cessão em relação a terceiros se ela não for celebrada dessa forma, substituindo a expressão “não vale” do art. 1.067 do Código Civil de 1916. É que a validade do negócio diz respeito apenas à relação estabelecida entre as partes que celebram a cessão. Os efeitos da cessão em relação a terceiros são irrelevantes à validade dela. A razão de o sistema legal condicionar a eficácia da cessão em relação a terceiros à existência de um instrumento público ou particular é a necessidade de os terceiros poderem conhecer sua existência. No entanto, tal exigência não basta para que terceiros tenham conhecimento da cessão se não for atendida a regra do art. 221 do Código Civil, que condiciona a produção dos efeitos ao registro no cartório competente. O Código Civil de 1916, em seu art. 1.067, condicionava a eficácia do instrumento de cessão em relação a terceiros ao cumprimento dos requisitos do art. 135 daquele diploma legal - que fazia expressa menção à necessidade da transcrição do instrumento no registro competente. Atualmente, sem o instrumento público ou particular com os requisitos mencionados no § Iº do art. 654 do Código Civil, não é possível que ele produza efeitos em relação a terceiros. O registro no órgão competente, contudo, permitirá que se presume seu conhecimento em caráter absoluto. Inexistindo o registro, a prova do conhecimento dependerá do exame de cada situação concreta. Mais uma vez, o dispositivo indica que a validade do negócio jurídico resulta do consenso entre cedente e cessionário, pois somente a produção dos seus efeitos perante terceiros é que fica condicionada à existência de instrumento apropriado, ou seu registro. As cessões de direitos hereditários e de créditos hipotecários dependem de instrumento público, na lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que se reportam aos arts. 289 e 1.793 do Código Civil (*Novo curso de direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 268). Deles, porém, se discorda em relação à cessão de direitos hereditários, que continua passível de transmissão por termo nos autos, como ensina Humberto Theodoro Jr. (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. III, t. II, p. 442). A cessão do crédito com garantia real dependerá da anuência do cônjuge à luz do disposto, pois haverá modificação subjetiva do direito real consubstanciado na garantia (art. 1.647,1, do CC), aplicando-se ao caso, ainda, o disposto no art. 108. Se se tratar de cessão de título prescrito ou já protestado, quando a lei cambial afirma que não se tratará de endosso,

mas de cessão de crédito, a regra é que os requisitos formais são dispensáveis, porque a lei especial que rege a matéria se satisfaz com o mero endosso do título (ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 209 e 219). De acordo com o item 9 do art. 129 da Lei n. 6.015/73, os instrumentos de cessão de direitos e de crédito, de sub-rogação e de dação em pagamento podem ser registrados no cartório de título e documentos.

Jurisprudência: Monitória. Cessão de crédito. Realização por instrumento particular, sem o competente registro, sendo ineficazes em relação a terceiros. Entendimento do art. 288 do Código Civil. As rés são estranhas às cessões de créditos, pois não participaram das transações levadas a efeito nem foram regularmente notificadas, nos termos do artigo 290 do Código Civil. São válidos os pagamentos efetuados pelas apeladas à cedente, o que não afasta a responsabilidade desta perante o cessionário. Ação extinta. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 7.311.885.300, rei. Carlos Lopes, j. 19.01.2009)

Honorários advocatícios. Imposto de renda na fonte. Pessoa jurídica. Agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de expedição de alvará para levantamento de honorários de sucumbência sem a retenção na fonte do imposto de renda à alíquota de pessoa física. O agravante pretende a expedição do alvará em favor da sociedade de advogados. Mas o mandato foi outorgado individualmente, até porque a sociedade nem existia quando do trâmite da ação. De outro lado, a suposta cessão de crédito à sociedade é imprestável ao fim colimado. Foi assinada pelo advogado na qualidade de cedente e de cessionário (aí como sócio-gerente), e é inoponível a terceiros, nos termos do artigo 288 do Código Civil. Agravo desprovido. (TRF, 2ª Região, AI n. 144.790, rei. Des. Guilherme Couto, j. 05.03.2009)

Agravo de instrumento. Tributário e processual civil. Cessão de créditos de precatório. Eficácia em relação a terceiros. Desnecessidade de anuência do credor. Arts. 286, 288 e 290, do CC/2002. Substituição no polo ativo da relação processual. Impossibilidade. Inoponibilidade de convenções particulares perante o Fisco. Art. 123, do CTN. Cancelamento do precatório para realização de compensação administrativa. Art. 66, da Lei n. 8.383/91. Inaplicabilidade da Lei n. 9.430/96. Impossibilidade de compensação de créditos de terceiros e de alteração da via eleita para execução do crédito. Art. 78 do ADCT. Agravo improvido.

1 - A cessão de créditos de precatório está prevista no ordenamento jurídico pátrio, não se fazendo necessária a intervenção judicial para tanto. Sobre o tema, dispõe o art. 286 do Código Civil.

2 - A cessão realizada, desde que atenda aos requisitos legais (realização por escritura pública e por instrumento particular posteriormente registrado), tem eficácia plena em relação não apenas ao cedente e cessionário, mas também a terceiros, de acordo com o disposto no art. 288 do CC/2002, contudo, apenas terá eficácia em relação ao devedor depois que esse é notificado da transmissão, não sendo necessária sua anuência, segundo o art. 290, do CC/2002.

3 - No caso concreto, a autora da Ação n. 2004.71.00.038404-3, Indústria de Flâmulas Gaúcha Ltda., cedeu, por escritura pública, o crédito referente ao precatório, ainda não expedido, em favor de CWM Comércio e Administração de Bonés Ltda. que, por sua vez, o repassou a empresa Cooperativa Vinícola Aurora, a qual peticionou ao juízo da execução pelo cancelamento do precatório, informando que pretende utilizar o referido crédito para compensação administrativa, com base no art. 66 da Lei n. 8.383/91.

4 - Trantando-se, como no caso, de transação particular que versa sobre créditos públicos, não é possível o ingresso de novo titular no polo ativo da relação processual, uma vez que o art. 123, do CTN, estabelece que não se pode opor ao Fisco as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos. Precedente desta Corte.

5 - A Lei n. 9.430/96 não é aplicável ao caso, uma vez que voltada especificamente aos tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. As compensações de créditos do INSS continuam regidas pelo art. 66 da Lei n. 8.383/91, com a redação dada pela Lei n. 9.069/95. Todavia, esse dispositivo legal só autoriza o contribuinte a compensar o que ele mesmo recolheu indevidamente com débitos subsequentes.

6 - A jurisprudência entendeu que essa forma de compensação era própria do regime de lançamento por homologação, em que o sujeito passivo é obrigado a recolhimentos de tributos periódicos e sucessivos, sendo-lhe facultado corrigir numa competência o pagamento indevido ou excessivo ocorrido em competência anterior. Mas não há previsão de compensar créditos de terceiros, e é sabido que a compensação, em direito tributário, encontra-se vinculado ao princípio da estrita legalidade (art. 170 do CTN).

7 - A exequente pode optar pela execução de seu crédito por precatório ou pela compensação, no entanto, eleita uma via, e já deflagrada sua operacionalização, não é possível optar pela outra, como pretende a agravante no caso concreto.

8 - As disposições do art. 78 do ADCT apenas autorizam a cessão dos créditos objeto de pagamento parcelado do precatório, não autorizando o uso desses créditos para compensação, até porque isso entraria em choque com o objetivo daquela moratória constitucional. Precedentes do STJ e desta Corte.

9 - Agravo de instrumento improvido. (TRF, 4ª Região, AI n. 200.704.000.095.248/RS, 2ª T., rei. Otávio Roberto Pamplona, j. 25.09.2007)

Acórdão. Embargos à execução. Instrumento particular de cessão de crédito. Duplicatas acompanhadas do comprovante de entrega da mercadoria. Título executivo. Ilegitimidade de parte e ausência de interesse de agir. Inocorrência. Desnecessidade de registro do termo de cessão para obrigar a devedora perante o credor. Este não se confunde com a figura do terceiro. Basta-lhe o conhecimento do negócio. Inteligência do art. 288 do Código Civil e art. 129 da LRP. Citação que tem equivalência à notificação. (TJSP, Ap. n. 1.257.246-4/00, rei. Des. Sulaiman Miguel Neto, j. 05.02.2007)

Sobrepilha. Pedido indeferido. Cessão tida por absolutamente ineficaz por não ter sido feita através de instrumento público e por ter sido assinada pela inventariante. Apelante que sustenta não existir nenhuma determinação legal para que a cessão e transferência do título de fundo social tenha que ser feita através de instrumento público. Instrumento de mandato que deve gerar todos os efeitos legais, jurídicos e de direito que a lei lhe empresta.

O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1.067), antes de transcrito no registro público. Inteligência dos arts. 135 e 1.067 do Código Civil. Não vale, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido de solenidades do art. 135 (art. 1.068). Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 012.630-4/SP 9ª Câmara de Direito Privado, rei. Des. Brenno Marcondes, j. 30.06.1998, v.u.)

Cessão de crédito. Terceiros. Oposição. A cessão de crédito não inscrita no registro de títulos e documentos não é oponível a terceiros para fins de exclusão do crédito da constrição judicial. Precedente citado: STJ, REsp n. 19.661/SP, DJ 08.06.1992. (STJ, REsp n. 422.927/R0, rei. Min. Ruy Rosado, j. 03.09.2002)

Na cessão civil de crédito, o depoimento pessoal do cedente juízo constitui mero ato de instrução processual, insuscetível de substituir a necessidade de comunicação escrita da ces-

são ao devedor, como exigida pelo art. 1.069 do Código Civil. (STJ, REsp n. 317.632, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2001)

Cessão de crédito. Rescisão do contrato que o gerou. A ação de rescisão contratual é de quem participou do contrato - não do cessionário dos créditos decorrentes desse ajuste; acórdão que atribui à cessão de crédito efeito próprio da cessão de contrato. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 97.554, rei. Min. Ari Pargendler, j. 25.04.2000)

Art. 289. O cessionário de crédito hipotecário tem o direito de fazer averbar a cessão no registro do imóvel.

CC/1916: art. 1.067, parágrafo único.

O crédito garantido por hipoteca pode ser cedido. Para ser oponível a terceiros é preciso que dê ingresso no registro do imóvel, o que dependerá de escritura pública e outorga uxória, pois haverá alteração subjetiva do titular do crédito com garantia real, aplicando-se ao caso o disposto nos arts. 108 e 1.647,1, deste Código.

Jurisprudência: Locação de imóvel. Embargos de terceiro. Efetuada a baixa da hipoteca averbada, e sem o devido registro do instrumento particular de cessão de crédito hipotecário, a dação em pagamento efetuada após a propositura da ação configura fraude à execução. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 992.090.374.214, rei. Felipe Ferreira, j. 12.08.2009)

Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

CC/1916: art. 1.069.

Embora seja terceiro em relação à cessão, que se aperfeiçoa sem seu consentimento (ver comentário ao art. 288), o certo é que a eficácia do negócio em relação ao devedor depende de sua notificação, ou de que declare conhecê-la em instrumento público ou particular, ainda que não elaborado com esse objetivo específico, pois a lei não faz tal exigência. Na maioria dos casos, a cessão de crédito pode ser celebrada sem forma solene, mas em sede doutrinária foi discutido se ela se aperfeiçoa sem a notificação do devedor. O exame da questão tinha maior relevância na vigência do Código Civil de 1916, cujo art. 1.069 afirmava a invalidade da cessão até a notificação. No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência já afirmava que a expressão “não valerá” equivalia a “não será eficaz” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 54-5). A legislação em vigor deixou evidente que apenas a eficácia da cessão em relação ao devedor dependerá de sua ciência. Tal conclusão se extrai não só do presente artigo, mas também dos arts. 288 e 293, que autorizam o cessionário a exercer atos conservatórios de seu direito independentemente do conhecimento do fato pelo devedor - o que só é possível porque se lhe reconhece o direito independentemente da notificação. O mencionado dispositivo legal destaca que a ciência do cedido deve ser expressa e formal. Pode ser judicial ou não, promovida pelo cedente ou pelo cessionário e, em se tratando de dívida solidária, deve ser feita a todos os codevedores. Não se aplica, porém, àquelas hipóteses em que não há relação direta entre o portador e o

devedor (títulos de crédito) (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 149).

Jurisprudência: Processual civil. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Incidência. Execução de título judicial. Cessão de direitos. Notificação do devedor. Desnecessidade. Precedentes. 1 - Não se conhece de recurso especial quanto a matéria que não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem (Lei 9.430/1996 e art. 286 do Código Civil de 2002). Dada a ausência de prequestionamento. Incidência das Súmula 282/STF. 2 - A cessão de crédito *sub judice* é tratada especificamente pelo art. 567 do CPC, não se aplicando o disposto no art. 1.069 do CC/1916, que exige a notificação do devedor. 3 - Precedentes das Turmas do STJ. 4 - Recurso Especial de que se conhece parcialmente e a que, nessa parte, nega-se provimento. (STJ, REsp n. 720.207, 2ª T., rei. Min. Herman Benjamin, j. 07.08.2008, DJ 24.03.2009)

Monitória. Cartão de crédito. Ausência de prévia notificação do requerido, para ciência da cessão de crédito ocorrida. Inteligência do art. 290 do Código Civil. Hipótese que não afasta instauração do processo monitório. Inicial instruída com contrato não assinado, mas com extratos completos e detalhados. Possibilidade. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 7.359.961.200, rei. Antônio Ribeiro, j. 06.10.2009)

Responsabilidade civil. Inexigibilidade do débito. Cessão de crédito sem notificação do devedor. Ausência de pagamento. Ineficácia prevista no art. 290 do Código Civil protege apenas o devedor que pagou o débito ao credor originário sem conhecimento sobre a cessão, para não ser lhe exigido a pagar novamente ao cessionário. Existência de débito pendente. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Comprovação da postagem da comunicação de inscrição, nos termos do art. 43, § 2º, do CDC. Sentença confirmada. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 6.107.554.200, rei. Elcio Trujillo, j. 04.03.2009)

1 - A compensação de crédito tributário só pode ser feita pela empresa que obteve a sua certificação judicial. Impossível a sua utilização por terceiro, em consequência de negócio jurídico de cessão celebrado.

2 - Não há dispositivo legal autorizando que contribuinte utilize créditos de terceiros para quitação de débitos. (STJ, REsp n. 939.651, 1ª T., rei. Min. José Delgado, j. 18.12.2007)

1 - Os arts. 41 e 42 do CPC, que dizem respeito ao processo de conhecimento, impuseram como regra a estabilidade da relação processual e, havendo cessão da coisa ou do direito litigioso, o adquirente ou o cessionário somente poderão ingressar em juízo com a anuência da parte contrária.

2 - No processo de execução, diferentemente, o direito material já está certificado e o cessionário pode dar início à execução ou nela prosseguir sem que tenha que consentir o devedor.

3 - Os dispositivos do Código Civil (arts. 290 do CC/2002 e 1.069 do CC/1916), que regulam genericamente a cessão de crédito como modalidade de transmissão das obrigações, não se aplicam à espécie, mas o Código de Processo Civil, que é norma especial e dispôs diversamente quando se trata de cessão de crédito *sub judice*. (STJ, REsp n. 726.535, 2ª T., rei. Min. Eliana Calmon, j. 17.04.2007)

Tributário. Precatório quitado na forma do art. 78 do ADCT. Possibilidade de cessão de créditos. Habilitação do cessionário nos autos da execução. Art. 567, II, do CPC.

1 - Em se tratando da imposição constitucional de pagamento parcelado de precatórios, o art. 78 do ADCT expressamente possibilita a cessão dos créditos, a fim de minimizar os

efeitos da demora ao credor. Assim, de rigor a aplicação do art. 567, II, do CPC, que permite ao cessionário promover a execução ou nela prosseguir quando o direito resultante do título executivo lhe tenha sido transferido.

2 - Diante da expressa previsão constitucional para cessão dos créditos, não há falar na aplicação do art. 42, § 1º, do CPC, que exige o consentimento da parte contrária para que seja viabilizado o ingresso do cessionário no polo ativo processual, sob pena de exigir requisito não estipulado pela Carta Maior para cessão dos créditos.

3. Nos termos do Código Civil, a cessão de crédito apenas possui eficácia perante o devedor com a sua notificação (art. 290), dispensada a sua anuência. Segundo o mesmo Codex, a falta de notificação ao devedor apenas tem o condão de desobrigá-lo caso efetue o pagamento ao credor primitivo (art. 292), não importando, contudo, a ilegitimidade do cessionário para promover ou continuar a execução, já que este pode exercer os atos conservatórios do direito cedido independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor (art. 293).

4 - Na hipótese, realizada a cessão por meio de escritura pública, revela-se perfeitamente possível a habilitação do cessionário nos autos para que sejam as parcelas remanescentes do precatório diretamente a ele pagas.

5 - Agravo de instrumento provido. (TFR, 4ª Região, AI n. 200.804.000.132.134/RS, 1ª T., rei. Joel Ilan Paciornik, j. 23.07.2008)

Cessão de crédito. Adjudicação. Contrato de mútuo representado por títulos executivos extrajudiciais. Execuções com penhora imobiliária. Cessão de crédito ligado a débito que se aproxima de R\$ 8.000.000,00 e feito pelo Banco do Brasil ao corréu pela simbólica quantia de R\$ 800.000,00. Cessão de direito prevista no art. 286 do CC que não exige notificação prévia, mas que pelo art. 290 condiciona a sua eficácia em relação ao devedor à sua notificação. Obrigatoriedade da notificação que enseja a conclusão de que se presta, dentre outros, ao exercício da preferência pelo devedor. A procedência da ação era de rigor não só pela legalidade do exercício da preferência exercido através desta demanda, mas também para prestigiar o princípio da menor onerosidade, nos termos do art. 620 do CPC, bem como para consolidar o princípio que veda firmemente o enriquecimento sem causa, a teor do art. 884 do CC. Princípios da boa-fé objetiva. A aplicação da interpretação integrativa da norma em benefício do devedor e sem prejuízo do credor original e do cessionário, tem, na sua essência, a realização de justiça concreta com base no princípio da razoabilidade, da equidade e de todos os princípios gerais de direito. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 5.687.574.100, 4ª Câm. de Direito Privado, j. 11.09.2008)

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Ilegitimidade *ad causam* da autora. A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando provado que este foi devidamente intimado. Inteligência do CC 290. A relação que envolve alienante e alienatário é de consumo e, portanto, se subsume ao regramento do CDC. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.134.493.009, 34ª Câm. de Direito Privado, rei. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 23.07.2008)

Agravo de instrumento. Tributário e processual civil. Cessão de créditos de precatório. Eficácia em relação a terceiros. Desnecessidade de anuência do credor. Arts. 286, 288 e 290, do CC/2002. Substituição no polo ativo da relação processual. Impossibilidade. Inoponibilidade de convenções particulares perante o fisco. Art. 123, do CTN. Cancelamento do precatório para realização de compensação administrativa. Art. 66, da Lei n. 8.383/91. Inaplicabilidade da Lei n. 9.430/96. Impossibilidade de compensação de créditos de terceiros e de alteração da via eleita para execução do crédito. Art. 78 do ADCT. Agravo improvido.

1 - A cessão de créditos de precatório está prevista no ordenamento jurídico pátrio, não se fazendo necessária a intervenção judicial para tanto. Sobre o tema, dispõe o art. 286 do Código Civil.

2 - A cessão realizada, desde que atenda aos requisitos legais (realização por escritura pública e por instrumento particular posteriormente registrado), tem eficácia plena em relação não apenas ao cedente e cessionário, mas também a terceiros, de acordo com o disposto no art. 288 do CC/2002, contudo, apenas terá eficácia em relação ao devedor depois que esse é notificado da transmissão, não sendo necessária sua anuência, segundo o art. 290, do CC/2002.

3 - No caso concreto, a autora da Ação n. 2004.71.00.038404-3, Indústria de Flâmulas Gaúcha Ltda., cedeu, por escritura pública, o crédito referente ao precatório, ainda não expedido, em favor de CWM Comércio e Administração de Bonés Ltda. que, por sua vez, o repassou a empresa Cooperativa Vinícola Aurora, a qual peticionou ao juízo da execução pelo cancelamento do precatório, informando que pretende utilizar o referido crédito para compensação administrativa, com base no art. 66 da Lei n. 8.383/91.

4 - Trantando-se, como no caso, de transação particular que versa sobre créditos públicos, não é possível o ingresso de novo titular no polo ativo da relação processual, uma vez que o art. 123, do CTN, estabelece que não se pode opor ao Fisco as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos. Precedente desta Corte.

5 - A Lei n. 9.430/96 não é aplicável ao caso, uma vez que voltada especificamente aos tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. As compensações de créditos do INSS continuam regidas pelo art. 66 da Lei n. 8.383/91, com a redação dada pela Lei n. 9.069/95. Todavia, esse dispositivo legal só autoriza o contribuinte a compensar o que ele mesmo recolheu indevidamente com débitos subsequentes.

6 - A jurisprudência entendeu que essa forma de compensação era própria do regime de lançamento por homologação, em que o sujeito passivo é obrigado a recolhimentos de tributos periódicos e sucessivos, sendo-lhe facultado corrigir numa competência o pagamento indevido ou excessivo ocorrido em competência anterior. Mas não há previsão de compensar créditos de terceiros, e é sabido que a compensação, em direito tributário, encontra-se vinculado ao princípio da estrita legalidade (art. 170 do CTN).

7 - A exequente pode optar pela execução de seu crédito por precatório ou pela compensação, no entanto, eleita uma via, e já deflagrada sua operacionalização, não é possível optar pela outra, como pretende a agravante no caso concreto.

8 - As disposições do art. 78 do ADCT apenas autorizam a cessão dos créditos objeto de pagamento parcelado do precatório, não autorizando o uso desses créditos para compensação, até porque isso entraria em choque com o objetivo daquela moratória constitucional. Precedentes do STJ e desta Corte.

9 - Agravo de instrumento improvido. (TRF, 4ª Região, AI n. 200.704.000.095.248/RS, 2ª T., rei. Otávio Roberto Pamplona, j. 25.09.2007)

Responsabilidade civil. Duplicata transmitida por cessão de crédito. Pagamento feito ao credor original. Admissibilidade. Devedor que não foi notificado da operação. Protesto que seria indevido, tanto mais por não ter qualquer utilidade. Negligência da apelante, portadora do título, caracterizada. Inteligência do art. 290 do CC.

Dano moral. Inocorrência. Simples envio de duplicata para protesto, obstado por liminar dada em medida cautelar, não gera qualquer prejuízo de ordem moral. Condenação, nessa parte, afastada. Apelação parcialmente provida. (TJSP, Ap. n. 7.126.605-4, rei. Des. José Tarciso Beraldo, j. 18.04.2007)

Ingresso do novo credor em processo de execução, com pedido de substituição no polo ativo dispensa anuência do devedor, pois é ato que não interfere na existência, validade ou

eficácia da obrigação. Interpretação dos arts. 42, § 1º, e 567, II, do CPC (STJ, REsp n. 588.321, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 04.08.2005).

Do mesmo teor: STJ, REsp n. 284.190, rei. Min. José Delgado, j. 24.04.2001, *DJ* 20.08.2001.

Para a eficácia da notificação, a lei apenas exige que ela seja plena e feita por escrito público ou particular, com o propósito de evitar que o devedor não tenha que efetuar novo pagamento. (STJ, REsp n. 588.321, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 04.08.2005)

Considerando que não há necessidade de notificação com forma especial, pois é suficiente manifestação de conhecimento da cessão pelo devedor. (STJ, REsp n. 94.698, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 08.05.2000)

Consentimento do devedor para ingresso do cessionário na execução: 1 - Os arts. 41 e 42 do CPC, que dizem respeito ao processo de conhecimento, impuseram como regra a estabilidade da relação processual e, havendo cessão da coisa ou do direito litigioso, o adquirente ou o cessionário somente poderão ingressar em juízo com a anuência da parte contrária.

2 - No processo de execução, diferentemente, o direito material já está certificado e o cessionário pode dar início à execução ou nela prosseguir sem que tenha que consentir o devedor.

3 - Os dispositivos do Código Civil (arts. 290 do CC/2002 e 1.069 do CC/1916), que regulam genericamente a cessão de crédito como modalidade de transmissão das obrigações, não se aplicam à espécie, mas o Código de Processo Civil, que é norma especial e dispôs diversamente quando se trata de cessão de crédito *sub judice*. (STJ, REsp n. 726.535, rei. Min. Eliana Calmon, j. 17.04.2007)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 687.761, rei. Min. Eliana Calmon, j. 06.12.2005.

Substituição processual. Execução por título extrajudicial. Cessão de crédito. Requerimento formulado pelo cessionário. Ausência de intimação da parte contrária. Recusa dos executados. Inteligência dos arts. 42, § 1º, e 567, II, do Código de Processo Civil. Discordância que deve ser respeitada, independente das razões. Recurso provido. (TJSP, AI n. 7.156.135-6, rei. Des. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 31.07.2007)

Cessão de crédito. Requisitos. Falta de notificação prévia do executado acerca da transferência do crédito. Desnecessidade, na hipótese, pois a ciência da cessão resultou da própria atuação do devedor no feito. Executado que não impugnou em nenhum momento a cessão, mesmo intimado a se manifestar sobre ela. Nulidade inexistente. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 7.163.091-0, rei. Des. João Camilo Prado Costa, j. 07.08.2007)

Do mesmo teor: TJSP, AI n. 7.145.320-8, rei. Des. João Camilo Prado Costa, j. 05.06.2007.

A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a ele notificada, contudo, a manifestação de conhecimento pelo devedor sobre a existência da cessão supre a necessidade de prévia notificação. Precedentes desta Turma. Em consonância com o disposto no art. 567, II, do CPC, pode ser dispensada a anuência do devedor quando formulado pedido de substituição do polo ativo do processo de execução, pois este ato processual não interfere na existência, validade ou eficácia da obrigação. (STJ, REsp n. 588.321, 3ª T., rei. Min. Nancy Andrighi, j. 04.08.2005)

É válida a cessão de crédito sem a participação da devedora, ainda que a eficácia a ela dependa de sua notificação. Presente prova de gastos de tratamento médico, cabe a segura-

dora pagar ao hospital os valores de seguro obrigatório que lhe foram cedidos. Ausente documento essencial é possível o indeferimento parcial da petição inicial de ofício. Recurso não provido, mas indeferida parcialmente a petição inicial de ofício. (TJSP, Ap. n. 955.339-0/5, rei. Des. Marcelo Benacchio, j. 13.02.2007)

Factoring. Transferência de crédito. Falta de notificação à devedora. Inexistência de direito líquido e certo. (STJ, Recurso Ordinário em MS n. 3.974, rei. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 03.05.2005)

Não é razoável exigir que o agricultor emitente de cédula de produto rural entregue a mercadoria na sede da cessionária, localizada a mais de mil quilômetros do local da produção. À falta de comunicação da cessão, é eficaz a entrega na sede do estabelecimento da primitiva credora, que recebe o produto e dá quitação. (RSTJ187/387)

1 - "Passando o agente financeiro a receber do cessionário as prestações amortizadas do financiamento, após tomar conhecimento da transferência do imóvel financiado a termo, presume-se que ele consentiu tacitamente com a alienação" (STJ, EREsp n. 70.684, rei. Min. Garcia Vieira, DJ 14.02.2000).

2 - A alienação do imóvel objeto do contrato de mútuo operou-se em 1989, quando ainda inexistia exigência legal de que o agente financeiro participasse da transferência do imóvel, não estando a mesma vedada por nenhum dispositivo legal. Consequentemente, inaplicáveis as regras contidas na Lei n. 8.004/90, que obriga a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda.

3 - Situação fática em que o credor (Banco Itaú) foi notificado em três ocasiões sobre a transferência do contrato. Embora tenha manifestado sua discordância com o negócio realizado, permaneceu recebendo as prestações até o mês de abril de 1995, ensejando a anuência tácita da transferência do mútuo.

4 - Consoante o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, porquanto é a base de sustentação da segurança jurídica, segundo o vetusto Código Civil de 1916, de feição individualista, que privilegiava a autonomia da vontade e a força obrigatória das manifestações volitivas. Não obstante, esse princípio sofre mitigação, uma vez que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como v. g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.

5 - Recurso especial desprovido. (STJ, REsp n. 573.059, rei. Min. Luiz Fux, j. 14.09.2004)

Contratos bancários. Ação revisional cumulada com repetição de indébito. Cessão de crédito. Questão que foge ao âmbito da lide, pois, não tendo sido notificada ao devedor, conforme a exigência legal, é ineficaz em relação a ele, que continua vinculado ao primitivo credor. Preliminar de ilegitimidade passiva arguida em contrarrazões repelida. Recurso improvido neste aspecto. (TJSP, Ap. cível n. 7.085.232-3, rei. Des. Itamar Gaino, j. 31.10.2007)

Cambial. Cheque. Cessão de crédito. Cessionária excluída por ilegitimidade. Empresa de *factoring* deve buscar a satisfação de eventual crédito através de meios próprios. Prova da quitação do débito ao credor original (cedente). Recurso desprovido. Sentença mantida. (TJSP, Ap. n. 1.094.718-1, rei. Des. Mauro Conti Machado, j. 17.10.2007)

Ilegitimidade *ad causam*. Preclusão para sanar defeito de representação processual. Impertinência. Validade de cartão do CNPJ que ostenta mera irregularidade fiscal. Representação sanada nos autos de execução. Preliminar rejeitada. Cambial. Notas promissórias. Emissão com base em contrato de mútuo. Inaplicabilidade da Súmula n. 258 do STJ. Inconfundibilidade

de endosso com cessão de crédito, nos termos dos arts. 290 e 910 do Código Civil. Apelação desprovida. (TJSP, Ap. n. 7.0390.499-00, rei. Des. Andrade Marques, j. 29.05.2007)

Ilegitimidade de parte. Contrato de execução de obras. Cessão de crédito. Notificação suprida pelo protesto. Preliminar rejeitada. (TJSP, Ap. n. 7.130.917-8/00, rei. Des. Heraldo de Oliveira, j. 04.04.2007)

Contrato. Cessão de crédito. Devedor não notificado. Irrelevância, pois exigido o pagamento pela cessionária, o devedor não demonstrou ter pago ao cedente. Art. 290 do novo Código Civil. Dispositivo legal destinado a preservar o devedor do cumprimento indevido da obrigação. Avença, ademais, firmada após o período de vencimento da obrigação principal, sendo que em razão da mora do réu-embargante, a sua citação para a ação atendeu eficazmente à notificação. Prova do pagamento do débito inexistente. Ação monitória procedente. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. n. 922.599-4/São José do Rio Pardo, 23ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. José Marcos Marrone, j. 19.04.2006, v.u., voto n. 4.817)

Ação monitória. Cessão de direitos. O registro da cessão somente tem o condão de gerar efeitos contra terceiros. Vinculação do devedor. Necessidade de notificação eficaz. Sentença reformada. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.020.951-5, rei. Des. Antonio Manssur Filho, j. 13.04.2007)

1 - Não há que se falar em nulidade do processo, se não ocorre verdadeiro aditamento da petição, mas mera correção de erro material, com possibilidade ainda de ampla defesa da parte contrária. 2 - A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a ele notificada, contudo, a manifestação de conhecimento pelo devedor sobre a existência da cessão supre a necessidade de prévia notificação [...]. (TJSP, Ap. n. 7.154.429-5, rei. Des. Gilberto dos Santos, j. 30.08.2007)

Quanto ao primeiro argumento, de fato, o art. 1.069 do CC/1916, reproduzido no art. 290 do novo Código Civil, estabelece que a cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada. Entretanto, no processo em exame, verifica-se que o recorrido, efetivamente, tomou conhecimento da ocorrência da cessão de crédito.

Às fls. 19 consta petição em que o recorrido reconhece a existência da cessão de crédito e informa que não aceita a substituição de partes pretendida pelo recorrente.

Não há na lei formalidade específica para a notificação, apenas exige-se a ciência plena do devedor por escrito público ou particular, tudo com o fim de garantir que o devedor não tenha que realizar novo pagamento após descobrir que pagou a quem não é mais credor.

Na hipótese, houve ciência do devedor acerca da existência da cessão, prova disso foi sua manifestação sobre o pedido de substituição processual. Assim, não há que se falar em ineficácia da cessão de crédito.

Esta Turma, inclusive, já se pronunciou sobre questão semelhante no julgamento do REsp n. 94.648, da relatoria do Eg. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no *DJ* de 08.05.2000. (STJ, REsp n. 588.321, rei. Min. Nancy Andrigli, j. 04.08.2005)

A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a ele notificada, contudo, a manifestação de conhecimento pelo devedor sobre a existência da cessão supre a necessidade de prévia notificação. Precedentes desta Turma. (STJ, REsp n. 588.321, rei. Min. Nancy Andrigli, j. 04.08.2005)

Cancelamento de protesto. Duplicata. Cessão de crédito. *Factoring*. Notificação do devedor. Pagamento ao cedente. Invalidade. Direito de regresso. Improcedência do pedido. A operação de

factoring representa contrato misto, implicando, dentre outros aspectos, verdadeira cessão de crédito, em que este é adquirido pelo cessionário, que assume o risco de sua cobrança. Se, após sua notificação acerca da aquisição do título em operação de faturização, o devedor faz o pagamento ao cedente, o ato revela-se inválido, sendo possível ao cessionário, para a competente cobrança, proceder ao protesto da duplicata. Efetuando o devedor o pagamento à empresa cedente, que o aceita, sabendo não mais ser credora da obrigação, manifesto o direito de regresso daquele contra esta. (TAMG, Ap. cível n. 361.096-4, 7ª Câm. Cível, rei. Juiz Vieira de Brito, *DJMG* 14.03.2003)

[...] Em atendimento ao disposto no art. 1.069 do Código Civil, a eficácia da sub-rogação convencional (art. 986, I, do mesmo Estatuto), em relação aos devedores, exige que sejam estes notificados do ajuste. Na hipótese, não foi dada ciência à fiadora da sub-rogação de créditos de alugueres e encargos, realizada entre a locadora e a empresa administradora do imóvel locado, que ajuizou a execução.

A citação dos fiadores em ação que executa créditos decorrentes de alugueres e encargos não tem o condão de suprir a notificação exigida pelo art. 1.069 do Código Civil, devendo ser restabelecido o teor da sentença de primeiro grau, que extinguiu a execução por ilegitimidade ativa da empresa executante. (STJ, REsp n. 304.389, rei. Min. Gilson Dipp, j. 03.05.2001)

Nesse mesmo sentido: II TAC, AI n. 569.182-00, rei. Juiz Paulo Ayrosa, j. 16.03.1999, e *RSTJ*154/132.

A disposição do art. 1.069 do Código Civil, que determina seja o devedor notificado da ocorrência da cessão do crédito, se destina a garantir a eficácia do negócio em relação a ele. Caso não ocorra, válido será o pagamento efetuado ao cedente, e, por essa razão, o termo final da notificação só pode ser a data do pagamento. Enquanto persistir a situação de inadimplência, a comunicação pode se dar a qualquer tempo, sendo suficiente, para tanto, até mesmo a citação no processo da ação de cobrança. Atingido o devedor pela eficácia do negócio, consolida-se a legitimidade ativa da parte cessionária. (II TAC, Ap. n. 591.341-00, rei. Juiz Antonio Rigolin, j. 24.10.2000)

Examinando o acórdão recorrido, a natureza do contrato firmado entre as partes, apoiado na disciplina dos arts. 1.065 e segs. do Código Civil, e, ainda, com apoio na prova dos autos, afirmando que não teve o interessado ciência do mesmo contrato, com a presença das Súmulas ns. 5 e 7 da corte, não é possível descartar o pagamento feito diretamente ao credor originário, mediante recibo em separado. (STJ, REsp n. 100.511, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.09.1997)

Na cessão civil de crédito, o depoimento pessoal do cedente em juízo constitui mero ato de instrução processual, insuscetível de substituir a necessidade de comunicação escrita da cessão ao devedor, como exigida pelo art. 1.069 do Código Civil. (STJ, REsp n. 317.632, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2001)

Não existe na disciplina do art. 1.069 do Código Civil nenhum comando para que seja feita comunicação formal, bastando que tenha o devedor conhecimento do fato, assim, no caso, a existência de escritura de doação das cotas. (*JSTJ*132/66)

Art. 291. Ocorrendo várias cessões do mesmo crédito» prevalece a que se completar com a tradição do título do crédito cedido.

Entre os diversos cessionários do mesmo crédito prevalecerá o que receber a entrega do título do crédito - que não é o título de crédito sujeito a leis próprias. Ou seja, será cessionário o que receber o documento original que representa a dívida. Os demais haverão de cobrar do cedente aquilo que pagaram pelo crédito que ele não lhes transferiu de fato. Trata-se de ato ilícito praticado pelo cedente, suficiente para ensejar o desfazimento do negócio e a obrigá-lo por perdas e danos.

Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.

CC/1916: art. 1.071.

Caso o devedor efetue o pagamento ao cedente, sem saber da cessão, o ato será válido, cabendo àquele que o recebeu indevidamente restituí-lo ao cessionário - o que reforça a convicção de que o negócio entre cedente e cessionário já era eficaz: tanto era que o recebimento indevido haverá de ser repassado ao cessionário. Tal solução prestigia a boa-fé do devedor. Prevalece na doutrina e na jurisprudência a ideia de que o conhecimento da cessão pelo devedor só é relevante porque, até que isso se verifique, o pagamento que ele efetuar ao cedente tem eficácia liberatória (ver comentário ao art. 290 do Código Civil). A invalidade do pagamento efetuado ao cedente nesses casos depende de o cessionário comprovar a ciência da cessão pelo devedor. Verifique-se que não se exige concordância do devedor para a validade da cessão, mas mero conhecimento dela. Entre nós, a notificação do devedor é condição de eficácia da cessão em relação a ele, nos termos do disposto no art. 290 do Código Civil. Como se verá no comentário ao art. 294, outra consequência da notificação é que, a partir dela, novas exceções oponíveis pelo devedor ao cedente não poderão ser ofertadas ao cessionário. No art. 290 do Código Civil, o legislador utilizou a expressão eficácia, em lugar de validade, adotada no art. 1.069 do Código Civil de 1916. No mais, manteve a mesma estrutura do dispositivo constante do Código revogado. O presente artigo desobriga o devedor em relação à obrigação cedida sempre que pagar o credor primitivo antes de ter conhecimento da cessão, ou, ainda, quando paga ao cessionário que apresenta, com o título da cessão, o da própria obrigação cedida, nos casos em que mais de uma lhe é notificada. Acrescenta que quando o título for escritura pública prevalecerá a prioridade da notificação. O título do crédito deve ser o original, na medida em que o dispositivo pretende atribuir à posse do documento a prioridade no direito ao seu recebimento, como consagrado, aliás, no artigo antecedente. Desde logo, esse artigo merece o registro de que não pode ser aplicado aos títulos de crédito, em relação aos quais a obrigação de pagar resulta da condição de ser o recebedor o portador do instrumento, tendo em vista a abstração, literalidade e autonomia de que é dotado (ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 52, 56 e 62). Nesses casos, embora semelhantes as soluções, o fundamento jurídico é diverso, na medida em que abstração e autonomia não são encontradas no título objeto de cessão. Nos casos de cessão de crédito, enquanto não houver ciência do cedido, ela não precisa ser respeitada pelo devedor. Essa razão justifica o sentido da norma referida, pois o devedor pagará perante aquele, já que antes da notificação não é obrigado a vincular-se ao terceiro, cessionário. O cedente que recebe o valor antes da notificação deverá fazer a entrega do pagamento ao cessionário, sob pena de enriquecimento sem causa, uma vez que já não é o titular do crédito. Se várias cessões tiverem sido feitas será necessário verificar a eficácia delas perante o devedor. Somente as que lhe forem notificadas serão eficazes. E, segundo o art. 292 do Código

Civil, dentre estes, terá preferência o que lhe apresentar o título de cessão e o da obrigação cedida, com exceção dos casos em que o crédito consta de escritura pública, quando prevalecerá a prioridade da notificação. A regra de que ora se trata refere-se à tradição do título representativo do crédito cedido, e não a um título de crédito. Segundo Renan Lotufo, o dispositivo trata de hipótese que contraria o princípio da boa-fé. O comportamento do cedente é ilícito, o que justifica a existência de uma regra que estabeleça a preferência de uma cessão sobre as outras (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 150).

Jurisprudência: Legitimidade do cessionário para perseguir o crédito cedido em juízo: STJ, REsp n. 997.059, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.3.2008.

Declaratória de existência de relação jurídica c/c condenatória em obrigação de fazer consistente no cancelamento de protesto de título. Duplicata mercantil. Ação proposta pelo sacado em face da emitente dos títulos, que os transmitiu a terceiro por endosso translativo. Dação em pagamento realizada em favor da sacadora após a cessão de crédito. O pagamento feito ao credor primitivo após a ciência inequívoca da cessão do crédito, caracterizada pela notificação de protesto, não exonera o devedor da obrigação perante o cessionário credor dos títulos (art. 290 e 292 do CC). Assim, o reconhecimento da dação em pagamento em favor da sacadora cedente é inócuo, pois não tem qualquer eficácia liberatória perante o cessionário, que é o único legitimado a providenciar a baixa do protesto dos títulos. Sentença mantida. Recurso negado. (TJSP, Ap. cível n. 7.030.114.500, rei. Francisco Giaquinto, j. 09.03.2009)

Cessão. Transação. Código Civil, arts. 1.069 e 1.071. A falta de notificação ao devedor de que houve cessão conduz a que essa não lhe seja oponível, sendo válido e eficaz o pagamento que efetuar ao cedente, primitivo credor. O mesmo, entretanto, não ocorre com a transação. (STJ, REsp n. 235.642, rei. Min. Eduardo Ribeiro, j. 10.12.1999)

Cambial. Cheque. Título transferido por cessão de crédito. Ação ordinária de anulação de título de crédito, precedida de medida cautelar de sustação de protesto, julgadas procedentes em relação à cedente e extinta sem julgamento do mérito em relação à cessionária. Cabimento. Inconformismo da cessionária. Insubsistência. Hipótese em que o devedor pagou ao credor original antes de ter sido notificado da cessão. Incidência dos arts. 290 e 292 do novo Código Civil, que se confrontam com os arts. 1.069 e 1.071 do Código Civil/1916. Pagamento hígido apto a desobrigar o devedor. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 1.107.366-4/Porto Feliz, 11ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Moura Ribeiro, j. 19.04.2007, v.u., voto n. 8.312)

Apelação. Ação de indenização. Cessão de crédito. Procurador do cedente que, após a cessão, recebe juros referentes ao crédito cedido. Responsabilidade do cedente frente ao cessionário pelo ato do mandatário outrora constituído, por mandato ainda então em vigor (CC, art. 679). Sentença de procedência da demanda confirmada. Apelação e agravo retido prejudicados na passagem em que discutiam temas decididos em definitivo mediante agravo de instrumento antes interposto e ulteriormente julgado. (TJSP, Ap. com revisão n. 907.668-0/8, rei. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 28.08.2007)

Tributário. Precatório quitado na forma do art. 78 do ADCT. Possibilidade de cessão de créditos. Habilitação do cessionário nos autos da execução. Art. 567, II, do CPC.

1 - Em se tratando da imposição constitucional de pagamento parcelado de precatórios, o art. 78 do ADCT expressamente possibilita a cessão dos créditos, a fim de minimizar os efeitos da demora ao credor. Assim, de rigor a aplicação do art. 567, II, do CPC, que permite

ao cessionário promover a execução ou nela prosseguir quando o direito resultante do título executivo lhe tenha sido transferido.

2 - Diante da expressa previsão constitucional para cessão dos créditos, não há falar na aplicação do art. 42, § 1º, do CPC, que exige o consentimento da parte contrária para que seja viabilizado o ingresso do cessionário no polo ativo processual, sob pena de exigir requisito não estipulado pela Carta Maior para cessão dos créditos.

3 - Nos termos do Código Civil, a cessão de crédito apenas possui eficácia perante o devedor com a sua notificação (art. 290), dispensada a sua anuência. Segundo o mesmo Codex, a falta de notificação ao devedor apenas tem o condão de desobrigá-lo caso efetue o pagamento ao credor primitivo (art. 292), não importando, contudo, a ilegitimidade do cessionário para promover ou continuar a execução, já que este pode exercer os atos conservatórios do direito cedido independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor (art. 293).

4 - Na hipótese, realizada a cessão por meio de escritura pública, revela-se perfeitamente possível a habilitação do cessionário nos autos para que sejam as parcelas remanescentes do precatório diretamente a ele pagas.

5 - Agravo de instrumento provido. (TFR, 4ª Região, AI n. 200.804.000.132.134/RS, 1ª T., rei. Joel Ilan Paciornik, j. 23.07.2008)

Ação declaratória de anulação de título de crédito c/c pedido de declaração de inexigibilidade de obrigação cambiária e cancelamento de protesto, precedida de cautelar de sustação de protesto, julgadas improcedentes. Apelação da autora firme nas teses de que (1) a faturizadora protestou indevidamente duplicatas já pagas à faturizada, contra ela; (2) os títulos são inexigíveis porque houve acordo de resgate antecipado firmado com a faturizada, credora originária; (3) não foi notificada da cessão de crédito celebrada entre faturizada e a faturizadora, conforme prevê o art. 290, do CC e a cláusula 8ª do contrato de *factoring*, e, (4) como não foi previamente notificada da cessão, o pagamento antecipado feito à faturizada deve prevalecer. Preliminar de inovação em sede de recurso suscitada nas contrarrazões que se afasta com base no art. 517, do CPC. Acolhimento do inconformismo. Inexigibilidade dos títulos. Pagamento antecipado feito de boa-fé. Autora que não foi previamente notificada da cessão dos créditos, nos termos do art. 290, do CC. Prevalhecimento do pagamento feito ao credor originário, conforme dispõe o art. 292, do CC. Recurso conhecido e provido. (TJSP, Ap. n. 7.254.555.200, 11ª Câmara de Direito Privado, rei. Moura Ribeiro, j. 31.07.2008)

Art. 293. Independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido.

CC/1916: sem correspondente.

Admite-se que o cessionário do crédito exerça atos de proteção de seu crédito, mesmo que da cessão o devedor não tenha conhecimento. Esse dispositivo, além de reforçar a convicção de que o negócio da cessão se aperfeiçoa com as manifestações de vontade dos credores cedente e cessionário (pois apenas por esse motivo é possível reconhecer ao cessionário legitimidade para os atos conservatórios), autoriza que ele tome as referidas medidas antes da eficácia do negócio perante o devedor. É possível, pois, que o cessionário ajuíze ação cautelar de arresto para conservar o patrimônio do devedor que pretenda cair em situação de insolvência (art. 813 do CPC).

Jurisprudência: O cessionário tem legitimidade ativa para perseguir em juízo o crédito objeto da cessão. (STJ, REsp n. 997.059, 3ª T., rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.03.2008)

Execução hipotecária. Substituição, no polo ativo, do credor original por outrem, que quitou a dívida com sub-rogação expressa dos respectivos direitos, que inclui os da hipoteca. Admissibilidade. Registro do instrumento no cartório de registro de imóveis, satisfazendo exigência constante de acórdão anterior. Natureza da execução que não arreda o direito do agravante. Antigo credor e executados, ademais, que não veiculam objeção. Inteligência do disposto no art. 293 do Código Civil. Despacho de indeferimento reformado. Agravo provido. (TJSP, AI n. 7.084.988-6/00, rei. Des. José Tarciso Beraldo, j. 24.01.2007)

Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

CC/1916: art. 1.072.

O momento da notificação do devedor cedido tem relevância em razão do seguinte: a) até que ela ocorra, o devedor pode pagar seu débito ao credor primitivo (art. 292, primeira parte, do CC); e b) a partir da notificação, o devedor pode opor, tanto ao cedente quanto ao cessionário, as exceções que lhe competirem e das quais dispunha até aquela oportunidade. O devedor não pode ter sua posição agravada em decorrência da cessão. Os defeitos e vícios que comprometem o crédito não são sanados em virtude dela, mas a modificação subjetiva que se opera na obrigação pode gerar situações que não existiam até então (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 153). Se houver exceção pessoal do devedor em relação ao cessionário, ela só poderá ser afirmada após a notícia da cessão, já que até aquele momento seus efeitos não se produziam em relação ao cedido. Renan Lotufo também observa que as exceções pessoais do cedido em face do cedente devem ser arguidas tempestivamente, sob pena de não mais poderem ser suscitadas perante o cessionário, que é pessoa diversa (op. cit., p. 154). No mesmo sentido se manifestam Munir Karam (*O novo Código Civil* estudos em homenagem a Miguel Reale, coordenado por Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra Da Silva Martins. São Paulo, LTr, 2003, p. 318) e Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 379). Em relação às exceções, o cedido poderá invocar pagamento, defeitos do negócio jurídico, compensação, prescrição, incapacidade etc. No entanto, em se tratando de exceções pessoais, se não alegá-las até a época da notificação, não poderá apresentá-las mais tarde, pois seu silêncio equívale à anuência com os termos do negócio e revela seu propósito de efetuar a quitação da obrigação transferida. O Código de 2002 não repetiu a parte final do art. 1.072 do Código Civil de 1916, que vedava ao cedido opor ao cessionário de boa-fé a simulação do cedente. E assim o fez, porque a simulação deixou de ser causa de invalidação por anulação, para caracterizar nulidade (art. 167 do CC), de modo que não será possível manter a validade do negócio, como ocorria na vigência do diploma legal revogado. Contudo, terceiros de boa-fé terão seus direitos ressaltados em face dos contraentes do negócio jurídico simulado (art. 167, § 2º, do CC). Destarte, se o cessionário estiver de boa-fé, poderá, eventualmente, postular seu crédito em relação ao devedor. O devedor que não apresentar ao cessionário essas exceções ficará impedido de fazê-lo mais tarde, salvo se demonstrar motivo justificado para tê-lo deixado de fazer. Seu silêncio implica prestigiar a presunção do cessionário de que nenhum obstáculo enfrentaria além dos que naturalmente resultam do título. Essa limitação temporal ajusta-se ao princípio da boa-fé objetiva: é dever do cedido informar ao cessionário todas as defesas de que pretenderá fazer uso oportunamente, para não surpreendê-lo mais tarde.

Jurisprudência: Petição inicial. Atendimento satisfatório ao disposto nos arts. 282 e 283 do Cód. de Proc. Civil, com apresentação de causa de pedir e pedido. Alegação de inépcia repelida. Legitimidade *ad causam*. Ação declaratória de nulidade de título de crédito. Legitimidade do endossatário para responder por protesto de suposta duplicata sem lastro. Vício que não configura exceção pessoal. Título, ademais, transferido por cessão de crédito. Inteligência do art. 294 do Cód. Civil. Carência afastada. Dano moral. Saque e protesto de duplicata. Duplicata sem lastro em compra e venda comercial. Demonstração de existência do negócio que era ônus do portador do título, tanto mais em se tratando de empresa de faturização. Inexistência, nos autos, de qualquer documento que demonstre minimamente a realização do negócio. Inteligência do inciso II do art. 333 do Cód. de Proc. Civil. Protesto indevido. Fato que ocasionou danos morais. Fixação da indenização em R\$ 3.000,00. Razoabilidade, dadas as peculiaridades do caso. Diminuição inadmissível. Sentença mantida. Apelação improvida. (TJSP, Ap. cível n. 7.368.823.600, rei. José Tarciso Beraldo, j. 19.08.2009)

Factoring. Exceções pessoais apresentadas pela devedora após notificada da cessão. Além disso, cuida-se de duplicatas sem aceite e sem causa, vício alegável a qualquer tempo. Ininvocabilidade da teoria da aparência. Ação de cobrança desacolhida no primeiro grau. Apelo não provido. (TJSP, Ap. n. 7.120.912-0, rei. Des. Silveira Paulilo, j. 12.09.2007)

Cheques pós-datados. Desfazimento do negócio que os originou. Transferência, todavia, pelo beneficiário-originário a terceiro. Título que, na verdade, perdeu a característica de "ordem de pagamento à vista", passando a constituir mero contrato. Efeitos da transferência que se identificam com aqueles decorrentes da cessão de crédito. Possibilidade de o devedor opor ao terceiro às exceções de caráter pessoal que tiver contra o beneficiário-originário. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 7.173.456-4, rei. Des. Souza José, j. 25.09.2007)

[...] Além disso, a autora é cessionária dos direitos e obrigações da instituição de ensino, o que significa que lhe são oponíveis as exceções que a devedora tiver contra a cedente, diante do que determina o art. 294 do novo Código Civil, aplicável à espécie, visto que a cessão foi celebrada em 01.08.2005 [...]. Esse dispositivo, no que interessa, reproduz o que dispunha o art. 1.072 do antigo Código Civil. E a extinção do direito de cobrança pode ser alegada, assim como poderia ser alegada a extinção do próprio crédito (cf., a propósito, Antônio da Silva Cabral, *Cessão de contratos*, Saraiva, p. 157). Ocorrida a cessão, não há nenhuma modificação do direito do devedor, pois, como afirma com propriedade Arnaldo Rizzardo: "As defesas que lhe eram asseguradas antes continuam a ser exercitáveis depois" (*Direito das Obrigações*. Saraiva, 2. ed., 2004, p. 267). Em consequência, a prescrição pode ser alegada (cf. Rizzardo, ob. e loc. cit.). No caso em tela, a apelada é cessionária de crédito já prescrito e não pode mesmo cobrá-lo judicialmente. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.104.906-2, rei. Des. Campos Mello, j. 15.05.2007)

Embargos à execução fundada em cheque endossado após a devolução pelo Banco. Endosso qualificado como cessão civil (art. 27, da Lei n. 7.357, de 1985), que assegura ao emitente do cheque o direito de opor ao endossatário as defesas que tinha contra o endossante. Alegação de vinculação do cheque à dívida já paga ao endossante sem amparo na prova dos autos. Prova oral e expedição de ofício desnecessárias à resolução da controvérsia, pois o pagamento haveria de ser demonstrado por meio de documento. Julgamento antecipado da lide correto. Cerceamento de defesa inexistente. Subsistência da obrigação cambiária validamente constituída. Sentença mantida. Apelação desprovida. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.152.730-9, rei. Des. Paulo Furtado de Oliveira Filho, j. 26.02.2007)

Cheque. Desconstituição do negócio subjacente. Operação de *factoring*.

Pode o emitente do cheque, que não teve ciência do contrato celebrado entre a faturizada e a faturizadora, opor ao cessionário as defesas pessoais que poderia deduzir contra o cedente. Inviabilidade de aplicar à cessão de crédito em exame os princípios inerentes às operações cambiais. (TARS, Ap. n. 196.190.391, rei. Juíza Maria Isabel Broggini, j. 26.08.1997)

Comprovada, todavia, a ciência, pelo terceiro adquirente, sobre a mácula no negócio jurídico que deu origem à emissão do cheque, as exceções pessoais do devedor passam a ser oponíveis ao portador, ainda que se trate de empresa de *factoring*.

Nessa hipótese, os prejuízos decorrentes da impossibilidade de cobrança do crédito, pela faturizadora, do emitente do cheque, devem ser discutidos em ação própria, a ser proposta em face do faturizado. (STJ, REsp n. 612.423, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 01.06.2006)

No *factoring* ou faturização, o vínculo estabelecido entre o faturizador e o faturizado equipara-se ao decorrente da cessão de crédito, pelo que é possível ao comprador a oposição de exceções pessoais ao faturizador/cedente. Aplicação do art. 294 do Código Civil atual (art. 1.072, Código Civil de 1916). Irrelevância de terem sido entregues cheques ao faturizador, pois a oponibilidade das exceções pessoais se dá pela natureza do negócio jurídico entabulado, não pela natureza do título em cobrança. Apelo improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.061.533.300, 11ª Câm. de Direito Privado, rei. Soares Levada, j. 29.06.2006)

2 - Não tendo a sub-rogação, em que pese procedida antes do ajuizamento da ação declaratória de inexistência de débito, sido notificada ao devedor, pode este opor ao sub-rogado as exceções pessoais que apresenta em relação ao credor originário (inteligência do art. 294, combinando com o art. 348, do Código Civil). 3 - Como não subsistia a obrigação, indevida a inscrição do nome do autor em cadastro restritivo de crédito, fato que por si só acarreta o dano moral indenizável, tendo sido a indenização na hipótese fixada de forma correta. Recurso improvido. (Turmas Recursais - RS, Rec. cível n. 71.001.243.435, 1ª T. Recursal Cível, rei. Ricardo Torres Hermann, j. 13.09.2007)

Execução por título extrajudicial. Cambial. Cheque. Endosso. Título nominativo apresentado e não pago. Transferência pelo tomador após a devolução por falta de fundos. Caracterização como cessão de crédito. Perda da qualidade cambial. Art. 19 da Lei Uniforme. Cabimento de ação de conhecimento. Embargos do devedor procedentes. Sentença mantida. (I TACSP, Ap. cível n. 410.590/89-0/Americana, 8ª Câm., rei. Juiz Augusto F. M. F. de Arruda, j. 20.09.1989)

Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

CC/1916: art. 1.073.

O primeiro efeito da cessão é transferir para o cessionário a titularidade integral da relação jurídica, ou seja, do crédito e seus acessórios. A questão da garantia do crédito cedido é outro importante efeito da cessão. Consiste na obrigação do cedente de responder pela existência da dívida na época da realização do negócio. Compreendem-se na existência da dívida seus acessórios e garantias (MAIA, Mairan. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. 111, p. 243). Mas Renan Lotufo adverte que o dispositivo só se refe-

re aos casos de nulidade, pois os negócios anuláveis são existentes para os efeitos desse artigo (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 157). No entanto, se o crédito cedido for anulado por ato imputável ao cedente e desconhecido ao cessionário, poderá este postular a resolução da cessão ou perdas e danos em relação ao primeiro por inadimplemento contratual. Por outro lado, se a razão da anulabilidade era desconhecida ao cedente, ou se o cessionário concordou com o risco de anular-se o crédito cedido, a cessão deve subsistir. Mais uma vez, aproximam-se a cessão a título oneroso e a compra e venda. Nesta última, o vendedor deve fazer boa a coisa alienada; na primeira, o cedente é responsável pela existência do crédito no momento da realização do negócio. Essa garantia protege o cessionário das hipóteses em que ele não consegue a titularidade do crédito, ou, após consegui-la, vem a perdê-la por conduta imputável ao cedente. A responsabilidade pela existência do crédito, em se tratando de cessão gratuita, só existe se o cedente houver procedido de má-fé, porque o cessionário, nessas hipóteses, não sofre nenhuma redução patrimonial, de modo que, inexistindo má-fé do cedente, não há razão para responsabilizá-lo pela inexistência do crédito cedido. Confirmam-se, ainda, a respeito desse tema o comentário ao art. 297.

Jurisprudência: Interesse processual. Ação monitória. Nota promissória dada em garantia de cessão de créditos no bojo de contrato de *factoring*. Impossibilidade da cobrança pela faturizadora para se ressarcir da inadimplência dos títulos adquiridos. Hipótese que não configurava carência de ação, mas improcedência. Nota promissória que somente poderia ser utilizada para ressarcimento de títulos com vício de origem (art. 295 do Código Civil). Processo extinto por falta de interesse processual. Recurso provido em parte para afastar a extinção sem julgamento de mérito do processo e, de ofício, com base no art. 515, § 3º, do CPC, julgar improcedente a ação. (TJSP, Ap. cível n. 7.115.525.400, rei. Rui Cascaldi, j. 29.04.2009)

Negócio jurídico. Cessão de crédito. Simulação. Dolo de ambas as partes. Pleitos de cobrança, ou sucessivo de indenização, formulados por uma delas. Ação improcedente. Aplicação dos arts. 97 e 1.073 do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 150 e 295 do atual. Sentença incensurável. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 7.148.001-0/SP, 13ª Câmara de Direito Privado, rei. Des. Luiz Sabbato, j. 01.08.2007, v.u., voto n. 12.684)

Responsabilidade civil. Cessão de crédito. Alegação de dolo por parte da cedente. Excludente capaz de desconstituir o crédito cedido. Exceção oponível, nos termos do art. 1.073 do Código Civil de 1916, sob a égide do qual se desenrolaram os fatos. Necessidade de dilação probatória. Sentença anulada. Apelação da autora provida para esse fim, prejudicada a da ré. (TJSP, Ap. n. 7.170.250-0, rei. Des. Luiz Sabbato, j. 17.10.2007)

Duplicata. Emissão sem causa. Transferência para empresa de *factoring*. Protesto. Nada obstante a transferência do crédito, a responsabilidade do protesto indevido é do cedente-faturizado, uma vez que responsável pelo crédito cedido ao tempo da cessão. Inteligência do art. 295 do CC/2002. Legitimidade passiva reconhecida. Improvimento do recurso.

Na prática do *factoring*, na cessão por título oneroso, o cedente-faturizado, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário faturizador pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu (art. 1.073 do CC/1916, art. 295 do CC/2002). A lei impõe-lhe a obrigação de responder pela positiva existência do crédito. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.098.047-9, rei. Des. Pedro Alexandrino Ablas, j. 25.04.2007)

Fica o cedente responsável pela existência do crédito, mas não, necessariamente, pela possibilidade prática de que seja satisfeito. (STJ, REsp n. 74.440, rei. Min. Eduardo Ribeiro, j. 18.03.1997)

Apelação. Falência requerida por empresa de fomento mercantil, com base em cheques emitidos pela faturizada. Responsabilidade do cedente-faturizado, perante o faturizador, decorrente da lei e obrigatória, referente ao direito de regresso derivado da garantia da existência do crédito-cedido, chamada "responsabilidade por vício/evicção", ou *in ventas*, prevista no art.

295, do Código Civil. Legitimidade da assunção, de forma expressa, pelo cedente-faturizado da responsabilidade convencional ou opcional, ou *in bonitas*, pela solvência do devedor, nos termos do art. 296, do Código Civil. Admissibilidade do pedido de falência contra o faturizado, desde que a inicial seja instruída com o contrato. (TJSP, Ap. com revisão n. 5.413.354.900, Câ. Esp. de Falências e Recuperações Judiciais, rei. Pereira Calças, j. 28.05.2008)

Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

CC/1916: art. 1.074.

O cedente responde pela existência do crédito, mas não pela insolvência do devedor, salvo estipulação nesse sentido. O negócio da cessão é especulativo, de modo que aquele que adquire um crédito, em geral, o faz mediante vantagem econômica. Em razão disso, suporta o eventual inadimplemento do devedor. Do contrário, nenhum risco existiria e não haveria motivo para que o cessionário obtivesse vantagem econômica. Nada obsta a que as partes convençam em sentido diverso, assumindo o cedente a condição de garantidor da dívida, inclusive como devedor solidário, o que se incluiria nos limites de sua autonomia privada. Nesses casos, considera-se que o cedente garante a solvabilidade do devedor até o momento da cessão (RODRIGUES, Sílvia. *Direito civil*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 99). Nessa oportunidade, o cessionário deve conhecer a situação do cedido. Mas, se ele se torna insolvente após a efetivação da cessão, isso é irrelevante, pois representa um risco do negócio que é especulativo. Havendo o cedente assumido a responsabilidade pela solvência do devedor, ela se limitará ao valor por ele recebido, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora, como previsto no art. 297 deste Código. Registre-se que a possibilidade de o cedente responder pela solvência do devedor, tornando-se coobrigado, não é admitida quando se tratar de *factoring* como se verifica da jurisprudência adiante colacionada.

Jurisprudência: Apelação. Falência arremada em execução frustrada prevista no art. 94, II, da LRF. Possibilidade de discussão no processo de falência da executividade dos títulos que deram esboço à execução frustrada. Improcedência da falência sob o fundamento da ausência de responsabilidade da devedora, uma vez que a execução singular fundou-se em cheques objeto de fomento mercantil, transmitidos por cessão de crédito, e não por endosso, inexistindo responsabilidade da cedente pela solvência do devedor. Há dois tipos de operação de fomento mercantil: I - *pro soluto* em que o faturizado (cedente) não assume a responsabilidade pela solvência do devedor do crédito cedido, respondendo somente pelos vícios ou evicção (art. 295, CC), chamada de responsabilidade *in ventas*; II - *pro solvendo* em que o faturizado (cedente) assume expressamente no contrato a responsabilidade pela solvência do devedor do crédito cedido (art. 296, CC), chamada responsabilidade *in bonitas*. Inexistindo no contrato previsão expressa de responsabilidade do faturizado pela solvência dos créditos, não pode a faturizadora invocar o direito de regresso em virtude do não pagamento do título pelo devedor. O endosso por meio do qual o faturizado formaliza a transferência do título ao faturizador, tem efeito de cessão ordinária, não incidindo as regras cambiais que estabelecem a responsabilidade do endossante pelo pagamento do título endossado. Inteligência do art. 21 da Lei do Cheque. Apelo desprovido, mantida a sentença

de improcedência da ação de falência. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 620.447.500, rei. Pereira Calças, j. 18.08.2009)

Bem de família. Documentos suficientes para reconhecimento de que a apelante reside no imóvel com sua família. Impenhorabilidade reconhecida. Registro imobiliário da natureza de bem de família dispensável na Lei n. 8.009/90. Penhora cancelada. Crédito cedido habilitado em concordata e pago por notas promissórias em execução. Executividade reconhecida. Cessão do crédito habilitado em concordata que torna a devedora das notas titular do produto de eventual pagamento. Solvência do devedor do crédito cedido indiferente para a eficácia da cessão (art. 296 do Código Civil). Ausência de uma das notas promissórias. Manutenção da nota em poder do Banco. Execução possível. Exibição necessária. Redução do valor da dívida em face da possibilidade de extravio e circulação da nota Recurso parcialmente provido. (TJMG, Ap. n. 9.190.127.700/São Paulo, rei. Hamid Charaf Bdine Júnior, 12ª Câmara de Direito Privado A, j. 15.08.2008)

Factoring. Título de crédito. Cessão pelo faturizado através de endosso cambiário. Factor que exige garantia. Inadmissibilidade, pois a natureza das obrigações entre as partes é marcada pelo risco. (RT 776/240)

Factoring. Contrato de fomento, não constituindo nova modalidade de crédito. Risco do faturizador pela liquidação dos títulos negociados. Exigência de garantia inadmissível, ante a natureza do relacionamento entre faturizador e faturizado. Anulação da nota promissória emitida pelo faturizado. Apelação não provida. (JTA 167/115)

No mesmo sentido: RT774/263-4.

Direito comercial. Contrato de *factoring*. Ação declaratória de nulidade de títulos. Protesto. Dano moral. Ação declaratória de nulidade de títulos c/c indenização por dano moral decorrente do protesto indevido, ao fundamento de que as notas promissórias foram obtidas com base em disposição contratual ilegal, já que o faturizado, ao ceder seus créditos, não responde pela insolvência do devedor. Sentença que julgou procedente o pedido, para declarar nulas todas as notas promissórias e títulos que tiveram origem na confissão de dívida; e condenou a ré ao pagamento de indenização por dano moral, arbitrada em R\$ 30.000,00. Reconhecido por anterior acórdão desta Câmara, proferido no julgamento da apelação em requerimento de falência com base nos mesmos títulos, que, embora as notas promissórias estejam vinculadas ao instrumento de confissão de dívida, esta se constituiu em artifício para mascarar o *factoring*, não há como reconhecer a validade dos títulos. Encontra-se sumulado o entendimento no sentido de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral; e este resulta configurado com o simples protesto. Considerando, todavia, que a ficha cadastral da autora apresenta mais de 400 protestos no período de 1994/1998 e 21 no ano de 1999, não há que se falar em dano moral. Ante a sucumbência recíproca, incide a norma do art. 21 do Código de Processo Civil. Provisamento parcial do recurso para excluir a condenação por dano moral e para que as despesas processuais e os honorários sejam recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados. (TJRJ, Ap. cível n. 2005.001.51724, 18ª Câmara Cível, rei. Des. Cassia Medeiros, j. 24.10.2006)

Falência. Fundamento. Requerimento fundado na impontualidade de nota promissória emitida em garantia de recompra de títulos faturizados. Responsabilidade da faturizada pela existência do crédito (vício/evicção) e pela solvência do devedor, diante da expressa previsão contratual. Cambial emitida em branco, preenchida pelo *factor*, não caracteriza título líquido, certo e exigível para fins de falência. A exigência da faturizadora de emissão de nota promissória em branco pela faturizada, em garantia do pagamento dos títulos objeto do negó-

cio de fomento mercantil, para posterior preenchimento no caso de vício ou inadimplemento, configura prática abusiva que acarreta a nulidade da cambial. Inteligência dos arts. 295 e 296 do Código Civil/2002. Sentença de extinção mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 453.671-4/5-00/SP, Câ. Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, rei. Des. Pereira Calças, j. 09.08.2006, v.u., voto n. 11.271)

Factoring. Contrato de fomento, não constituindo nova modalidade de crédito. Risco do faturizador pela liquidação dos títulos negociados. Exigência de garantia inadmissível, ante a natureza do relacionamento entre faturizador e faturizado. Monitória de cobrança. Embargos. Procedência. Recurso provido para esse fim. (TJSP, Ap. n. 7.174.958-7, rei. Des. Luiz Sabato, j. 17.10.2007)

Tem fundamento no art. 296 do CC de 2002 a responsabilização expressa do cedente dos títulos, em operação de *factoring*, pela solvência dos devedores. (TJSP, AI n. 500.877.4/1-00, rei. Des. Lino Machado, j. 29.08.2007)

Faturização. Execução de promissória vinculada a contrato de faturização, emitida em garantia. Execução contra o avalista afastada por se admitir a falsidade da assinatura lançada na cambial. Cessionário, na faturização, que assume o risco de não receber os créditos cedidos. Contrato que se distingue do desconto porque é uma cessão de crédito sem direito de regresso contra o cedente. Mesmo em se cuidando de cessão regulada pelo direito civil, na qual o cedente tem de responder pela existência do crédito ao tempo em que lho cedeu (art. 1.073), a ação não seria de execução, por faltar ao título os requisitos do art. 586 do CPC, liquidez, certeza e exigibilidade. A ação de execução não é adequada à verificação da existência ou não de justa causa ou lastro a cada um dos títulos cedidos, objeto do contrato de faturização. Cerceamento de defesa não caracterizado. Sentença que não padece de qualquer vício. Embargos procedentes. Recurso improvido. (I TACSP, Ap. n. 822.067-5/SP, 11ª Câ., rei. Juiz Urbano Ruiz, j. 31.05.2001)

O *factoring* distancia-se de instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Daí que nesse tipo de contrato não se aplicam os juros permitidos às instituições financeiras. É que as empresas que operam com o *factoring* não se incluem no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. O empréstimo e o desconto de títulos, a teor da Lei n. 4.595/64, do art. 17, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental. (STJ, REsp n. 119.705, rei. Min. Waldemar Zveiter, j. 07.04.1998)

Art. 297.0 cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.

CC/1916: art. 1.075.

Quando o cedente se responsabilizar pela solvência do devedor, a lei só o obriga a responder até o limite daquilo que houver recebido, com os respectivos juros, bem como com as despesas que o cessionário houver suportado com a cessão e com a cobrança. Embora o artigo não diga, é certo que também a correção monetária deve ser incluída no reembolso, na medida em que representa apenas a manutenção do valor da moeda no tempo, corroído pelo processo inflacionário. A limitação imposta pela lei visa a inibir a especulação usurária. Mais uma vez, é

o princípio de que a cessão de crédito é um negócio em que o cessionário assume um risco decorrente da remuneração que justifica essa limitação legal. Como se vê, de modo geral, o cedente responde apenas pela existência do crédito ao tempo da realização do negócio. No entanto, esse princípio não prevalece em duas hipóteses previstas na lei: a) a cessão a título gratuito, se o cedente agiu de boa-fé. Nesse caso, o cessionário nada deu em troca, de modo que a inexistência do crédito não lhe causa nenhum prejuízo. Caso o cedente tenha agido de má-fé, continuará responsável pela existência do crédito; b) nos casos em que a lei impõe a cessão do crédito. Segundo o art. 1.076 do Código Civil de 1916, o credor original era liberado de responder pela realidade da dívida ou pela solvência do devedor. Tal preceito não foi repetido no Código Civil, cabendo verificar se resulta da lógica que inspira o instituto. Sílvia Rodrigues avalia que o credor não desejava transferir, de modo que não deve responder pela existência ou pela solvência (*Direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 101). No entanto, se ele se intitulava credor e a lei estabeleceu a transferência do crédito certa de que isso era verdadeiro - o que se deve examinar em cada caso -, não há por que dispensá-lo da responsabilidade pela existência do crédito. No mesmo sentido está o pensamento de Pablo Stolze Gagliano e o de Rodolfo Pamplona Filho (*Novo curso de direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 271). No tratamento que dispensa ao art. 295 do Código Civil, Renan Lotufo cuida de distinguir crédito futuro, expectativa de direito e crédito inexistente. Afirma que expectativa é a situação que existe na esfera jurídica do cedente, e a cessão compreende a posição que poderá transformar-se num direito de tal natureza. No que tange ao crédito futuro, a transferência da situação jurídica não se opera desde logo, pois esse efeito só se produzirá “se e quando o crédito for existente no âmbito do cedente” (*factoring*) (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 156). A parte final do dispositivo legal ressalva a sua obrigação de também ressarcir as despesas da cessão e aquelas que o cessionário suportar para fazer a cobrança.

Jurisprudência: Execução fundada em cheque em que o apelante figura como endossante. Endosso regular, o que torna o apelante parte legítima para ação executiva com relação à sua obrigação. Tal endosso foi realizado pelo apelante, pessoa física, e não na qualidade de representante legal de empresa. Não aplicação do disposto no art. 297 do novo Código Civil, por não estar configurada a hipótese de cessão civil *pro solvendo* neste caso, diante da natureza dos fatos aduzidos na execução. Recurso desprovido. Sentença mantida. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.261.364.600, 23ª Câm. de Direito Privado A, rei. Mario Chiuvite Júnior, j. 27.03.2006)

Art. 298.0 crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.

CC/1916: art. 1.077.

A transferência do crédito penhorado caracteriza fraude à execução. Até a notificação, será válido o pagamento efetuado pelo devedor. Depois dessa ocasião, o pagamento será havido como fraudulento e o devedor poderá ser obrigado a pagar novamente a dívida. Somente após a intimação da penhora, o cedido fica obrigado a fazer os pagamentos conforme a ordem judicial. Confirmam-se a respeito do tema o comentário ao art. 312.

Jurisprudência: Cessão de crédito. Ato jurídico praticado com infringência ao disposto no art. 298 do Código Civil de 2002. Crédito em questão que era objeto de penhora para garantia de dívida. Nulidade absoluta. Reconhecimento que pode ser feito nos próprios autos. Código Civil, arts. 166, VII, e 168. Exclusão do pedido de assistência litispendencial for-

mulado pela cessionária. Agravo provido para esse fim. (TJSP, AI n. 500.718-4/7, rei. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 08.11.2007)

CAPÍTULO II DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

CC/1916: sem correspondente.

A assunção da dívida pode ser definida como a transmissão singular da dívida de um devedor para terceiro, que passa a ocupar seu lugar na relação obrigacional. O terceiro assume a dívida e se compromete a saldá-la. Tal comportamento não implica que o crédito originário esteja extinto e que tenha sido substituído por outro, mas sim que o mesmo débito seja exigido do novo devedor que assumiu a responsabilidade por ele. Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, “a ideia subjacente é a da transferência da dívida do antigo para o novo devedor, mantendo-se a relação obrigacional” (*Direito das Obrigações*. Coimbra, Almedina, 2000, p. 759). Denomina-se interna a assunção que se verifica por contrato celebrado entre o antigo e o novo devedor, ratificado pelo credor; e externa aquela que resulta de contrato estabelecido entre o novo devedor e o credor, com ou sem consentimento do antigo devedor. No primeiro caso, não havendo ratificação do credor, não se consolida a assunção de dívida. Assim sendo, até a ratificação, será permitido aos devedores - antigo e novo - desfazerem o negócio. Na realidade, como adverte Renan Lotufo, a leitura do arl. 299 do Código Civil, ora em exame, assegura que enquanto não ocorrer o consentimento do credor não haverá assunção da dívida, pois ele é elemento necessário para o nascimento da transmissão. O credor depositou confiança no devedor, de modo que sua manifestação de vontade é fundamental para que ele possa ser substituído por outro (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 166). Outra classificação possível para a assunção de dívida distingue aquela em que o devedor se exonera da obrigação daquela em que ele se mantém solidariamente obrigado perante o credor. A primeira é denominada assunção liberalória e a segunda, cumulativa. Na lição de Renan Lotufo, a omissão do Código no tratamento da assunção cumulativa “tem sua lógica”. Ensina que a assunção cumulativa não é hipótese de transmissão da obrigação, mas mera “pluralidade subjetiva no polo passivo, de obrigação previamente existente” (op. cit., p. 168). Desse modo, a transmissão da obrigação não se opera, havendo apenas a adesão de outro devedor à mesma relação jurídica. Mário Júlio de Almeida Costa também se manifesta no sentido de que somente haverá verdadeira assunção de dívida no caso da assunção liberatória (op. cit., p. 759). Assim, “enquanto não manifestado o assentimento do credor, o devedor primitivo encontra-se vinculado juridicamente a este, podendo dele ser exigido o pagamento do débito” (MAIA, Mairan. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 262). São requisitos da assunção de dívida o consentimento do credor e a existência e a validade da obrigação transferida (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* atualizado por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 383). Aparentemente, Arnaldo Rizzardo não concorda com esta posição (*Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 285). O consentimento do credor é sempre necessário, porque ele conta com o patrimônio do devedor para garantir o seu crédito. Desse modo, teria de suportar prejuízo se o devedor pudesse transferir o débito para

terceiro insolvente. A ausência do referido consentimento implica a solidariedade do antigo devedor, que se mantém vinculado ao débito, como resulta da leitura do artigo em exame. Desse modo, não havendo consentimento do credor, a assunção é válida e eficaz, mas não se reconhece a exoneração do antigo devedor (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 760). O referido consentimento pode se exteriorizar no momento da assunção ou posteriormente. O parágrafo único do art. 299 do Código Civil de 2002, em estudo, estabeleceu a possibilidade de o consentimento ser solicitado por notificação, mas negou a possibilidade de ele ser tácito, afastando a presunção a partir do silêncio do credor que não se manifesta no prazo que lhe for solicitado para recusar seu consentimento expressamente. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que já na vigência do Código Civil de 1916 não seria possível admitir anuência tácita (*Novo curso de direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 272). Renan Lotufo enfrenta a questão e sustenta que o comportamento concludente - de que trata Paulo da Motta Pinto (*Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra, Almedina, 1995) consistente, por exemplo, em o credor receber pagamentos parciais de terceiro, representa aceitação expressa, e não tácita, de modo que estaria incluída na disposição desse artigo em exame (op. cit., p. 172). Caio Mário da Silva Pereira afirma que o recebimento parcial de pagamentos ou juros caracterizará aceitação válida, ainda que a considere tácita, e não expressa - divergindo, nesse aspecto, de Renan Lotufo (*Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 383). A inexistência ou invalidade da obrigação transferida poderá ser alegada pelo assuntor ou pelo devedor primitivo, mas, se se tratar de defeito sanável, a anuência de todos os envolvidos no negócio implicará confirmação, afastando sua invalidade, de acordo com o disposto no art. 172 do Código Civil (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 383). Também se faz necessário o consentimento do novo devedor, que não pode ser obrigado a assumir uma dívida contra a sua vontade. No entanto, o consentimento do devedor primitivo é dispensável na denominada assunção de dívida externa, pois, como se verificou acima, esta se estabelece a partir de negócio originariamente celebrado entre o credor e o novo devedor, sem que se justifique a necessidade de anuência do devedor, cuja situação não se alterará (caso as partes convençam que ele permanecerá vinculado ao débito) ou melhorará (se ele for exonerado da obrigação). No caso em que o devedor primitivo for exonerado da obrigação, incidirão as regras dos arts. 304 e seguintes deste Código, por aplicação analógica. O consentimento expresso do credor é essencial, e ocorrerá a exoneração do devedor primitivo sempre que o devedor substituto não for insolvente, ou, sendo, o fato for do conhecimento do credor. Havendo consentimento expresso e não sendo o assuntor insolvente, desaparece a responsabilidade patrimonial do devedor primitivo. Outro requisito da assunção consiste em que ela seja fundada em contrato que exista e que não seja inválido. Nos casos em que o novo devedor for insolvente, o dispositivo em exame só admite a exoneração do antigo devedor se o credor tiver conhecimento dessa circunstância. O dispositivo legal não se refere à má-fé, mas apenas ao conhecimento. Dessa forma, para liberar o antigo devedor de sua obrigação, é necessário que ele tenha ciência da insolvência do devedor que assume a obrigação - pode-se imaginar uma raríssima situação em que o primitivo devedor seja insolvente e o credor aceite sua substituição por outro insolvente, de cuja situação ele tem conhecimento, porque acredita na maior capacidade de recuperação deste último. De modo geral, todas as dívidas podem ser objeto de assunção, com exceção daquelas que, por seu conteúdo, devem ser cumpridas pessoalmente pelo devedor, ou cuja transferência seja vetada pela lei (GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção e sua estrutura negociai* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p. 89). A assunção de dívida pode se dar pelos seguintes modos: a) expromissão: mediante contrato celebrado entre o credor e o novo devedor. Pode ser liberatória, quando o primitivo devedor não continua vinculado ao débito, e cumulativa, nos casos em que o antigo devedor se torna solidariamente responsável com o assuntor. Orlando Gomes pondera que, nessas hipóteses, haverá repercussão em relação ao novo devedor: na cumulativa, ele terá

direito regressivo contra o devedor originário, em decorrência da solidariedade; na liberatória, assegura-se-lhe o direito de “voltar-se contra o devedor originário, invocando as regras do enriquecimento sem causa” (*Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 270). Há então repercussão em relação ao devedor originário, b) delegação: mediante contrato celebrado entre o devedor e o terceiro. Também poderá ter efeito liberatório ou cumulativo, sempre dependendo da existência do consentimento do credor.

Jurisprudência: Ação monitória. Contrato de empréstimo bancário. Assunção de dívida. Ação proposta em face do devedor primitivo pretendendo o credor provar a simulação da assunção de dívida entre devedor e terceiro, na monitória. Ausência de interesse processual configurada, ante a inadequação do meio processual eleito. A ação monitória é o meio pelo qual o credor de quantia certa ou coisa móvel determinada cobra a satisfação de seu direito com base em prova escrita e sem eficácia de título executivo, não se prestando a desconstituir relação jurídica (art. 1.102-A, CPC). Sem que tenha sido previamente desconstituída a assunção de dívida, entre devedor primitivo e terceiro, em litisconsórcio passivo, em ação própria, incabível o ajuizamento da ação monitória em face do devedor originário com base na obrigação cedida, anuída pela credora. Pela assunção de dívida é transmitida a obrigação pelo devedor para terceiro, que passa a ocupar seu lugar na relação obrigacional, que se obriga a honrá-la, com o consentimento expresso do credor (art. 299 do CC). Ausência de interesse processual, como condição da ação, matéria de ordem pública que pode ser reconhecida de ofício pelo Tribunal (art. 267, § 3º, do CPC). De ofício julgaram extinto o processo, sem resolução do mérito, prejudicado o recurso. (TJSP, Ap. cível n. 7.030.071.500, rei. Francisco Giaquinto, j. 15.06.2009)

A orientação jurisprudencial desta Corte considera ser o cessionário de imóvel financiado pelo SFH parte legítima para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos através dos cognominados "contratos de gaveta", porquanto, com o advento da Lei n. 10.150/2000, teve ele reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. (STJ, REsp n. 868.058, 2ª T., rei. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 17.04.2008)

Exige o art. 299, do Código Civil, a anuência expressa do credor para assunção de dívida por terceiro.

A princípio, não demonstrada essa anuência, diante da dúvida, falta prova inequívoca da alegação para a antecipação dos efeitos da tutela. (TJSP, AI n. 113.032.1900, rei. Des. João Carlos Sá Moreira de Oliveira, j. 05.09.2007)

Compromisso de compra e venda. Cessão. Assunção de dívida. Alegada concordância tácita do credor à transferência de devedor. Inadmissibilidade. Na assunção de dívida não se admite supor que a ausência de contranotificação configura aceitação tácita do credor-cedidos ao cessionário ou assuntor, com a transferência do polo passivo da relação obrigacional, mas sim interpretada como recusa à transferência. Imprescindibilidade, portanto, de clara e inequívoca, expressa ou tácita concordância do cedido com o negócio celebrado entre o cedente devedor e o cessionário assuntor, posto envolver o cumprimento do contrato base. Inteligência do art. 299, parágrafo único, do Código Civil. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 247.550-4/6/Bragança Paulista, 2ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 15.08.2006, v.u., voto n. 14.838)

0 título em execução, que se consubstancia no acordo trasladado a fls. 42/43 da execução, objeto de homologação judicial (fls. 18 da execução), recebeu a adesão voluntária por

parte da apelada, que assumiu pessoal e voluntariamente a corresponsabilidade pelo cumprimento da obrigação resultante do título executivo, a possibilitar o reconhecimento de sua condição como nova devedora (CPC, art. 568, III).

Ensina Humberto Theodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil*, ed. eletr.), que "daí dizer o art. 568, III, do Código de Processo Civil, que a execução poderá atingir o 'novo devedor', que assumiu, 'com o consentimento do credor', a obrigação resultante do título executivo".

A assunção da dívida será possível em duas circunstâncias: a) em ato negociai de que participem o velho e o novo devedor: e b) em ato unilateral do novo devedor. Em ambas as hipóteses, porém, será sempre indispensável "o consentimento do credor" (art. 568, III). Faltando este, qualquer ajuste do devedor com terceiro, visando a transmitir-lhe a dívida, será tido como *res inter alios acta*, sem qualquer eficácia perante o titular do crédito e sem qualquer efeito em relação à legitimidade das partes para a execução forçada, (destaque nosso)

Satisfeito o pressuposto do assentimento do credor, a assunção da dívida poderá ocorrer sob três situações distintas: a) com exoneração do primitivo devedor e com seu consentimento (novação por delegação); b) com exoneração do primitivo devedor, mas sem o seu consentimento (novação por expromissão); c) por assunção pura e simples da dívida pelo novo devedor, sem excluir a responsabilidade do devedor primitivo que, de par com o assunto, continua vinculado à obrigação, caso em que não se pode falar em novação [destaque nosso].

A afirmação de que a embargante houvesse firmado o documento de f1.17 dos autos da execução na qualidade de mera mandatária ou gestora de negócios do devedor primitivo não comporta acolhimento, máxime quando se lê, em todas as letras, que a apelada assumiu, pessoalmente, o encargo de pagamento da pensão arbitrada em favor dos executados ("a primeira passará a pagar à segunda, a título de pensão" - s/c). (TJSP, Ap. com revisão n. 1.107.098-0/2, rei. Des. Carlos Vieira Von Adamek, j. 06.08.2007)

Da leitura dos autos, extrai-se que o instrumento particular de cessão de direitos e obrigações firmado entre o terceiro [...] e os embargados data de 30.03.2001. Já o instrumento de escritura de venda e compra é posterior, de 20 de junho de 2001.

Não se pode dizer que houve novação, pois não estão presentes todos os requisitos necessários: (1) existência de uma primeira obrigação: (2) uma nova obrigação: (3) a intenção de novar (*animus novandi*).

No caso em tela, operou-se a assunção da dívida. (TJSP, Ap. n. 410.864.4/1-00, rei. Francisco Loureiro, j. 01.03.2007)

Cessão da posição contratual: "Não se pode cogitar de cessão de posição contratual. Para que se opere regularmente a cessão do compromisso de compra e venda pelo promitente comprador como cessão de posição contratual a terceiro, é necessário o consentimento inequívoco do promitente vendedor, em observância à regra geral do art. 299, *caput*, do Código Civil". (José Osório de Azevedo Júnior, *Compromisso de compra e venda*, 5. ed., Malheiros, p. 257)

Inviável admitir que o cedido que não consentiu com a cessão seja obrigado a reconhecer-lhe a eficácia. Ou houve consentimento, sendo a cessão válida e eficaz, ou não houve consentimento, mantendo-se a relação jurídica firme em relação ao cedido. No sistema brasileiro, não há disciplina jurídica específica para a cessão da posição contratual, devendo a concordância do cedido ser expressa, como elemento de validade da cessão e não apenas condição para sua eficácia na medida em que até mesmo para a mera assunção da dívida tal circunstância está consignada no art. 299 do Código Civil. (TJSP, Ap. n. 510.061.4/6-00, rei. Francisco Loureiro, j. 25.10.2007)

No mesmo sentido: TJSP, Ap. n. 513.556.4/7-00, rei. Francisco Loureiro, j. 27.09.2007.

Civil e processo civil. Contrato de financiamento imobiliário. Transferência. Ilegitimidade ativa. Ausência de anuência do agente financeiro. Quitação. Cláusula contratual em instrumento particular de transferência. Recurso. Desprovido. Cuida-se de apelação cível interposta pelo autor contra sentença que, nos autos de ação de conhecimento, pelo rito ordinário, ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, I e VI, c/c art. 295, II, do CPC, sob o fundamento de que o demandante não possui legitimidade para ajuizar a ação proposta. Na hipótese, o autor firmou, em 24 de maio de 1973, escritura de Contrato Particular de Compromisso de Transferência (fls. 14/16) tendo como objeto o imóvel constituído pelo apartamento n. 302, entrada 4 do Conjunto Residencial de Del Castilho, localizado na rua Fazenda Nova, n. 4, Bloco 10, Rio de Janeiro. Ao que parece, de acordo com as alegações do autor e mediante a análise dos documentos acostados às fls. 17/19 e 22, o referido imóvel foi objeto de financiamento concedido pelo INSS a Eloy Maximo de Souza, que, não tendo interesse em dar continuidade ao pactuado, firmou com o apelante o aludido compromisso, a fim de ceder-lhe os direitos decorrentes da relação jurídica originária. O MM. Juízo *a quo*, em sentença de fls. 113/116, decidiu pela ausência de legitimidade ativa para a demanda, sob o fundamento de que "a cessão de direitos relativa ao imóvel financiado, sem que tenha havido a devida anuência do agente financeiro, é ineficaz em relação a este último" e de que, por força do disposto no art. 299 do Código Civil Brasileiro, o silêncio do credor em anuir deve ser interpretado como recusa, especialmente por se tratar de pessoa jurídica de direito público. De fato, a legislação civil, com vistas a proteger as características do que foi pactuado na relação jurídica originária, exige o expresso consentimento do credor quando da transmissão da obrigação a um terceiro pelo devedor primitivo. De acordo com tal previsão, a legitimidade do autor para ter reconhecida a propriedade do referido imóvel depende da comprovação da ciência e da anuência do INSS com relação à transferência realizada. Conforme se depreende dos autos, ainda que existam elementos que comprovem o pagamento integral das parcelas do financiamento integralmente - declaração do próprio INSS às fls. 19, afirmando que o imóvel em questão encontra-se quitado desde setembro de 1986 - não há documento que ateste a concordância da autarquia com o pactuado entre o apelante e Eloy Maximo de Souza, parte do contrato originário. Nesse particular, observa-se ainda que em nome deste último foram fornecidas as Guias de Recebimento de Prestação de Financiamento acostadas às fls. 62/91. É de se ressaltar também que no contrato particular firmado entre o autor cessionário dos direitos oriundos do financiamento e o devedor primitivo (fls. 14/16) consta cláusula que obriga os cedentes - Eloy Maximo de Souza e sua mulher Nadir da Silva Souza - a transferir para o nome do apelante os direitos à aquisição do imóvel financiado tão logo todas as parcelas fossem adimplidas. No entanto, não há nos autos prova de que essa exigência tenha sido suprida, razão pela qual entendo que deve ser afastada a legitimidade do autor para a propositura da presente demanda. Na verdade trata-se de hipótese em que o apelante não mantém com a autarquia a relação jurídica que enseje a discussão do direito postulado. Qualquer direito relativo ao imóvel objeto do financiamento deve ser questionado em face do devedor primitivo, ainda que o autor alegue, às fls. 6, que aquele se encontra desaparecido. Recurso desprovido. (TRF, 2ª Região, Ap. cível n. 378.397, Proc. n. 200551015190063/RJ, 5ª T. Especializada, rei. Des. Federal Vera Lucia Lima, j. 24.03.2008)

Tributário. Civil. Cessão de crédito do Banco do Brasil à União. Medida Provisória n. 2.196-3. Lei n. 9.138/95. Execução fiscal. Continência. Assunção de dívida. Cláusula de solidariedade do débito.

I - Nos termos do art. 105 do CPC, o Juiz, de ofício ou a pedido das partes, pode reunir os processos havendo conexão ou continência. Também procede enfatizar que nos termos do art. 28 da Lei n. 6.830/90, tal reunião se dá por conveniência da unidade de garantia da execução.

II - Nos termos do art. 299 do CC, é facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor. A anuência expressa do credor é exigida, haja vista que aquele passaria a receber os valores a que teria direito outra pessoa, com a qual não contratou.

III - Observando a presente questão, verifica-se, nos termos da escritura de confissão e assunção de dívidas com garantia hipotecária e cessão de créditos, condição imposta pelo credor para aceitar a transmissão da obrigação do débito para terceiro, que foi a solidariedade da dívida, ou seja, o confitente devedor, continuou responsável solidariamente ao assuntor, pelo cumprimento da dívida confessada.

IV - A MP n. 2.196-3 ao estabelecer o Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais, permitiu à União adquirir, do Banco do Brasil, do Banco da Amazônia e do Banco do Nordeste, todos os ativos originários de operações de crédito rural alongadas ou renegociadas com base na Lei n. 9.138/95, de forma a proporcionar o saneamento dos ativos das instituições financeiras do setor público.

V - O art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320/64, determina a inscrição dos créditos da Fazenda Pública de natureza tributária ou não tributária em Dívida Ativa, dentre estes os provenientes de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

VI - Ausência de verossimilhança nas alegações de ilegitimidade da cessão de crédito e da inscrição em CDA, sobretudo em face do amplo rol de hipóteses que permitem a inscrição do crédito na dívida ativa, não sendo a referida inscrição uma exclusividade dos créditos de natureza fiscal.

VII - Estando o débito em discussão judicial e encontrando-se garantido mediante hipoteca conforme previsto em cláusula contratual, não deve haver a inclusão do nome do dito devedor nos cadastros de inadimplentes. Precedente (AC n. 313.260, rei. Des. Fed. Marcelo Navarro, DJ 14.09.2005, p. 1.141, n. 177).

VIII - Apelação de Maria das Mercês de Lima improvida.

IX - Apelação dos autores parcialmente providas. (TRF, 5ª Região, Ap. cível n. 436.806, Proc. n. 200783080006420, 4ª T., rei. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, j. 15.04.2008)

Ação de cobrança. Prestação de serviço de telefonia móvel. Acordo firmado com o réu e terceira pessoa no Juizado Especial Cível para que o segundo assumisse a dívida com a autora. Instrumento particular de confissão de dívida do valor ora cobrado firmado entre a autora e o réu naquela ação, assumindo inteiramente a responsabilidade pelo débito. Assunção de dívida. Art. 299 do CC/2002. Concordância expressa da credora. Solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade da partes, não configurada no instrumento de confissão de dívida. Ilegitimidade passiva reconhecida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 995.204.007, 33ª Câmara de Direito Privado, rei. Cristiano Ferreira Leite, j. 04.06.2008)

Apelação cível. Embargos do devedor. Preliminar de ilegitimidade passiva. Execução de duplicatas sem aceite, protestadas e com a prova da prestação dos serviços. Título líquido, certo e exigível. Honorários advocatícios. Manutenção do *quantum* arbitrado. Litigância de má-fé. Arguição em contrarrazões. Possibilidade. A assunção de dívida, ocorre quando há a transferência passiva da obrigação e só ocorre se o credor expressamente concordar, nos termos do art. 299 do Código Civil, sendo certo que o silêncio do credor na troca do devedor implica em recusa, a teor do disposto no parágrafo único do citado artigo. A duplicata sem aceite, protestada por falta de aceite e de pagamento, e acompanhada da prova dos serviços prestados pelo exequente, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei de Duplicatas, é título líquido, certo e exigível, apto a ser executado. As duplicatas emitidas e juntadas na inicial da execução em apenso foram devidamente levadas à protesto, estão acompanhadas dos comprovantes de recebimento da

mercadoria, (f. 17/154 - autos da execução) dos quais não se encontram nenhuma recusa comprovada do aceite, tornando-se título executivo hábil, certo, líquido e exigível. É lícito ao recorrido requerer a aplicação de penalidade por litigância de má-fé, em contrarrazões, sem apresentação de recurso autônomo, se considerar que o recurso é atentatório à dignidade da justiça ou procrastinatório. Indefere aplicação de penalidade. V.v.: O pedido de condenação por litigância de má-fé deve ser alegado em sede de recurso adesivo e, não, em contrarrazões à apelação. (TJMG, Proc. n. 1.0114.04.047539-3/002(1), rei. Hilda Teixeira da Costa, j. 10.04.2008)

Art. 300. Salvo assentimento expresso do devedor primitivo, consideram-se extintas, a partir da assunção da dívida, as garantias especiais por ele originariamente dadas ao credor.

CC/1916: sem correspondente.

“A cessão de dívida é o negócio pelo qual o devedor transfere para outra pessoa sua posição na relação jurídica e de modo que esta o substitua na obrigação” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 104). Trata-se, portanto, de substituição que se verifica na mesma relação jurídica. Se a substituição originar outra relação jurídica, haverá novação (KARAM, Munir. *O novo Código Civil estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo, LTr, 2003, p. 322). De acordo com Munir Karam, a distinção entre assunção de dívida e novação subjetiva passiva significa, em termos práticos, diferenças quanto “aos meios de defesa oponíveis ao credor e aos meios acessórios, que aderem à obrigação transmitida. O prazo prescricional, por exemplo, pode ser aproveitado pelo assuntor” (op. cit., p. 322). A anuência expressa do credor e dos garantidores para a eficácia da assunção de dívida faz com que muitos autores considerem que a novação subjetiva passiva seja vantajosa em relação a ela. As garantias, como acessórios que acompanham o crédito, deverão se manter, salvo se o antigo devedor ou o terceiro responsável por ela não consentir na transmissão da dívida. Assim é porque quem se propõe a garantir uma obrigação leva em conta, substancialmente, a pessoa e a situação patrimonial do devedor, de maneira que qualquer alteração passiva subjetiva modifica a base das condições presentes para a concessão da garantia. No entanto, se aquele que assume a dívida (o cessionário) já era garantidor da mesma obrigação - como proprietário da coisa penhorada ou hipotecada, por exemplo não faria sentido liberá-lo em razão da assunção de dívida. A regra do Código Civil é que as garantias especiais dadas ao credor originário extinguem-se a partir da assunção da dívida, salvo consentimento expresso do devedor. Ao se referir ao consentimento expresso do devedor, o legislador parece ter querido alcançar também as hipóteses em que a garantia tenha sido prestada por terceiro. Não seria lógico exigir consentimento expresso do devedor, para manter vinculada a garantia prestada por ele, e dispensá-lo em relação a terceiros, em que é meramente garantidor em contrato benéfico (PKRRI-RA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 384). Segundo Renan Lotufo, porém, “o que se há de entender por especiais, no texto legal, são as garantias que não eram inerentes ao nascimento da dívida, que, se não existissem, não impediriam o surgimento do negócio” Segundo ele, “o devedor as oferece como um *plus* de sua parte, além do que pelo negócio ficará obrigado” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 175). Assim sendo, conclui-se que, entre nós, as garantias não subsistem em hipóteses de assunção de dívida, salvo se houver expresso consentimento do garantidor - seja ele o próprio devedor, seja o terceiro, estranho ao débito assumido. Caio Mário da Silva Pereira observa que “os acréscimos permanecem a favor do credor, como os juros vencidos, cláusula penal etc. Os *privilégios* e as garantias pessoais do devedor, estritamente, terminam com a mutação; as reais sobrevivem, com exceção

das que tenham sido dadas por terceiro estranho à relação, a não ser que este anua na sobrevivência” (op. cit., p. 384-5). Não vale, a esse respeito, o princípio de que o acessório segue o principal. Munir Karam observa que “a solução do NCCB, em verdade, contrasta com as adotadas na maioria das outras legislações. Apenas no Direito espanhol parece predominar a tese de que, só no caso em que o devedor preste seu assentimento, as garantias permanecem em favor do credor” (op. cit., p. 323). Em contrapartida, adverte o mesmo autor: “o que se tem por pacificado na doutrina é que as garantias prestadas por terceiros, como fiança, hipoteca, penhores, não sobrevivem à transferência da dívida” (op. cit., p. 323). O exame do presente dispositivo leva à conclusão de que, salvo expressa concordância do devedor primitivo ou do terceiro garantidor, extinguem-se as garantias pessoais ou reais dadas ao débito cedido (MAIA, Mairan. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 264).

Jurisprudência: Ação de cobrança de dívida condominial. Título judicial. Sentença arbitral. Fase de cumprimento. Termo de confissão de dívida assinado por terceiro. Novação. Não configuração. Inexistência de nova obrigação. Transmissão. Assunção de dívida - externa e liberatória. Consentimento do credor. Dá-se provimento ao recurso para o fim de extinguir-se a execução. (TJSP, AI n. 1.128.855-0/8, rei. Des. Beatriz Braga, j. 16.10.2007)

Ilegitimidade ativa *ad causam*. Ação revisional de contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial). Reconhecimento no caso, eis que a assunção, pelo autor, do saldo negativo existente na conta de titularidade de sua ex-mulher, em acordo de separação judicial, não se consumou, em face da recusa expressa do credor quanto à transferência, restando ao autor, na condição de terceiro interessado, pagar o débito sem discuti-lo. Hipótese em que, tendo a assunção de dívida natureza contratual, com o estabelecimento da relação entre o terceiro (novo devedor) e o credor, há necessidade de consentimento tácito ou expresso, pelo credor, de uma proposta, partida do interessado em assumi-la. Inteligência dos arts. 299, parágrafo único, 302 e 304, todos do Código Civil de 2002, e 930 do Código Civil de 1916. Exame de doutrina. Ação extinta. Agravo retido provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.026.691-8, rei. Des. Itamar Gaino, j. 06.12.2006)

Art. 301. Se a substituição do devedor vier a ser anulada, restaura-se o débito, com todas as suas garantias, salvo as garantias prestadas por terceiros, exceto se este conhecia o vício que inquinava a obrigação.

CC/1916: sem correspondente.

Se a substituição do devedor for anulada restaura-se o débito com suas garantias, mas os terceiros só voltarão a ser considerados garantidores se conheciam o vício que comprometia a obrigação. Embora o dispositivo se refira à anulação, parece que seria mais próprio o uso da expressão invalidade, pois também as hipóteses de nulidade poderão justificar sua incidência ao caso (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 177). No caso de assunção de dívida, salvo consentimento expresso do terceiro garantidor, essas garantias não prevalecerão. Mas, se a assunção for invalidada, o débito original se restabelece, com exceção das garantias prestadas por terceiros - por terceiros, observe-se, porque o devedor original e as garantias que ele houver prestado se restabelecerão. Somente se o terceiro tinha conhecimento do vício é que a garantia prestada por ele será restabelecida. O conhecimento do vício implicaria a má-fé de sua conduta, razão pela qual não seria considerado exonerado de sua obrigação em relação à dívida. A regra consagra a boa-fé objetiva, uma vez que o garantidor é responsável pela sorte do credor (ver comentário ao art. 422). E, como tal, mesmo não integrando o

negócio da assunção como parte, tem deveres de lealdade e de informação, de maneira que não se exonera da dívida se conhecia o vício que inquinava a obrigação (LOTUFO, Renan. Op. cit., p. 177). A obrigação a que se refere o presente artigo é a assunção de dívida, pois ao seu desfazimento é que se refere o texto. O restabelecimento da dívida original e das garantias ofertadas pelo devedor primitivo não pode, porém, prejudicar terceiros de boa-fé (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* 20. ed. atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 386). Assim, se o devedor primitivo aliena a terceiro de boa-fé o bem que havia dado em penhor para a garantia do débito assumido por terceiro, o restabelecimento da dívida nos termos do disposto nesse artigo não pode implicar perda do bem pelo adquirente - desde que não tenha agido maliciosamente.

Jurisprudência: Ação monitória. Prova escrita. Cheque prescrito. Título hábil a constituir início de prova, mas que se tornou inexigível diante da nulidade da assunção da dívida, pela ré-emitente, que entregou a cártula a seu filho, em branco, com a presunção de que seria preenchida no valor por ele informado, sem ter consciência da magnitude da obrigação assumida. Aplicação, na hipótese, da regra estampada no art. 301 do Código Civil de 2002, que restabelece a obrigação do primitivo devedor. Exame de doutrina. Recurso improvido. (TJMG, Ap. cível n. 7.099.028.800, 21ª Câmara de Direito Privado, rei. Itamar Gaino, j. 12.12.2007)

Ação declaratória de inexistência de débito. Fatura gerada com fundamento em Resolução da Aneel. Violação do medidor de energia elétrica (rompimento do lacre de aferição) na unidade consumidora. Débito objeto de confissão de dívida. Infração administrativa imputada a terceiro. Assunção de dívida. Inoponibilidade das exceções pessoais. Art. 302 do Código Civil. Inteligência. 1 - Confessado o débito gerado por terceiro, supostamente responsável pelo medidor de energia elétrica, cujos lacres de aferição foram violados, a hipótese subsume-se aos arts. 299 *et seq.* do Código Civil, não podendo, o novo devedor, opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo. 2 - Hipótese em que o novo devedor opôs-se à dívida confessada, ao argumento de que não fora ele o autor da infração administrativa geradora do débito. 3 - Improcedência dos pedidos. (TJMG, Proc. n. 1.0024.05.697014-8/001(1), rei. Mauro Soares de Freitas, j. 27.09.2007)

Art. 302. O novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo.

CC/1916: sem correspondente.

No que se refere aos meios de defesa, eventual inadimplemento do antigo devedor no cumprimento das obrigações que assumiu em relação ao assuntor não é oponível ao credor. O novo devedor também não pode opor ao credor meios de defesa de que dispunha o antigo devedor contra o credor. Contudo, pode valer-se dos meios de defesa derivados da relação estabelecida entre ele próprio e o credor. De modo geral, considera-se a assunção de dívida um contrato abstrato, tanto no que se refere às relações entre o assuntor e o antigo devedor, quanto no que diz respeito às estabelecidas entre o assuntor e o credor. Por essa razão o assuntor não pode levantar objeções derivadas da assunção de dívida. Os meios de defesa do antigo devedor transferem-se ao novo, com exceção daqueles que forem posteriores à assunção e dos que possuírem caráter personalíssimo - isto é, as exceções pessoais do antigo devedor não podem ser invocadas por ele, tais como compensação, defeitos do negócio original etc (MAIA, Mairan. *Comentários ao Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. III, p. 269). Luiz Roldão de Freitas Gomes, após examinar as questões relativas aos meios de defesa disponíveis ao novo

devedor, afirma que os princípios a eles relativos não podem ser tratados com “rigidez que os imobilize, cerrando portas a tratamento diverso para casos em que sua inflexível aplicação, a par de não corresponder à sistemática em torno do assunto, não atenderia a um preceito de justiça” (*Da assunção de dívida e sua estrutura negociai* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p. 198-9, sendo oportuno registrar que o autor relaciona inúmeras hipóteses em que considera adequada essa flexibilização nas páginas 187 a 198). O Código Civil de 2002 veda ao cessionário do débito valer-se das exceções pessoais que competiam ao antigo devedor. Contudo, é preciso registrar que o conceito de exceções pessoais compreende apenas aquelas questões vinculadas diretamente à pessoa do devedor, com causa distinta da dívida estabelecida entre as partes (compensação, por exemplo), pois aquelas que tiverem origem na própria dívida assumida deverão ser admitidas (pagamentos, inadimplemento etc.).

Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento.

CC/1916: sem correspondente.

Havendo aquisição de imóvel hipotecado, e desejando o adquirente assumir o débito correspondente, faculta-lhe esse dispositivo notificar o credor para assentir com a transferência, que se presumirá, caso ele não a impugne em trinta dias. Trata-se de exceção à regra geral de que o silêncio do credor a respeito da assunção deve ser interpretado como recusa. O credor está garantido pela hipoteca, o que, de certo modo, revela que os cuidados de que se deve cercar para concordar com a assunção da dívida são menores, justificando-se o menor rigor legislativo. Caberá ao credor com garantia hipotecária apresentar suas razões para a recusa, que não pode ser arbitrária, sob pena de abuso de direito (art. 187 do CC). Acrescente-se que a vedação à cessão do financiamento, nos casos do Sistema Financeiro da Habitação, não foi revogada por esse dispositivo, pois foi contemplada em legislação especial (art. 1º da Lei n. 8.004, de 14 de março de 1990).

Jurisprudência: Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de gaveta. Cessão de direitos sem a anuência do Banco. Ilegitimidade ativa dos cessionários. Cabimento. Discussão de cláusulas. Requisitos formais da assunção de dívida não cumpridos. Aplicação do art. 299 c/c o art. 303 do CC. Precedentes de jurisprudência. Vedação, demais, ao novo devedor, de discutir a formação e a composição da dívida por ele assumida. Aplicação do art. 302 c/c o art. 303 do CC. Legitimidade ativa do devedor primitivo que exclui, à evidência, a legitimidade de quem não assumiu, formalmente, a dívida. Agravo improvido. (TJSP, AI n. 7.371.512.300, rei. Erson T. Oliveira, j. 19.08.2009)

Administrativo. Sistema Financeiro da Habitação. FCVS. Cessão de obrigações e direitos. "Contrato de gaveta". Transferência de financiamento. Necessidade de concordância da instituição financeira mutuante. Lei n. 10.150, de 2000 (art. 20). 1 - A cessão de mútuo hipotecário carece da anuência da instituição financeira mutuante, mediante comprovação de que o cessionário atende aos requisitos estabelecidos pelo Sistema Financeiro de Habitação - SFH. Precedente da Corte Especial: REsp 783389/RO, rei. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 21.05.2008, *DJ* de 30.10.2008. 2 - Consectariamente, o cessionário de mútuo habitacional, cuja transferência se deu sem a intervenção do agente financeiro, não possui legitimidade *ad causam* para demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas no contrato *ab origine*. 3 - Ressalva do ponto de vista do relator no sentido de que, a

despeito de a jurisprudência da Corte Especial entender pela necessidade de anuência da instituição financeira mutuante, como condição para a substituição do mutuário, a hipótese *sub judice* envolve aspectos sociais que devem ser considerados. 4 - A Lei n. 8.004/90 estabelece como requisito para a alienação a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda. 5 - A Lei n. 10.150/2000, por seu turno, prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25.10.96, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n. 8.692/93, o que revela a intenção do legislador de possibilitar a regularização dos cognominados "contratos de gaveta", originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor. 6 - Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v. g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva. 7-0 Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Dessa sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio. 8 - Sob esse enfoque, o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais. 9 - Deveras, jamais houve vedação de alienação do imóvel hipotecado, ou gravado com qualquer outra garantia real, porquanto função da seqüela. O titular do direito real tem o direito de seguir o imóvel em poder de quem quer que o detenha, podendo excuti-lo mesmo que tenha sido transferido para o patrimônio de outrem distinto da pessoa do devedor. 10 - Dessarte, referida regra não alcança as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, posto que para esse fim há lei especial - Lei n. 8.004/90 a qual não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda, em sintonia com a regra do art. 303 do Código Civil de 2002. 11 - Com efeito, associada à questão da dispensa de anuência do credor hipotecário está a notificação dirigida ao credor, relativamente à alienação do imóvel hipotecado e à assunção da respectiva dívida pelo novo titular do imóvel. A matéria está regulada nos arts. 299 a 303 do novel Código Civil - da assunção de dívida **, dispondo o art. 303 que "o adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em 30 (trinta) dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento". 12 - *Ad argumentandum tantum*, a Lei n. 10.150/2000 permite a regularização da transferência do imóvel, além de a aceitação dos pagamentos por parte da Caixa Econômica Federal revelar verdadeira aceitação tácita. Precedentes do STJ: EDcl no REsp 573.059/RS e REsp 189.350/SP, DJde 14.10.2002. 13 - Agravo regimental desprovido. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 838.127, 1ª T., rei. Min. Luiz Fux, j. 17.02.2009, DJ 30.03.2009)

Embargos de terceiro manejados em ação de rescisão de compra e venda cumulada com reintegração de posse, por quem se diz cessionária [sem anuência do credor] da posição contratual. Hipótese em que a situação da credora não se modificou diante do não pagamento das prestações. Embargante que não comprova o pagamento da dívida para efeitos

do art. 303 do CC. Provimento para julgar os embargos improcedentes. (TJSP, Ap. cível n. 6.049.474.000, rei. Enio Zuliani, j. 17.09.2009)

1 - Ação ordinária ajuizada por cessionário, em face do agente financeiro, objetivando a revisão de cláusula contratual e de débito, referente a contrato de financiamento imobiliário com cobertura pelo FCVS.

2 - A pretensão de exame de dispositivo constitucional é inviável em sede de recurso especial, uma vez que a competência traçada para este Tribunal restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional (Precedentes: STJ, REsp n. 705.744/RS, rei. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 05.12.2005; e REsp n. 686.724/RS, rei. Min. Eliana Calmon, DJU 03.01.2005).

3 - A Lei n. 8.004/90 estabelece como requisito para a alienação a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda.

4 - Nada obstante, a Lei n. 10.150/2000 prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25.10.1996, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n. 8.692/93, o que revela a intenção do legislador de possibilitar a regularização dos cognominados "contratos de gaveta", originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor.

5 - Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v. g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.

6-0 Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepôs o social em face do individual. Desta sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio.

7 - Sob esse enfoque, o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais.

8 - Deveras, jamais houve vedação de alienação do imóvel hipotecado, ou gravado com qualquer outra garantia real, porquanto função da seqüela, o titular do direito real tem o direito de seguir o imóvel em poder de quem quer que o detenha, podendo excuti-lo mesmo que tenha sido transferido para o patrimônio de outrem distinto da pessoa do devedor.

9 - Dessarte, referida regra não alcança as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, posto que para esse fim há lei especial - Lei n. 8.004/90 -, a qual não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda, em sintonia com a regra do art. 303 do Código Civil de 2002.

10 - Com efeito, associada à questão da dispensa de anuência do credor hipotecário está a notificação dirigida ao credor, relativamente à alienação do imóvel hipotecado e à assunção da respectiva dívida pelo novo titular do imóvel. A matéria está regulada nos arts. 299 a 303 do novel Código Civil - da assunção de dívida -, dispondo o art. 303 que "o adqui-

rente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em 30 (trinta) dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento".

11 - *Ad argumentadum tantum*, a Lei n. 10.150/2000 permite a regularização da transferência imóvel, além de a aceitação dos pagamentos por parte da Caixa Econômica Federal revelar verdadeira aceitação tácita. Precedentes: STJ, EDcl no REsp n. 573.059/RS, desta relatoria, DJU 30.05.2005 e REsp n. 189.350/SP, rei. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 14.10.2002).

12 - Consectariamente, o cessionário de imóvel financiado pelo SFH é parte legítima para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos através dos cognominados "contratos de gaveta", porquanto com o advento da Lei n. 10.150/2000, o mesmo teve reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo (STJ, REsp n. 705.231/RS, rei. Min. Eliana Calmon, DJU 16.05.2005; e REsp n. 753.098/RS, rei. Min. Fernando Gonçalves, DJU 03.10.2005).

13- Recurso especial desprovido. (STJ, REsp n. 627.424, rei. Min. Luiz Fux, j. 06.03.2007)

Sistema Financeiro de Habitação. Cessão de contrato. "Contrato de gaveta". Solicitação de transferência pelo cessionário. Silêncio do credor. Aceitação tácita. Interpretação dos arts. 299 a 303 do Código Civil. Recurso a que é dado provimento. (TJSP, Ap. n. 1.183.618-1, rei. Des. Souza Lopes, j. 12.09.2007)

Deveras, jamais houve vedação de alienação do imóvel hipotecado, ou gravado com qualquer outra garantia real, pois, em função da seqüela, o titular do direito real tem o direito de seguir o imóvel em poder de quem quer que o detenha, podendo excuti-lo mesmo que tenha sido transferido para o patrimônio de outra pessoa, distinta da pessoa do devedor.

Entretanto, essa regra não atinge as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, posto que para esse fim existe lei especial - a Lei n. 8.004/90 e mesmo assim essa lei não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda. A assunção, aliás, é corrente com a regra do art. 303. Com efeito associada à questão da dispensa de anuência do credor hipotecário está a notificação dirigida ao credor, relativamente à alienação do imóvel hipotecado e à assunção da respectiva dívida pelo novo titular do imóvel. A matéria está regulada nos arts. 299 a 303 do novo Código Civil - da assunção de dívida - dispondo o art. 303 que "o adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em 30 (trinta) dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento". (STJ, REsp n. 573.059, rei. Min. Luiz Fux, j. 14.09.2004)

Trata-se, portanto de assentimento tácito, consoante o entendimento assentado na jurisprudência desta Corte.

Cessão de crédito hipotecário. Cessão de contrato. Legitimidade *ad causam*. Provido o recurso, afastando a ilegitimidade ativa da Regional São Paulo S.A. Comercial, Construtora e Importadora, que, como credora de imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda, em escritura pública, outorgara poderes ao Banco Itaú de Investimentos S.A. para, em seu nome, propor ação de rescisão de contrato contra devedores inadimplentes, cumulada com reintegração de posse, não significando, porém, que a referida cessão de crédito implicaria a cessão do pré-contrato. Daí, tem-se que prevalece a legitimidade da recorrente para, na ação de rescisão, conforme ajuizara, constituir os réus em mora por meio da notificação judicial. (STJ, REsp n. 97.554/SP, 3ª T., rei. Min. Ari Pargendler, j. 25.04.2000)

1 - Se a transferência de imóvel financiado apesar de efetivada sem consentimento do agente financeiro consolidou-se com o integral pagamento das 180 prestações pactuadas, não faz sentido declarar sua nulidade.

2 - Em tal circunstância, os agentes financeiros, que se mantiveram inertes, enquanto durou o financiamento, carecem de interesse jurídico, para resistirem à formalização de transferência. (STJ, REsp n. 355.771, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18.11.2003)

O direito positivo vigente sempre admitiu a cessão de contratos relativos a imóveis mediante simples trespasse ou transferência, sendo a ele contrária a sua oneração com um novo financiamento. De outra parte, a hipoteca vincula o bem gravado, acompanhando-o sempre onde quer que se encontre. Adere à coisa, sem, no entanto, trazer limitações quanto ao direito de dispor, não impedindo o direito de seqüela, transações ou alienações. Decreto-lei n. 2.291/86, com a redação do Decreto-lei n. 2.046/88, art. 9º, Lei n. 8.004/90, art. 1º, parágrafo único. Ofensa não caracterizada. Dissenso pretoriano configurado. (STJ, REsp n. 43.230, rei. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.08.1996)

É remansosa a jurisprudência de ambas as turmas de direito público desta colenda corte no sentido de que na transferência do contrato de financiamento de imóvel, celebrado com base no Sistema Financeiro da Habitação, é mister a interveniência do agente financeiro. Precedente. (STJ, REsp n. 94.394, rei. Min. José de Jesus Filho, j. 10.10.1996)

TÍTULO III DO ADIMPLEMENTO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

CAPÍTULO I DO PAGAMENTO

Seção I De Quem Deve Pagar

Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste.

CC/1916: art. 930.

De acordo com o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira, “o pagamento é o fim normal da obrigação” mas não o único, já que ela também pode se extinguir de outras maneiras: “a) pela execução forçada, seja em forma específica, seja pela conversão da coisa devida no seu equivalente; b) pela satisfação direta ou indireta do credor, por exemplo, na compensação; c) pela extinção sem caráter satisfatório, como na impossibilidade da prestação sem culpa do devedor, ou na remissão da dívida” (*Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 168).

Ao ser constituída a obrigação, o credor pode exigir o cumprimento da prestação e o devedor fica obrigado a cumpri-la no tempo e do modo devidos. O Capítulo III do Livro das Obrigações do novo Código Civil cuida do adimplemento e da extinção das obrigações. Disciplina, portanto, os meios necessários e aptos a extinguir a obrigação. O Código Civil de 1916 denominava como *Dos efeitos das obrigações* o capítulo que tratava das hipóteses de adimplemento.

Normalmente, a obrigação nascida de qualquer de suas fontes extingue-se pelo pagamento, ou seja, pelo cumprimento da prestação devida ao credor, no prazo e do modo estabelecidos. Pagamento» portanto, representa o cumprimento da prestação devida em qualquer de suas modalidades - fazer, não fazer ou dar -, e não apenas a correspondente à entrega de dinheiro. Na definição de Clóvis, “pagamento é execução voluntária da obrigação” (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 185). Caio Mário da Silva Pereira registra que o pagamento deve coincidir com a coisa devida e tem como efeito essencial a extinção da obrigação (op. cit., p. 183).

O adimplemento pode ser direto, indireto ou anormal. No primeiro caso, corresponde à própria prestação originalmente prevista (pagamento, portanto); no segundo, resulta de outro fenômeno (consignação, novação, compensação etc); no terceiro, ocorre quando a obrigação extingue-se sem cumprimento, como nos casos de perecimento do bem sem culpa do devedor, prescrição, invalidade etc. O pagamento será voluntário quando efetuado espontaneamente pelo devedor e forçado, quando resultar da intervenção judicial.

No entanto, além do pagamento, expressão que corresponde ao adimplemento, há outras formas de extinção das obrigações - confusão, remissão, compensação etc. -, que, no entanto, não equivalem ao adimplemento. Renan Lotufo pondera que a doutrina distingue as hipóteses de extinção satisfativa e não satisfativa do crédito (op. cit., p. 184). Para que se possa reconhecer o pagamento, é essencial que seja prestado aquilo que é devido, em sua integralidade e por inteiro, como Caio Mário da Silva Pereira registra (op. cit., p. 183). Se qualquer desses requisitos não se verificar, não haverá pagamento, embora seja possível que se reconheça a extinção da obrigação em decorrência de outro fato (dação em pagamento, por exemplo). Além disso, o pagamento supõe a existência de obrigação anterior, pois dá lugar à repetição do indébito, isto é, a restituição do objeto do pagamento àquele que o efetuou por erro (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 297).

O artigo em exame cuida de disciplinar a possibilidade de interessados e não interessados efetuarem o pagamento. Para a exata compreensão desse artigo, é preciso compreender o sentido da expressão “interessado na extinção da dívida”. Serão interessados os que, juridicamente, estiverem obrigados a efetuar o pagamento, ou seja, a dar cumprimento à prestação assumida - como é o caso dos garantidores em geral. A responsabilidade já assumida por eles no momento em que a obrigação foi constituída os autoriza e os legitima a pagar o débito e a utilizar todos os meios necessários para a exoneração. Até mesmo um credor do devedor pode ter interesse em quitar sua dívida para evitar a penhora, preservando, assim, sua garantia. Ou um inquilino do imóvel pode decidir quitar a dívida do locador para que o bem não seja arrematado, evitando assim a legitimação do despejo. Nessas duas hipóteses, haverá terceiros juridicamente interessados na extinção da dívida, que, segundo o dispositivo em exame, poderão valer-se de todos os meios destinados à exoneração da dívida (como a consignação em pagamento).

O interesse jurídico referido não contempla somente os que integrarem a relação jurídica estabelecida entre credor e devedor, mas também os que nela não figuram, embora possam suportar as consequências do inadimplemento. No parágrafo único deste dispositivo, assegura-se ao terceiro não interessado o direito de valer-se dos mesmos meios necessários de que o devedor para extinguir a obrigação, desde que o faça em nome e à conta deste. O terceiro não interessado é o que não integra a relação jurídica a que o devedor se vincula e também não tem qualquer espécie de interesse jurídico no pagamento. Neste parágrafo, admite-se a oposição do devedor ao pagamento a ser efetuado por terceiro não interessado em nome do próprio devedor. Significa dizer, portanto, que o devedor só pode opor-se ao pagamento que o terceiro não interessado pretende efetuar em nome daquele, mas não ao terceiro vinculado juridicamente a sua obrigação ou ao não interessado que pague em seu próprio nome, isto é, em nome dele, terceiro, hipótese contemplada no dispositivo seguinte. O devedor

poderá se opor a este pagamento pretendido pelo terceiro não interessado em nome dele, devedor, já que este é o titular do direito subjetivo de cumprir pessoalmente a obrigação.

O pagamento efetuado pelo terceiro interessado implica sub-rogação, isto é, transmissão do crédito do credor originário ao terceiro que cumpre a obrigação do devedor (art. 346, III, do CC). O devedor não cumpriu sua obrigação, embora o credor tenha recebido a satisfação de seu crédito. Deste modo, a dívida não foi extinta, mas transferida ao terceiro que a saldou. A oposição que o devedor pode apresentar ao pagamento do terceiro não interessado pode decorrer de seu interesse em quitar a dívida, mas também de razões íntimas pelas quais considere inadmissível que alguém, por qualquer motivo, decida dar cumprimento à sua obrigação. É o caso do fiscal de rendas, ou de outro servidor público, que não tenha condições de cumprir determinada obrigação, mas pretende impedir que o terceiro não interessado o faça em seu lugar, pretendendo assegurar o respeito à sua reputação - imagine-se que o terceiro não interessado que deseja pagar sua dívida seja um conhecido contraventor.

A possibilidade de oposição ao pagamento ofertado pelo terceiro não interessado em nome do devedor remete à seguinte reflexão: o credor é impedido de receber o crédito a que faz jus em decorrência da oposição do devedor? A resposta deve ser negativa, pois o credor não pode ver-se impedido de receber o que lhe é devido, ainda que terceiro não interessado pretenda pagá-lo. Aliás, solução contrária estaria em conflito com o tratamento dispensado à cessão do crédito. Ora, a aceitação da quitação do débito por terceiro não interessado - ainda que contrariando a oposição do devedor - seria possível por sub-rogação convencional do crédito (art. 347 do CC). O negócio seria válido e bastaria que o devedor original fosse notificado para que a cessão fosse eficaz em relação a ele (arts. 290 e 348 do CC).

Quais os efeitos, portanto, da oposição do devedor, se o credor pode recebê-lo a despeito de sua oposição? O primeiro deles, extraído da conjugação do parágrafo único com o *caput* do artigo em exame, corresponde à impossibilidade de o terceiro não interessado valer-se dos meios conducentes à exoneração do devedor: caso o credor não queira receber e o devedor se oponha ao pagamento, o terceiro não interessado não pode valer-se dos meios conducentes à exoneração, ainda que o faça em nome do devedor. O segundo efeito se verificará se o credor aceitar do terceiro não interessado o pagamento oferecido em nome do devedor que a ele se opõe. Desse modo, o pagamento será eficaz para desobrigar o devedor em relação ao credor, mas afastará o reconhecimento da liberalidade que a doutrina identifica nesses casos (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. I, p. 107. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 127. ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Niterói, Impetus, 2004, p. 138).

Registre-se, porém, que a presunção de liberalidade não é a regra, pois o comum não é a doação, mas sim a onerosidade. A doutrina, porém, reconhece no parágrafo único em exame uma presunção de liberalidade em razão de dois fatos:

a) o art. 305 do Código Civil só se refere ao direito de ressarcimento do terceiro não interessado que paga em seu próprio nome, de modo que no caso do pagamento feito em nome do próprio devedor não haveria direito ao ressarcimento (RODRIGUES, Sílvio, op. cit., p. 127); e

b) as liberalidades dependem de aceitação (arts. 385 e 539 do CC). Assim, a possibilidade de o devedor opor-se ao pagamento que o terceiro não interessado pretende efetuar em nome do primeiro - acréscimo do parágrafo em exame com relação ao art. 930, parágrafo único, do Código Civil de 1916 - destinou-se a evidenciar o caráter de liberalidade desse caso de pagamento.

Contudo, insista-se que as liberalidades não se presumem, porque excepcionais, de modo que o terceiro não interessado poderá postular o recebimento do que pagou em benefício do devedor, ainda que tenha havido oposição deste, como esclarece Renan Lotufo: “É evidente que houve uma vantagem econômica para o devedor, que não sofreu qualquer dimi-

nuição em seu patrimônio, o que ocorreria com o adimplemento por sua conta. Pelo contrário, o devedor originário teve um benefício patrimonial, um enriquecimento sem causa, à custa da atuação do terceiro. Nesse caso, portanto, o terceiro só poderá exercer pretensão em face do devedor, comprovando que este obteve vantagem patrimonial sem motivo determinante prestigiado pelo Direito, isto é, enriquecimento sem causa” (op. cit., p. 189).

Destarte, a oposição do devedor se prestará a dois efeitos: impedir tanto que o terceiro se valha de meios conducentes à exoneração como o reconhecimento de uma liberalidade, se, porventura, o terceiro manifestar seu propósito de fazê-la, porque esta não se presume. Judith Martins-Costa, que admite a presunção de liberalidade nesse caso, sustenta que ela é relativa, não absoluta (op. cit., p. 108). Mas, ao se admitir que a liberalidade não se presume, ela só ocorrerá se o devedor aceitar o pagamento do terceiro, sem oposição, e se ele manifestar seu propósito de efetuar a liberalidade. Mário Júlio de Almeida Costa conclui neste mesmo sentido: se existe doação, há necessidade de estar presente o elemento intencional na conduta do terceiro e a aceitação do devedor. Do contrário, mesmo quando o pagamento é feito em nome do devedor, o terceiro não interessado pode postular o reembolso sob pena de enriquecimento sem causa (*Direito das obrigações*. Coimbra, Almedina, 2000, p. 925).

A existência do art. 305 do Código Civil, ao que parece, decorre da impossibilidade de o terceiro valer-se dos meios conducentes à exoneração da dívida se pretender pagar em nome próprio, e não à presunção de liberalidade, que estaria presente no art. 304, parágrafo único. Ademais, no caso do artigo seguinte, não haverá liberalidade.

Todavia, o devedor não pode opor-se ao pagamento do terceiro vinculado juridicamente à obrigação ou ao não interessado que pague em seu próprio nome, hipótese contemplada no dispositivo seguinte. O pagamento efetuado pelo terceiro interessado implica sub-rogação, isto é, transmissão do crédito do credor originário ao terceiro que cumpre a obrigação do devedor (art. 346, III, do CC). O devedor não cumpre sua obrigação, embora o credor tenha recebido a satisfação de seu crédito. Desse modo, a dívida não foi extinta, mas transferida ao terceiro que a saldou.

Jurisprudência: Consignação em pagamento. Parcelas de financiamento de veículo. Injusta recusa do credor, na medida em que se recusou a continuar recebendo mediante débito em conta-corrente que não a da devedora. Forma de pagamento que em nada prejudicava as garantias do contrato e nem qualquer outro direito do credor, pois os pagamentos seriam feitos em nome e por conta da devedora. Existência, ademais, de disposição legal expressa (art. 304, Código Civil) no sentido de que qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la. Ação procedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 991.090.486.332, rei. Gilberto dos Santos, j. 05.11.2009)

Compra e venda de bem móvel. Resilição do contrato. Devolução da quantia dada a título de sinal. Bem dado como sinal que pertence a terceiro, interessado na extinção da dívida, mas alheio à lide (CC, art. 304). Parte que não pode pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizada por lei (CPC, art. 6º). Danos emergentes e lucros cessantes. Ausência de prova do direito da autora (CPC, art. 333,1). Recurso improvido, rejeitada a preliminar. De ofício, extinto o processo sem resolução do mérito quanto ao pedido de restituição do valor dado a título de sinal, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 972.770.008, rei. Gomes Varjão, j. 02.03.2009)

A orientação jurisprudencial desta Corte considera ser o cessionário de imóvel financiado pelo SFH parte legítima para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos através dos cognominados "contratos de gaveta", porquanto, com o advento da Lei n. 10.150/2000, teve ele reconhecido o direito à

sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. (STJ, REsp n. 868.058, 2ª T., rei. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 17.04.2008)

Recurso especial. Execução hipotecária decorrente de débito de contrato de mútuo. Sistema Financeiro da Habitação. Pagamento efetivado por terceiro interessado. Pretendida afronta ao art. 4º, § 1º, da Lei n. 5.741/71, que prevê as consequências em virtude do não pagamento da dívida. Inocorrência. Aplicação do art. 930 do Código Civil (atual art. 304 do CC). Recurso especial não conhecido.

- Da leitura do dispositivo legal tido por violado, verifica-se que a penhora, a nomeação de depositário (art. 4º), a expedição de mandado de desocupação contra a pessoa que estiver ocupando o imóvel (§ 1º) e, bem assim, a desocupação do próprio executado (§ 2º), deve ser observada no caso do não pagamento da dívida.

- O proceder do interessado estava previsto no art. 930 do Código Civil, atualmente disposto no art. 304 do novo diploma civil: "Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor". De qualquer forma, poderia o terceiro, ainda que não interessado, efetuar o pagamento, "em nome e por conta do devedor" (parágrafo único, do art. 930, do CC). (STJ, REsp n. 184.577, rei. Min. Franciulli Neto, j. 01.04.2003)

Embargos de terceiro. Ordem de liminar de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Restrição assentada no órgão de trânsito. Inequivoco direito do credor fiduciário à excussão da garantia frente ao terceiro em hipótese tal, nos termos do art. 3º, *caput*, do Decreto-lei n. 911/69. Direito do terceiro adquirente ao pagamento e à utilização dos meios voltados à satisfação forçada da dívida, consoante o art. 304 do CC, não impedindo a concessão e execução da medida liminar de busca e apreensão, e devendo ser exercido nos próprios autos do processo da ação de busca e apreensão ou mediante ação de consignação em pagamento. Manifesta inviabilidade dos embargos de terceiro para os fins almejados. Sentença de indeferimento da petição inicial. Confirmação. (TJSP, Ap. com rev. n. 1.125.808-0/7, rei. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 30.09.2008)

Ação consignação em pagamento e de chaves de imóvel. O fiador é parte legítima para propor ação de consignação na condição de terceiro interessado. Recusa do recebimento das chaves pelo locador. (TJSP, Ap. não provida n. 1.145.305-0/3, rei. Eros Piceli, j. 02.10.2008)

Monitória. Ação fundada em documento de confissão de dívida firmado pela sócia, em seu próprio nome. Indiferente para solução da causa se a dívida original era da empresa, pois terceiro pode quitar a dívida, seja ele interessado ou não. Recurso provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.335.041-7, rei. Des. Flora Maria Nesi Tossi Silva, j. 05.12.2006)

Execução por título extrajudicial. Débitos decorrentes de contrato de locação. Embargos ajuizados pela ex-mulher do locatário. Inocorrência de participação na avença, em razão da separação de fato, não figurando como parte ou garante do contrato. Não assunção da condição de locatária pela embargante, ao promover ação de consignação contra os locadores, pois qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la. Art. 304 do Código Civil. Embargos do devedor procedentes. Recurso provido para este fim. (TJSP, AI n. 1.093.446-0/6/Ilhabela, 26ª Câmara de Direito Privado, rei. Des. Andreatta Rizzo, j. 05.03.2007, v.u., voto n. 17.008)

Nos termos do art. 930, do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 304, do Código Civil de 2002, o terceiro interessado no pagamento a fim de consolidar a propriedade em mãos do devedor fiduciante e, em sequência obter para si a transferência da propriedade, é parte

legítima para propor ação consignatória. Não sendo integral a oferta é justa a recusa do credor em recebê-la. (II TAC, Ap. n. 646.495-00/8, 2ª Câmara, rei. Juiz Norival Oliva, j. 29.03.2004)

Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor. (JTA 178/251).

Qualquer interessado pode pagar a dívida (art. 930 do CC). Pode também o terceiro requerer a consignação (art. 890 do CPC).

Em caso de compromisso de compra e venda, verificada a morte de um dos contratantes, é lícito ao descendente-sucessor valer-se da ação de consignação em pagamento. É, portanto, parte legítima. (RSTJ118/227)

O proceder do interessado estava previsto no art. 930 do Código Civil, atualmente disposto no art. 304 do novo diploma civil: "Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor". De qualquer forma, poderia o terceiro, ainda que não interessado, efetuar o pagamento, "em nome e por conta do devedor" (art. 930, parágrafo único, do CC). (STJ, REsp n. 184.577, rei. Min. Franciulli Netto, j. 01.04.2003)

Pretensão de terceira interessada (compromissária compradora e moradora no local), na substituição, por dinheiro (*quantum* superior ao da avaliação oficial), da penhora que recaiu sobre imóvel de propriedade da executada. Inteligência dos arts. 655,1, e 668 do Código de Processo Civil, e 930 do antigo Código Civil. Direito à moradia e à dignidade da pessoa humana, principalmente na chamada terceira idade. Princípio da economia processual. Pedido que doutrinariamente tem certa semelhança com a figura do *amicus curiae* do direito inglês e norte-americano. (II TAC, AI n. 771.716-00/0, 12ª Câmara, rei. Juiz Campos Petroni, j. 03.04.2003)

Aquele que adquire o imóvel hipotecado é interessado, para os efeitos do art. 930, *caput* do Código Civil, no pagamento das prestações de resgate do mútuo, porque a respectiva falta implica a execução do gravame. Ao credor é defeso recusar o recebimento, porque o pagamento não tem o efeito de integrar o comprador do imóvel na relação de financiamento. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 154.457, rei. Min. Ari Pargendler, j. 06.12.2002)

O pagamento de aluguel, levado a cabo por terceiro interessado, não implica alteração de sujeitos do contrato de locação. (II TAC, Ap. n. 365.639, rei. Juiz Antônio Vilenilson, j. 20.06.1995)

Não se admite depósito elisivo da falência por terceiro interessado, pois a medida é privativa do devedor. Ademais, inócuo é o depósito se a falência é decretada em razão da anormalidade nos negócios sociais da instituição, sujeita à intervenção pelo Banco Central. (TJSP, AI n. 270.518-1, rei. Des. Ernani de Paiva, j. 08.02.1996)

A fiança pode ser dada sem consentimento do devedor e o pagamento pelo fiador legitima-o, como terceiro interessado, à ação de busca e apreensão dos bens objeto do financiamento com alienação fiduciária, dispensando-se a notificação da cessão e o registro da carta de fiança. (II TAC, AI n. 506.044, rei. Juiz Celso Pimentel, j. 20.11.1997)

Restituindo a avalizada ao avalista o valor que este pagou ao Banco, embora tenha já quitado a sua dívida em decorrência de decisão judicial transitada em julgado, equipara-se ao terceiro interessado a que se refere o inciso III do art. 985 do Código Civil para o fim de

receber do Banco o que pagou a maior. (STJ, REsp n. 401.443, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* 23.09.2002)

Contudo, nada há nos autos a justificar a pretensão do apelante, até porque era perfeitamente possível [...], ainda que não como compromissário-comprador, mas como terceiro interessado na extinção da dívida condominial, quitá-la. Aliás, a hipótese vem prevista no art. 930, *caput*, do Código Civil, *in verbis*: “qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor”. (II TAC, Ap. n. 543.675, rei. Juiz Mendes Gomes, j. 29.03.1999)

Pagamento de dívida de terceiro. Reembolso. Compra e venda de imóvel. Imóvel não transferido para o comprador. Tentativa de venda direta para terceiro. Débito fiscal da imobiliária. Pagamento pelo antigo comprador para viabilizar a venda ao terceiro. Pedido de ressarcimento do valor pago. Art. 304 do CC. Arguição de pagamento a maior. Irrelevância. Condenação mantida. Recurso improvido. (TJMG, Recurso nominado n. 6.816, 2ª T. Criminal, rei. Erson Teodoro de Oliveira, j. 17.07.2008)

Art. 305. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.

Parágrafo único. Se pagar antes de vencida a dívida, só terá direito ao reembolso no vencimento.

CC/1916: art. 931.

No caso deste dispositivo, o terceiro não interessado paga a dívida em seu próprio nome, não em nome do devedor, como no caso referido no parágrafo único do dispositivo anterior. No caso presente, o ordenamento não autoriza o terceiro a valer-se de todos os meios necessários ao adimplemento, ao contrário do que ocorre nos casos do art. 304. Apesar disso, o pagamento pode ocorrer, de modo que o dispositivo em exame assegura ao terceiro que seja reembolsado daquilo que pagou, cobrando a importância do devedor que se beneficia com o ato. Mas nesse caso não se opera a sub-rogação. A distinção é relevante. Ora, se a sub-rogação não ocorrer, o terceiro não faz jus ao ressarcimento da integralidade do débito que liquidou, mas apenas ao montante que entregou ao credor. Aplica-se essa regra às obrigações de pagar em dinheiro; por exemplo, no caso de terceiro que resgata uma dívida de R\$ 1.000,00 por R\$ 900,00, pois recebe um desconto de 10% do credor, só poderá cobrar do devedor os R\$ 900,00 que pagou. Além disso, se a dívida estava garantida por fiança ou hipoteca, tais garantias não beneficiarão o terceiro, já que ele não se sub-roga na obrigação original, podendo, de acordo com o disposto no artigo em exame, apenas recuperar aquilo que efetivamente gastou (art. 349 do CC).

O parágrafo único deste artigo proíbe o terceiro não interessado de cobrar o reembolso mencionado no *caput* antes da data do vencimento da dívida, caso tenha procedido ao pagamento antes desse prazo.

Jurisprudência: Cobrança relativa a despesas médicas e hospitalares. Prova idônea a respeito da obrigação da ré. Pagamento feito por terceiro diretamente à entidade hospitalar. Direito de reembolso. Inteligência do artigo 305 do Código Civil. Honorários de anestesista, segundo a praxe são cobrados pelo chefe da equipe. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 975.970.008, rei. Andreatta Rizzo, j. 01.04.2009)

Obrigação de dar. Extinção da obrigação. Pagamento. Quitação de saldo devedor por terceiro não interessado através de depósito bancário. Alegação de que agiu com mera liberalidade. Improcedência. Prova documental de que efetuou o pagamento em nome próprio. Ônus probatório do qual recorrida não se desincumbiu. Obrigação civil caracterizada. Cobrança procedente. Apelação provida para esse fim. (TJSP, Ap. n. 1.261.775-9, rei. Des. Ricardo Negrão, j. 28.07.2008)

Execução. Cessão de crédito. Ocorrência. Existência de cessão de crédito, pois é isso o que consta do respectivo termo, não ocorrendo a hipótese de pagamento de dívida por terceiro não interessado. Crédito excutido era circulável, não havendo motivo que impeça a sua transferência. Crédito envolve direito patrimonial e se reconhece a total disponibilidade, pois diz respeito ao direito de propriedade. Inaplicabilidade do art. 290 do CC (notificação do devedor), pois tal dispositivo tem a finalidade exclusiva de cientificar o obrigado em relação a quem vai pagar. Art. 305 do CC não se aplica a hipótese, mas sim a caso diferente, em que qualquer interessado na extinção da dívida efetua o pagamento sem oposição do credor e desonera o devedor. Ou, quando o terceiro não interessado, o faz em nome e a conta do devedor, salvo oposição deste. Só nessas hipóteses, mas não na cessão de crédito, autoriza-se ao terceiro interessado a cobrança junto ao devedor, cabendo-lhe apenas reembolsar-se perante o devedor. Subsistência da decisão que deferiu a substituição, no polo ativo da execução, do cedente pela cessionária do crédito excutido, com o indeferimento da pretensão dos devedores, de limitar a execução a ser promovida pela cessionária ao valor que esta pagou ao cedente. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 7.237.125.000, 20ª Câm. de Direito Privado, rei. Álvaro Torres Júnior, j. 04.08.2008)

Apelação cível. Indenização. Evicção. Veículo furtado. Direito de regresso. Ressarcimento de danos. Legitimidade ativa. Terceiro que pagou a dívida. Ausência de sub-rogação. Venda de veículo furtado. Acordo homologado com trânsito em julgado. Prova de quitação idônea. O terceiro interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar, mas não se sub-roga nos direitos do credor, como expressamente mencionado no art. 305 do Código Civil/2002, sendo, portanto, parte ilegítima para figurar no polo ativo da demanda que pretende reaver montante pago a terceiro evicto. Em que pese o art. 940 do Código Civil de 1916, atual art. 320, do CC/2002 dispor sobre o conteúdo da quitação regular, não estabelece o mencionado dispositivo o princípio de que o pagamento não possa ser demonstrado por outros meios de prova. Assim, existindo nos autos acordo devidamente homologado por sentença, transitada em julgado, é o mesmo documento idôneo a comprovar a quitação aludida pelo referido dispositivo. Tendo a evicção sempre como causa vício preexistente ao ato de alienação, compete ao adquirente a ação regressiva contra quem lhe vendeu o bem, não sendo essencial que o adquirente tenha sido privado da coisa por via judicial, bastando, apenas, que seja passível de sofrer ação a respeito da coisa adquirida, depois da sua tradição. (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.505994-7/000(1), rei. Domingos Coelho, j. 21.06.2006)

Pagamento de débito feito por terceiro. Contrato de risco. Ausência de prova. Ressarcimento. Inexistindo prova da existência de contrato de risco, o terceiro que paga dívidas deve ser ressarcido integralmente da quantia despendida, nos termos do art. 305 do CC de 2002 (art. 931 do CC de 1916). Caso contrário, há enriquecimento ilícito do devedor, em detrimento do terceiro que quita a dívida. (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.437653-6/000(1), rei. Armando Freire, j. 02.09.2004)

Ação de cobrança [...]. Autor que paga prestações de compra de veículo em nome da ré, sua então namorada, bem como acessórios incorporados àquele. Veículo que, rompido o

relacionamento, ficou com ela. Provas documental e testemunhai. Desnecessidade de recibos e notas em nome do próprio autor, bastando a certeza de que efetuou os pagamentos em nome da ré. Situação que chega a ser de terceiro interessado. Parcial procedência da ação [...] mantida. Apelo da ré improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 927.090-0/4, rei. Des. Dyrceu Cintra, j. 02.08.2007)

Pagamento. Terceiro não interessado. Alienação de veículo envolvido em acidente e penhora do bem quando ele já havia sido vendido. Embargos de terceiro julgados improcedente e pagamento feito pelo terceiro à credora dos primitivos devedores. Art. 931 do Código Civil de 1916. Ação julgada procedente. Recursos improvidos.

O terceiro não interessado, que paga a dívida alheia e em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagou (art. 931, CC/1916), sob pena de ocorrer enriquecimento sem causa dos beneficiados com o pagamento. (TJSP, Ap. com revisão n. 970.787-0/5, rei. Des. Kioitsi Chicuta, j. 14.06.2007)

Locação. Monitória. Embargos julgados improcedentes. Recurso. Carência da ação ao entendimento de ilegitimidade de partes e falta de interesse de agir. Terceiro não interessado que efetuou pagamentos em nome próprio ao credor. Recebimento de valores idênticos em ação de despejo movida contra o devedor originário (locatário) e os fiadores. Prova. Existência. Reembolso. CC/1916, art. 931. Admissibilidade. Via eleita adequada. Reconhecimento. Carência da ação afastada. Litigância de má-fé. Não caracterização. Sentença confirmada. Assiste ao terceiro não interessado que paga dívida alheia em seu próprio nome o direito ao reembolso, nos termos do art. 931 do Código Civil/1916, vigente à data dos fatos (nCC, art. 305). Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 754.704-0/2, rei. Des. Walter Zeni, j. 24.01.2007)

Pagamento. Terceiro não interessado. Direito de reembolso. Art. 931 do Código Civil. Tendo efetuado o pagamento de dívida de terceiro, pode o autor pleitear do réu o reembolso do que despendeu em benefício deste, por meio da ação de locupletamento. (TJSP, Ap. cível n. 63.380-4/Pindamonhangaba, 6ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Ernani de Paiva, j. 11.02.1999, v.u.)

Terceiro. Liquidação de débito. Arts. 930 a 931 do Código Civil. O terceiro que se afirma interessado para dar validade ao pagamento da dívida há que comprovar sua situação jurídica e resgatar a dívida pela quantia efetivamente devida. Recurso provido, em parte. (TJSP, Ap. cível n. 199.584-4/7/SP, 5ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Silveira Netto, j. 23.08.2001, v.u.)

A existência de parentesco entre a pessoa que fora protestada e aquela que pagou o protesto não leva à conclusão de que o pagamento foi feito por terceiro interessado na extinção da obrigação. O interesse advém do vínculo obrigacional existente, tal como o fiador que paga a dívida do locatário ou a seguradora que paga os prejuízos do segurado; assim, temos que o recorrido é terceiro não interessado.

Na hipótese de pagamento de dívida por terceiro não interessado, incide o art. 305 do Código Civil de 2002. (BAASP 2.396/960)

Cobrança. Despesas de condomínio. Ação regressiva promovida pelo titular de domínio contra o ocupante do imóvel. Possibilidade. Interesse de agir decorrente da possibilidade em ser acionado pelo condomínio para cobrança de débitos em aberto. Autor que pode ter agido como terceiro não interessado. Pagamento feito em nome próprio. Aplicação do disposto nos arts. 931 e 985 do Código Civil. Extinção do processo afastada. Recurso provido. (II TAC, Ap. n. 547.778-00/4, 8ª Câm., rei. Juiz Ruy Coppola, j. 13.05.1999)

I - A sub-rogação pessoal é a substituição nos direitos creditórios, operada em favor de quem pagou a dívida ou para isso forneceu recursos. Em outras palavras, na sub-rogação se dá a substituição de um credor por outro, permanecendo todos os direitos do credor originário (sub-rogante) em favor do novo credor (sub-rogado). Dá-se, assim, a substituição do credor, sem qualquer alteração na obrigação do devedor.

II - Existem dois tipos de sub-rogação pessoal: a legal (art. 985 do CC) e a convencional (art. 986, *idem*). A primeira decorre *ipso iure*, enquanto a segunda tem origem em acordo de vontades.

III - Diversamente da legal (art. 985 do CC), na sub-rogação convencional (art. 986) não se questiona a existência de interesse do terceiro que efetuou o pagamento para outrem, mas apenas a existência de contrato que transfira expressamente os direitos creditórios e a ausência de justo motivo do devedor para recusar o pagamento. (STJ, REsp n. 141.971, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.04.1999)

Ao pagar dívida trabalhista de outrem em nome próprio, à qual poderia ser compelido a pagar posteriormente, pela ocorrência da sucessão de empregadores, por encontrar-se no mesmo local e explorando a mesma atividade econômica de sua antecessora, emerge o interesse legal que sub-roga o novo credor em todos os direitos com as mesmas garantias e privilégios do antigo credor com relação ao devedor. Em sendo o crédito derivado da relação de emprego, ou seja, verba trabalhista de caráter trabalhista, é patente seu privilégio sobre os demais créditos habilitados na falência, cuja característica acompanha o crédito para o novo credor. (RT771/339)

Art. 306. O pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação.

CC/1916: art. 932.

O devedor não está obrigado a reembolsar o terceiro que pagou sua dívida, se tinha meios para ilidir a ação, desde que desconhecesse o pagamento ou se opusesse a ele. A disposição se aplica tanto ao terceiro interessado quanto ao não interessado, uma vez que o dispositivo não os distingue e em ambas as hipóteses é possível vislumbrar prejuízo ao devedor, que tem argumentos para exonerar-se da obrigação indevidamente paga pelo terceiro.

No entanto, há hipóteses em que o devedor apresenta argumentos não convincentes para ilidir a ação de cobrança. Importa saber se, nesses casos, o terceiro interessado fica impedido de efetuar o pagamento. Parece que o dispositivo deve ser interpretado como uma espécie de cláusula aberta, que permite ao juiz examinar em cada caso a consistência do argumento apresentado pelo devedor. Assim, se o locatário deseja impedir o fiador de quitar seu débito, sob o fundamento de que o direito à moradia é assegurado constitucionalmente - de maneira que o locador não pode cobrá-lo, tendo em vista a inconstitucionalidade e a natureza residencial da locação -, a fragilidade do argumento não impede o fiador de pagar a dívida. Contudo, se o argumento apresentado pelo devedor principal é sério e sua admissibilidade provável, ele tem direito de se eximir da obrigação de reembolso em relação ao terceiro. É interessante observar que, em todas essas hipóteses, a discussão só se estabelecerá se o terceiro efetivamente pagar o credor; do contrário a discussão não será viável.

Jurisprudência: Adquirente do estabelecimento que se precipitou ao efetuar o pagamento indevido, ficando privado do reembolso. Exegese do art. 306 do CC/02. Terceiro inte-

ressado que efetuou o pagamento sem o conhecimento das alienantes do estabelecimento, efetivas devedoras, impedindo que se opusessem ao pagamento. Devedoras que tinham meios de ilidir a cobrança por meio de recursos administrativos, que culminaram no cancelamento de ofício da autuação. Autor remetido à via da repetição de indébito em face da Fazenda Municipal. Manutenção da improcedência da ação. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 4.555.594.900, rei. Francisco Loureiro, j. 19.02.2009)

Pagamento precipitado pelos embargados, sem comunicar o embargante, efetivo devedor, para que pudesse se opor à cobrança de dívida prescrita, ficando dessa forma privados do reembolso. Inteligência do art. 306 do atual Código Civil. Embargante que reunia meios de se opor à cobrança, em virtude da evidente prescrição da dívida. Sentença reformada. Recurso provido para julgar procedentes os embargos e decretar a improcedência da ação monitória, invertidos os ônus da sucumbência. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 4.434.304.800, rei. Salles Rossi, j. 14.10.2009)

Ação de cobrança. Despesas de condomínio. Nulidade da sentença. Inexistência. O réu era parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, pois o registro de propriedade só deixa de produzir seus efeitos quando cancelado (art. 252 da Lei n. 6.015/73). Insurgência em relação à importância cobrada. A apelante faz alegação genérica e sequer indica qual valor reputa devido ou o critério que deveria ter sido adotado pelo autor para apurar o débito. Pagamento efetuado por terceiro. Possibilidade. A anuência ou conhecimento do devedor são questões afetas a eventual pedido de reembolso por parte de quem pagou (art. 306 do Código Civil). Nega-se provimento ao recurso, com observação. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1.098.398.002, 27ª Câm. de Direito Privado, rei. Beatriz Braga, j. 04.03.2008)

Ação de cobrança. Dívida de IPTU de imóvel, anterior ao contrato de compra e venda quitada pela compradora. Impossibilidade de outra solução. Interpretação do art. 306 do Código Civil. Sentença que obrigou a empresa a reembolsar aquela que pagou mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 347.397.4/6-00, rei. Des. Teixeira Leite, j. 29.03.2007)

Art. 307. Só terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade» quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu.

Parágrafo único. Se se der em pagamento coisa fungível, não se poderá mais reclamar do credor que, de boa-fé, a recebeu e consumiu, ainda que o solvente não tivesse o direito de aliená-la.

CC/1916: art. 933.

O pagamento que acarretar a transmissão da propriedade só será eficaz quando quem o fizer tiver condições de alienar o objeto sobre o qual o negócio recai. É que o pagamento feito com o que não pode ser alienado por quem o transmite não poderá ser aperfeiçoado, de maneira que o credor não se tornará titular da propriedade e, conseqüentemente, não haverá adimplemento.

Porém, se o bem transmitido for fungível (art. 85 do CC) e quem o recebeu, de boa-fé, o tenha consumido, aquele que o entregou não pode mais reclamá-lo, mesmo que não tivesse o direito de aliená-lo. Nessa hipótese, o terceiro titular do bem deverá cobrar eventual prejuízo daquele que pagou indevidamente. É que, em se tratando de bem consumível, não haverá possibilidade de o terceiro reivindicá-lo, o que, como se viu, é possível em relação aos bens ainda encontráveis em poder do credor.

Renan Lotufo registra que a boa-fé deve estar presente desde a recepção do bem até seu consumo (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 197). Nada impede, no entanto, que aquele que transmitiu sem estar em condições de alienar o bem venha a adquiri-lo posteriormente, convalidando o pagamento (op. cit., p. 196).

A eficácia de que trata este dispositivo depende da conjugação entre a capacidade negociável e a legitimação, ou o poder de dispor sobre o bem entregue em pagamento. Poderá haver capacidade de efetuar a entrega - obrigação de dar -, sem que haja possibilidade de transferir o domínio, hipótese em que o pagamento não será eficaz (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, 1.1, p. 123). Sílvio Rodrigues menciona a hipótese de negócio validamente constituído, mas no qual o pagamento se faz ao tempo em que o devedor era incapaz, e o autor conclui que o adimplemento é válido se o credor tiver agido de boa-fé e consumido o bem entregue em pagamento (*Direito civil* São Paulo, Saraiva, v. II, 2002, p. 130).

Seção II

Daqueles a Quem se Deve Pagar

Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.

CC/1916: art. 934.

Os pagamentos devem ser efetuados ao próprio credor ou a seu representante. Se isso não se verificar, a validade do pagamento dependerá da ratificação do credor ou da prova que reverteu em proveito dele. São hipóteses diversas. O pagamento pode ser feito ao representante do credor, desde que prove essa condição (art. 118 do CC), ou dependendo de ratificação futura, expressa ou tácita.

Também pode ser válido, independentemente da ratificação ou da prova da representação, o pagamento que reverte em proveito do credor, o que dependerá de prova a ser produzida pelo devedor, ou pelo terceiro que efetuou o adimplemento. É o exemplo do devedor que deve determinada importância ao credor e quita um débito dele. Não há hipótese de representação, mas há reversão do pagamento da dívida em proveito do credor, que obterá a quitação.

Também se verifica a situação tratada neste dispositivo quando determinada quantia é entregue pelo locatário de um imóvel a uma pessoa que conhece os dados da conta-corrente do locador (antigo empregador seu). Essa pessoa efetua o depósito do valor do aluguel nessa conta, com o propósito de quitar a dívida, mas sem que exista vínculo de representação entre aquele que efetuou depósito e o credor. Porém, o pagamento terá sido feito corretamente, na medida em que reverteu em proveito do locador.

Jurisprudência: Consignação em pagamento. Fatura do cartão de crédito vencida em 20.08.2006, mas paga em 23.08.2008 [...], sem os acréscimos contratuais e legais. O credor aceitou o pagamento, mas com a ressalva de que os acréscimos contratuais decorrente do pagamento com atraso. Inaplicabilidade do disposto no artigo 308 do Código Civil. Para validade do pagamento é necessária que seja feita no vencimento ou, se com atraso, mas com os acréscimos decorrentes da mora. Inexistência dos alegados danos morais. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 7.301.805.200, rei. Paulo Hatanaka, j. 13.04.2009)

Execução de alimentos. Decisão que rejeitou recibo de quitação. Cabimento. Pagamento a quem não detinha a guarda dos alimentandos. Negativa, ademais, de recebimento do valor declarado, por quem o firmou. Inteligência do artigo 308 do Código Civil. Agravo conhecido diretamente e negado provimento em seu mérito. (TJSP, AI n. 6.157.954.000, rei. Sebastião Carlos Garcia, j. 05.02.2009)

Demonstrado que o valor cobrado foi efetivamente pago a mandatário convencional do credor, a obrigação deve ser considerada cumprida, ou seja, quitada para todos os fins atinentes à espécie, mesmo porque, os pagamentos efetuados devem ser considerados válidos nos termos do art. 934 do Código Civil de 1916 (art. 308 do CC/2002), então vigente quando da propositura da presente ação de cobrança, que dispõe que o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1.295.859.500, 24ª Câm. de Direito Privado, rei. Roberto Mac Cracken, j. 24.08.2006)

Ação monitória. Pagamento da dívida a menor impúbere. Dívida subsistente. Inteligência do art. 308 do Código Civil. Cerceamento de defesa não configurado. Sentença mantida. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.003.086.007, 36ª Câm. de Direito Privado, rei. Pedro Baccarat, j. 25.09.2008)

O pagamento nas relações civis só tem poder liberatório quando efetuado diretamente ao credor ou a pessoa autorizada por este a receber, consoante estabelece o art. 308 do Código Civil. Ademais, a prova da satisfação da obrigação está consubstanciada no recibo de quitação dos mesmos, *ex vi legis* do art. 324 da lei civil antes invocada, o que não ocorreu no caso em tela, de sorte que o débito em questão existe e pende de pagamento integral no valor reconhecido pela decisão. Da distribuição do ônus sucumbencial. 8 - Quanto à irresignação do autor no que tange à forma de distribuição dos ônus sucumbencial entendo que merece guarida. Compulsando os termos da inicial, é possível verificar que, de todos os pedidos de indenização pelos danos materiais, apenas em relação às despesas com as corridas de táxi, não obteve êxito. 9 - Importa destacar que em relação ao pedido de reparação pelos danos morais, o deferimento de quantia menor do que a postulada na exordial, não induz sucumbência recíproca. Inteligência do enunciado da Súmula n. 326 do STJ. Negado provimento ao apelo do demandado e dado parcial provimento ao apelo da parte autora. (TJRS, Ap. cível n. 70.021.062.906, 5ª Câm. Cível, rei. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 13.08.2008)

Cheque. Ação declaratória de inexigibilidade de título de crédito c/c ação de cobrança. Compra venda de veículo automotor. Prova de que o pagamento foi efetuado a terceiro sem que ele fosse autorizado a receber, e sem que fosse ratificado pelo réu ou reverterse em seu proveito. Pagamento a terceiro ineficaz em relação ao réu. Inteligência do art. 306 do Código Civil. Apelo desprovido. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.045.063-6, rei. Des. Borges Pereira, j. 22.11.2006)

Compromisso de compra e venda. Prestações. Consignação em pagamento. Legitimidade passiva *ad causam*. Ação proposta contra a administradora do loteamento, e não contra o proprietário credor. Continuada prática do recebimento dos valores por aquela. Circunstância que coloca o devedor em condições de exigir que o intermediário receba. Aplicação do art. 934 do CC. (TJSP, RT 656/96)

Seguro. Pagamento efetuado ao corretor e não repassado ao segurado. Relação jurídica entre o segurado e a seguradora. Inadimplemento. Inteligência do art. 934 do Código Civil. Recurso não provido. Se o pagamento não for feito ao credor ou a seu legítimo representante, será invalidado e não terá força liberatória, devendo ser ratificado. (TJSP, Ap. cível n. 3.400-4/Ribeirão Preto, 8ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Debatin Cardoso, j. 12.12.1997, v.u.)

O pagamento efetuado na pessoa do mandatário somente aproveita ao mandante quando ratificado pelo credor. Exegese do art. 934, do Código Civil. (II TAC, Ap. n. 624.351-00, 2ª Câmb., rei. Juiz William Campos, j. 18.12.2001)

Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.

CC/1916: art. 935.

O artigo cuida da hipótese em que o pagamento é feito de boa-fé a alguém que se comporta de modo a fazer com que o devedor acredite ser ele o próprio credor, ou seu representante. O pagamento será válido, ainda que essa pessoa não seja o credor ou seu representante. O credor putativo é aquele que, em razão de seu comportamento, parece ser o próprio credor. Essa aparência não deve ser avaliada apenas em relação ao próprio devedor, mas em face de todos, de modo objetivo. Para admitir a putatividade do credor, não basta a convicção pessoal do devedor de que aquele é o verdadeiro credor (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 203).

Uma vez realizado o pagamento válido ao credor putativo, resta ao verdadeiro credor perseguir o crédito daquele que indevidamente o recebeu, pois o devedor originário está exonerado da obrigação.

Jurisprudência: Recurso especial. Civil. Credor putativo. Teoria da aparência. Necessidade de diligência do devedor. Responsabilidade contratual. Juros. Fluência a partir da citação. 1 - Pela aplicação da teoria da aparência, é válido o pagamento realizado de boa-fé a credor putativo. 2 - Para que o erro no pagamento seja escusável, é necessária a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor diligente de que o recebente é o verdadeiro credor [...]. (STJ, REsp n. 1.044.673, 4ª T., rei. Min. João Otávio de Noronha, j. 02.06.2009, DJ 15.06.2009)

Processo civil. Acordo. Homologação judicial afastada nesta instância. Pagamento efetuado nos termos do acordo em primeira instância. Alegação de pagamento efetuado à credor aparente. Art. 309 do Código Civil. Ineficácia do pagamento. Recurso improvido. Para que o pagamento feito a credor aparente ou putativo tenha validade, apesar de não ser o verdadeiro *accipiens*, é preciso a ocorrência de dois requisitos: a boa-fé do *solvens* e a escusabilidade, ou, a reconhecibilidade de seu erro. Por isso, prestigia-se o princípio da boa-fé, beneficiando a pessoa que, agindo cautelosa e criteriosamente, foi levada, por erro escusável ou reconhecível, a proceder de determinada forma. (TJSP, AI n. 992.090.729.675, rei. Artur Marques, j. 19.10.2009)

Ação de cobrança. Seguro obrigatório (DPVAT). Procedência. Pagamento de indenização já efetuado a mãe da vítima, que se apresentou à seguradora como única herdeira. Aplicação da teoria da aparência. Pagamento reputado válido. Recurso provido, com inversão do ônus da sucumbência. (TJSP, Ap. n. 1.033.339-0, rei. Des. Cesar Lacerda, j. 19.02.2008)

Apelação cível. Cobrança. Contribuição sindical. Pagamento de boa-fé feito a credor putativo. Validade, inteligência do art. 309 do Código Civil (art. 935 do antigo Código Civil). Sindicato rival que se apresentava aparentemente como titular do crédito. Boa-fé da devedora consubstanciada pela presteza no recolhimento das contribuições, assim como pelo tempo transcorrido (4 anos) até que a Federação credora reclamasse a legitimidade dos

valores. Precedente desta Col. Corte. Federação que deverá pleitear junto ao sindicato rival o direito que lhe cabe. Reforma do r. julgado atacado. Provimento. (TJRS, Ap. sem revisão n. 4.159.485.500, 12ª Câm. de Direito Público, rei. Prado Pereira, j. 21.05.2008)

Mandado de segurança. Fornecimento de água. Autarquia que não pode interromper o serviço por dívida pretérita. Devedor que pagou de boa-fé a quem julgou ser representante da credora. Aplicação do art. 309 do Código Civil de 2002. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. com revisão n. 998.407.008, 36ª Câm. de Direito Privado rei. Pedro Baccarat, j. 10.07.2008)

O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, mesmo provado-se depois que não era credor. (TJSP, Ap. n. 969.041-0/7, rei. Des. Francisco Thomaz, j. 14.11.2007)

Indenizatória. Contrato bancário. Desconto de títulos. Pagamento a credor putativo. Quitação da parcela. Validade do pagamento. Reza o art. 309 do Código Civil que "O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor". No caso dos autos, não foi alegado adequadamente, tampouco demonstrado, que ao apelante tinha conhecimento da celebração de operação desconto de duplicatas realizado entre o Banco apelado e a empresa apelada, tanto que, conforme se auffle dos autos, existe comprovante de pagamento, mediante depósito em conta-corrente, efetivado em favor da empresa apelada, a qual, poderia, tendo em vista que era a endossatária da referida duplicata, comunicar à apelante para fins de proceder corretamente o pagamento do valor do título de crédito. Contudo, nos autos, não constam informações nesse sentido, mas sim, de que a empresa apelada recebeu o valor relativo à prestação, o que deve ser considerado, para os devidos fins de direito, como pagamento a credor putativo, o que leva à quitação da mencionada parcela. Recurso provido para reconhecer a quitação, especificamente da prestação. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.033.495.700, rei. Des. Roberto Mac Cracken, j. 31.05.2007)

Compra e venda. Bem móvel. Existência de instituição financeira no interior do estabelecimento comercial. Negócio concretizado mediante pagamento em parcelas feitos diretamente à loja comercial conforme os recibos juntados aos autos. Validade. Dívida devidamente quitada, mesmo porque nos termos da Lei, o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor. Art. 309 do Novo Código Civil. Ausência, ademais, de prova hábil do contrato autônomo de financiamento da dívida. Declaratória de inexigibilidade de título de crédito procedente. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. n. 1.247.830/3/Paraguaçu Paulista, 11ª Câm. de Direito Privado, rei. Des. Gilberto Pinto dos Santos, j. 12.06.2006, v.u., voto n. 7.662)

Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.

CC/1916: art. 936.

Se o devedor tiver consciência da incapacidade de seu credor e, apesar disso, efetuar o pagamento, sua exoneração ficará condicionada à prova de que o benefício - ou seja, o pagamento reverteu em proveito do credor incapaz. Sílvio Rodrigues adverte que se o devedor não tiver ciência da incapacidade, o pagamento será válido, prestigiando-se a boa-fé daquele que paga ou punindo-se a malícia do credor: "Note-se que o texto do art. 310 usa o advérbio *cientemente*, ao se referir ao pagamento feito ao incapaz de quitar. Bevilacqua insiste no fato de ser condição de ineficácia do pagamento a ciência pelo *Solven\$y*, da incapacidade do *acci-*

piem. Nesse sentido, se o devedor tinha razão suficiente para supor que tratava com pessoa incapaz, ou se, dolosamente, foi induzido a crer que desaparecera a incapacidade existente, prevalecerá o pagamento desde que se prove o erro escusável do devedor ou dolo do credor” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 132).

O pagamento é ato jurídico (ou ato-fato jurídico, na lição de Pontes de Miranda. *Traçado de direito privado*, 1. ed., atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas, Bookseller, 2003, v. XXIV, p. 114), de modo que a vontade só pode produzir um resultado: a quitação. Dessa forma, o recebimento pelo incapaz pode ser eficaz se efetivamente o beneficiou. A regra aplica-se tanto aos absolutamente quanto aos relativamente incapazes, como observa Caio Mário da Silva Pereira, ponderando, no que se refere aos primeiros, que, embora o ato praticado pelo devedor seja nulo, nada justifica que o credor enriqueça em prejuízo de quem paga, se o pagamento reverteu em seu proveito (*Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 181).

Jurisprudência: Declaratória precedida de cautelar de sustação de protesto. Duplicata. Título formalmente perfeito. Pagamento feito a quem já não era mais credor. Fato do conhecimento da empresa que efetuou o pagamento. Pagamento inválido. Artigo 310 do Código Civil. Sentença confirmada. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 7.329.794.200, rei. Irineu Fava, j. 26.08.2009)

Art. 311. Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação, salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante.

CC/1916: art. 937.

O instrumento de quitação faz prova de que seu portador pode receber o pagamento, o que implica exoneração do devedor. No entanto, as situações específicas podem contrariar essa presunção. O instrumento de quitação pode ter sido furtado do escritório do credor. Caso tiver conhecimento do furto, mas sem saber que o instrumento de quitação estava entre os bens subtraídos, o devedor, ao ser procurado por um desconhecido que quiser receber o débito vencido oferecendo-lhe quitação, deve suspeitar desse comportamento, acautelando-se para não pagar a eventual autor do crime de furto. O exame das circunstâncias de cada caso concreto é que autorizará a inversão da presunção de que o portador do instrumento não está autorizado a receber.

Jurisprudência: Cobrança. Daqueles a quem se deve pagar. Representante do credor. Aparência. Instrumento de quitação. Inteligência dos arts. 308 e 311 do Código Civil. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de ratificado por ele, ou tanto quanto reverter em seu proveito. Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação. O devedor que não exige quitação regular, mas ainda assim efetua o pagamento, paga mal e pode pagar duas vezes. (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.511231-2/000(1), rei. Fabio Maia Viani, j. 12.01.2006)

A aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, quando se faz pagamento ao credor ou a quem o represente, vigente o princípio da boa-fé. É válido o pagamento feito a então Síndica, embora existente ação contestando essa qualidade, mas sem que fosse nomeado administrador judicial ou síndico-dativo; não era exigível do devedor, diante das peculiaridades do caso, conduta diversa. Ao condomínio restaria a ação de prestação de

contas ou de locupletamento ilícito contra a então síndica. (II TAC, Ap. n. 623.176-00/2, 1ª Câm.ª rei. Juiz Vanderci Álvares, j. 27.11.2001)

Art. 312. Se o devedor pagar ao credor, apesar de intimado da penhora feita sobre o crédito, ou da impugnação a ele oposta por terceiros, o pagamento não valerá contra estes, que poderão constranger o devedor a pagar de novo, ficando-lhe ressalvado o regresso contra o credor.

CC/1916: art. 938.

Uma vez intimado de que o valor que deve ao credor foi penhorado por dívida deste último, o devedor não deve efetuar o pagamento diretamente a ele, mas sim depositá-lo em juízo, nos autos da ação movida em face do credor. Caso efetue o pagamento diretamente ao credor, estará fraudando a execução (art. 593 do CPC). A regra tem equivalente no art. 298 do Código Civil, segundo o qual o devedor que desconhece a penhora e efetua o pagamento exonera-se da obrigação.

Também não é eficaz o pagamento efetuado após impugnação de terceiros. A ineficácia só é oponível aos terceiros que notificam o devedor, que poderão obrigá-los a pagar novamente se o pagamento ao credor ocorrer após a notificação. Nessa hipótese, o devedor poderá postular o reembolso daquilo que pagou ao credor. Renan Lotufo pondera que essa impugnação deve ser judicial, sendo que a extrajudicial não produz o mesmo efeito (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 211). No entanto, Caio Mário da Silva Pereira admite que a impugnação se faça por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos (*Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 182) e Judith Martins-Costa considera suficiente o simples protesto (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, 1.1, p. 157). Se as impugnações forem várias, o devedor deve consignar o valor em uma das ações e comunicar os demais Juízos (art. 335, IV, do CC).

Jurisprudência: Ação monitória. Bem móvel. Produtos entregues em nome do autor na portaria do edifício onde reside. Posterior desaparecimento. Impossibilidade de que se responsabilize a empresa que produziu os equipamentos pelo ocorrido. Exegese do disposto nos artigos 308 e 311 do Código Civil. Sentença de improcedência que se mantém. Recurso do autor não provido. (TJSP, Ap. cível n. 992.051.074.329, rei. Antônio Maria, j. 06.10.2009). Trecho do acórdão: "Além disso, apresentando-se a zeladora ou a síndica [...] à frente do edifício, é de se presumir que tivesse autorização do morador para receber os produtos, com entendimento por extensão daquilo que previsto no artigo 311 do Código Civil em vigor. Aplica-se, além disso, a teoria da aparência, certo que não esclareceu o apelante o motivo de não se encontrar no local dos fatos ou alguém de sua família, no momento da entrega".

Apelação cível. Contrato administrativo. Obra civil. Subcontratação. Dívida da subcontratante ao subcontratado. Cobrança do subcontratado contra o contratante. Alegação de impugnação mediante notificação judicial. 1 - [...]. 2 - É possível, mediante notificação judicial, o subcontratado impugnar o pagamento do contratante-devedor ao subcontratante-credor, por dívida deste àquele, caso em que a inobservância pode constrangê-lo a pagar de novo. Assim dispunha o art. 938 do CC/1916, e dispõe o art. 312 do CC/2002. Todavia, para que a notificação seja eficaz, o crédito do subcontratado face ao subcontratante deve estar devidamente certificado em título executivo. É imprescindível certa parcimônia nessa forma de impugnação, a fim de evitar práticas abusivas. Tal não se configurando à época

da notificação, e sim apenas três anos e meio após, quando houve sentença judicial reconhecendo o crédito do subcontratado face ao subcontratante, o pagamento feito a este pelo contratante foi bom. Por conseguinte, desmerece acolhida pedido de condenação do contratante, articulado pelo subcontratado, por descumprimento do art. 938 do CC/1916, então vigente. 3 - Apelação desprovida, confirmando-se a sentença pela conclusão. (TJRS, Ap. cível n. 70.013.652.813, 1ª Câm. Cível, rei. Irineu Mariani, j. 25.04.2007)

Seção III

Do Objeto do Pagamento e sua Prova

Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

CC/1916: art. 863.

A regra era prevista para a obrigação de coisa certa e passou a ser regra geral dos pagamentos: o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. Dessa forma, seja a obrigação de dar, fazer ou não fazer, não será possível obrigar o credor a aceitar prestação que não seja a que foi objeto do ajuste.

O conceito de prestação diversa compreende tanto a quantidade quanto a qualidade. O credor não pode ser obrigado a receber uma mansão no litoral baiano, no valor de R\$ 1.000.000,00, se o devedor se obrigou a lhe entregar um apartamento de 50 metros quadrados em Cidade Ademar, periferia de São Paulo. O credor pode exigir a entrega deste último, a despeito da intenção do devedor em lhe entregar a casa de praia.

A entrega de uma prestação diversa daquela devida só é possível se houver anuência do credor, o que implicará dação em pagamento, hipótese de adimplemento que se examinará adiante (arts. 356 a 359).

Jurisprudência: Não se pode impor ao credor o recebimento de seu crédito de forma parcelada, eis que o art. 313 do Código Civil estipula que o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa: TJSP, AI n. 6.275.454.300, rei. Romeu Ricupero, j. 27.10.2009.

Proibição do *salvere aliud pro alio* prevista expressamente artigo 313 do Código Civil. Aplicação, ademais, da Lei n. 8.078/90 que impõe ao fornecedor a obrigação de informar corretamente ao consumidor acerca do produto adquirido. Sentença. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 992.070.509.963, rei. Marcondes D'Angelo, j. 17.09.2009)

Locação de imóvel. Ação de despejo por falta de pagamento. Sentença válida. Litigância de má-fé não configurada. 3 - Conquanto o recorrente sustente ter ajustado verbalmente o pagamento dos locativos e encargos atrasados, não há prova nenhuma nesse sentido. Logo, como ninguém é obrigado a receber de forma diversa da convencionada, ainda que mais valiosa (CC, art. 313), não se pode impor o pagamento dos débitos de forma parcelada ao credor. 4 - Não configuração de litigância de má-fé da apelada. Apelação conhecida em parte, e, na parte conhecida, não provida. (TJSP, Ap. sem rev. n. 1.095.585.009, 25ª Câm. de Direito Privado, rei. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 18.03.2008)

Mensalidades escolares. Ação de cobrança. Procedência. Entidade de ensino que obviamente não está obrigada a reajustar as mensalidades de acordo com a situação financeira

do aluno e nem em receber seu crédito de forma diversa da ajustada (art. 313 do CC), ou seja, em parcelamento que atenda exclusivamente às condições financeiras do aluno inadimplente. Apelação não provida. (TJSP, Ap. sem rev. n. 1.123.157.005,36ª Câm. de Direito Privado, rei. Romeu Ricupero, j. 28.02.2008)

Tributário e processual civil. Ação de consignação em pagamento. Pretensão de se consignar coisa diversa da que constitui objeto da prestação. Justa recusa por parte do credor. Ação que se mostra inadequada para o fim pretendido pelo devedor, qual seja, o depósito de documentos para serem apreciados pelo credor. (STJ, REsp n. 708.421, Min. Francisco Falcão, j. 10.4.2006)

Na ação de consignação em pagamento, o credor não está compelido a receber coisa diversa do objeto da obrigação. Assim, pode ele exigir o adimplemento da obrigação pecuniária por meio de pagamento em dinheiro, não estando obrigado a aceitar o depósito judicial de título de dívida pública. (STJ, REsp n. 323.411, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2001)

Alienação fiduciária (bem móvel). Ação de busca e apreensão. Cerceamento do direito de ampla defesa não configurado. A realização da audiência preliminar não é justificável na hipótese de julgamento antecipado da lide, seja porque o réu não postulou a purga da mora, seja porque não é o caso de ingressar na fase saneadora, porquanto embora a questão de mérito seja também de direito, não existe necessidade de produzir prova em audiência: o réu não recolheu o valor exato da parcela em mora. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Com efeito, o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa, de mais a mais, ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou. Recurso não provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.048.814-0/2, rei. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 21.08.2007)

Mútuo bancário. Quitação ou compensação pretendida mediante apólice da dívida pública federal oferecida em pagamento. Prestação diversa da contratada. Substituição do objeto da obrigação não consentida pelo credor. Título da dívida pública, ademais, sem cotação em mercado. Inidoneidade reconhecida, inclusive para garantia do cumprimento de obrigações ajuizadas. Arts. 863 e 995 do Código Civil de 1916 e 655, III, do CPC ou IX, com a redação dada pela Lei n. 11.382/2006. Improcedência da ação ordinária intentada. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.025.124-2, rel. Des. Correia Lima, j. 22.05.2007)

Interesse processual. Ausência. Devedores que ajuízam uma ação rotulada de "ação de dação em pagamento" para compelir o credor a receber um imóvel ao invés de dinheiro. Inadmissibilidade. Inexistência de direito a efetuar forma de pagamento diversa da avençada, contra a vontade do credor. Art. 313 do Código Civil. Apelação não provida. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.168.800.900, rel. Des. Ulisses do Valle Ramos, j. 19.09.2007)

Portanto, mesmo que se admita a autenticidade e a origem dos documentos apresentados pela embargante, é certo que não se demonstrou qualquer estipulação acerca da forma de pagamento e dos valores representados no instrumento contratual e seus aditamentos. Ou seja, se a devedora pagou de forma diversa daquela inicialmente estipulada, cabia-lhe exigir um terceiro aditamento do contrato, de modo a legitimar a forma de pagamento que sustenta ter adotado. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.137.177-2, rel. Des. Rodrigo César Muller Valente, j. 25.06.2007)

Arrendamento mercantil. *Leasing*. Ação de consignação. Proposta de dação em pagamento. Caracterização. Inadmissibilidade. A ação de consignação em pagamento não tem por objeto proposta de dação em pagamento, ou seja, substituição das prestações em dinheiro por pedras preciosas. (II TAC, Ap. n. 645.008-00/0, rel. Juiz Ferraz Felizardo, j. 29.08.2000)

Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

CC/1916: art. 889.

A obrigação divisível não pode ser paga de forma parcial se isso não foi convencionado. Esse dispositivo encontra paralelo no art. 313, segundo o qual ninguém é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida. Contudo, se a obrigação for fracionada entre diversos credores, não se poderá negar ao credor o direito de efetuar o pagamento proporcionalmente a cada um dos credores, como o art. 257 do Código Civil autoriza. Observe-se, contudo, que os pagamentos parciais não acarretam redução das garantias da dívida, nos termos do art. 1.421 deste Código (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 185).

Convém destacar, porém, que o Código de Defesa do Consumidor autoriza o consumidor a quitar seu débito antecipadamente, total ou parcialmente, nos casos do seu art. 52, § 2º, da legislação consumerista, e que a boa-fé e as hipóteses de adimplemento substancial do contrato podem permitir que se identifiquem exceções à regra consagrada nesse dispositivo (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, 1.1, p. 188). Desse modo, é possível reconhecer abuso de direito (art. 187 do CC) na recusa do credor em receber o pagamento parcelado de contas de luz ou água em atraso, para evitar o corte de energia, pois a outra solução possível será cortar o fornecimento e cobrar a dívida. Assim, se o consumidor quer pagar os débitos vincendos e parcelar o atrasado, não se vislumbra finalidade social e econômica útil para a recusa ao recebimento parcelado, como o Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil já teve oportunidade de decidir em acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 1.130.350.7, rel. Juiz Rui Cascaldi, j. 16.10.2002.

No que se refere ao adimplemento substancial, vale invocar a lição de Judith Martins-Costa: “a *substantial performance*, ensina Couto e Silva, constitui o adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização” (ibidem, p. 112). A ilustre autora sustenta que, nos casos de adimplemento substancial, o pagamento parcelado é de ser admitido (ibidem, p. 188).

O abuso de direito do credor poderia ser identificado nos casos em que o devedor inadimplente não dispõe de patrimônio algum, ou opõe à execução embargos que protelam por muito tempo o recebimento efetivo da dívida. Nessas hipóteses, qual a razão jurídica para que o credor recuse o parcelamento? Se não houver fundamento jurídico defensável para essa recusa, ela será abusiva, a despeito do teor do artigo em exame.

Atualmente, a possibilidade de parcelamento da dívida está prevista no art. 745-A do Código de Processo Civil, que admite expressamente que o executado deposite nos autos da execução, no prazo dos embargos, 30% do valor devido, com custas e honorários, e obtenha o parcelamento do saldo em seis parcelas. Tal dispositivo dispensa o exame do prejuízo do credor com o procedimento e a verificação da possibilidade econômica do devedor. Limita-se a

criar uma regra genérica que parcialmente revoga o art. 314 do Código Civil. Mas o parcelamento admitido pelo Código de Processo Civil também não pode ser absoluto: identificada situação em que o parcelamento pleiteado pelo devedor é dispensável e que a demora é extremamente nociva ao credor, abre-se a possibilidade de utilizar os argumentos até aqui expostos para, agora, afastar a regra benéfica ao devedor e recusar a aplicação do art. 745-A ao caso, com amparo na boa-fé objetiva e na vedação ao abuso de direito.

Jurisprudência: Não admitindo o parcelamento do débito proposto pelo devedor por ausência de anuência do credor: TJSP, Ap. cível n. 992.090.796.488, rel. Renato Sartorelli, j. 01.09.2009; TJSP, AI n. 1.214.716.003, rel. Nestor Duarte, j. 26.01.2009.

Alienação fiduciária. Busca e apreensão convertida em depósito. Procedência. Pedido de renegociação da dívida. Descabimento. A comprovação da mora do devedor fiduciante caracteriza o inadimplemento contratual e, não havendo êxito na busca e apreensão, resta autorizada a conversão em ação de depósito e conseqüente condenação na entrega do bem ou seu equivalente em dinheiro. Conciliação. Descabido o pedido para que o credor fiduciário seja compelido a renegociar o valor da dívida. Os contratantes podem realizar a composição amigável a qualquer tempo; no entanto, inexistente obrigação legal do credor de receber as parcelas em atraso por partes, ainda que o objeto da obrigação seja divisível, a teor do art. 314 do CC, nem está obrigado a aceitar proposta de pagamento de valor inferior ao débito, de sorte que não é possível a imposição da conciliação. Recurso não provido, v.u. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.150.703.003, 35ª Câm. de Direito Privado, rel. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 18.02.2008)

Dívida. Consumo de água. Vazamento. Débito admitido. Acordo para parcelamento. Pedido de redução do montante acordado e novo critério parcelamento. Imposição pelo juízo. Ausência de discussão referente ao efetivo consumo. Equidade. Inadmissibilidade. Recurso provido. A intervenção judicial nos contratos bilaterais é admissível quando resulta de ilegalidade, abuso ou onerosidade excessiva. Em se tratando de acordo decorrente de débito de consumo de água agravado por vazamento, inclusive com parcelamento já feito, o sistema jurídico não atribui ao juízo poderes para reduzir o total do débito apurado pelo medidor de consumo, ainda que por equidade. Quanto ao parcelamento do valor apurado, ainda que resulte em valor muito alto para o devedor, o juízo também não pode intervir, em face do disposto no art. 314 do Código Civil, o qual garante ao credor o direito de receber por inteiro ou, se em parcelas, pelo valor por ele acordado. De resto, a informalidade do processo no sistema dos Juizados Especiais não permite atribuir-se à presente ação a abrangência aplicáveis à ação declaratória de insolvência civil. (TJSP, Rec. nominado n. 30.872, 2ª T. Criminal, rel. Erson Teodoro de Oliveira, j. 31.01.2008)

Sendo a intenção do devedor, no caso concreto, não a de pagar o tributo, no montante que entende devido, mas sim a de obter moratória, por meio de parcelamento em 240 meses, é inviável a utilização da via consignatória, que não se presta à obtenção de provimento constitutivo, modificador de um dos elementos conformadores da obrigação (prazo). (STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 811.147, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.02.2007)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 886.757, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.02.2007.

Com efeito, não houve recusa injusta do credor em receber. Na verdade, o apelado deixou claro no contraditório que não aceitaria o pagamento na forma ofertada pelo apelante, ou seja, em quatro parcelas, pois, em razão de acordo firmado pelas partes [...] o valor do débito era de R\$ 1.950,00, com data de vencimento para 27 de janeiro de 2006. Inadmissível, portanto, a pretensão do apelante, uma vez que o credor não é obrigado a receber de

forma diversa da pactuada. Nesse sentido o art. 314 do Código Civil *in verbis*. "Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou". Nesse caso, foi justa a recusa, pois quem tem direito a receber mais, não pode ser compelido a receber menos. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.113.311.200, rel. Des. Luiz Sabbato, j. 07.02.2007)

Consignação em pagamento. Cartão de crédito. Pretensão ao pagamento da dívida de forma parcelada. Benefício, entretanto, que dependia de prévia autorização da administradora. Inocorrência de deficiência de informação. Ação julgada improcedente. Recurso provido para esse fim. (TJSP. Ap. com revisão n. 1.33Z678-2, rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 02.08.2007)

Condomínio. Despesas condominiais. Cobrança. Correção monetária e juros de mora. Termo inicial. Incidência a partir do inadimplemento de cada prestação condominial. Mora *ex re* configurada. Tentativa de pagamento das despesas de forma parcelada. Inexistência de previsão contratual para o parcelamento do débito. Impossibilidade de se compelir o credor a receber o crédito parceladamente. Aplicação do art. 314 do CC. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 1.044.996-0/6/Santo André, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 24.07.2007, v.u., voto n. 11.280)

Condomínio. Despesas condominiais. Cobrança. Parte do recurso não conhecido por falta de interesse recursal. Autor postula a fixação de verba honorária advocatícia na sentença atacada, entretanto, olvidou-se que a providência já foi lá adotada. Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do CC/1916 (CC/2002, art. 940). Fora das hipóteses legais, não se admite compelir o credor a receber em parcelas o montante das cotas condominiais se desse modo não ajustou com o devedor (CC, art. 314). Aplicação do art. 461, § 3º, do CPC, não encontra justificativa, pois a ação não é de obrigação de fazer ou de não fazer, mas sim de dar (pagar quantia). Cotas de condomínio são periódicas e se consideram implícitas no pedido, e devem ser incluídas na condenação, se não pagas, enquanto durar a obrigação. Norma do art. 290, do CPC, insere-se na sistemática que persegue a economia processual, no objetivo de se evitar o surgimento de demandas múltiplas. Recurso provido na parte conhecida. (TJSP, Ap. cível n. 1.053.613-0/3/Campinas, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 24.07.2007, v.u., voto n. 11.276)

Alienação fiduciária (bem móvel). Ação de busca e apreensão. Cerceamento do direito de ampla defesa não configurado. A realização da audiência preliminar não é justificável na hipótese de julgamento antecipado da lide, seja porque o réu não postulou a purga da mora, seja porque não é o caso de ingressar na fase saneadora, porquanto embora a questão de mérito seja também de direito, não existe necessidade de produzir prova em audiência: o réu não recolheu o valor exato da parcela em mora. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Com efeito, o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa, de mais a mais, ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou. Recurso não provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.048.814-0/2, rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 21.08.2007)

A pretensão do devedor em descaracterizar a mora a que incidiu, pelo inadimplemento do pagamento da prestação devida em contrato de arrendamento mercantil - *leasing* sob o argumento de que se propôs a pagar seu débito parcelado, não pode subsistir. De fato, não

se pode obrigar o credor a receber por partes aquilo a que tem direito de receber por inteiro. (RT 814/293)

Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes.

CC/1916: art. 947.

Em se tratando de dívida em dinheiro, faz-se o pagamento por seu valor nominal em moeda corrente. O dispositivo ressalva as regras dos artigos posteriores, nos quais estão disciplinadas a teoria da imprevisão (art. 317) e a vedação do emprego do dólar como critério de correção monetária (art. 318).

Trata-se da adoção do princípio do nominalismo, definido por Carlos Roberto Gonçalves como aquele pelo qual “se considera como valor da moeda o valor nominal que lhe atribui o Estado” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. II, p. 58). O autor distingue com precisão dívidas de dinheiro, disciplinadas neste artigo, e as de valor: as primeiras têm por objeto o próprio dinheiro, enquanto as últimas visam à representação do valor de algum bem. Por exemplo, dívidas de dinheiro são as de pagar débito oriundo de empréstimo de dinheiro; dívidas de valor são as que equivalem ao valor necessário ao conserto de um automóvel danificado por ato ilícito do devedor (ibidem, p. 60).

Segundo Sílvio Rodrigues, “o devedor de uma importância em dinheiro se libera oferecendo a quantidade de moeda inscrita em seu título de dívida e em curso no lugar do pagamento, seja qual for a alteração no valor intrínseco da moeda” (*Direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 143).

Jurisprudência: [...] 3 - A jurisprudência desta Corte é no sentido da "impossibilidade de utilização de pedras preciosas para quitação de débito relativo a contrato de mútuo com garantia hipotecária" (AC 2000.33.00.023099-1/BA, rel. Juiz convocado Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes, Quinta Turma, DJ de 16.12.2005, p. 60), seja porque obrigar-se o credor a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa, esbarra em disposição legal, seja porque as dívidas em dinheiro devem ser pagas em moeda corrente e pelo valor nominal (art. 315 do CC). Precedentes. 4 - Apelação a que se nega provimento. (TRF, 1ª Região, Ap. cível n. 2002.38.030.043.875, rel. Des. João Batista Moreira, j. 18.05.2009)

Instrumento de confissão de dívida que não prevê a incidência de correção monetária. Ela é devida para a recomposição do valor da moeda de curso forçado, conforme preceituam os arts. 315 e 317 do novo Código Civil e art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/81. Recurso improvido. Litigância de má-fé. Inexistência, porque existiu apenas o exercício do direito de ação. (TJMG, Ap. cível n. 7.054.029.300/Espírito Santo do Pinhal, rel. Edison Tetsuzo Namba, 19ª Câ. de Direito Privado E, j. 25.04.2008)

Ação de indenização por danos morais julgada extinta sem apreciação do mérito em relação ao supermercado e improcedente em relação ao autoposto. Apelação da autora firme na tese de que (1) o supermercado possui legitimidade para figurar no polo passivo da ação; e, (2) sofreu inúmeros constrangimentos e por isso faz jus à indenização pleiteada. Não acolhimento. Não há que se falar em legitimidade passiva *ad causam*, tendo em vista que os fatos ocorreram com o funcionário e no interior do posto de gasolina. Estabelecimento réu que recusou o cheque diante da existência de dívida junto ao supermercado. Réu que agiu no exercício regular de um direito. Dívida pecuniária da qual só se liberta pelo pagamento em

dinheiro (art. 315, do CC/2002, que se confronta com o art. 947, do CC/1916). Sentença mantida. Preliminar rejeitada. Recurso não provido. (TJSP, Ap. sumaríssima n. 1.300.717.700/Americana, 11ª Câm. de Direito Privado, rel. Moura Ribeiro, j. 12.06.2008)

Acórdão. Moeda estrangeira. Ação monitória. Conversão em reais, moeda corrente. Cobrança. Moeda estrangeira apenas considerada como indexador. Pagamento que está sendo exigido em moeda nacional. Legalidade (Decreto n. 24.038/34, DL n. 857/69, arts. 315 e 318 do Código Civil). Decisão mantida. Recurso improvido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 1.265.636-3, da Comarca de Jundiaí, sendo agravante Lee Chi Hsiung e agravado Ro Chi Sheng acordam, em 11ª Câmara do I Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, em negar provimento ao recurso. Insurge-se o agravante, em ação monitória, contra a r. decisão que admitiu a cobrança de obrigação contraída em moeda estrangeira. Funda sua pretensão nos arts. 315 e 318 do Código Civil os quais esclarecem que as dívidas em dinheiro hão de ser pagas em moeda corrente, revelando-se nulas as convenções de pagamento em moeda estrangeira. O magistrado assim decidiu pelo fato do credor ter convertido o valor em reais, moeda corrente. De fato, no Brasil, desde 1934, o Decreto n. 24.038, modificado pelo DL n. 857/69 e preservado pelo art. 315 do Código Civil, nossa moeda, o real, tem curso forçado, excetuadas as obrigações referentes a importação ou exportação de mercadorias; financiamentos ou prestação de garantias relativas às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior, os contratos de compra e venda de câmbio e outras dessa ordem. Nada impede, entretanto, que a moeda estrangeira seja utilizada ou considerada como indexador, quando o pagamento, fora daqueles casos de comércio exterior, por evidente, será exigido em moeda nacional, corrente, feita a conversão. Nessa linha são os precedentes indicados na resposta ao recurso (REsp ns. 194.629-SP, 4.819-RJ, 11.801-RJ, 1990/0028310-4, 57581-SC, 119.773-RS e 13.520-SP). Correta, assim, a r. decisão, que fica mantida, negando-se provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Juizes Silveira Paulilo e Melo Colombi. São Paulo, 11 de março de 2004. (TJSP, AI n. 1.265.636.300, 11ª Câm. (extinto I TAC), rel. Urbano Ruiz, j. 11.03.2004)

Art. 316. É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas.

CC/1916: sem correspondente.

As prestações sucessivas podem ser aumentadas progressivamente» desde que haja convenção das partes nesse sentido. Este dispositivo torna possível a adoção de cláusula de correção monetária nos negócios jurídicos, o que implica reconhecimento de que a desvalorização do valor nominal da moeda será afastada mediante a adoção de um critério que preserve o valor real do dinheiro.

O processo inflacionário faz com que o valor nominal não se conserve compatível com a evolução dos preços, de modo que o que se pode comprar com R\$ 100,00 em determinado mês custará mais no mês seguinte. O critério pelo qual o débito de R\$ 100,00 será atualizado para a manutenção do poder de compra equivale à correção monetária.

É assente na doutrina e na jurisprudência que a correção monetária não aumenta o valor da dívida, pois representa mero mecanismo destinado a evitar o aviltamento do valor da moeda - assim, apenas atualiza e recompõe esse valor de modo que, aparentemente, a correção monetária não seria o objeto desta regra.

No entanto, o que o presente dispositivo contempla é o valor nominal referido no artigo anterior, de maneira que o aumento deste não significa acréscimo do valor substancial da

dívida em dinheiro, mas apenas seu aumento nominal, com conseqüente manutenção do valor real, de modo a se destinar também à correção monetária.

O artigo também contempla as hipóteses em que as partes pactuam determinado aumento real do valor da prestação, como ocorre, por exemplo, nos contratos de locação de pontos comerciais em *shopping center*. Esses centros de compras costumam contratar locação com cláusula que prevê aumento percentual do valor do aluguel a cada ano ao longo do prazo de duração do pacto. Trata-se de um aumento progressivo do valor da prestação.

Nada impede que legislação especial, ao disciplinar matérias relevantes e de interesse social, venha a limitar a possibilidade da cláusula de atualização monetária, bem como impor limites à por agressividade do valor das prestações. O fato de haver cláusula dessa espécie não afasta a incidência das regras dos arts. 317 e 478 do Código Civil. A denominada cláusula móvel, “pela qual o valor da prestação deve variar segundo os índices de custo de vida” é utilizada para combater os malefícios da desvalorização da moeda e não se confunde com as hipóteses dos arts. 317 e 478, que dependem de circunstâncias supervenientes à celebração do contrato, irrelevantes para a adoção e incidência da primeira.

A regra em exame, porém, não exclui a incidência geral da atualização monetária às dívidas de dinheiro, mesmo que ausente cláusula móvel de aumento progressivo do valor, pois o instituto “está ancorado na equidade e no princípio geral de Direito (agora acolhido em cláusula geral, art. 884) que veda o enriquecimento injustificado” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, v. V, 1.1,2003, p. 201 e segs.).

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

CC/1916: sem correspondente.

Podem verificar-se razões imprevisíveis que desequilibrem o valor da prestação devida entre o momento em que ela foi estabelecida e o momento de seu pagamento. Nesse caso, será possível que o juiz corrija o valor da prestação, assegurando seu valor real. O dispositivo em exame estabelece os requisitos necessários para essa intervenção:

a) os motivos devem ser imprevisíveis, mas não há exigência de que sejam extraordinários, como ocorre no art. 478;

b) a desproporção entre a prestação devida deve ser manifesta, isto é, deve ser suficientemente expressiva e estar identificada. Essa desproporção deve ser verificada levando-se em conta as prestações; ou seja, o critério é objetivo, não sendo possível a adoção de um critério puramente subjetivo, que leve em conta a desproporcionalidade e a imprevisibilidade do ponto de vista de quem está obrigado ao cumprimento da prestação, como ocorre com a hipótese prevista no art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor;

c) o reequilíbrio do valor da prestação deve ser postulado pela parte, sendo vedado ao juiz implementá-lo de ofício;

d) a existência de uma relação obrigacional duradoura, sucessiva ou mesmo instantânea, desde que com o adimplemento parcelado; e

e) os acontecimentos que geraram o desequilíbrio não podem ser imputáveis ao lesado.

A intervenção deve restringir-se ao reequilíbrio das prestações. Este dispositivo deve ser visto em conjugação com a regra do art. 478 deste Código, que disciplina a resolução por onerosidade excessiva e não prevê a possibilidade de reequilíbrio e preservação do contrato, se o réu não se oferecer para modificar equitativamente as condições do ajuste (art. 479 do CC), salvo se a prestação couber a apenas uma das partes (art. 480 do CC).

A conjugação do dispositivo em exame com os ora referidos autoriza a parte prejudicada pelo desequilíbrio a ajuizar a ação com o objetivo de preservar o contrato e adequar o valor real da prestação, sem necessidade de optar pela resolução, como parece sugerir o art. 478.

Renan Lotufo registra que este artigo “adota a teoria da imprevisão e permite intervenção judicial no reequilíbrio da obrigação”, observando que o fato “passou despercebido pela maioria da doutrina” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 227 e segs.).

Não há razão para considerar que o art. 317 só se aplique às obrigações de pagamento em dinheiro. Sua inclusão no capítulo do pagamento em geral, ainda que ao lado de dispositivos referentes às obrigações de pagar em dinheiro, não impede que se estenda a incidência da teoria da imprevisão nele consagrada para outras hipóteses e modalidades de obrigações (ibidem, p. 317 e segs.).

Também não se restringe aos casos de obrigação oriunda de contrato, sendo significativos os casos em que o desequilíbrio identifica-se em prestações impostas por decisão judicial - por exemplo, nas sentenças que condenam o responsável pela indenização a pagar alimentos a quem o defunto devia -, ou decorrentes da redução de capacidade de trabalho. Caso a vítima de um acidente que teve reduzida sua capacidade de trabalho, em razão de motivos imprevisíveis, retome sua capacidade plena de trabalho, é possível concluir que a desproporção manifesta entre o valor pago pelo culpado de seu acidente e a aptidão integral para a atividade profissional autorizam o reequilíbrio do valor da prestação, reduzindo-se ou eliminando-se a verba alimentar imposta pela sentença. O dispositivo não se confunde com as hipóteses de lesão e estado de perigo, na medida em que não se trata de defeito contemporâneo ao surgimento da obrigação, mas sim de fato imprevisível ocorrido entre o momento de sua constituição e o do pagamento.

Nada impede que a arbitragem seja utilizada para adequar o valor da prestação, a despeito de o dispositivo referir-se expressamente à correção feita pelo juiz. Em se tratando de obrigação de natureza contratual, a arbitragem tem previsão expressa na Lei n. 9.307/96. As partes podem convencionar sua utilização, sobretudo porque esse diploma, de natureza especial, não foi revogado pelo Código Civil, que é lei geral (art. 2º, § 2º, da LICC).

Jurisprudência: Instrumento de confissão de dívida que não prevê a incidência de correção monetária. Ela é devida, para a recomposição do valor da moeda de curso forçado, conforme preceituam os arts. 315 e 317 do novo Código Civil e art. 1º, § 1º da Lei n. 6.899/81. Recurso improvido. Litigância de má-fé. Inexistência, porque existiu apenas o exercício do direito de ação. (TJSP, Ap. cível n. 7.054.029.300, 19ª Câmara de Direito Privado E, rel. Edison Tetsuzo Namba, j. 25.04.2008)

Prestação de serviços. Erradicação de cupins. Ação de cobrança. Contraprestação desproporcional. Revisão do valor da dívida. Admissibilidade. O art. 317, do CC, autoriza a revisão judicial dos contratos, caso haja desequilíbrio contratual ou desproporção da contraprestação, como no caso dos autos. Multa moratória prevista no contrato de 10%. Redução para 2%. Admissibilidade. Aplicabilidade do CDC. Não pode subsistir a multa moratória de 10% (dez por cento) fixada no contrato de prestação de serviços, sendo possível sua redução para 2% (dois por cento), nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 970.676.001, 34ª Câmara de Direito Privado, rel. Emanuel Oliveira, j. 31.10.2007)

Comercial. 1 - Compra e venda de safra futura a preço certo. A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola (sua cotação no mercado internacional) não era imprevisível. 2 - Cédula de produto rural. A emissão de cédula de produto rural, desviada de sua finalidade típica (a de servir como instrumento de crédito para o produtor), é nula. Recurso especial conhecido e provido em parte. (STJ, REsp n. 722.130, rel. Min. Ari Pargendler, j. 15.12.2005)

Sistema financeiro da habitação. Obrigações pactuadas entre as partes, em respeito ao princípio da autonomia da vontade. Abusividade dos juros não caracterizada. Capitalização dos juros, ainda que vedada, não comprovada. Adequação da tabela *Price* como método de amortização dos contratos de financiamento imobiliário. Inocorrência da lesão enorme. Inaplicabilidade da teoria da *rebus sic stantibus*, uma vez que os fatos ocorridos não eram imprevisíveis. Embargos improcedentes. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.167.385-3, rel. Des. Carlos Lopes, j. 18.09.2007)

Reserva de domínio. Compra e venda mercantil com assunção de dívida em moeda estrangeira e outras avenças. Revisão contratual. Variação cambial. Indexação de prestações pelo INPC, em substituição ao dólar. Invocação da teoria da imprevisão. Descabimento. Aplicação de regra acolhida pelo Código de Defesa do Consumidor. Caracterização de onerosidade excessiva. Inteligência dos arts. 6º, V, CDC e 5º da LICC. Revisão autorizada. Julgamento monocrático reformado. (TJSP, Ap. com revisão n. 774.119-0/7, rel. Des. Amorim Cantuaria j. 26.06.2007)

Compra e venda. Cobrança de resíduo inflacionário. Inadmissibilidade. Ausência de previsão contratual. Pagamento de todas as parcelas por parte dos compromissários compradores. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Desnecessidade da prova pericial. Matéria de direito, limitando-se à interpretação de cláusula contratual. Onerosidade excessiva afastada. Inflação não é fato imprevisto ou imprevisível. Decisão mantida. Recurso denegado. (TJSP, Ap. cível n. 486.121.4/2-00, rel. Des. Reis Kuntz, j. 09.02.2007)

Contrato. Importação de mercadorias. Financiamento. Estipulação em moeda estrangeira. Necessidade de o capital emprestado e a respectiva correção monetária acompanharem a evolução do poder de compra da moeda brasileira. Abrupto e inesperado aumento. Desequilíbrio contratual caracterizado. Teoria da onerosidade excessiva superveniente aplicada. Distribuição fraterna dos ônus da sobrevalorização cambial do dólar. Orientação do STJ neste sentido. Ação revisional procedente. Recurso de apelação provido. Embargos infringentes rejeitados. (TJSP, Embargos infringentes n. 999.177-7/02 rel. designado Des. Ricardo Negrão, j. 07.08.2007)

Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 1º, Lei n. 10.192, de 14.02.2001; Decreto-lei n. 857 de 11.09.1969.

Diversamente dos dispositivos que disciplinavam esta questão antes da vigência do Código de 2002, este artigo veda não apenas o pagamento de obrigações em moeda estrangeira, mas também sua utilização como critério de correção monetária, na medida em que se refere expressamente à impossibilidade de usar a variação da moeda estrangeira para compensar a diferença entre seu valor e o valor da moeda nacional, sendo excluídos, porém, os casos previstos em lei especial.

Resta saber, contudo, se a interpretação que se dará ao dispositivo não será aquela que prevaleceu até o momento, isto é, a de que ele se restringe a impedir o curso de moeda estrangeira no Brasil. A Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995, recepcionou o Decreto-lei n. 857/69 e vedou o pagamento em moeda estrangeira, embora tenha estabelecido exceções, entre as quais os contratos de importação e exportação, que, em face da natureza especial da lei, continuam passíveis de previsão de pagamento em moeda estrangeira.

Jurisprudência: Ação de cobrança. Bem móvel. Ação objetivando a cobrança de valores decorrentes da aquisição de uma máquina de costura, com preço fixado em ienes japoneses. Produto importado. Pagamentos ocorridos que não observaram a conversão necessária. Saldo existente. Contrato regular e legal, porquanto possível é a utilização de moeda estrangeira em transações que envolvam produtos importados, cujo pagamento deverá ser realizado em moeda nacional. Precedentes. Ausência de vícios ou de qualquer ilegalidade. Nota fiscal, em valores da moeda nacional que decorre de exigência legal. Pedido juridicamente possível, pois não há qualquer impedimento legal. Saldo existente e confessado pelo apelante. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 992.051.383.950, rel. Carlos Nunes, j. 29.09.2009)

Ressalte-se que não trata a discussão a respeito de estar o acordo inserido ou não nas hipóteses que excepcionam o comando do art. 1º do Decreto-lei n. 857/69, previstas no art. 2º e seus incisos, o que obsta a análise da questão sob a ótica das exceções legais e de sua aplicabilidade ou não ao processo.

Da mesma forma, salutar definir que não se trata de indexação em moeda estrangeira, o que é rechaçado pelo art. 27 da Lei n. 9.069/95 (Lei do Plano Real) ao atrelar a correção monetária à variação acumulada do índice de Preços ao Consumidor - IPC.

Desde que expressamente previsto que o pagamento realizar-se-á por meio da respectiva conversão em moeda nacional, é válida a contratação em moeda estrangeira, consideradas as peculiaridades do processo. (STJ, REsp n. 647.672, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.02.2007)

Válida a execução que tem como títulos contrato de repasse de empréstimo externo em moeda estrangeira, com previsão de pagamento equivalente em moeda nacional, acompanhado de nota promissória.

II - "Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio" (Súmula n. 27/STJ).

III - Correta a execução movida contra os garantes, seja em função de aval dado na nota promissória, seja em razão da hipoteca atrelada ao contrato. STJ, REsp n. 332.944, Min. Aldir Passarinho Junior, j. 28.11.2006. É válida, no Brasil, a contratação de pagamento em moeda estrangeira, desde que seja feito pela conversão em moeda nacional.

A jurisprudência do STJ entende que, em se tratando de obrigação constituída em moeda estrangeira, a sua conversão em moeda nacional deve ocorrer na data do efetivo pagamento e não em data pretérita. (STJ, REsp n. 680.543, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.11.2006)

Locação de bens móveis declaratória de nulidade de cláusulas. Nulidade da sentença. Carência do exame indispensável às questões relevantes para o deslinde da causa.

Inocorrência. Cláusulas contratuais que determinam a atualização do débito.

Pelo dólar norte-americano, nulidade. Reconhecimento. Afronta e inobservância aos art. 27, § 2º, da Lei n. 9.096/95 e do art. 6º, da Lei n. 8.880/94. (TJSP, Ap. com revisão n. 784.401-0/7, rel. Des. Neves Amorim, j. 21.08.2007)

Reserva de domínio. Compra e venda. Revisão contratual. Ação julgada procedente. Sociedade de fomento comercial e pessoa jurídica não comerciante. Reserva de domínio de veículo vinculado a contrato de faturização (*factoring*). Operação de natureza comercial, que não se amolda às operações de natureza financeira. Cláusula de reajuste de prestações pela variação cambial. Vedação legal. Não enquadramento nas exceções do Decreto-lei n. 857/69. Nulidade da cláusula. Substituição da variação cambial pelo INPC. Admissibilidade. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 679.855-0/2, rel. Des. Walter Zeni, j. 11.11.2004, JTJ 303/93)

Empréstimo. Moeda estrangeira. Cobrança. Avalistas. A primeira questão do recurso refere-se à validade de empréstimo externo em moeda estrangeira, questão já pacificada no âmbito deste Superior Tribunal no sentido de que é possível a pactuação do empréstimo nesse tipo de moeda, desde que o pagamento seja efetuado em moeda nacional, pela conversão cambial. No caso, cuida-se de contrato que é tomado no exterior em dólares americanos. Com repasse para o mutuário no Brasil, fato incontroverso, a quebra do parâmetro levará, fatalmente, ao desequilíbrio, se vinculado a padrão diverso. A situação é diferente daquela em que o mútuo é realizado unicamente com recursos nacionais, fonte e destinação, para cumprimento no país, sem compromissos assumidos pelo Banco mutuante no exterior, que, assinale-se, não necessitam ser individualizados previamente em relação a cada tomador ulterior. Quanto ao segundo ponto, foram objeto da execução o contrato, o aditivo e a nota promissória, de sorte que o aval dado na cártula vinculada ao título é possível e legal, daí o cabimento da cobrança contra os avalistas. De outro lado, há garantia hipotecária atrelada ao cumprimento do contrato, de modo que, seja por uma seja por outra forma, os corréus podem ser executados (Súmula n. 27-STJ). Finalmente, no que concerne à instrução da execução, desnecessário que sejam apresentadas as parcelas atualizadas, visto que o são mediante simples cálculo matemático. Suficiente, pois, o demonstrativo da dívida original e sua evolução, como foi assinalado na sentença de primeiro grau. Não fora isso suficiente - e é - de toda sorte teria o Tribunal estadual, então, de oportunizar, previamente, a complementação da instrução ao exequente nos termos do art. 616 do CPC. Isso posto, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento para restabelecer a sentença monocrática. (STJ, REsp n. 332.944/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 28.11.2006)

De outra banda, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu pela viabilidade do pagamento do prêmio de seguro em moeda estrangeira, desde que convertido para a moeda nacional, dando interpretação ao disposto no art. 2º, I, do Decreto-lei n. 857 de 11 de setembro de 1969, valendo conferir:

Contrato de seguro de transporte marítimo internacional. Pagamento do prêmio do seguro em dólares norte-americanos. Decreto-lei n. 857, de 1969, art. 2º, I. Cláusula do contrato de seguro que estipula o pagamento do prêmio em dólares, apesar de a indenização dever ser paga em cruzeiros, e de ser a beneficiária residente do Brasil. Razoável entendimento do art. 2º, I, do Decreto-lei n. 857, de 1969. Recurso extraordinário não conhecido. STF, RE n. 107.748/SP, 2ª T., rel. Min. Francisco Rezek, j. 17.12.1985, *DJ* 14.03.1986, p. 3.392, *Ement.* 1.411-05/84 (extraído do *site* oficial do STF). (TJSP, AI n. 104.283-5-0/7, rel. Des. Walter Cesar Exner, j. 17.08.2006)

Registro de imóveis. Penhor industrial. Valor do crédito fixado em moeda estrangeira, ausência de certidão negativa de débito do INSS e de tributos e contribuições federais. Inadmissibilidade. Incidência do art. 318 do Código Civil que veda convenções que utilizam moeda não nacional. Ocorrência. Ingresso no fólio. Impossibilidade. Recurso não provido. (TJSP, Conselho Superior da Magistratura, Ap. n. 677-6/0/Barueri, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 26.04.2007, v.u., voto n. 14.634)

Moeda estrangeira. Ação monitória. Conversão em reais, moeda corrente. Cobrança. Moeda estrangeira apenas considerada como indexador. Pagamento que está sendo exigido em moeda nacional. Legalidade (Decreto n. 24.038/34, DL n. 857/69, arts. 315 e 318 do Código Civil). Decisão mantida. Recurso improvido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 1.265.636-3, da Comarca de Jundiaí, sendo agravante Lee Chi Hsiung e agravado Ro Chi Sheng acordam, em 11ª Câmara do I Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, em negar provimento ao recurso. Insurge-se o agravante, em ação monitória, contra a r. decisão que admitiu a cobrança de obrigação contraída em moeda estrangeira. Funda sua pretensão nos arts. 315 e 318 do Código Civil os quais esclarecem que as

dívidas em dinheiro não de ser pagas em moeda corrente, revelando-se nulas as convenções de pagamento em moeda estrangeira. O magistrado assim decidiu pelo fato do credor ter convertido o valor em reais, moeda corrente. De fato, no Brasil, desde 1934, o Decreto n. 24.038, modificado pelo DL n. 857/69 e preservado pelo art. 315 do Código Civil, nossa moeda, o real, tem curso forçado, excetuadas as obrigações referentes a importação ou exportação de mercadorias; financiamentos ou prestação de garantias relativas às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior, os contratos de compra e venda de câmbio e outras dessa ordem. Nada impede, entretanto, que a moeda estrangeira seja utilizada ou considerada como indexador, quando o pagamento, fora daqueles casos de comércio exterior, por evidente, será exigido em moeda nacional, corrente, feita a conversão. Nessa linha são os precedentes indicados na resposta ao recurso (REsp ns. 194.629-SP, 4.819-RJ, 11.801-RJ, 1990/0028310-4, 57581-SC, 119.773-RS e 13.520-SP). Correta, assim, a r. decisão, que fica mantida, negando-se provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Juizes Silveira Paulilo e Melo Colombi. São Paulo, 11 de março de 2004. (TJSP, AI n. 1.265.636.300, 11ª Câmara (extinto I TAC), rel. Urbano Ruiz, j. 11.03.2004)

Monitória. Confissão de dívida. Indicação do montante da dívida em moeda estrangeira, que representa apenas a medida da obrigação. Inexistência de estipulação de pagamento em moeda estrangeira ou a sua vinculação a essa moeda. Valor convertido na inicial para a moeda corrente. Não verificação, em princípio, de nenhuma nulidade, nos termos de nossa legislação. Art. 318 do Código Civil de 2002. Recurso não provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.220.204.900, rel. Luiz Fernando Pinto Arcuri, 11ª Câmara de Direito Privado A, rel. Luiz Fernando Pinto Arcuri, j. 17.02.2006)

Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.

CC/1916: art. 939.

A quitação regular é o instrumento que comprova o adimplemento da prestação, de modo que aquele que paga pode exigí-la sempre, inclusive se recusando a efetuar o pagamento se ela não lhe for dada.

Se a não entrega da quitação regular resultar de fato que não seja a recusa injusta do credor, o devedor deve valer-se da ação de consignação, sob pena de o atraso no adimplemento caracterizar abuso de direito. Imagine-se que o credor não possa outorgar o recibo porque foi acometido de uma doença que o impeça de firmar o recibo (art. 3º, II e III). A recusa do devedor a realizar o pagamento até a recuperação da saúde do credor não é compatível com a função social e econômica (art. 187).

Jurisprudência: Locação de imóveis. Cobrança. Pagamento. Prova testemunhal. Impossibilidade. Recurso improvido. O pagamento somente pode ser provado mediante a apresentação de recibos, pois, de acordo com o artigo 319 do Código Civil, o devedor pode reter o pagamento caso haja recusa do credor em lhe fornecer a quitação. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.218.738.005, rel. Armando Toledo, j. 05.05.2009)

Declaratória. Débito confessado. Pagamento parcial alegado. Pretensão à apuração do real valor devido. Descabimento. Quantidade e forma de pagamento não mencionadas pela autora. Quitação regular não comprovada. Art. 319 do Código Civil. Matéria eminentemente documental. Oitiva de testemunhas e prova pericial impertinentes ao deslinde da controvérsia.

Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 7.067.899.000, rel. Carlos Luiz Bianco, j. 11.02.2009)

A retenção de pagamento só pode ser dirigida à respectiva negativa de quitação (CC/1916, art. 939 e CC/2002, art. 319). (STJ, REsp n. 655.220, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 12.09.2006)

Para a solução da questão, portanto, é necessário definir se há, ou não, mora do devedor, de modo que a interpretação dos arts. 319 e 396 do CC/2002 (cujos equivalentes, no CC/1916, eram os arts. 939 e 963) torna-se fundamental. Dispõem essas normas:

Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada. [...]

Art. 396. Não havendo omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Seguindo essas duas regras, não basta o vencimento da obrigação para que o devedor esteja constituído em mora. É necessário que o pagamento seja acompanhado da quitação dada pelo credor (cuja negativa dá ao devedor direito de retenção do pagamento), e que eventual atraso não seja imputável ao devedor.

Ora, se em um contrato de empréstimo, como o *sub judice*, é alegada a cobrança ilegal de encargos, a dívida naturalmente perde, não apenas a sua certeza (quanto à parte impugnada do débito), mas sobretudo sua liquidez. Essa perda decorre, não do ato do devedor de discutir a dívida, ou de se recusar a pagá-la, mas de ato alheio à sua vontade, ou seja, da ilícita exigência formulada pelo credor, e de sua conseqüente recusa em conferir quitação a um pagamento feito sem que essa exigência seja cumprida. Vale dizer, estamos exatamente no âmbito dos arts. 319 e 396 do CC/2002.

Não se pode considerar em mora o devedor que não adimpla uma obrigação ilíquida. A respeito da questão, confira-se a opinião de Orlando Gomes (*Obrigações*, 14. ed., Forense, 2000, p. 170)

"Se o atraso não decorre de fato imputável ao devedor, mora não há, conforme a doutrina dominante.

Cumpra-lhe, porém, provar que o cumprimento foi retardado sem culpa sua. De várias escusas se pode valer para justificar a demora em satisfazer a prestação. *Dentre outras, a iliquidez da dívida*, a ignorância a respeito do lugar em que se encontra o credor, o desconhecimento da interpelação e, como é óbvio, em todos os casos em que a causa do retardamento seja o caso fortuito."

No mesmo sentido é a opinião de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, v. II, 17. ed., Rio de Janeiro, 1998), que pondera que a "exigibilidade imediata pressupõe ainda a liquidez e a certeza", acrescentando, linhas adiante, que a obrigação é "líquida quando, além da certeza do débito, está apurado seu montante ou individuada a prestação. Já no Direito romano vigia o princípio de que não se configurava a mora nas obrigações ilíquidas - *in iiiiquidis non fit mora*". É fato que Caio Mário mais adiante em sua obra, apresenta exceções a esse princípio, citando o art. 1.536 do CC/1916. Essa norma, todavia, trata da incidência de juros da liquidação das obrigações, e não de multa moratória.

Todos esses princípios encontram-se plenamente refletidos na legislação. O art. 397 do CC/2002 (art. 960 do CC/1916) estabelece de maneira expressa a liquidez da obrigação como requisito para a caracterização da mora, seja nas dívidas contraídas com prazo de vencimento, seja naquelas que dependem de prévia interpelação. Eis a redação do dispositivo:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e *líquida*, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Vale ressaltar que a hipótese dos autos é completamente diferente daquela enfrentada por ocasião do julgamento do REsp n. 527.618/RS. Naquela oportunidade, julgava-se a possibilidade de determinação liminar de exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplência. Ou seja, julgava-se com base em um juízo de verossimilhança acerca das alegações. Daí a legitimidade da exigência de que o autor segure o juízo, mediante depósito ou caução, e de que suas alegações sejam revestidas de verossimilhança.

Ouando se está diante de um julgamento de mérito, como ocorre na hipótese dos autos, julgamento esse que confirma, de maneira definitiva, a existência de cobrança de encargos indevidos num contrato de empréstimo, não há como considerar líquida a dívida, de modo a caracterizar a mora.

O argumento de que a resistência do devedor é promovida de má-fé também não convence. Isso porque a má-fé pode estar, tanto de um lado, como do outro na relação jurídica de direito material. Ou seja, tanto se pode dizer que o devedor age de má-fé ao contestar a dívida sem depósito, como se pode alegar que a instituição financeira age de má-fé ao cobrar mais do que lhe é devido. São duas faces da mesma moeda, com o agravante de que o credor dispõe de maiores possibilidades de compreender e valorar a ilicitude de seu comportamento.

Forte em tais razões, alinho-me ao entendimento defendido pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito em seu voto. As hipóteses de cobrança de multa moratória são completamente diferentes dos pedidos de exclusão liminar do nome do devedor dos cadastros de inadimplência. Não há como admitir a incidência de multa moratória nestas hipóteses, (voto vista da Min. Nancy Andrichi proferido no STJ, REsp n. 713.329/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 23.08.2006)

Locação de bens móveis. Cobrança. Relação jurídica entre as partes e fatos constitutivos do direito da autora. Demonstração. Alegação de pagamento em contestação. Quitação por escrito. Não demonstração. Sentença de improcedência. Reforma. Necessidade. Condenação da ré a pagar à autora os valores pretendidos na inicial devidamente corrigidos. Admissibilidade. Recurso provido. (TJSP, Ap. n. 842.924.0/0, rel. Des. Rocha de Souza, j. 06.11.2008)

O recibo de pagamento é a única prova de que pode se valer o devedor para demonstrar que adimpliu a obrigação. É o que soa o art. 319 do vigente Código Civil. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.116.175.900, rel. Des. Mendes Gomes, j. 13.08.2007)

Prova. Documento. Locação. Despejo por falta de pagamento c/c cobrança. Comprovação escrita de pagamento. Forma solene. Ausência. O devedor que paga tem direito à quitação regular, nos termos do art. 319 do Código Civil de 2002. Se a quitação não lhe for entregue, ou se lhe for oferecida desacompanhada dos requisitos legais, a própria lei abre ao devedor os meios de defesa. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 1.034.467-0/1/SP, 35ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Melo Bueno, 12.06.2006, v.u., voto n. 10.902)

Monitória. Notas promissórias. O pagamento somente se comprova mediante quitação regular e só há quitação regular com os requisitos do art. 320 do CC/2002 (art. 940 do CC/1916). A circunstância de os títulos estarem custodiados em instituição financeira não impedia a apelante de exigir quitação em separado. (TJSP, Ap. n. 7.154.476-4, rel. Des. Pedro Alexandrino Ablas, j. 17.10.2007)

Ora, o pagamento de título cambial ou cambiariforme comprova-se pela exibição do próprio título, que no ato é devolvido ao devedor, ou se se tratar de pagamento parcial, comprova-se por recibo em separado, além de anotação na cártula (RT699/86, acórdão da lavra do Des. Morato de Andrade), que acrescenta ser inadmissível a prova testemunhal. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.095.053-5, rel. Des. Thiers Fernandes Lobo, j. 21.08.2007)

Para firmeza das relações jurídicas e tranquilidade social, devem os atos jurídicos revestir a forma legal, que lhes atribui existência e visibilidade. No caso de pagamento, a forma é a quitação; a ela tem direito o devedor, que pode retardar a solução, até que a forneça o credor. (II TAC, Ap. n. 657.586-00/6, rel. Juiz Ribeiro Pinto, j. 03.06.2003)

Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

Parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.

CC/1916: art. 940.

O dispositivo expressa a possibilidade de a quitação ser conferida por instrumento particular, e seu parágrafo único admite que se confira eficácia ao documento que não contiver os requisitos do *caput*, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.

O dispositivo deixa evidente a necessidade da prova escrita da quitação. É necessário recordar que os arts. 401 e 403 do Código de Processo Civil restringem a possibilidade de prova exclusivamente oral aos débitos de valores inferiores a dez salários-mínimos - regra equivalente à do art. 227 do Código Civil em vigor.

É preciso verificar se a disposição em exame revogou o disposto no art. 403 do Código de Processo Civil. Aparentemente, é possível conjugá-los: os termos e as circunstâncias podem revelar o pagamento, ainda que sem princípio de prova documental, se o débito é inferior a dez salários-mínimos. No entanto, quando faz menção aos requisitos, o legislador parece referir-se a um documento, único amparo fático para a verificação de tais requisitos.

A indicação do valor do pagamento é essencial, pois a quitação pode ser parcial. Também é preciso que a dívida esteja identificada, já que podem existir diversas relações jurídicas entre as partes. Do mesmo modo, a indicação do nome de quem pagou, e em nome de quem o fez, tem reflexos importantes, tendo em vista o disposto nos arts. 304 e 305 do Código Civil, já que pode haver ou não sub-rogação e discussão a respeito da possibilidade de o terceiro não interessado que paga em nome do devedor fazer jus ao ressarcimento (art. 305 do CC).

A quitação também permite que o seu portador se legitime a receber o pagamento (art. 311 do CC). Em se tratando de dívida consubstanciada em um título, a quitação aperfeiçoa-se com a restituição do mesmo (art. 324).

A exigência de designação da data e do lugar do pagamento resulta do fato de que ele deve ser oportuno, sob pena de incidirem correção monetária e juros de mora, e de que há lugar certo para a quitação (arts. 327 e segs.).

Jurisprudência: A quitação, para ter sua validade, mesmo por instrumento particular, deve sempre designar o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante. Se o documento não contiver tais requisitos, não pode ser apresentado como prova efetiva de pagamento. (TJSP, Ap. cível n. 5.791.955.500, rel. Luis Ganzerla, j. 16.03.2009)

Locação de imóvel (não residencial). Ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança. Recibos desprovidos dos requisitos do art. 319 do CC podem ser aceitos como prova de quitação, se de seus termos ou circunstâncias resultar haver sido paga a dívida (CC, art. 320, parágrafo único). Redução do valor da condenação. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.083.590.005, rel. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 27.01.2009)

[...] 8 - Tarifa de emissão de boleto bancário. A emissão de qualquer carnê ou boleto para pagamento é obrigação do credor não devendo ensejar ônus algum ao devedor, já que os art. 319 do Código Civil/2002 e art. 939 do Código Civil/1916, não trazem no seu bojo a condição de pagamento em dinheiro para ele receber o que lhe é de direito. Disposição de ofício. (TJRS, Ap. cível n. 70.013.337.993, 14ª Câ. Cível, rel. Dorval Bráulio Marques, j. 27.04.2006)

Apelação. Cobrança de expurgos de poupança. "Plano Verão". Quitação tácita afastada. Prescrição vintenária. Aplicação da tabela prática de atualizações deste tribunal. A quitação exige manifestação expressa de vontade (art. 320, CC), não havendo que se falar em quitação tácita. Tanto os juros remuneratórios quanto a correção monetária agregam-se ao capital, perdendo, desta forma, a natureza de acessórios, pelo que a prescrição para sua cobrança é vintenária. Para a atualização do débito deve ser aplicada a Tabela Prática deste Tribunal. Sentença mantida integralmente. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 7.268.958.200, 37ª Câ. de Direito Privado, rel. Eduardo Almeida Prado Rocha de Siqueira, j. 24.09.2008)

Execução. Nota promissória. Embargante que alega nulidade dar. sentença por cerceamento de defesa. Pretensão de produção de prova testemunhai para comprovar a quitação do título executivo. Credor que entregou ao embargante documentos comprobatórios dos pagamentos parcelados e, segundo a defesa do embargante, maliciosamente executou título dado como garantia e assinado em branco. Nulidade rechaçada e recurso desprovido. Há de se ter por inócua a prova oral, quando a obrigação necessariamente se resolverá pela apresentação de prova documental. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor ou do seu representante. Cautelas do art. 320 do Código Civil, não adotadas pelo recorrente. Relevância da circunstância de que notas promissórias, em regra, são quitadas com sua devolução ao emitente, nos moldes do art. 321 do Código Civil. Título, contudo, que ficou retido com o credor, a sinalizar a inexistência da quitação. Quem diz efetuar pagamentos parcelados tendo também emitido nota promissória, adota cautelas para constar daqueles recibos parciais que os mesmos estão vinculados ao título que se busca resgatar. Minudências que não autorizavam o reconhecimento da quitação alegada pelo recorrente. (TJSP, Rec. inominado n. 11.187, 3ª T. Cível, rel. Roberto Caruso Costabile e Solimene, j. 12.06.2008)

Ação de cobrança. Quitação. Comprovação. Inteligência do art. 320, do Código Civil. Todo pagamento deve ter quitação regular, munindo-se o devedor de suporte documental seguro e hábil a comprová-lo, sob pena de ser cobrado e ter que pagar novamente. Na quitação de débito, deve o pagamento ser comprovado pela entrega do título quitado ao devedor, ou por recibo que designe o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com assinatura do credor, ou do seu representante, conforme orientação emanada do art. 320 do Código Civil. (TJMG, Proc. n. 1.0024.03.945895-5/001(1), rel. Dárcio Lopardi Mendes, j. 15.12.2005)

Embargos de devedor. Decisão *extra petita*. Preliminar refutada. Pagamento parcial do débito comprovado. Anotações feitas no verso da nota promissória pelo próprio credor. Reconhecimento. Art. 320 do CC. Aplicação. Recurso improvido. "1 - Refuta-se a preliminar de decisão *extra petita* quando se verifica que a condenação imposta na sentença foi requerida na inicial e rechaçada nas alegações finais. 2 - Se o próprio credor reconhece que fez anotações de valores e cálculos no verso de nota promissória, configurado está o recebimento parcial do débito, nos termos do art. 320 do CC, especialmente seu parágrafo único". (TJMG, Proc. n. 2.0000.00.482364-9/000(1), rel. Francisco Kupidlowski, j. 29.09.2005)

Alimentos. Execução. Depósito realizado em conta diversa da estipulada em antigo acordo. Irrelevância. Hipótese em que o pagamento foi feito ao verdadeiro credor, e não a terceiro. Inteligência dos arts. 310 e 320 do CC. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 367.455-4/8/Penápolis, 6ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Vito Guglielmi, 10.03.2005, v.u.)

Declaratória. Nulidade de títulos de crédito. Ônus da prova. Art. 333,1. O autor apelante qualifica-se como comerciante e é sócio de empresa que tem por objetivo o fomento comercial, ou seja, suas qualificações não demonstram que seja pessoa que ignora os costumes mercantis, isto é, deveria o recorrente exigir o competente instrumento de quitação das supostas obrigações que vinha sorvendo, como direito que lhe assiste, nos termos do art. 319 do novo Código Civil (antigo art. 939 do CC/1916), e, caso o credor não lhe emitisse tal instrumento de quitação, teria o direito de reter o respectivo pagamento até o momento em que lhe fosse fornecida a prova da quitação, prova esta que deveria estar, ao menos em regra, nos moldes do quanto estabelecido pelo art. 320 do novo Código Civil (antigo art. 940 do CC/1916), situação esta que não se auferi dos documentos acostados aos autos. Protesto. Presunção de regularidade não elidida pelo autor. Protesto cambial. Exercício regular de direito. Inexistência de ato ilícito. Inexistência do dever de indenizar. Recurso não provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.030.887.300, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 28.06.2007)

Execução por título extrajudicial. Duplicata. Ajuizamento com base em títulos xerocopiados, porém autenticados. Validade. Quitação alegada não comprovada. Art. 320 do Código Civil. Embargos do devedor improcedentes. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. n. 888.322-3/00, Ribeirão Preto, 8ª Câm. (extinto I TAC), rel. Juiz Irineu Jorge Fava, j. 22.03.2005)

Dano moral. Banco de dados. Inclusão do nome da autora no cadastro de inadimplentes. Compra de bens móveis mediante financiamento (carnê). Parcelas regularmente pagas (antecipadamente) no estabelecimento comercial conforme convencionado. Ausência de autenticação mecânica no documento. Irrelevância. Negligência da ré-apelante a quem cabia outorgar a regular quitação - art. 320, *caput* e parágrafo único, do novo Código Civil. Indevida permanência do nome da autora nos registros dos órgãos de proteção ao crédito. Culpa do estabelecimento configurada, afastada a alegação de concorrência de culpas. Indenização fixada em quantia correspondente a cinquenta vezes o valor do título. Ação parcialmente procedente. Recurso desprovido, não conhecido o agravo retido, porque não requerida a sua apreciação. (TJSP, Ap. n. 1.114.489-3/Batatais, 11ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Paulo Dias de Moura Ribeiro, j. 03.08.2006, v.u., voto n. 8.322)

Monitória. Cambial. Cheques prescritos. Arguição de quitação do débito através de dinheiro, sem prova e sem resgate dos títulos. Descabimento. Hipótese em que a única prova admitida para tal comprovação é a documental, descabendo a pretensão da ré-embargante-apelante e de produzir prova oral. Código Civil/1916, art. 940 e 320 do Código Civil vigente. Cerceamento de defesa inócua. (TJSP, Ap. n. 935.222-3/Jundiaí, 23ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Oséas Davi Viana, j. 07.03.2007, v.u., voto n. 8.630)

Prova. Ônus. Art. 333,1, do Código de Processo Civil. Contrato. Título de crédito. Arguição de nulidade sem apresentar comprovação suficientemente do fato constitutivo do seu direito. Instrumento de quitação ausente. Exigência, mormente, de comerciante e sócio de empresa, cujas qualificações tornam inaceitável a falha. Arts. 319 e 320, do novo Código Civil e arts. 939 e 940 do Código Civil/1916. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 7.030.887-3/SP, 24ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Roberto Mac Craken, j. 28.06.2007, v.u., voto n. 1.611)

Desse modo, ainda que a lei civil (art. 1.093 do CC) disponha que a quitação não precisa obedecer à forma do contrato, vale a advertência de Carvalho Santos: "Não se deduza daí, como querem muitos doutores, que, mesmo referente à quantia superior a mil cruzeiros, possa a quitação ser provada por testemunhas. Já mostramos a improcedência desse modo de ver, deixando evidenciado que o texto supra deve ser entendido de harmonia com o disposto no art. 940 *et seq.*, o que, aliás, já ensinara Clóvis Beviláqua, ao comentar o texto supra". (RT 816/237, rel. Juiz Marciano da Fonseca)

O fiador que paga sub-rosa-se nos direitos do credor, mas tem que provar o pagamento mediante exibição de quitação com os elementos que a lei exige. Execução extinta por falta dessa comprovação. (II TAC, Ap. n. 611.824-00/0, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 21.11.2001)

Recibo outorgado por beneficiário de seguro obrigatório. Recebimento inferior ao correto. Invalidez quanto à totalidade do crédito:

Verifica-se que o apeiado recebeu administrativamente o pagamento de um valor pré-estabelecido em lei de ordem pública. Perante essa lei, é inócuo e irrelevante o recibo com quitação genérica para nada mais reclamar, mormente quando passado perante uma poderosa seguradora pelo hipossuficiente pai da vítima ainda abalado pela morte desta. Como a indenização é tarifada, não se pode discutir seu valor. É a apelante que nega vigência às leis relativas ao seguro obrigatório, quando intenta pagar menos do que nelas estabelecido, e não o autor ou o juízo quando desprezam o recibo que caracteriza a infração. Destarte, a obrigação legal não foi extinta com o pagamento efetuado, porque ele não se realizou nos termos da lei. Esse o pensamento pacífico e caudaloso desta Câmara e da maioria desta Corte, tanto que é ocioso citar. Confira-se *JTACSP-Lex* 156/196. (I TAC, Ap. n. 817.180, 5ª Câmara de Férias de janeiro de 1999, rel. Juiz Sílvio Marques Neto, j. 27.01.1999)

Discute-se o valor da cobertura correspondente ao seguro obrigatório - DPVAT, em razão de atropelamento fatal que vitimou a esposa do autor. A Segunda Seção, por maioria, decidiu que a fixação da cobertura do DPVAT em salários-mínimos não infringe a legislação, porquanto se cuida de mero critério indenizatório, de cunho legal e específico dessa natureza de cobertura, sem característica de indexação inflacionária. A jurisprudência inclinou-se em considerar como não representativo de quitação total o recibo dado em caráter geral, para afastar um direito que é assegurado por força de lei ao credor, caso do DPVAT (art. 3º, *a*, da Lei n. 6.194/74). Precedentes citados: REsp n. 129.182/SP, DJ 30.03.1998; REsp n. 195.492/RJ, DJ 21.08.2000; e REsp n. 257.596/SP, DJ 16.10.2000". (STJ, REsp n. 296.675, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 20.08.2002)

No mesmo sentido: *JTA* 161/212.

Art. 321. Nos débitos, cuja quitação consista na devolução do título» perdido este, poderá o devedor exigir, retendo o pagamento, declaração do credor que inutilize o título desaparecido.

CC/1916: art. 942.

Nos casos em que a devolução do título é a prova da quitação e ele se perder, o credor pode exigir que o devedor ajuíze a ação de anulação de título ao portador (arts. 907 a 913 do CPC). Observe-se, contudo, que o dispositivo não se refere a esta ação específica e considera satisfatória a mera declaração do credor a respeito. No entanto, é preciso verificar que a regra tem incidência nos casos em que o débito está representado por título de crédito, que pode

ter sido transferido por endosso a terceiro de boa-fé. Nessa hipótese, em se tratando de título de crédito, incide o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé (RKQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo, Saraiva, 1981, v. II, p. 413. COKLHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 217), de modo que o portador do título terá direito a exigir novo pagamento do credor.

Assim, a ação de anulação do título será necessária para conhecimento de terceiros interessados - como é o caso do endossatário de boa-fé. E o devedor, como observa Caio Mário da Silva Pereira, pode ainda optar pelo depósito judicial para receber o pagamento, citando o credor e, por edital, os terceiros interessados (*instituições de direito civil*, 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 202 e segs.).

Outra questão que o artigo em exame provoca é a de saber quais são os títulos cuja quitação consiste em sua devolução ao credor. Aparentemente, aceitam-se apenas os títulos que podem circular por endosso, na medida em que os demais não dependem do resgate do título para quitação, sobretudo em face do disposto nos arts. 286, 290 e 292 deste Código. Segundo o art. 290, somente após a notificação a cessão de crédito é oponível ao devedor, que se eximirá de pagar novamente se não houver sido notificado pelo cessionário do crédito (art. 292). A disposição em exame, embora só se refira ao título perdido, também se aplica ao título destruído.

Jurisprudência: Sustação de protesto c/c anulatória de título extrajudicial. Alegação de pagamento parcial do valor do título não demonstrada. Recibo passado sem os requisitos do artigo 320 do Código Civil. Hipótese na qual a providência do artigo 321 do mesmo diploma não foi adotada. Título que permanece hígido. Recurso improvido. Recurso adesivo. Honorários advocatícios. Pretensão à majoração do montante fixado na sentença. Cabimento. Hipótese em que a verba foi arbitrada de maneira parcimoniosa. Fixação em R\$ 1.000,00. Artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 7.285.338.400, rel. Mário de Oliveira, j. 12.08.2009)

Execução. Nota promissória. Embargante que alega nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa. Pretensão de produção de prova testemunhal para comprovar a quitação do título executivo. Credor que entregou ao embargante documentos comprobatórios dos pagamentos parcelados e, segundo a defesa do embargante, maliciosamente executou título dado como garantia e assinado em branco. Nulidade rechaçada e recurso desprovido. Há de se ter por inócua a prova oral, quando a obrigação necessariamente se resolverá pela apresentação de prova documental. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor ou do seu representante. Cautelas do art. 320 do Código Civil, não adotadas pelo recorrente. Relevância da circunstância de que notas promissórias, em regra, são quitadas com sua devolução ao emitente, nos moldes do art. 321 do Código Civil. Título, contudo, que ficou retido com o credor, a sinalizar a inexistência da quitação. Quem diz efetuar pagamentos parcelados tendo também emitido nota promissória, adota cautelas para constar daqueles recibos parciais que os mesmos estão vinculados ao título que se busca resgatar. Minudências que não autorizavam o reconhecimento da quitação alegada pelo recorrente. (TJSP, Rec. inominado n. 11.187, 3ª T. Cível, rel. Roberto Caruso Costabile e Solimene, j. 12.06.2008)

Responsabilidade civil. Ato ilícito. Cobrança indevida de cheque e inscrição de nome no Cadastro de Emitentes de Cheques Sem Fundos do Banco Central do Brasil. Danos moral e material não constatados. Inocorrência de afronta ao art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Verificação da existência do débito e de inclusão automática do emitente no banco de dados da autarquia, após a devolução de cheques por insuficiência de saldo na conta-corrente bancária.

Providência de baixa da pendência, após o pagamento. Demora atribuída ao autor, por ser-lhe lícito exigir a entrega do título contra o pagamento (art. 942 do Código Civil de 1916, correspondente ao 312 do ora vigente). Ação indenizatória improcedente. Apelação desprovida. (TJSP, Ap. com revisão n. 887.703.400, 12ª Câm. de Direito Privado, rel. José Reynaldo, j. 18.05.2005)

Prova. Testemunha. Monitória. Embargos. Cheque destinado a pagamento de mercadorias. Negócio celebrado entre comerciantes. Pretensão do emitente de provar o pagamento por prova exclusivamente testemunhai. Impossibilidade. Arts. 319 e 321 do novo Código Civil. Julgamento dos embargos no estado. Sentença confirmada. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 7.074.492-2/Cardoso, 24ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 19.10.2006, v.u., voto n. 2.687)

Embargos à execução. Notas promissórias. Julgamento antecipado dos embargos. Alegações genérica e tacunosas de prática de agiotagem, de ilegal capitalização de juros e de pagamentos parciais não respaldadas em qualquer prova material. Inadmissibilidade da prova exclusivamente testemunhai (art. 101 do CPC). Prova de pagamento que deveria ser feita mediante a exibição de recibo de quitação. Cerceamento do direito à produção de prova não caracterizado. Inexistência de nulidade da sentença. Títulos executivos extrajudiciais - art. 585, I, do CPC, dotados de liquidez, certeza e exigibilidade. Cobrança tão somente de juros moratórios de 6% ao ano e correção monetária. Apelação improvida. (TJSP, Ap. n. 1.250.762-5, rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 09.04.2007)

Sobre inoponibilidade das exceções pessoais ao portador do título que estiver de boa-fé: 1.210.397-6, rel. Des. Luiz Carlos de Barros, j. 23.10.2007, n. 7.153.582-3, rel. Des. Tércio José Negrato, j. 17.10.2007.1 TAC, Ap. n. 831.134-0, 5ª Câm., rel. Juiz Álvaro Torres Júnior, BAASP n. 2.055/121-e, 2.053/118-e, JSTJ 58/232, 22/147 e 17/143, RSTJ 13/379, RT 739/295, 736/251, 701/171, 691/200 e 670/94 e JTA 167/201, 166/71, 160/34, 155/125, 138/100, 113/293 e 102/36.

Em ação com o fim de anular contrato de *joint venture*, foi obtida, mediante medida cautelar incidental, a sustação dos efeitos do pacto e da carta de crédito, bem como do embarque de quaisquer equipamentos. O recorrido ofereceu embargos à execução, sustentando a inexigibilidade da letra de câmbio que fundamentava a pretensão executória, uma vez que originária de carta de crédito, cujos efeitos foram suspensos em ação cautelar. Entendeu o Tribunal *a quo* que o avalista não poderia opor exceção pessoal do devedor, a não ser que demonstrada a má-fé do credor, inexistente no caso em exame. Prosseguindo o julgamento, a Turma, provendo o recurso, entendeu que existem exceções que se ligam exclusivamente ao avalizado, não afetando a existência do débito e outras dizem com o próprio débito, atingindo o avalista diretamente. Quando não se trata de circunstância peculiar a seu emitente, mas diz com a razão de ser de sua existência, a exceção será oponível também por seu avalista. Outrossim não existe dispositivo legal que impeça, em relação ao avalista, invocação de matéria pertinente à relação original. Precedente citado: STJ, REsp n. 43.119/RS, DJ 12.02.1996. (STJ, REsp n. 162.332/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.06.2000)

Sobre duplicatas: acórdão em que são apontadas algumas hipóteses nas quais, em caráter excepcional, as questões são oponíveis ao endossante: i TAC, Ap. n. 677.427-2, 5ª Câm. Extraordinária B, rel. Juiz Cunha Garcia, j. 27.05.1997.

Hipóteses em que o terceiro figura no título como único beneficiário, sem endosso em preto: JTA 167/101 e I TAC, Ap. n. 833.934.8, 9ª Câm., rel. Juiz Luiz Carlos de Barros.

Ilegitimidade *ad causam* do endossatário-mandatário, também com referência à matéria a ele oponível: *RSTJ* 94/177 e *RT* 740/251.

Terceiro de boa-fé em poder de cheque furtado. Responsabilidade do emitente pelo pagamento reconhecida: *JTA* 145/192.

Art. 322. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores.

CC/1916: art. 943.

A disposição resulta da presunção de que o credor geralmente não concorda em receber o valor de uma parcela se as anteriores não houverem sido pagas. Contudo, essa presunção não é absoluta - pois nada impede que o credor demonstre haver concordado em receber o valor da última parcela sem ter recebido as anteriores - e não prevalecerá em todas as hipóteses em que se tratar de prestações periódicas.

O dispositivo se refere a quotas, o que leva à conclusão de que se trata de pagamentos de um mesmo preço em parcelas - prestações da compra de um imóvel ou de um contrato de mútuo. Mas não compreende os casos em que a periodicidade decorre da renovação da contraprestação (execução continuada), como ocorre com despesas de condomínio, fornecimento de energia e de direito de uso de linha telefônica, nas quais a prestação paga é autônoma, renovada periodicamente. Nessas hipóteses, o pagamento remunera a contraprestação mensal, de maneira que, ao aceitar a quitação, o credor não está reconhecendo o pagamento das parcelas anteriores - que correspondem a outra contraprestação. Vale dizer, somente se as prestações dizem respeito a um mesmo débito, a presunção relativa consagrada neste artigo terá validade. Acrescente-se que a regra não se aplica apenas em relação à última das parcelas previstas, mas também aos casos em que uma parcela intermediária for paga sem quitação de qualquer das anteriores (silva pereira, Caio Mário da. *Instituições de direito civil* > 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 204).

Jurisprudência: Considerando que a presunção de quitação não alcança cotas condominiais: STJ, Embargos de Divergência em REsp n. 712.106, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09.12.2009; STJ, REsp n. 556.317, rel. Min. Laurita Vaz, j. 10. 09. 2009; STJ, REsp n. 852.417, Min. Castro Filho, j. 29.11.2006; II TAC, Ap. n. 693.079-00/9, 2ª Câm., rel. Juiz Felipe Ferreira, j. 29.07.2003.

Despesas de condomínio. Valores antigos cobrados pelo condomínio, após minucioso levantamento contábil, aprovado pelos condôminos. Prescrição inócurre. Presunção *iuris tantum* do pagamento. Prova nos autos da inadimplência da ré, com relação à quase inteireza do pedido inicial. Prova do pagamento da despesa de apenas cinco meses. Com relação a quatro deles o condomínio retificou a inicial. Inversão do julgado para julgar a ação procedente, condenando-se à ré também ao pagamento de juros e de correção monetária conforme convenção, mais despesas e custas processuais e honorários de advogados. Todas as despesas vencidas antes da entrada em vigor do Código Civil/2002. (II TAC, Ap. n. 831.723-00/2, rel. Juíza Rosa Maria de Andrade Nery, j. 17.03.2004)

Embargos à execução. Cobrança de parcelas referentes à aquisição de imóvel. Comprovação de pagamento de parcelas posteriores. Em se tratando de prestações periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as ante-

riores. Aplicabilidade do art. 322 do Código Civil. Ônus do credor de demonstrar inadimplência. Embargos improcedentes. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 7.053.527.000, rel. Windor Santos, j. 07.04.2009)

Recurso especial. Processual civil. Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Anterior mandado de segurança impetrado somente contra o extinto BNH. Agente financeiro que comparece nos autos espontaneamente arguindo preliminar e discorrendo sobre o mérito. Litisconsorte passivo necessário. *Decisum* que lhe é oponível. Coisa julgada. Quitação do saldo devedor. Liberação da hipoteca. Súmula n. 7 deste STJ.

Quanto à possibilidade de extinção do contrato, é fato incontroverso que o mutuário efetuou o pagamento dos encargos mensais, nos valores determinados na decisão do mandado de segurança citado, até obter a quitação da última prestação, conforme comprovado pelos documentos acostados aos autos, já analisados pelo magistrado *a quo*. Razão pela qual, sem fundamentação legal a negativa de quitação apresentada pelo agente financeiro, uma vez que a quitação da última prestação presume o pagamento total da dívida, conforme dispõe o art. 322 do Código Civil de 2002 [...] (fl. 248). 8 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, REsp n. 824.073, 1ª T., rel. Luiz Fux, j. 03.04.2008, DJ 28.04.2008)

Monitória. Execução de acordo homologado. Alegação de cumprimento integral da avença e de extravio de comprovantes de pagamento. Pagamento de parcela posterior que enseja presunção de pagamento das parcelas anteriores. Art. 322, do Código Civil. Demonstração de ocorrência de furto no estabelecimento do executado, que corrobora suas alegações no sentido do extravio dos comprovantes de pagamento faltantes. Cumprimento de acordo reconhecido. Má-fé não configurada. Recurso parcialmente provido. (TJSP, AI n. 7.256.073.300, 21ª Câm. de Direito Privado, rel. Antonio Marson, j. 18.06.2008)

Ação de adjudicação compulsória, cumulada com pleito indenizatório por danos morais e revisão contratual. Contrato de compra de lote de terreno para pagamento em 120 parcelas. Quitação do preço. Recusa da vendedora em lavrar escritura, ao argumento de existência de saldo devedor. Descabimento. Recibos emitidos mensalmente pela vendedora, sem qualquer ressalva, além da inexistência de notificação da adquirente quanto ao alegado saldo devedor. Inteligência do art. 943 do Código Civil de 1916, vigente à época (atual art. 322). Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 5.180.894.100, 6ª Câm. de Direito Privado, rel. Sebastião Carlos Garcia, j. 29.11.2007)

No Direito Tributário, a quitação de parcelas subsequentes não cria a presunção de pagamento das anteriores. Inteligência do art. 158 do CTN. (STJ, REsp n. 776.570, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.02.2007)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 627.675, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2004.

Cabe ao credor, se efetivamente pagas as últimas cotas, desconstituir a presunção prevista no art. 943 do Código Civil de 1916 (art. 322 do Código Civil de 2002). (STJ, REsp n. 712.106, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25.10.2005)

A teor do art. 943 do Código Civil revogado, constitui presunção *iuris tantum*, a favor do devedor, de que a comprovação da quitação das prestações periódicas subsequentes, sem ressalvas do credor, faz presumir a realização do pagamento das parcelas anteriores.

Precedentes. (STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 525.444, rel. Min. Laurita Vaz, j. 04.08.2005)

Compra e venda. Instrumento particular. Quitação. É relativa a presunção de cumprimento da obrigação pela quitação da última parcela. Recurso provido. (TJSP, Recurso n. 1.107.906-0/3, rel. Juiz Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 11.09.2007)

Apelação cível. Interposição contra sentença que julgou procedente ação de despejo por falta de pagamento. Prestações sucessivas. Aplicação do art. 322 do Código Civil. Ônus do devedor. Ausência de provas da quitação do débito. Sentença mantida. Apelação não provida. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1.064.724.000, rel. Des. Mario A. Silveira, j. 15.08.2007)

Contrato. Arrendamento mercantil. *Leasing*. Cuidando-se de prestações periódicas, cobradas entre 1997 a 2000, com o reconhecimento do pagamento do principal, sem ressalvas do credor, aplicam-se às presunções contidas nos arts. 943 e 944, do Código Civil de 1916 (art. 322 do Código Civil de 2002). De ser declarado cumprido o contrato nessas circunstâncias com o reconhecimento da transferência da propriedade do bem arrendado pelo exercício da opção de compra avençada no contrato. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 731.617-0/9/São Bernardo do Campo, 26ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Norival Oliva, 06.03.2006, v.u., voto n. 12.532)

Contrato. Locação de espaço publicitário em ônibus. Indenizatória por rescisão unilateral da avença. Contrato atípico. Manutenção da relação negociai após o prazo firmado no instrumento. Vigência por prazo indeterminado. Possibilidade de rescisão unilateral imotivada por qualquer das partes. Multa contratual convencionada para a hipótese de rescisão antecipada da avença que somente pode ser aplicada durante a vigência do prazo originalmente estipulado. Reconvenção apresentada pela ré sob o fundamento de que a autora não pagou nenhum dos aluguéis ajustados. Comprovação do pagamento das últimas prestações mensais. Quitação das últimas parcelas de obrigação cujo pagamento é dividido em quotas periódicas que estabelece a presunção de pagamento das prestações anteriores. Inteligência do art. 943 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 322 do novo Código). Litigância de má-fé não caracterizada. Ação julgada improcedente e reconvenção julgada parcialmente procedente em 1ª instância. Recurso parcialmente provido, para decretar a improcedência da reconvenção apresentada pela ré. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 892.908-0/2/Jundiaí, 32ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Ruy Coppola, j. 16.02.2006, v.u., voto n. 10.981)

I - Em se tratando de prestações periódicas, a quitação da última gera a presunção relativa de já terem sido pagas as anteriores, incumbindo a prova em contrário ao credor, conforme o art. 943 do Código Civil.

II - Pode o credor recusar a última prestação periódica, estando em débito parcelas anteriores, uma vez que, ao aceitar, estaria assumindo o ônus de desfazer a presunção *juris tantum* prevista no art. 943 do Código Civil, atraindo para si o ônus da prova. Em outras palavras, a imputação do pagamento, pelo devedor, na última parcela, antes de oferecidas as anteriores, devidas e vencidas, prejudica o interesse do credor, tornando-se legítima a recusa no recebimento da prestação. (RSTJ136/377)

Art. 323. Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos.

CC/1916: art. 944.

Este dispositivo consagra o princípio de que os acessórios seguem o principal. Os juros são fruto do capital, rendimentos produzidos pela coisa quando utilizada por quem não é o

proprietário (art. 95 do CC) e, portanto, seguem-no. Se houver quitação do capital, os juros presumem-se pagos.

A correção monetária, por seu turno, não corresponde a juros, pois não remunera o uso do capital. Destina-se a preservar o valor nominal da moeda corroído pelo processo inflacionário, de maneira que não há presunção de que o pagamento singelo do débito - desatualizado - impeça o credor de postular a atualização proveniente da correção monetária, pois o contrário implicaria enriquecimento injusto do devedor, que pagaria menos do que deve.

A presunção em exame é também relativa, pois admite a demonstração de que a quitação do principal não alcançou os juros (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 324).

Jurisprudência: Cobrança de encargos. Duplicatas quitadas quanto do apontamento do protesto. Pagamento do valor nominal do título. Pretensão da emitente em receber os encargos oriundos da alegada mora, período declarado entre o vencimento do título e a data do pagamento. Inteligência dos arts. 323 e 324 do vigente Código Civil (arts. 944 e 945 do Código Civil revogado). Presunção relativa que somente se afasta em caso da prova em contrário. Ônus da autora (art. 333,1, do CPC). Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 1.157.585.400, 14ª Câ. de Direito Privado, rel. Ligia Araújo Bisogni, j. 09.04.2008)

Apelação. Ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária. 1 - Mora não positivada. Ausência de recepção, no endereço do devedor, da carta de notificação. Desatenção ao texto expresso do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/69. 2 - Devedor que, ademais, promoveu consignação extrajudicial das quantias que considerava devidas, antes mesmo da notificação para a positivação da mora. Ausência de resistência do credor ao procedimento de consignação. Devedor tido por liberado da obrigação, nos termos do art. 890, §§ 1º e 2º, do CPC. Válida a notificação para a cientificação do credor quanto ao procedimento consignatório, muito embora recepcionada a correspondência no endereço de filial da empresa, por se referir a obrigação a operação inerente à atividade empresarial da pessoa jurídica e por ter a operação sido realizada no âmbito da filial. 3 - Mora, de qualquer modo, não caracterizada, já que parcela significativa do suposto débito se refere a prestações satisfeitas com atraso, mas sem ressalvas (CC, 323). 4 - Sentença de improcedência confirmada. Preliminares afastadas; apelação conhecida apenas em parte e, nessa parte, improvida. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.026.994.700, 25ª Câ. do D. Terceiro Grupo (extinto II TAC), rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 21.08.2007)

Adjudicação compulsória. Comprovação da quitação. Direito de outorga da escritura pública. Impossibilidade de se exigir resíduos inflacionários. Inexistência de qualquer ressalva no momento de recebimento das prestações. Incidência nos arts. 943 e 944 do Código Civil/1916. Presença de ato jurídico perfeito. Aplicação do art. 6º, § 1º, da LICC e art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Precedentes. Sentença de procedência. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 0.153.943-4/9/SP, 5ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Oscarino Moeller, j. 05.09.2007, v.u., voto n. 16.544)

Cobrança. Juros moratórias. Omissão por sentença transitada em julgado, em ação de indenização por apossamento administrativo. Levantamento do depósito que constitui, além da quitação do principal, a presunção absoluta do pagamento dos juros. Art. 944 do Código Civil. Processo extinto. Art. 267, V, do Código de Processo Civil. Recurso não provido. (JTJ114/57)

A regra contida no art. 323 do Código Civil de 2002 - "sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos" - não contempla a correção monetária que, por

não constituir um plus, objetiva tão somente a reposição do valor real da moeda. (STJ, REsp n. 911.046/G0, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.06.2007)

Ação de cobrança fundada em contrato administrativo, visando o recebimento de verbas acessórias relativas a juros e correção monetária. Quitação do principal, afirmada pela ré, que não foi negada pela autora. Pretensão inadmissível, desde que, sendo a quitação do capital sem reservas, presumem-se pagos os juros (CC, art. 944; nCC, art. 323), pois o acessório segue o principal. Ônus da prova que cabia à autora (CPC, art. 333,1), que dele não se desincumbiu. Ação improcedente. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 3.327.135/9, rel. Des. Oliveira Passos, j. 23.05.2007)

I - Não se faz incidente a hipótese do art. 945, se a entrega do título ao devedor fez surgir a presunção do pagamento da dívida; e não elidida a presunção exonerativa, no prazo estabelecido no art. 945, § 1º, do Código Civil, não pode o credor, com fundamento nela, demandar o devedor ou pretender a rescisão do compromisso firmado, mormente quando, a teor do art. 944 do referido Código, resultou comprovado que a quitação do capital o foi sem a ressalva dos eventuais juros. (STJ, REsp n. 236.005, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 08.06.2000)

Duplicatas pagas singelamente no Cartório de Protestos - Incidência de correção monetária: A respeito do tema a jurisprudência de nossos tribunais está pacificada: I TAC, 1ª Ap. n. 789.289-5, rel. Juiz Silva Russo, j. 07.02.2000, *RSTJ* 96/280, *JTA* 167/127,164/142,156/41, 153/96 e 150/141, *AASP*2.058/125-e.

Prazo prescricional para os juros não compreende a correção monetária. A regra do art. 178, § 10, III, do Código Civil só alcança os juros, porque a ação foi proposta mais de cinco anos após a data em que eles se tornaram devidos. A correção monetária é mera recomposição do capital e não tem natureza acessória: I TAC, Ap. n. 822.253-1, 10ª Câm., rel. Juiz Simões de Vergueiro, j. 04.12.2001; I TAC, Ap. n. 828.399-6, 6ª Câm., rel. Juiz Marciano da Fonseca, j. 05.06.2001; I TAC, Ap. n. 732.980-4, 1ª Câm., rel. Juiz Silva Russo, j. 16.11.1998; STJ, REsp n. 166.621, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 04.08.1998 e *JTA* 158/209)

Art. 324. A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.

Parágrafo único. Ficará sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, em sessenta dias, a falta do pagamento.

CC/1916: art. 945.

Trata-se de dispositivo que deve ser conjugado com o disposto no art. 321, do qual se aproxima, mas se distingue. Enquanto o art. 321 refere-se aos casos em que a prova da quitação consiste na devolução do título - os que circulam por endosso este artigo é mais amplo, incidindo em todos os casos em que o título representativo da dívida - não título de crédito obrigatoriamente -, for entregue ao devedor.

A presunção, porém, não pode prevalecer em inúmeras hipóteses em que houver mais de uma via do título, ou quando a restituição nada significar - basta imaginar que o locador entrega o contrato de locação a fim de que ele obtenha uma cópia. Será necessário, portanto, averiguar cada situação concreta. Se a entrega do título representar o débito com exclusividade - uma confissão de dívida, por exemplo - e for entregue ao devedor, haverá incidência do dispositivo em exame.

O dispositivo não repetiu a hipótese do § 2º do art. 945 do Código revogado, de modo que não é mais possível demonstrar que não houve pagamento quando houver quitação por instrumento público. Será possível, porém, nos casos de quitação conferida por instrumento tanto público quanto particular, demonstrar a ocorrência de qualquer defeito do negócio jurídico e postular sua anulação (art. 171 do CC). Nesses casos, porém, não é a falta de pagamento que prevalecerá, mas a invalidade da quitação que acarretará a subsistência da dívida inadimplida.

A esse respeito, confirmam-se os acórdãos referidos nos comentários ao art. 320, nos quais ficou reconhecido que pagamentos inferiores ao devido nos casos de seguro obrigatório não compreendem aquilo que efetivamente não foi pago, o que limita o alcance da quitação plena e geral. O parágrafo único estabelece um prazo decadencial de sessenta dias para que o credor demonstre a falta de pagamento.

Jurisprudência: "Contendo o recibo de quitação, mencionando a emissão do cheque no mesmo dia em que o documento particular foi firmado, os requisitos do art. 940 da lei substantiva, a força probante do documento é eficaz para comprovar a quitação da obrigação, se o credor não alegar e provar em juízo, em sessenta dias após, qualquer causa de nulidade do ato jurídico, prevista no artigo 147, II". (TJSP, Ap. n. 1.069.291-0/6, rel. Des. Clóvis Castelo, j. 16.03.2009)

Responsabilidade civil. Dano moral. Inscrição nos órgãos de restrição ao crédito. Presunção de pagamento pela entrega do título ao devedor. Art. 324 do Código Civil. Falta de quitação que deveria ter sido demonstrada pelo credor. Baixa nos bancos de dados que deve ser feita pelo devedor, quando resgata o título protestado. Assistência judiciária deferida em primeiro grau. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 7.178.532.900, rel. Antônio Ribeiro, j. 18.12.2009)

Ação monitória. Cheque. Correção monetária. Termo inicial. Data do vencimento. A correção monetária não é acréscimo de valor, mas manutenção do valor real da moeda, devendo ser contada, portanto, a partir do vencimento da dívida. [...] Como se sabe, os títulos de crédito podem ser transferidos via endosso, figurando como titulares do crédito os portadores do título. Tanto é assim, que estabelece o Código Civil que há pagamento válido, mesmo sem recibo, para o portador do título, de acordo com o disposto no artigo 324. Ora, considerando que o cheque é ordem de pagamento à vista, obviamente o valor devido ao endossatário pode ser cobrado diretamente do devedor originário, e não exclusivamente do endossante, até por medida de economia processual. Também correta a sentença quanto ao termo inicial de correção monetária que, é bom lembrar, não representa acréscimo de valor, mas mera manutenção do poder real da moeda, cujo valor é corroído pelo processo inflacionário. (TJSP, Ap. cível n. 7.124.398.600, rel. José Guilherme Di Rienzo Marrey, j. 26.03.2009)

Agravo de instrumento. Decisão que não acolhe arguição de decadência prevista no artigo 324, parágrafo único, do Código Civil. Momento processual inadequado. Prova pericial recomendável para aferir a alegada quitação. Questão que pode vir a ser reconhecida por ocasião do julgamento do mérito da causa. Decisão confirmada. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 7.298.812.000, rel. Irineu Fava, j. 11.03.2009)

Cobrança de encargos. Duplicatas quitadas quanto do apontamento do protesto. Pagamento do valor nominal do título. Pretensão da emitente em receber os encargos oriundos da alegada mora, período declarado entre o vencimento do título e a data do pagamento. Inteligência dos arts. 323 e 324 do vigente Código Civil (arts. 944 e 945 do Código Civil revogado). Presunção relativa que somente se afasta em caso da prova em contrário. Ônus da

autora (art. 333, I, do CPC). Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 1.157.585.400, 14ª Câm. de Direito Privado, rel. Lúcia Araújo Bisogni, j. 09.04.2008)

Duplicata mercantil. Protesto. Cancelamento verbal da dívida. Julgamento antecipado. Cerceamento do direito de produção de provas. Não caracterização. Remissão. Quitação. Documento escrito. Necessidade. Art. 324, Código Civil. 1 - Tratando-se de cobrança consubstanciada em título de crédito - documento escrito - apenas a apresentação do título pelo devedor (art. 324, Código Civil) ou de prova escrita pode comprovar quitação ou remissão da dívida, principalmente quando ainda mantido o protesto do título pelo credor. 2 - É cabível o julgamento antecipado da lide quando dispensável prova oral e necessária prova documental que deveria ter sido produzida na inicial e não foi, descaracterizado o cerceamento do direito à produção de provas ou cerceamento de defesa. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.170.955.009, 31ª Câm. de Direito Privado, rel. Fábio Rogério Bojo Pellegrino, j. 14.08.2008)

Ação monitória. Notas promissórias prescritas. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Requisitos do título. Pagamento. Prova da quitação. I - O Código de Processo Civil, no art. 130, atribui ao Juiz de Direito competência para determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, exatamente para impedir instrução desnecessária ao deslinde da causa nos processos que já se acham suficientemente prontos para o julgamento. II - A ação monitória, a teor do disposto pelo art. 1.102-A, do Código de Processo Civil, é instrumento processual destinado a quem pretende, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Qualquer documento escrito que não se revista das características de título executivo é hábil para ensejar a ação monitória, a exemplo da nota promissória sem a indicação da data de sua emissão e o local de seu pagamento. III - O pagamento prova-se pela entrega do título ao devedor, nos termos do art. 324, *caput*, do Código Civil, ou por meio de recibo de quitação. Inadmissível a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o pagamento da dívida quando seu valor supere a quantia de dez salários-mínimos vigentes no país na época de formalização do negócio (arts. 401 e 402, CPC). IV - Recurso de apelação a que se nega provimento. (TJMG, Proc. n. 1.0718.07.500042-9/001(1), rel. Fernando Botelho, j. 04.10.2007)

Consignação em pagamento. Contrato de compra e venda de imóvel. Inadimplemento. Justa recusa. Falta de prova. Cheque. Devolução ao emitente. Presunção de pagamento. Litigância de má-fé. Não configuração. Aos credores consignados incumbe provar a justeza da recusa, em virtude do apontado inadimplemento contratual e desfazimento do negócio. Só o distrato é capaz de demonstrar a extinção das obrigações assumidas por contrato escrito. A devolução do título, em especial o cheque, ao seu emitente implica em presunção relativa de pagamento do débito, que deve ser desconstituída no prazo estipulado no § 1º [errata; parágrafo único] do art. 324 do Código Civil. Para a configuração da litigância de má-fé, exige-se prova robusta tanto do dolo na prática de atos atentatórios ao andamento processual, como também do dano acarretado à parte contrária. (TJMG, Proc. n. 1.0017.06.022099-7/003(1), rel. José Antônio Braga, j. 29.01.2008)

A entrega do título ao devedor faz surgir a presunção do pagamento da dívida, que somente pode ser ilidida no prazo previsto no art. 324, § 1º, do CC/2002. (STJ, REsp n. 798.003/PB, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.09.2007)

Ação de cobrança. Quitação outorgada pela entrega do título. Alegação de erro. Presunção de pagamento não afastada. Ônus do credor. Art. 945 CC de 1916. Honorários. Fixação

dentro dos limites legais. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 7.079.607-3, rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 10.10.2007)

Cobrança. Despesas médico-hospitalares. Título representativo da dívida exibido pelo devedor. Presunção de quitação. Ocorrência. Tendo o acionado exibido originais de duas notas promissórias, sem ressalvas de eventuais débitos, com emissão e vencimento no mesmo dia em que firmados os termos de responsabilidade pelas despesas médico-hospitalares referentes aos serviços prestados, bem como recibos de quitação de valores diversos, abrolha em seu favor a presunção de quitação, no som do art. 324 do atual Código Civil. (TJSP, Ap. com revisão n. 973.158.100, rel. Des. Clóvis Castelo, j. 21.08.2007)

Compromisso de compra e venda. Preço quitado. Ação de obrigação de fazer. Lavratura de escritura definitiva. Procedência. Nota promissória final devolvida pelo credor ao devedor, em poder deste e exibida nos autos. Presunção de pagamento. Aplicação do art. 945 e § 1º do Código Civil de 1916, norma renovada no art. 324 e parágrafo único do vigente Código Civil. Prova contrária não elidida pelos réus. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 250.302-4/2/Americana, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Oscarlino Moeller, j. 19.09.2007, v.u., voto n. 16.986)

I - Em verdade, se milita em favor do recorrido a presunção do pagamento da dívida, conforme estatui a citada norma, dele não se poderia exigir nenhuma prova. Ao contrário, cumpria ao pretendo credor elidi-la, porém, através de provas concretas, dentro do prazo de sessenta dias estabelecido no referido art. 945 do mesmo diploma legal, o que, reafirma-se, não logrou a recorrente fazer, deixando precluir seu direito. (STJ, REsp n. 103.743, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 24.11.1997)

Art. 325. Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; se ocorrer aumento por fato do credor, suportará este a despesa acrescida.

CC/1916: art. 946.

Somente se o aumento das despesas necessárias para o pagamento da dívida resultar de fato imputável ao credor ele suportará a despesa acrescida, pois o devedor responde pelas despesas normais. A regra visa a assegurar ao credor o direito de receber a dívida em sua integralidade, o que não ocorreria se as despesas fossem abatidas do que lhe é pago.

Incluem-se entre as despesas que correm a cargo do devedor as de natureza tributária, valendo notar que o dispositivo não é cogente, de modo que nada impede que as partes estipulem regra diversa, isto é, que as despesas correrão por conta do credor. Também serão de responsabilidade do credor as despesas acrescidas por fato que lhe seja imputado, como mudar o local do pagamento, estar em mora etc.

Jurisprudência: Cancelamento de protestos. Emolumentos. Acordo judicial entabulado entre as partes, com reconhecimento e quitação do débito, por parte da autora, que assumiu, inclusive, as custas para levantamento das restrições existentes em seu nome. Pretensão à isenção das custas e emolumentos exigidos pelo tabelião para efetivação do cancelamento dos protestos. Inadmissibilidade. Autora que deve honrar com o acordo entabulado, assim como a ré, que forneceu a documentação necessária para cancelamento das restrições. Possibilidade de isenção das mencionadas custas, pela parte interessada, desde que o tabelião possa cobrá-las diretamente da parte vencida. Hipótese em que a autora é a parte vencida,

vez que reconheceu e quitou a dívida a ela imputada. Obrigação do devedor arcar com as despesas necessárias para o pagamento e quitação. Inteligência do art. 325 do NCC e item 6 da nota explicativa da Tabela IV que integra a Lei n. 11.331/2002. Sentença mantida. Apelo improvido. (TJSP, Ap. cível n. 7.200.930.400, rel. Salles Vieira, j. 07.05.2009)

Estou a divergir do entendimento firmado pela 4ª Turma no precedente citado, que, *concessa venia*, não analisou a controvérsia à luz da legislação específica, Lei n. 9.492/97, tendo, inadvertidamente, aplicado ao caso concreto precedentes que tratavam de cancelamento de inscrição em órgãos de proteção ao crédito, e não de baixa de protesto.

Nas hipóteses de inscrição em órgão de restrição creditícia, a jurisprudência desta Corte é assente quanto à responsabilidade do credor pela exclusão do nome do devedor quando quitada a dívida. Contudo, tenho que tal posicionamento não se aplica aos casos de cancelamento de protesto, à vista da legislação específica.

Acompanho, sobre o tema em debate, os fundamentos lançados no já mencionado REsp n. 442.641/PB, em que a eminente Ministra relatora Nancy Andrigli, ao concluir ser de responsabilidade do devedor o cancelamento de protesto efetuado no exercício regular de direito, após o pagamento da dívida, assim se manifestou:

"O acórdão recorrido considerou que, pago pelo devedor o título levado a protesto, a ele incumbe o ônus de proceder ao cancelamento do protesto.

Este entendimento coaduna-se com a exegese de que o apontamento a protesto de título não pago pelo devedor no vencimento constitui exercício regular de direito do credor.

Por outro lado, a Lei n. 9.492/97, de aplicação especial *in casu*, não impõe ao credor o dever de proceder ao cancelamento do registro.

O art. 26 da Lei n. 9.492/97 apenas indica o rol de legitimados a requerer o cancelamento ('qualquer interessado'). Desta norma não se pode concluir, com evidência, que o credor esteja juridicamente obrigado a promover o cancelamento do protesto.

E, se não há dever jurídico na espécie, não se pode inferir, por consequência, tenha o credor, ora recorrido, agido com culpa, o que afasta a procedência do pedido deduzido pela ora recorrente.

Essa é, inclusive, a solução adotada pelo Novo Código Civil, ao estatuir em seu art. 325 que as despesas com o pagamento e a quitação do débito presumem-se a cargo do devedor." (STJ, REsp n. 842.092, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 27.03.2007)

Se a relação jurídica existente entre as partes não é de consumo e o protesto foi realizado em exercício regular de direito (protesto devido), o posterior pagamento do título pelo devedor, diretamente ao credor, não retira o ônus daquele em proceder ao cancelamento do registro junto ao cartório competente. (STJ, REsp n. 442.641, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 21.08.2003)

Processual civil. Alienação fiduciária. Revisão contratual. Contratos quitados. Possibilidade. "O fato de o obrigado cumprir com a sua prestação prevista em contrato de adesão não o impede de vir a Juízo discutir a legalidade da exigência feita e que ele, diante das circunstâncias, julgou mais conveniente cumprir". Civil. Alienação fiduciária. Revisão contratual. Tarifa de emissão de carnê (TEC). Ilegalidade. Inocorrência. Art. 325 do Código Civil. Despesas a cargo do devedor. Previsão contratual. "Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação". Civil. Alienação fiduciária. Revisão contratual. Ilegalidade reconhecida. Repetição em dobro. Impossibilidade. Princípio que veda o enriquecimento sem causa. Repetição simples. Recurso parcialmente provido. "A repetição do indébito é possível de forma simples, não em dobro, se verificada a cobrança de encargos ilegais, tendo em vista o princípio que veda o enriquecimento sem causa do credor, independente da comprovação do erro no pagamento, pela complexidade do contrato em discussão, no qual são

inseridos valores sem que haja propriamente voluntariedade". (TJSP, Ap. com revisão n. 1178675002/Taubaté, 35ª Câm. de Direito Privado, rel. Artur Marques, j. 14.07.2008)

Art. 326. Se o pagamento se houver de fazer por medida, ou peso, entender-se-á, no silêncio das partes, que aceitaram os do lugar da execução.

CC/1916: art. 949.

Caso as partes não tenham ajustado de modo diverso, o pagamento em medida ou peso se fará segundo as regras do local da execução da obrigação. A disposição mereceu crítica de Luiz Roldão de Freitas Gomes, atualizador da obra de Caio Mário da Silva Pereira. Segundo o autor, "mais curial seria que prevalecesse a presunção de que se aplique o sistema métrico decimal. Afastaria dúvidas, e dispensaria a prova de que em dado lugar se usa critério diferente, e eliminaria polêmicas e dissídios" (*Instituições de direito civil* 20. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 187).

O autor tem razão. De fato, o sistema métrico é conhecido e presumivelmente utilizado. Dessa forma, mesmo em face da disposição em exame, será possível adotá-lo se as circunstâncias do caso assim o recomendarem. Valerá a boa-fé daquele que pactou convicto de que seria adotado sistema mais freqüente: sistema métrico decimal. A adoção de critérios de medida ou peso excepcionais, ainda que adotados no lugar da execução, poderá implicar violação à boa-fé objetiva de que trata o art. 422 do Código Civil.

Seção IV

Do Lugar do Pagamento

Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.

Parágrafo único. Designados dois ou mais lugares, cabe ao credor escolher entre eles.

CC/1916: art. 950.

A regra é a de que o local do pagamento será o do domicílio do devedor. Caberá ao credor escolher entre mais de um lugar possível. A indicação do local de pagamento da dívida tem natureza dispositiva, de maneira que não impede que convençionem local diverso.

Jurisprudência: Não entabulado contrato entre as partes fixando o local do cumprimento das obrigações, o foro competente é o do domicílio do réu. Inteligência do artigo 327 do Código Civil. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 1.217.675-0, rel. Des. Felipe Ferreira, j. 28.01.2009)

Mora do credor reconhecida por não haver prova de que ele enviou faturas de cobrança ao domicílio do devedor: *RT* 863/352.

Agravo de instrumento. Honorários de profissionais liberais. Advogado. Arbitramento de honorários. Exceção de incompetência. Ausência de contrato escrito. Aplicabilidade do art. 327 do Código Civil. Pagamento no domicílio do devedor. Admissibilidade. Agravo de ins-

trumento provido. (TJSP, AI n. 992.060.411.626 (1071037600), 36ª Câm. do D. Oitavo Grupo (extinto II TAC), rel. Jayme Queiroz Lopes, j. 08.02.2007)

O art. 101,1, do CDC, se refere à competência para o ajuizamento de ação com a finalidade de apurar a responsabilidade do fornecedor por danos que causou, não tendo aplicação à ação onde o fornecedor exige o cumprimento de obrigação firmada em contrato verbal. Se as partes nada convencionaram a respeito do local do cumprimento da obrigação, o pagamento deverá ser efetuado no domicílio atual do devedor, isto é no do tempo do pagamento e não no do tempo do contrato (CC, art. 327,1ª parte) e, em consequência, a competência para a ação que exige seu cumprimento e a do foro do domicílio do devedor ou de sua sede, se ele for pessoa jurídica, nos termos do art. 100, IV, do CPC. Agravo não provido. (TJSP, AI n. 1.177.967.005, 28ª Câm. de Direito Privado, rel. Carlos Nunes, j. 16.09.2008)

Processo civil. Agravo regimental. Ação de cobrança. Honorários de profissional liberal. Contrato que não estabelece foro de eleição. Competência firmada pela regra geral do art. 94, CPC. Exegese do art. 327, CC. Recurso improvido. "O Código Civil prevê no art. 327 que o pagamento deve ser feito no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias. Destarte, não havendo convenção ou lei especificando foro diverso, é competente aquele em que domiciliado o devedor". (TJSP, Ag. Reg. n. 1.177.229.020, 35ª Câm. de Direito Privado, rel. Artur Marques, j. 28.07.2008)

Competência. Exceção de incompetência. Contratação de profissional de advocacia. Foro do local onde se pretende o cumprimento da obrigação. Inexistência, porém, de contrato escrito. Competência que, dessa forma, passa a ser determinada conforme a regra do art. 327 do Código Civil, que determina o pagamento no domicílio do devedor. Competência do foro do domicílio do devedor. Reconhecimento. Recurso provido, determinada a remessa dos autos. (TJSP, AI n. 1.024.202-0/8/São Simão, 25ª Câm. de Direito Privado, rel. Juiz Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 04.04.2006, v.u., voto n. 8.335)

Competência. Foro. Cobrança de honorários de advogado. Ausência de cláusula específica, determinando local de pagamento. Incidência da regra que prevê o pagamento no local de domicílio do devedor. Art. 950 do antigo Código Civil (art. 327 do atual Código Civil). Pretensão à prorrogação da competência rejeitada. Exceção de incompetência acolhida. Remessa ao juízo do local onde a ré tem domicílio. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 1.037.613-0/4/São Paulo, 35ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Mendes Gomes, j. 19.06.2006, v.u., voto n. 11.358)

Inexistindo contrato escrito entre as partes, tudo dependendo de comprovação durante a instrução processual, a competência para o julgamento da ação de cobrança de honorários deve ser fixada em conformidade com norma insculpida no art. 950 do Código Civil, no sentido de que "efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor". (II TAC, AI n. 721.782-00/0, rel. Juiz Mendes Gomes, j. 26.11.2001)

No mesmo sentido: II TAC, AI n. 771.455-00/8, rel. Juiz Henrique Nelson Calandra, j. 15.04.2003.

Art. 328. Se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde situado o bem.

A tradição de um imóvel consiste em sua entrega ao credor» de modo que só pode realizar-se, de fato, no local onde estiver situado. O dispositivo, porém, tem relevância, na medida em que a tradição pode ser apenas simbólica, consistente na entrega das chaves. Nesse caso, deverá ocorrer no local em que estiver situado o imóvel, salvo disposição expressa em sentido diverso, pois a regra é de natureza dispositiva.

A segunda parte do artigo, que estabelece regra destinada a fixar o lugar do pagamento das prestações relativas a imóvel, igualmente tem natureza dispositiva, porque também nesse caso não se vislumbra nenhuma razão de ordem pública que impeça as partes de alterar o local dos pagamentos.

Art. 329. Ocorrendo motivo grave para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo reconhece a possibilidade de validação do pagamento feito em local distinto daquele pactuado pelas partes. No entanto, condiciona sua eficácia à verificação de um motivo grave e à ausência de prejuízo ao credor. Não se trata de mera conveniência do devedor, mas de motivo sério que dificulte o cumprimento da obrigação.

Observe-se que haverá mora em caso de o adimplemento não se dar no prazo ajustado. Contudo, há hipóteses em que, sem motivo grave, por mera conveniência do devedor, altera-se o modo de pagamento, sem prejuízo do credor. É o caso do inquilino que deposita o valor do aluguel na conta do locador, sem lhe entregar diretamente o numerário, como havia sido pactuado - ou do condômino que procede do mesmo modo. Se não se constatar prejuízo ao credor, não parece razoável negar validade ao pagamento apenas porque não houve motivo grave para o devedor.

Contudo, mesmo razões pessoais do credor para exigir o pagamento no local ajustado poderão acarretar o reconhecimento do pagamento incorreto pelo devedor (por exemplo: o credor, esperando receber em uma de suas contas, de cujo saldo era devedor, não transferiu para esta o dinheiro da outra em que se fez indevidamente o depósito, porque desconhecia a conduta do devedor, suportando juros em seu saldo negativo). Não se imagine, porém, que o pagamento não será válido - o que implicaria enriquecimento sem causa -, mas apenas que não será eficaz até chegar às mãos do credor, ou até que ele possa afastar eventuais prejuízos.

Em determinadas hipóteses, ainda, será possível considerar que os requisitos previstos neste dispositivo não são cumulativos (motivo grave e ausência de prejuízo). Bastará que o motivo seja grave e não haja condições de o devedor efetuar o pagamento no local ajustado para que se presuma não haver prejuízo ao credor. A interpretação diversa implicaria negar incidência da regra, uma vez que o prejuízo do credor com a mudança do local do pagamento acarretaria a invalidade do pagamento, mesmo diante de motivo capaz de impedir o devedor de fazê-lo no local estabelecido.

Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

CC/1916: sem correspondente.

O comportamento reiterado do credor ao aceitar pagamentos feitos em local diverso daquele que foi ajustado implica alteração tácita do local do pagamento. Essa modificação já

era admitida na vigência do Código revogado, assim como é possível reconhecê-la em diversas outras situações semelhantes, na qual a conduta dos contratantes, ou dos obrigados, implica a anuência com sua modificação.

Aliás, o comportamento capaz de provocar modificações contratuais poderia ser reconhecido pela incidência da hipótese prevista no art. 111 deste Código, na qual o próprio silêncio é havido como anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, não sendo necessária a declaração expressa de vontade.

Jurisprudência: Ação de cobrança. Valores referentes a contrato de compra e venda, com preço parcelado. Utilização de procedimento sumário [art. 275,1, do CPC]. Admissibilidade. Caracterização da mora dos adquirentes do lote a partir do vencimento da primeira parcela inadimplida, por se tratar de *mora ex re*, que se constitui independentemente de interpelação do vendedor. Pagamento das prestações realizado de forma diferente da convencionada, presumindo-se a renúncia ao contratado, o que é permitido pelo sistema [exemplo da situação do art. 330 do CC/2002], com a possibilidade de cobrança fragmentada da dívida. Sentença mantida. Não provimento. (TJSP, Ap. n. 4.036.794.000, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Ênio Zuliani, j. 12.06.2008)

Seção V **Do Tempo do Pagamento**

Art. 331. Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente.

CC/1916: art. 952.

Em geral, o pagamento é feito na data previamente ajustada pelas partes. No entanto, há hipóteses em que o momento da exigência da obrigação não está previsto, de maneira que sua exigência é imediata.

Jurisprudência: Monitória. Nota promissória sem data do vencimento. Via monitória adequadamente manejada. Aplicação do disposto no art. 331 do Código Civil de 2002. Prescrição afastada. Descabimento na hipótese do chamamento ao processo. Pessoa física que não se confunde com a jurídica. Correção monetária a contar da data da propositura da ação e juros de mora a contar da citação. Apelo improvido. (TJSP, Ap. n. 7.241.807.600, 21ª Câm. de Direito Privado E, rel. Richard Paulro Pae Kim, j. 26.09.2008)

Embargos à execução. *Exceptio non adimpleti contractus*. Pagamento parcelado conforme acordo judicial. Obrigação de fazer descumprida. Inoponibilidade da exceção. Inexistindo cláusula no acordo que preveja condição ou prazo para o início da prestação de fazer nele prevista, a obrigação é exigível imediatamente, nos termos do art. 331 do Código Civil. A exceção do contrato não cumprido não pode ser alegada contra a parte que iniciou o adimplemento das suas obrigações exatamente como previsto no acordo. (TJMG, Proc. n. 1.0518.06.101987-4/001(1), rel. Nilo Lacerda, j. 14.08.2007)

Monitória. Documento. Omissão quanto à data de pagamento. Irrelevância. Fato que leva à exigibilidade imediata. Art. 952 do Código Civil. Recurso provido. (JTJ 246/234)

Agravo de instrumento. Monitória. Interposição contra ato judicial que deferiu prova testemunhai. Cabimento. Hipótese em que há prova escrita comprovando a existência da dívida da agravada, que não nega a veracidade do documento apresentado. Alegação de falta de fixação de data para o pagamento. Irrelevância. Diante de omissão, pode o credor exigí-la imediatamente. Inteligência do art. 952 do Código Civil. Recurso provido. (TJSP, AI n. 186.866-4/Guarulhos, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Guimarães e Souza, j. 15.02.2001, v.u.)

Art. 332. As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor.

CC/1916: art. 953.

Obrigações condicionais são aquelas que só podem ser exigidas quando se verificar evento futuro e incerto (art. 121 do CC). A leitura do artigo em exame revela que a condição de que se trata é a suspensiva, pois a resolutiva não acarretará o cumprimento da obrigação (art. 127 do CC), mas sim o contrário, ou seja, a suspensão do cumprimento já iniciado. Desse modo, no caso em que a exigibilidade da obrigação depende do implemento da condição, ela será exigida desde o momento em que se verificar, mas dela deve ser dada a ciência ao devedor. Explica-se: a condição produz efeitos de imediato, retroagindo ao momento de sua ocorrência, independente da ciência do devedor. Esta, no entanto, deve ser provada para que se possa exigir o pagamento devido.

Como a obrigação de pagar retroage ao momento em que o evento se verifica, os acessórios da dívida serão calculados desde a implementação da condição, não desde a ciência do fato pelo devedor. Contudo, até que o devedor tenha ciência da implementação da condição, ele não estará em mora, como se verifica na leitura do art. 394 deste Código.

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda c/c reintegração de posse. Pedido reconvenicional para devolução dos valores pagos. Sentença de parcial procedência. Título que embora líquido, não é exigível senão quando cumprida a obrigação de desocupação do imóvel. Obrigação condicional. Aplicação do art. 332 do Código Civil. Pedido de gratuidade da justiça que deve ser formulado em primeira instância. Aplicação do art. 7º da Lei n. 1.060/50. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 6.509.654.300, rel. Luiz Antônio Costa, j. 12.08.2009)

Apelação. Ação declaratória cumulada com cobrança. Servidora municipal. Pretensão ao recebimento de gratificação por nível universitário. Admissibilidade. Termo *a quo* a partir do momento em que a ré foi informada. Obrigação condicional. Aplicação do artigo 332 do CC. Incidência de tal verba sobre o padrão, mais as verbas efetivamente incorporadas, excluídas as de caráter eventual. Manutenção dos honorários advocatícios fixados na sentença. Recursos voluntário e oficial parcialmente providos. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 7.280.105.200, rel. Oswaldo Luiz Palu, j. 21.10.2009)

Na espécie, o contrato não previa data certa para o pagamento do preço pactuado, mas estipulava que o preço seria integralmente pago "na venda da unidade 12 (doze) do Edifício [...], seja em que tempo for". Vale dizer, havia disposição contratual prevendo uma condição suspensiva, qual seja, a venda da unidade 12.

E, nos termos do art. 953 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 332 do Código atual, cabe ao credor provar que o devedor tivera ciência do implemento da condição, sob pena de não lhe poder exigir o pagamento.

Na hipótese de que se cuida, provou o credor a venda da unidade 12 do Edifício [...] pela juntada de cópia da escritura de compra e venda do imóvel [...] e que autoriza o ajuizamento da presente ação.

A simples alegação da requerida de que se faz necessária a aquisição dos móveis pelo comprador da unidade não encontra respaldo nos termos do contrato que não prevê referida condição para o adimplemento de sua obrigação. A única e exclusiva condição prevista contratualmente consiste na venda da unidade 12, sem nenhuma ressalva quanto ao interesse do comprador do imóvel em adquirir os bens móveis que o garantem.

Comprovada a implementação da condição suspensiva prevista no contrato, exigível o pagamento do valor pactuado entre as partes. (TJSP, Ap. com revisão n. 924.014-0/3, rel. Des. Orlando Pistoiresi, j. 31.01.2007)

Apelação cível. Ação de cobrança de honorários. Demonstrado o patrocínio de causas. Honorários condicionados ao êxito. Ausente prova do recebimento das prestações buscadas. Ônus do advogado/autor. Diante da previsão de que os honorários advocatícios somente serão recebidos ao final, em caso de êxito na demanda, incidindo sobre o valor recebido pelo contratante, recai sobre o causídico o ônus de demonstrar que essa condição se implementou e que o devedor foi informado dessa situação, a teor do art. 332 do Código Civil de 2002. Inexistindo vedação legal à estipulação dos honorários *ad exitum*, admite-se que assim convençam os contratantes, devendo ser privilegiado, nos limites da legalidade, o *pacta sunt servanda*. (TJSP, Proc. n. 1.0525.04.052893-3/001(1), rel. Heloisa Combat, j. 27.07.2006)

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.

CC/1916: art. 954.

Trata-se de hipóteses de vencimento antecipado da dívida por imposição legal, e não contratual. São os casos em que o credor constata que há risco de o devedor tornar-se inadimplente e não poder saldar a dívida. Nesses casos, é adequado assegurar ao credor a possibilidade de perseguir seu crédito antes do vencimento, para evitar o prejuízo.

A presunção verifica-se na hipótese do inciso I, quando o devedor falir ou se estabelecer concurso de credores. Nos dois casos, identifica-se a insuficiência do patrimônio do devedor para honrar suas dívidas, legitimando-se o credor a perseguir seu crédito antes do vencimento, para, desse modo, participar da partilha dos bens arrecadados.

Na hipótese do inciso II, o credor dispõe de garantias - hipotecária ou pignoratícia mas sobre elas recai penhora capaz de comprometer-las, ou de indicar o estado de insolvência. A possibilidade de o credor reconhecer o vencimento antecipado da dívida também beneficia o terceiro titular do crédito que motivou a penhora. É que a garantia real faz prevalecer o crédito garantido em relação aos demais, quirografários ou aqueles em que a garantia tenha sido posteriormente concedida. Dessa forma, não fosse o vencimento antecipado, não haveria pos-

sibilidade de a penhora recair sobre o bem dado em garantia. A solução deste dispositivo concilia e viabiliza que outros credores se beneficiem do bem dado em hipoteca ou penhor, sem prejuízo daquele que obteve a garantia real. A anticrese foi excluída deste dispositivo, uma vez que a penhora sobre o bem dado em anticrese não compromete a garantia, que incide sobre os frutos do bem. Em consequência, a penhora que atingir o próprio bem não poderá comprometer os seus frutos, aos quais o credor terá direito a título de garantia.

Se a penhora, porém, revelar insuficiência da garantia, poderá incidir sobre o caso a regra do inciso III deste dispositivo. Também os credores com garantias reais ou fidejussórias poderão considerar vencido antecipadamente o débito, se o devedor for intimado a reforçar a garantia que se tornou insuficiente e não o fizer (inciso III)* Nesses casos, o credor vinculou o negócio à garantia, de maneira que, se ela se fragiliza, assiste-lhe o direito de postular o reforço. Caso ele não se efetive, reconhece-se vencido o débito antecipadamente.

A disposição do parágrafo único aplica-se aos casos de solidariedade passiva. Diversos devedores são responsáveis pela dívida e cada um deles será obrigado pela dívida toda (art. 264). Também nessas hipóteses será possível verificar a ocorrência dos eventos relacionados no dispositivo em exame. Caso isso se verifique em relação a alguns dos devedores solidários, somente em relação a eles será aplicado o dispositivo, reconhecendo-se o vencimento antecipado da dívida. Em consequência, o débito não estará vencido em relação aos demais devedores solidários, dos quais o credor só poderá exigir o débito após o vencimento. Incidirá a essas hipóteses a regra do art. 281, pois o vencimento antecipado será reconhecido apenas aos devedores insolventes. Estes, se tiverem que responder pela dívida, não poderão arguir o vencimento que se dará em ocasião posterior - pois o vencimento já se verificou em relação a eles (art. 333 do CC) na medida em que isso é exceção pessoal só invocável pelos demais devedores solidários solventes.

Nada impede que, além das hipóteses previstas no presente artigo, os contratantes, com amparo na autonomia privada de que dispõem, estipulem outras hipóteses de vencimento antecipado. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de pagamento em parcela em que se estipula que o inadimplemento de uma das parcelas acarretará o vencimento antecipado de todas as subsequentes.

Jurisprudência: Ação monitória. Contrato de abertura de crédito para financiamento estudantil. FIES. Vencimento antecipado da dívida. Inadimplemento de 26 prestações. Cobrança integral da dívida. Possibilidade. Cláusula 13ª do contrato e artigo 333 do Código Civil. Cerceamento de defesa. Prova pericial contábil. Desnecessidade. Matéria exclusivamente de direito. Agravo retido prejudicado. Recurso de apelação improvido. Sentença mantida. 1 - A falta de pagamento de 03 (três) prestações constitui causa de vencimento antecipado da dívida consoante cláusula 13ª do contrato, de modo que nos termos do artigo 333 do Código Civil, assistirá ao credor o direito de cobrar a dívida por inteiro, antes de vencido o prazo ajustado contratualmente. 2 - No caso, é fato incontroverso nos autos que não foram adimplidas 26 (vinte e seis) prestações, razão pela qual é autorizado à CEF cobrar integralmente o seu crédito. 3-0 artigo 330 do Código de Processo Civil permite ao magistrado julgar antecipadamente a causa e dispensar a produção de provas quando a questão for unicamente de direito e os documentos acostados aos autos forem suficientes ao exame do pedido. 4 - Considerando que os valores, índices e taxas que incidiram sobre o valor do débito estão bem especificados nos autos e, além disso, a questão relativa ao abuso na cobrança dos encargos contratuais é matéria exclusivamente de direito, porquanto basta mera interpretação das cláusulas do contrato firmado entre as partes para se apurar as ilegalidades apontadas, não há necessidade de se anular o feito para a produção de perícia contábil. 5 - Recurso de apelação improvido. Sentença mantida. (TRF, 3ª Região, Ap. cível n. 1.245.880, rel. Juíza Ramza Tartuce, j. 11.05.2009)

Agravo interno contra decisão monocrática que negou liminar seguimento à agravo de instrumento por ausência de interesse recursal do agravante. Inconformismo firme nas teses de que (1) muito embora o recurso tenha sido rechaçado por força de juízo negativo de admissibilidade, na verdade, a decisão ingressou no mérito da pretensão recursal, motivo pelo qual o agravo deveria ter sido analisado pelo colegiado; (2) o caso não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 557 do CPC; (3) possui interesse jurídico na alteração da decisão monocrática por lhe causar indevido prejuízo financeiro; e (4) a obrigação em debate é solidária, daí a legitimidade da cobrança do valor integral do débito em face da codevedora solidária [...]. Não acolhimento. Notória ausência de interesse recursal. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo se se tornarem insuficientes as garantias e se o devedor, intimado, se negar a reforçá-las (art. 333, III, do CC/02). Mas, havendo solidariedade passiva, não se reputará vencido o débito quanto aos outros devedores solventes (art. 333, parágrafo único, do CC/02). Recurso não provido. (TJSP, Ag. Reg. n. 7.338.269.301, rel. Moura Ribeiro, j. 30.04.2009)

Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de financiamento. Inaplicabilidade do art. 954, II, do CC, que permite a cobrança antecipada da dívida quando penhorado o bem hipotecado em execução por outro credor, ante o regime legal do empréstimo (Lei n. 5.741/71). Penhora que recai sobre os direitos do devedor, continuando o crédito garantido pela hipoteca do imóvel, ao que acresce o preceito superveniente da Lei n. 8.009/90, tornando impenhoráveis os "bens de família", desconstituída a constrição. Declaração de voto vencedor, ressalvada a irretroatividade da lei nova. (I TACSP, RT 662/102)

CAPÍTULO II DO PAGAMENTO EM CONSIGNAÇÃO

Art. 334. Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.

CC/1916: art. 972.

As formas e os casos estabelecidos em lei para que se faculte ao devedor a consignação estão estabelecidos nos artigos posteriores. Nessas hipóteses, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da quantia ou coisa devida (art. 890, § 1º, do CPC) equivalerá ao pagamento, liberando o devedor de sua obrigação. A consignação não é possível em relação às obrigações negativas e às de fazer.

Jurisprudência: Efetuado o bloqueio de quantia suficiente para cumprimento da dívida, exonerou-se o executado da obrigação. Inteligência do art. 334 do Código Civil. Responsabilidade pelos juros e correção monetária que passou a ser do Banco depositário. (TJSP, Emb. Decl. n. 7.324.745.901, rel. Ligia Araújo Bisogni, j. 01.07.2009)

O depósito em consignação é modo de extinção da obrigação, com força de pagamento, e a correspondente ação consignatória tem por finalidade ver atendido o direito material do devedor de liberar-se da obrigação e de obter quitação. Trata-se de ação eminentemente declaratória: declara-se que o depósito oferecido liberou o autor da respectiva obrigação.

3 - Sendo a intenção do devedor, no caso concreto, não a de pagar o tributo, no montante que entende devido, mas sim a de obter moratória, por meio de parcelamento em 240 meses, é inviável a utilização da via consignatória, que não se presta à obtenção de provi-

mento constitutivo, modificador de um dos elementos conformadores da obrigação (prazo). (STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 811.147, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.02.2007)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 886.757, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.02.2007.

Agravo de instrumento. Depósito judicial de aluguéres com efeito de pagamento. Ação anulatória de venda de imóvel locado por ofensa a direito de preferência. Descabimento. Recurso desprovido. O depósito judicial somente tem efeito de pagamento, e extingue a obrigação, nos casos e formas legais (CC/2002, art. 334). A simples autorização judicial para efetuar o depósito não configura pagamento, sendo que a consignação somente terá força liberatória da obrigação se a ação for julgada procedente, restando prematura a concessão deste efeito *initio litis*. (TJSP, AI n. 1.201.955.002, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Clóvis Castelo, j. 15.09.2008)

Execução fiscal. Penhora. Nomeação. Depósito em ação consignatória. Salvo quando a ação consignatória concirna ao débito objeto da execução em que se nomeia bem à penhora. Não é de admitir que essa nomeação recaia sobre depósito em dinheiro efetuado naquela demanda, porque, oferecida a pecúnia em consignação, já constitui ela meio satisfativo de outro crédito (arg. art. 334, Código Civil de 2002), a cujo adimplemento se encontra processualmente vinculada (arg. arts. 338 e 339, Código cit.). Não provimento do agravo interno. (TJSP, AI n. 7.366.375.901, 11ª Câmara de Direito Público, rel. Ricardo Dip, j. 03.03.2008)

Em relação a mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, em cujos contratos está prevista cláusula de reajustamento das prestações pelo Plano de Equivalência Salarial, não tem eficácia jurídica alguma a cautelar que simplesmente autoriza o depósito judicial da prestação, já que, quanto ao valor reconhecidamente devido, não há controvérsia entre as partes, sendo desnecessária a ação cautelar. Para essa finalidade, em caso de recusa, é ilegítima a ação cautelar de depósito, sendo própria para tal fim a ação consignatória, na qual o depósito - instituto de direito material - é equiparado, para todos os efeitos, a pagamento (CC/2002, art. 334). Igualmente ilegítima é a liminar que proíbe a cobrança judicial, pelo demandado, de valores que entende devidos, eis que tal determinação importa limitação ao direito constitucional de acesso ao judiciário e contrasta com o disposto no art. 585, § 1º, do CPC. (STJ, REsp n. 605.831, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03.08.2005)

Não há qualquer vedação legal a que o contribuinte lance mão da ação consignatória para ver satisfeito o seu direito de pagar corretamente o tributo quando entende que o Fisco está exigindo prestação maior que a devida. É possibilidade prevista no art. 164 do Código Tributário Nacional. Ao mencionar que "a consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe a pagar", o § 1º daquele artigo deixa evidenciada a possibilidade de ação consignatória nos casos em que o contribuinte se propõe a pagar valor inferior ao exigido pelo Fisco. Com efeito, exigir valor maior equivale a recusar o recebimento do tributo por valor menor. (STJ, REsp n. 659.779, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 14.09.2004)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 606.289, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17.08.2004.

Ajuizada ação consignatória antes de intentada a ação de busca e apreensão, com depósito das prestações consideradas devidas, não cabe deferir medida liminar de busca e apreensão. (STJ, REsp n. 489.564, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.06.2003)

Na ação de consignação em pagamento, o credor não está compelido a receber coisa diversa do objeto da obrigação. Assim, pode ele exigir o adimplemento da obrigação pecuniária por meio de pagamento em dinheiro, não estando obrigado a aceitar o depósito judicial de título de dívida pública. (STJ, REsp n. 323.411, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2001)

Art. 335. A consignação tem lugar:

I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;

II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos;

III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;

IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;

V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

CC/1916: art. 973.

As hipóteses constantes deste dispositivo não devem ser havidas como taxativas, pois podem surgir outros casos não contemplados, nos quais também se justifique a consignação. É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses em que o devedor pretende pagar ao credor valor proveniente de alteração contratual oriunda da aplicação da teoria da imprevisão ou de reconhecimento de nulidades contratuais - como as fundadas nos arts. 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

No caso do inciso I, o credor se recusa, sem justa causa, a receber ou a dar quitação. A essa recusa equívale o comportamento do credor que se oculta para evitar o recebimento. A recusa ao recebimento deve ser injusta, pois, do contrário, não poderá ser obrigado a receber. Também autoriza a consignação a hipótese em que o credor não vai ou não manda receber (inciso II), bem como quando não for capaz de receber, for desconhecido ou estiver em local ignorado ou de difícil acesso (inciso III). Finalmente, se o devedor ficar em dúvida sobre a quem deve pagar ou se pender litígio sobre o objeto, admite-se que se valha da consignação (incisos IV e V).

Jurisprudência: Ação de consignação em pagamento. Mandato. Advogado. Depósito judicial. Credor. Recusa indevida. Ação procedente. Recurso não provido. Considerando o disposto no artigo 335, I, da lei substantiva, e não restando demonstrada justa causa para a recusa, a procedência da consignatória foi corretamente decidida pela sentença recorrida, que não merece qualquer reparo. (TJSP, Ap. cível n. 992.080.754.200, rel. Clóvis Castelo, j. 05.10.2009)

Consignação em pagamento. Duplicatas mercantis protestadas. Boletos bancários e notas fiscais enviados a endereço distinto do devedor. Configuração da hipótese do artigo 335, II, do Código Civil. Mora do credor configurada. Possibilidade de pagamento em consignação. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 7.363.149.500, rel. Tasso Duarte de Melo, j. 02.09.2009)

Ação de consignação em pagamento de cheque protestado. Petição inicial liminarmente indeferida por falta de interesse de agir. Apelação do autor, emitente da cártula, firme na tese de que a consignação em pagamento é a única forma de conseguir obter quitação e retirar o seu nome do cadastro de inadimplentes, uma vez que a credora encontra-se em local incerto e não sabido. Acolhimento. Pagamento que não pode ser efetuado, após o protesto, diretamente no cartório, sem a carta de anuência da credora. Direito à quitação pela via consignatória. Aplicação do art. 334 c/c o art. 335, III, do CC. Sentença anulada afim de que os autos retornem à vara de origem e tenham regular prosseguimento. Oferta que deve corresponder aos acrésci-

mos da mora. Recurso provido, com observação. A consignação em pagamento é remédio hábil para o emitente de cheque sem fundo protestado se livrar da restrição quando desconhecer o paradeiro do beneficiário da cártula, desde que a oferta tenha considerado os acréscimos da mora. (TJSP, Ap. cível n. 7.368.346.400, rel. Moura Ribeiro, j. 13.08.2009)

Consignação em pagamento. Duplicatas mercantis vencidas. Títulos descontados pela credora com a faturizadora ré. Alegação do devedor de dúvida objetiva a quem realizar o pagamento em razão da pendência judicial entre a credora e a faturizadora. Petição inicial liminarmente indeferida por falta de interesse de agir por considerar inadequado o manejo da consignatória para afastamento da mora *debitoris* e por entender inexistente prova acerca da dúvida objetiva. Apelação do autor devedor reeditando a sua tese. Acolhimento. Mora *debitoris* que não obsta o pagamento pela consignatória. Aplicação dos arts. 344 e 335, IV, todos do CC. Demonstração da pendência do litígio entre a cedente e cessionária sobre a legitimidade da cobrança das cártulas. Sentença anulada a fim de que os autos retornem à vara de origem e ali tenham regular prosseguimento. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 991.090.366.116, rel. Moura Ribeiro, j. 22.10.2009)

Ação de consignação em pagamento. Condições. Interesse de agir. Pendência de litígio sobre o objeto do pagamento que envolve o autor devedor e terceiro. Hipótese que não se adequa ao art. 335, V, do Código Civil, que contempla apenas o litígio entre credor e terceiro a possibilitar ao devedor a consignação em pagamento. Carência de ação evidenciada. Sentença mantida. Recurso negado. (TJSP, Ap. cível n. 7.315.431.100, rel. Francisco Giaquinto, j. 30.03.2009)

Ação de consignação em pagamento. Falta de envio de boleto destinado ao pagamento de serviço de acesso à Internet. Recusa ao recebimento caracterizada. Inteligência do art. 335 do Código Civil. Apelo improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.135.525.006, 36ª Câmara de Direito Privado, rel. Arantes Theodoro, j. 14.08.2008)

Locação. Consignação das chaves. Recusa do locador. Ausência de justa causa. Arts. 335, I, do CC e 890 do CPC. Finda a locação, tem o locatário direito de devolver as chaves, simbolizando a entrega do imóvel ao locador; se há dívidas em atraso, se o imóvel estava ou não em boas condições, se há ou não multa a ser paga, tudo isto constitui matéria não passível de discussão em ação de consignação de chaves, ante o direito do locatário de devolver o imóvel, mesmo que responda posteriormente, pelos meios ordinários cabíveis, por dívidas e obrigações em aberto. Havendo resistência injusta ao recebimento, a ação é procedente e o locador deve ser condenado em custas e honorários. Recurso não provido, v.u. (TJSP, Ap. com revisão n. 876.123.000, 35ª Câmara de Direito Privado, Manoel Justino Bezerra Filho, j. 11.08.2008)

Arrendamento mercantil. Consignatória. Inexistência de mora do credor. Interesse de agir. Ausência. Extinção da ação de ofício. O direito a consignação em pagamento exige a presença das condições impostas no Código Civil, em especial, a do art. 335, I, do CC, qual seja, a *mora accipiendi*, ou seja, que haja injusta recusa por parte do credor em receber o que lhe é devido e, diante da ausência de tal requisito é evidente a inexistência de condição da ação, pelo que, de ofício, é indeferida a inicial, sem exame de mérito, prejudicado o agravo interposto. (TJSP, AI n. 1.187.739.005, 31ª Câmara de Direito Privado, rel. Paulo Ayrosa, j. 24.06.2008)

Ação de consignação em pagamento. Dívida proveniente de cheque sem fundos. Possibilidade, pois o devedor tem direito à extinção de sua obrigação. Ação que não serve apenas a evitar, mas também a purgar a mora do devedor. Caso, ademais, em que o devedor alega

não saber o paradeiro do último portador do cheque, portanto configurando hipótese em que a lei expressamente admite o pagamento por consignação (art. 335, II, Código Civil). Extinção do processo afastada. Recurso provido para tal fim. "A mora do devedor não lhe retira o direito de saldar seu débito, devendo o credor receber, desde que o pagamento se faça com os encargos decorrentes do atraso e a prestação ainda lhe seja útil". (TJSP, Ap. n. 7.177.474.800, 11ª Câm. de Direito Privado, rel. Gilberto dos Santos j. 24.10.2007)

Consignação em pagamento. Cambial. Devolução de cheque por insuficiência de fundos e inclusão do nome da apelante nos cadastros de inadimplentes. Não localização do credor. Pretensão ao depósito judicial para quitação do débito, bem como para excluir o nome da apelante dos cadastros de inadimplentes. Processo extinto sem julgamento do mérito por ausência de interesse de agir. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. Exegese do art. 335, III, do Código Civil. Possibilidade da consignação quando o credor não puder dar quitação na forma devida ou o mesmo encontrar-se em lugar incerto. Recurso provido para determinar-se o depósito do principal mais encargos, desde a data da emissão do título e ainda, para exclusão do nome da apelante do cadastro de inadimplentes, oficiando-se o Banco Central, oportunamente. (TJSP, Ap. n. 7.231.466.200, 24ª Câm. de Direito Privado, rel. Cardoso Neto, j. 07.08.2008)

Seguro empresarial. Ação de consignação em pagamento. Dúvida quanto ao recebimento da indenização securitária. Inexistência, todavia, de qualquer dúvida a ensejar a consignatória. Cláusula contratual que aponta a ré Sigma, proprietária do prédio sinistrado, como beneficiária da indenização securitária. Aplicação do disposto no art. 335, inciso IV, do Código Civil. Irrelevância de eventual divergência das rés em relação ao recebimento da indenização diante da clareza do contrato a respeito do beneficiário do seguro. Sentença de extinção mantida. Apelo improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 4.780.624.900, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Donegá Morandini, j. 11.03.2008)

Unicidade sindical. Competência. Conflito julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Justiça Comum. Sentença de 1ª instância anterior à Emenda n. 45/2004. Consignação em pagamento. Dúvida quanto ao sindicato com legitimidade para receber a contribuição. Consignatória procedente. Hipótese do art. 335, IV, do Código Civil. A entidade com constituição regular e inscrição no Ministério do Trabalho merece ser contemplada pela contribuição. Recursos improvidos. (TJSP, Ap. cível n. 4.111.845.900, 8ª Câm. de Direito Público, rel. Celso Bonilha, j. 19.12.2007)

Agravo de instrumento. Consignação em pagamento. Pretensão de depósito dos valores que o autor-agravante entende devidos. Impossibilidade. Ausência de comprovação da injusta recusa, requisito da mesma. Inteligência do art. 335, I, do Código Civil. Recurso desprovido, nessa parte. (TJSP, AI n. 7.143.352-0, rel. Des. Walter Fonseca, j. 16.08.2007)

Consignação em pagamento. Interesse processual. Credor em lugar incerto. Depósito do valor da obrigação com os acréscimos da mora. Art. 335, III, do Código Civil. Integralidade do depósito não impugnada. Art. 899 do Código de Processo Civil. Possibilidade de acolhimento do pedido nessa sede. Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil. Desnecessidade de retorno dos autos à origem. Pretensão procedente. Obrigação extinta. Cancelamento do protesto. Expedição de ofício ao cartório para esse fim. Recurso provido. Ônus da sucumbência. Responsabilidade da ré. Honorários advocatícios. Fixação em R\$ 500,00. (TJSP, Ap. n. 7.113.747-2, rel. Des. Roberto Bedaque, j. 13.02.2007)

Consignação em pagamento. Âmbito. Despesas de condomínio. Cobrança conjunta de despesas condominiais e de valor relativo ao ressarcimento de danos alegadamente causa-

dos pelo condômino, que são controvertidos. Possibilidade de consignação daquelas evidenciada. Art. 335, I, do Código Civil. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 1.063.063-0/0/Itatiba, 27ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Carlos Giarusso Santos, j. 27.02.2007, v.u., voto n. 2.467)

Consignação em pagamento. Cambial. Cheque. Decisão que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo. Reforma da sentença. Cabimento da ação de consignação em pagamento em caso de não localização do credor. Inteligência do art. 335, Código Civil. Demais pretensões colocadas no recurso que devem ser buscadas no juízo de primeiro grau, porque a norma contida no art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, não autoriza o tribunal a inobservar o princípio do duplo grau de jurisdição. Recurso provido para, anulado o decisório, prosseguir-se normalmente no feito. (TJSP, Ap. cível n. 7.119.463-5/SP, 14ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, j. 04.04.2007, v.u., voto n. 1.690)

Consignação em pagamento. Condomínio. Despesas condominiais. Pretensão, após seguidas tentativas de consignação extrajudicial, por recusa do credor (valor depositado insuficiente para a quitação da dívida e ajuizamento da ação de cobrança). Inadmissibilidade. Ausência dos pressupostos do art. 335 do Código Civil/2002. Inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito, em mora o devedor (Código Civil/2002, art. 397). Improcedência da consignação em apenso, mantendo-se a procedência da cobrança. Recurso da ré, provido em parte para excluir o valor de suposto crédito do qual não se encontrou a origem. (TJSP, Ap. cível sem revisão n. 1.069.993-0/1/SP, 25ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 24.07.2007, v.u.)

Consignação em pagamento. Alienação fiduciária. "Injusta recusa" (art. 973,1). Recusa do credor em receber parcela consignada. Caracterização. Cabimento.

A constituição em mora, quando ainda não produziu conseqüências irreversíveis, não inibe a consignação em pagamento, meio idôneo para o devedor se libertar da obrigação, quando injusta a recusa do credor. (II TAC, Ap. n. 655.394-00/0, rel. Juiz William Campos, j. 10.06.2003)

No mesmo sentido: II TAC, Ap. n. 620.369-00/0, rel. Juiz William Campos, j. 05.02.2002.

Transparecendo, pelo comportamento do credor, sua injusta recusa em receber seu crédito, legitimado está o devedor em promover a sua consignação judicial, nos termos do art. 890 do Código de Processo Civil. (II TAC, Ap. n. 746.668-00/4, rel. Juiz Paulo Ayrosa, j. 03.09.2002)

Mandato. Consignação em pagamento. Advogado. Devolução de valor levantado em juízo. Quantia certa. Recusa do credor em receber. Interesse processual do autor. Existência. Cabimento.

Conquanto no exercício de mandato, se a quantia devida não está sujeita à prestação de contas em forma mercantil, diante da inexistência de despesas, pertinente é a utilização da ação de consignação em pagamento, diante da recusa do credor em receber, estando presente, pois, interesse processual. (JTA 183/513)

Consignação em pagamento. Fundamento. Dúvida sobre o credor legítimo. Mera alegação do autor. Descaracterização.

A consignação fundada na dúvida sobre quem deva receber o objeto do pagamento precisa ser consubstanciada em motivação séria, que inculca na mente do devedor o desconhecimento de quem validamente possa receber a prestação, ou que resulte da dubiedade gerada pelo comparecimento de várias pessoas que simultaneamente se apresentam como titulares do mesmo crédito. (JTA 161/573)

Consignação em pagamento. Aluguel. Dívida *quérable*. Recebimento do débito no domicílio do devedor. Ônus do credor. Exegese do art. 973, II, do Código Civil.

Em se tratando de dívida quesível (*quérable*), cabe ao credor o ônus de buscar o pagamento no domicílio do devedor ou determinar que outrem faça em seu nome, pena de quedando inerte, restar configurada a sua mora (art. 973, II, do CC). (II TAC, Ap. n. 320.773.125.498-4/8-00, rel. Juiz Guerrieri Rezende, j. 22.12.1992)

Ação de consignação em pagamento proposta por condômino pretendendo depositar as despesas ordinárias do condomínio, excluída a exigibilidade concomitante de multas infracionais que lhe foram impostas. Reconhecimento da justa recusa do condomínio em receber parcialmente as despesas condominiais. Possibilidade da exigência concomitante da multa infracional e despesas gerais condominiais. Comprovação da prática da infração, consistente em manter cão na unidade residencial, afrontando cláusula da convenção. (II TAC, Ap. n. 479.178-00/8, 5ª Câmara, rel. Juiz Pereira Calças, j. 02.04.1997)

Consignação em pagamento. Prestação remanescente de compromisso de compra e venda de imóvel. Recusa por insuficiência da oferta que veio desfalcada dos juros de mora e da correção monetária. Defesa, porém, omissa sobre o exato montante reputado devido. Desconsideração (art. 896, parágrafo único, do CPC). Ação procedente. Apelação do autor provida.

Reclamando o réu a insuficiência da oferta na ação de consignação em pagamento, compete-lhe o ônus de apontar o valor reputado devido, sem o que completamente inadmissível e vazia a defesa. (TJSP, Ap. n. 39.264-4, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. José Roberto Bedran, j. 02.06.1998)

Oferta de valor inferior ao devido. Necessidade de justificação para exame da viabilidade do pedido: Deste modo, a oferta inferior que os autores querem consignar havia de estar justificada, para que se pudesse, ao menos, examinar sua viabilidade: I TAC, Ap. n. 841.215-3, 1ª Câmara, rel. Juiz Edgard Jorge Lauand, j. 16.12.2001; I TAC, Ap. n. 842.343-6, 10ª Câmara, rel. Juiz Paulo Hatanaka, j. 13.11.2001; e I TAC, Ap. n. 836.283-2, 10ª Câmara, rel. Juiz Paulo Hatanaka, j. 09.10.2001.

III - Plenamente possível a revisão das cláusulas contratuais em sede de ação consignatória, eis que necessária à correlação entre o valor depositado e o efetivamente devido. Precedentes. (STJ, REsp n. 264.592, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 01.04.2003)

Admite-se a cumulação dos pedidos de revisão de cláusulas do contrato e de consignação em pagamento das parcelas tidas como devidas por força do mesmo negócio jurídico (STJ, REsp n. 464.439, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.06.2003)

Art. 336. Para que a consignação tenha força de pagamento, será mister concorrerem, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento.

CC/1916: art. 974.

A consignação não implicará alteração das condições para o pagamento no que se refere à pessoa que deve pagar ou receber, ao objeto, ao lugar e ao tempo. Todos esses fatores permanecerão inalterados, embora seja admissível consignar em virtude de uma circunstância que a justifique, como anotado nos comentários ao artigo anterior.

Jurisprudência: Despesas de condomínio. Ação de consignação em pagamento. Inicial indeferida liminarmente. Processo julgado extinto (CPC/267, I, e 295, III). Prestações vencidas. Depósitos efetuados em valor inferior ao devido. Imposição de parcelamento do débito ao credor. Inadmissibilidade. Sentença mantida. Na ação de consignação em pagamento, o depósito judicial do valor consignado tem por objetivo a extinção da obrigação, razão pela qual sua validade depende do preenchimento dos requisitos estabelecido pelo artigo 336 do Código Civil, especialmente a integralidade do valor devido. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.251.026.000, rel. Walter Zeni, j. 18.06.2009)

Agravo nominado. Consignação em pagamento. Insuficiência dos depósitos. 1 - Insuficiência do depósito efetuado, eis que o valor consignado é inferior àquele apurado pela perícia, não sendo o credor obrigado a aceitar menos do que o devido, nos termos do art. 336 do Código Civil de 2002 e dos arts. 890 e seguintes do CPC. 2 - Recurso provido. (TRF, 2ª Região, Ag. interno na Ap. cível n. 391.269,7ª T. Especializada, rel. Des. Federal Luiz Paulo S. Araújo Filho, j. 27.08.2008)

Consignação em pagamento. Locação. Aluguéis. Inadimplência de vários meses. Segundo o art. 336 do Código Civil de 2002, a consignação para ter força de pagamento há de ser feita no tempo e lugar convencionados. Ademais, caso proposta ação de despejo e cobrança, poderá o locatário valer-se do disposto no art. 62, II, III e IV, da Lei n. 8.245/91. Ausência de interesse processual na modalidade adequação. Mantido o decreto de extinção do processo, sem resolução do mérito. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.139.225.005, 27ª Câm. de Direito Privado, rel. Francisco Casconi, j. 27.11.2007)

Contrato. Prestação de serviços. Descumprimento contratual por parte da apelada. Inocorrência. Culpa pela extrapolação do prazo que não pode ser imputada à apelada. Apelante que não cumpriu com suas obrigações contratuais, e que não pode imputar à apelada qualquer responsabilidade. Recurso não provido. Consignação em pagamento. Apelante que já estava em mora à época do aforamento da ação. Apelante que não adimpliu a obrigação na forma convencionada e que não pode se valer da consignação de pagamento. Inteligência do art. 336 do Código Civil. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 7.199.737.400, 17ª Câm. de Direito Privado, rel. Tersio Negrato, j. 02.04.2008)

Consignação em pagamento. Indeferimento da inicial. Demanda que exige ajuizamento imediato, logo após o vencimento da obrigação. Hipótese em que a apelante propôs a ação estando em débito há quase três anos. Circunstância que caracteriza a mora e impede a aplicabilidade do procedimento especial da consignatória. Improvimento do recurso. O especial procedimento da consignação em pagamento exige que a ação seja ajuizada imediatamente após o vencimento da obrigação, afim de que a quitação possuía validade, conforme preceitua o art. 336 do CC/2002. Além de pretender consignar quantia que entende devida pelo consumo de energia elétrica, ofereceu o pagamento da prestação em setembro de 2004, de forma que, quando do ajuizamento da ação, estava em débito há quase três anos. Dessa forma, ficou caracterizada a mora obstando o manejo do procedimento especial da consignação em pagamento após tão longo período de impontualidade. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.103.195.500, rel. Des. Pedro Ablas, j. 04.04.2007)

Na ação de consignação em pagamento, o credor não está compelido a receber coisa diversa do objeto da obrigação. Assim, pode ele exigir o adimplemento da obrigação pecuniária por meio de pagamento em dinheiro, não estando obrigado a aceitar o depósito judicial de título de dívida pública. (STJ, REsp n. 323.411, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2001)

Em face de preceito expresso de lei, a consignação, para que tenha força de pagamento, impõe que concorram em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento.

Ao devedor em mora - já que não adimpliu a obrigação no tempo e forma conveniados - é defeso utilizar-se da consignação com efeito de pagamento. (RT739/221)

Arrendamento mercantil. *Leasing*. Ação de consignação. Proposta de dação em pagamento. Caracterização. Inadmissibilidade.

A ação de consignação em pagamento não tem por objeto proposta de dação em pagamento, ou seja, substituição das prestações em dinheiro por pedras preciosas. (II TAC, Ap. n. 645.008-00/0, rel. Juiz Ferraz Felizardo, j. 29.08.2000)

Art. 337. O depósito requerer-se-á no lugar do pagamento, cessando, tanto que se efetue, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, salvo se for julgado improcedente.

CC/1916: art. 976.

A regra fundamental deste artigo é a que consagra o momento do depósito como aquele em que se considera efetuada a quitação. Segundo ele, os efeitos da sentença de procedência proferida nos autos da ação de consignação retroagem ao momento do depósito. Em consequência, a mora do consignante desaparece desde que seja depositada a coisa ou a quantia devida e ele ficará exonerado de seus efeitos desde o momento em que efetiva o depósito.

Jurisprudência: Ação de consignação em pagamento. Financiamento bancário. Improcedência. Alegada propriedade da via para satisfação do débito. Invocada injusta recusa do credor, por ter havido acordo para parcelamento do débito. Desacolhimento. Existência da dívida e seu vencimento incontroversos. Pagamento parcelado dependente de convenção entre as partes. Ocorrência desta negada pelo credor e não comprovada pela devedora. Incumbência da última, ao ser fato constitutivo de seu direito. Oferta e depósitos subsequentes feitos em parcelas, não pelo total do débito. Justa recusa configurada. Inteligência dos arts. 976 do CC anterior - art. 337 do atual - e 891 do CPC. Recurso improvido. Não tencionando o autor de consignatória questionar e rever as condições contratuais, mas exibindo como causa de pedir injusta recusa do credor em receber a dívida parceladamente, com objetivo de satisfazê-la judicialmente desta forma, amolda-se a pretensão deduzida ao figurino do art. 973, I, do Código Civil então vigente, ao estar havendo recusa injusta do credor em receber o pagamento no modo conveniados. Se não comprova o promovente a existência do acordo de parcelamento e sendo moroso confesso, a única forma de ver extinta sua obrigação de pagar, mediante a oferta, é fazê-la considerando o integral e correto valor devido, com os acréscimos decorrentes de sua mora, previstos legal e contratualmente, nos termos do art. 976 da lei civil substantiva e 891 do diploma instrumental. O depósito a menor conduz à improcedência, pela recusa fundada em justo motivo. (TJSP, Ap. com revisão n. 997.516.600, 11ª Câm. de Direito Privado, rel. Vieira de Moraes, j. 13.07.2006)

O art. 976 do CC aplica-se à consignação em pagamento e não no processo executório. São situações totalmente diversas: numa o devedor impinge o pagamento ao credor, noutra o exequente-credor força o executado-devedor ao adimplemento duma obrigação, constante de título judicial ou extrajudicial. Assim, o art. 976 do CC não incide em depósito ocorrido em execução. (STJ, Ag. Reg. no AI n. 393.719, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 25.05.2003)

Art. 338. Enquanto o credor não declarar que aceita o depósito, ou não o impugnar, poderá o devedor requerer o levantamento, pagando as respectivas despesas, e subsistindo a obrigação para todas as consequências de direito.

CC/1916: art. 977.

Autoriza-se o devedor a desistir de consignar - e suportar as consequências de eventual mora ou inadimplemento até o momento da manifestação do credor. Depois que o credor aceitar a oferta depositada, não pode o devedor desistir da consignação. Assim sendo, a partir da aceitação ou impugnação, a prestação ofertada não pode mais ser levantada pelo consignante, que se verá obrigado a suportar as consequências da demanda ajuizada.

O art. 899, § 1º, do Código de Processo Civil autoriza que o credor levante o valor oferecido, mesmo que a oferta seja inferior ao valor devido, sem que isso implique concordância. O dispositivo em exame autoriza o devedor a desistir da ação antes da resposta do credor, mas acarreta sua responsabilidade pelo pagamento das despesas - inclusive as processuais (art. 26 do CPC).

No aspecto processual, a desistência está disciplinada pelo art. 267, § 4º, do Código de Processo Civil, que a condiciona ao consentimento do réu se ela for postulada após o decurso do prazo de contestação. Caso o credor manifeste sua aceitação, haverá quitação, de acordo com o disposto no art. 897, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o que também se verifica no caso da revelia.

Jurisprudência: Em razão da extinção do processo sem julgamento do mérito, decorrente da homologação do pedido de desistência da ação de consignação em pagamento formulado pelo autor, na qual não houve contestação, tem ele o direito ao levantamento das quantias depositadas em juízo, posto que a obrigação junto ao réu subsiste para todas as consequências de direito. (STJ, REsp n. 583.354, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 07.12.2004)

Execução fiscal. Penhora. Nomeação. Depósito em ação consignatória. Salvo quando a ação consignatória concirna ao débito objeto da execução em que se nomeia bem à penhora. Não é de admitir que essa nomeação recaia sobre depósito em dinheiro efetuado naquela demanda, porque, oferecida a pecúnia em consignação, já constitui ela meio satisfativo de outro crédito (arg. art. 334, Código Civil de 2002), a cujo adimplemento se encontra processualmente vinculada (arg. arts. 338 e 339, Código cit.). Não provimento do agravo interno. (TJSP, AI n. 7.366.375.901, 11ª Câm. de Direito Público, rel. Ricardo Dip. j. 03.03.2008)

Art. 339. Julgado procedente o depósito, o devedor já não poderá levá-lo, embora o credor consinta, senão de acordo com os outros devedores e fiadores.

CC/1916: art. 978.

Se o pedido do devedor for procedente, o depósito pertence ao credor. Assim sendo, o devedor não poderá levantar o depósito, salvo se o credor concordar com essa medida.

Mesmo que ele o faça, será preciso verificar se outros devedores e fiadores da dívida concordam com que o devedor o faça. Outros devedores e o fiador do mesmo débito, entenda-se, pois o dispositivo pretende assegurar o direito de regresso de outros devedores da obrigação indivisível ou em que haja solidariedade. Assim, outros devedores e o fiador da dívida paga pelo devedor, mesmo que não sejam parte no feito, deverão ser intimados de que ele tem o

depósito à sua disposição e poderão invocar seus direitos nesses mesmos autos, para se reembolsarem sem necessidade de nova demanda.

Essa interpretação é possível e consentânea com a instrumentalidade do processo, pois os outros devedores e o fiador poderão debater com o consignante eventuais direitos que tiverem sobre a importância consignada, assegurado o amplo contraditório e atendido o princípio da economia processual.

Conclusão diversa implicaria obrigar o consignante a deixar o valor depositado e aguardar o ajuizamento da ação pelos demais devedores ou fiadores, o que poderia não se verificar. E ele não poderia levantar o bem ofertado, em face do que dispõe a parte final do dispositivo em exame.

Art. 340. O credor que, depois de contestar a lide ou aceitar o depósito, aquiescer no levantamento, perderá a preferência e a garantia que lhe competiam com respeito à coisa consignada, ficando para logo desobrigados os codevedores e fiadores que não tenham anuído.

CC/1916: art. 979.

A disposição completa o artigo antecedente. Se o devedor fizer o depósito do pagamento e posteriormente o levantar, com a aquiescência do credor, torna-se insubsistente eventual garantia de que ele dispunha sobre a coisa consignada. Caso os codevedores e os fiadores não hajam anuído com o levantamento - e ele se fizer contrariando o disposto no art. 339 -, eles ficarão liberados da obrigação que tinham em relação ao credor.

Art. 341. Se a coisa devida for imóvel ou corpo certo que deva ser entregue no mesmo lugar onde está, poderá o devedor citar o credor para vir ou mandar recebê-la, sob pena de ser depositada.

CC/1916: art. 980.

Nos casos mencionados neste dispositivo, a presunção é a de que o devedor não pode levar o bem a depósito, pois, sendo imóvel, não se desloca de um lugar para outro sem perder suas características essenciais. É o caso dos imóveis e dos outros bens que devem permanecer onde se encontram. A providência a ser tomada para a consignação se restringirá a chamar o credor para recebê-la ou mandar alguém fazê-lo, sob pena de considerar-se efetuado o depósito. Não é possível, em caso de o credor não ir receber, depositar em outro lugar o bem. Assim sendo, considera-se feito o depósito e o bem permanece onde se encontra.

Art. 342. Se a escolha da coisa indeterminada competir ao credor, será ele citado para esse fim, sob cominação de perder o direito e de ser depositada a coisa que o devedor escolher; feita a escolha pelo devedor, proceder-se-á como no artigo antecedente.

CC/1916: art. 981.

Como visto no comentário ao art. 244, a escolha da coisa indeterminada é feita pelo devedor, mas nada impede convencionar-se que ela seja feita pelo credor. É dessa última hipótese que se cuida no presente dispositivo. O devedor ajuíza ação para compelir o credor

a fazer a opção, permitindo-lhe que cumpra a prestação devida. Ao ser citado, o credor deve indicá-la, sob pena de o direito ser transferido ao devedor, que poderá fazer a opção, observando-se a disposição do art. 244, e depositar a coisa, caso o credor não a venha receber.

Art. 343. As despesas com o depósito, quando julgado procedente, correrão à conta do credor, e, no caso contrário, à conta do devedor.

CC/1916: art. 982.

Esta disposição está relacionada com o art. 20 do Código de Processo Civil. Disso decorre que o vencido na demanda consignatória suporta os ônus da sucumbência (art. 20 do CPC). Às despesas processuais se acrescentam as despesas com o depósito.

Vale observar, porém, que o dispositivo não coincide com o dispositivo processual mencionado, na medida em que contempla as despesas com o depósito da coisa devida e recusada pelo credor. E elas não são despesas decorrentes do processo, mas assumidas extrajudicialmente para conservação do bem devido em depósito. Por exemplo, se a hipótese é de entregar um automóvel, o depósito objeto deste artigo consiste em manter o veículo em um estacionamento até o término da ação. As diárias do estacionamento serão pagas pelo autor, se seu pedido não for acolhido, e pelo réu, se improcedente.

Art. 344. O devedor de obrigação litigiosa exonerar-se-á mediante consignação, mas, se pagar a qualquer dos pretendidos credores, tendo conhecimento do litígio, assumirá o risco do pagamento.

CC/1916: art. 983.

O devedor que tiver prestação sujeita a conflito entre pessoas que se intitulam, simultaneamente, suas credoras, deve valer-se da consignação para não correr o risco de, ao ser reconhecido o direito do credor a quem ele não pagou, ver-se obrigado a pagar novamente.

O dispositivo remete ao art. 312, que afirma a possibilidade de o devedor ser compelido a pagar novamente, se pagar a determinado devedor, apesar de conhecer a impugnação de outros supostos credores.

A leitura do presente artigo reforça a ideia exposta nos comentários ao art. 312, no sentido de que a impugnação ao pagamento, feita por terceiros, não precisa ser judicial. Ora, se há necessidade de consignação pelo devedor, é crível que uma impugnação que lhe seja encaminhada extrajudicialmente, desde que séria e fundamentada - com boa-fé objetiva, portanto seria capaz de gerar dúvida sobre a idoneidade da quitação, demonstrando ao devedor a existência do litígio sobre a prestação.

Em consequência, na dúvida e ciente do conflito, o devedor estaria obrigado a consignar. Recorde-se que a jurisprudência tem exigido o conhecimento da execução para identificar a fraude à execução. Desse modo, imagine-se que uma execução esteja ajuizada e, embora o executado tenha recebido citação, ainda não recebeu o pagamento pela venda de um imóvel de sua propriedade. A comunicação da existência da execução ao adquirente do imóvel lhe daria ciência do litígio e o obrigaria a depositar nos autos da execução o saldo do preço, sob pena de reconhecimento da fraude - no pagamento, e não na aquisição do bem. Raciocínio análogo é possível em relação à fraude contra credores (art. 160). O adquirente de um bem toma conhecimento de que o vendedor tem débitos e se tornará insolvente com a alienação. Esse conhecimento lhe é dado pela comunicação feita extrajudicialmente pelo credor. Ora, para não correr o risco do

desfazimento do negócio com amparo na fraude alegada, o adquirente deverá consignar o valor de acordo com o disposto no art. 160 e neste que ora se examina.

Jurisprudência: Tutela antecipada. Sistema Financeiro da Habitação. Reajuste de prestações. Discussão acerca o montante efetivamente devido. Depósito judicial das prestações vincendas nos valores considerados incontroversos. Possibilidade. Admissibilidade da tutela antecipada de providência de natureza cautelar. Inteligência do § 7º, do art. 273, introduzido pela Lei n. 10.444/2002. Adequação da via eleita para efetivação do depósito judicial. Recurso improvido neste tocante. Tutela antecipada. Sistema Financeiro da Habitação. Reajuste de prestações. Discussão acerca do montante efetivamente devido. Pretensão ao depósito judicial das parcelas do financiamento nos valores considerados incontroversos. Cabimento. Presença das condições mencionadas no art. 273 do CPC. Antecipação de tutela concedida. Recurso parcialmente provido. Tutela antecipada. Sistema Financeiro da Habitação. Reajuste de prestações. Depósito judicial das prestações vincendas nos valores considerados incontroversos. Aplicabilidade dos efeitos decorrentes da ação consignatória à antecipação de tutela concedida. Suspensão dos efeitos da mora. Abstenção de proceder à execução hipotecária prevista no Decreto-lei n. 70/66 e com a ação dos juros de mora (art. 344 do Código Civil de 2002 e 891 do estatuto processual). Antecipação de tutela concedida mediante apresentação dos comprovantes de pagamentos dos tributos e taxas condominiais incidentes sobre a unidade residencial (art. 49 da Lei n. 10.931/2004). Recurso parcialmente provido. (TJSP, Al n. 7.109.902-4/00, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 23.01.2007)

Art. 345. Se a dívida se vencer, pendendo litígio entre credores que se pretendem mutuamente excluir, poderá qualquer deles requerer a consignação.

CC/1916: art. 984.

O dispositivo autoriza que os credores que litigam a respeito de determinado débito postulem que o devedor promova a consignação quando pender litígio entre eles e ocorrer o vencimento da dívida. Para a incidência da regra é essencial que entre os diversos pretendentes ao crédito exista litígio pendente à época do seu vencimento (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, 1.1, p. 424).

CAPÍTULO III DO PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

- I - do credor que paga a dívida do devedor comum;
- II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel;
- III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

CC/1916: art. 985.

Ocorre a sub-rogação sempre que alguém passa a ocupar a posição de outra pessoa em determinada relação jurídica, como revelam as hipóteses relacionadas neste dispositivo. A regra não é taxativa, pois não há razão de ordem pública que impeça a criação de outros casos

de sub-rogação com amparo na autonomia privada - a liberdade das pessoas de dispor sobre sua própria esfera de direitos e deveres, como, aliás, verifica-se do disposto no artigo seguinte.

A sub-rogação na posição do credor aproxima-se da cessão de crédito, mas são distintos porque nesta nem sempre haverá quitação, o que é imperioso na sub-rogação, em que o credor original tem seu crédito satisfeito. Os institutos, porém, são próximos quando se verifica que, assim como na sub-rogação, na cessão de crédito, os acessórios (frutos e garantias) seguem o principal, salvo disposição contrária. E, em ambas as figuras, não há necessidade de intervenção do devedor para validade do negócio, mas apenas para sua eficácia (art. 290). A proximidade de ambas, aliás, justifica a subsidiariedade da incidência das normas da cessão de crédito à sub-rogação (art. 348).

Os casos versados no presente artigo são de sub-rogação legal, isto é, aquelas em que a sub-rogação decorre pura e simplesmente da previsão da lei. As hipóteses em que a sub-rogação é convencional - vale dizer, do ajuste de vontades - estão no art. 347. A primeira hipótese de sub-rogação legal resulta dos casos em que o credor paga a dívida de alguém que é seu devedor, para evitar a concorrência de outro credor. É o caso, por exemplo, do credor quirografário que quita o débito de outro credor, que conta com garantia hipotecária, para desse modo, poder penhorar e adjudicar o imóvel hipotecado. Em face da sub-rogação, todas as garantias e os demais acessórios do débito quitado passarão a pertencer ao credor que a quitou, pois, com a sub-rogação, o sub-rogado passa a ocupar o lugar que antes pertencia ao sub-rogante na mesma relação jurídica - que se mantém inalterada.

O disposto no inciso II deste artigo ampliou a abrangência do dispositivo correspondente no Código de 1916 (art. 985, II), pois não se limita a impor a sub-rogação ao adquirente de imóvel hipotecado que paga a dívida. Também a confere a qualquer um que pagar dívida para não ser privado do direito sobre imóvel.

A regra não se restringe aos adquirentes dos imóveis hipotecados, mas a outros, que pretendam exercer direitos sobre eles e para isso sejam obrigados a pagar o credor hipotecário (pkrkira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 225. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 302). O terceiro pode quitar a dívida para evitar que o imóvel adquirido pelo devedor de uma execução seja penhorado. Embora o bem não esteja hipotecado, a quitação da dívida implicará sub-rogação em favor do adquirente do bem, nos termos do dispositivo em exame.

Finalmente, o inciso III cuida dos casos em que aquele que paga é terceiro interessado e, por isso, podia ser obrigado pela dívida, no todo ou em parte. O dispositivo remete ao art. 304, que tem redação mais abrangente, ao reconhecer a possibilidade de qualquer interessado quitar a dívida do devedor. No entanto, ao condicionar a sub-rogação legal -"de pleno direito", na expressão adotada pelo legislador -, ao fato de o terceiro interessado ser ou poder ser responsabilizado pelo pagamento da dívida, a regra não deve excluir os casos em que essa responsabilidade seja indireta. Os juridicamente interessados que não são responsáveis pela dívida - como o inquilino que paga dívida do locador para evitar a arrematação judicial do bem (ver comentário ao art. 304) -, também estará automaticamente sub-rogado no direito do credor.

Caio Mário da Silva Pereira registra outros casos de sub-rogação legal: segurador que paga indenização pelo dano de seu segurado, aquele que paga débito fiscal em nome do devedor, interveniente voluntário que resgata débito cambial e herdeiro que paga dívida da herança com recurso próprio (op. cit., p. 225).

Jurisprudência: Agravo de instrumento interposto contra decisão que acolheu exceção de incompetência oposta nos autos da execução de título extrajudicial movida por empresa sub-rogada nos créditos derivados de contrato de refinanciamento bancário contra produtor agrícola. Inconformismo da excepta firme nas teses de que: (1) o contrato objeto da contro-

vêrsia não pode ser enquadrado no conceito de consumo porque o refinanciamento foi pactuado por produtor agrícola para implemento da sua atividade empresarial; (2) é inaplicável ao caso o parágrafo único do art. 112 do CPC; e (3) a cláusula de eleição de foro deve ser respeitada porque foi livremente pactuada. Não acolhimento. Excipiente devedor que é produtor rural domiciliado em Primavera do Leste/MT. Celebração de contrato de financiamento junto ao Banco do Brasil para saldar dívida pendente com a excepta. Inadimplemento do mútuo pelo devedor. Excepta que se sub-rogou nos créditos derivados do contrato e ajuizou a execução. Contrato de refinanciamento que se configura como típico contrato de adesão. Disparidade de poder econômico entre as partes que justificou até o refinanciamento do débito através do Banco do Brasil. Foro de eleição que dificulta de sobremaneira a defesa do devedor residente em Primavera do Leste/MT. Remessa dos autos que se determina pela aplicação do art. 112, parágrafo único, do CPC. Particularidades do caso concreto que justificam a aplicação do dispositivo. Precedentes do Col. STJ. Recurso não provido. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias ao devedor comum, mas não o põe a salvo do sistema jurídico que protege a defesa deste último nos contratos de adesão. (TJSP, AI n. 7.388.775.100, rel. Moura Ribeiro, j. 20.08.2009)

Processual civil. Ilegitimidade passiva. Arrematação. Responsabilidade pela dívida do credor hipotecário. Sub-rogação legal. Legitimidade de parte reconhecida. Nulidade da sentença. Ausência das condições da ação. Inocorrência. Preliminares afastadas. O crédito cobrado pelo recorrido originava-se de dívida condominial, que se caracteriza por ser *propter rem*, ou seja, vinculada à própria coisa e não ao titular do domínio à época de sua constituição. Como tal, a dívida se transferiu para o recorrido no instante em que este arrematou o bem, por sub-rogação legal, nos termos do art. 346, II, e 350 do CC, pelo que resulta procedente a ação de cobrança proposta em face do novo proprietário da unidade condominial, cabendo-lhe a possibilidade de buscar o reembolso frente aos ocupantes do imóvel, por ação regressiva. No mais, presentes todos os documentos essenciais ao conhecimento da causa, bem como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual, não há que se cogitar a nulidade invocada. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.231.063.002, rel. Paulo Ayrosa, j. 23.06.2009)

Locação. Cobrança de tarifas de consumo de água de imóvel dado em locação e inadimplidas pela locatária e fiadores. Pagamento feito por terceiros interessados, sucessores da locadora e nu-proprietários do imóvel. Sentença de extinção por ilegitimidade ativa. Recurso provido. Julgamento pelo mérito em segundo grau. Procedência parcial do pedido. Recurso provido, em parte. 1 - Os autores têm legitimidade ativa para a cobrança, posto haverem quitado obrigação pendente dos réus, operando-se, pois, sua sub-rogação no crédito da anterior credora. A par disso, por serem sucessores da anterior locadora, que também poderia ser responsabilizada pelo consumo de água, tinham interesse na quitação. Extinção do processo por ilegitimidade ativa que é de se afastar. 2 - Provado o pagamento de obrigação inadimplida pelos réus, locatária e fiadores, operou-se a sub-rogação, com fincas no art. 346, inciso 111, do Código Civil, de modo que os réus devem, sim, recompor o patrimônio desfalcado dos autores, reembolsando o valor da dívida paga. 3 - Contudo, é inexigível dos réus a cobrança relativa ao consumo de água do mês de fevereiro de 2005 porque diz respeito a consumo posterior à desocupação e entrega do imóvel, em 16 de junho de 1999. Sentença cassada. Procedência parcial decretada. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. cível n. 992.080.647.900, rel. Reinaldo Caldas, j. 30.09.2009)

Locação de imóvel (finalidade não residencial). Ação de execução. Efetivação de pagamento por terceiro para não ser privado de direito sobre imóvel: sub-rogação legal (CC, art.

346, II - segunda parte). Incidência de pleno direito, independentemente da concordância do credor ou do devedor. Sucessão no polo passivo do processo de execução (CPC, art. 567, III). Princípio da utilidade da execução. Agravo não provido. (TJSP, AI n. 1.155.749.005, 25ª Câm. de Direito Privado, rel. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 29.07.2008)

Recurso. Apelação. Inclusão de inconformismo contra decisão anterior à sentença, que vedara novas retiradas dos autos de cartório com base no disposto no parágrafo único do art. 196 do Código de Processo Civil. Inadmissibilidade, por se tratar de provimento sujeito a agravo de instrumento, que não foi interposto. Não conhecimento da matéria cerceamento de defesa. Embargos à execução prontamente julgados. Admissibilidade, em se tratando de matéria apenas de direito, tanto mais que a pretensão do apelante seria tão somente produção de prova oral, inadequada aos temas em debate. Inteligência do disposto no art. 740 do Código de Processo Civil. Alegação de nulidade repelida. Penhora. Incidência sobre eucaliptos. Admissibilidade. Falta de enquadramento no disposto no art. 649 do Código de Processo Civil. Caso, ademais, em que a penhora não abrangeu a totalidade da produção. Produção, ademais, também de outros bens. Execução por título extrajudicial. Cédula rural pignoratícia oriunda de financiamento de insumos. Credora que pagou a dívida, porque vinculada à operação por contrato de garantia celebrado com a instituição bancária financiadora dos bens, sub-roga-se no direito à execução. Sub-rogação hígida, tanto mais existindo fiança. Caso, ademais, em que os insumos financiados foram vendidos pela credora e o financiamento foi por ela indicado. Qualidade de terceiro interessado, em razão da fiança. Inteligência do disposto no inciso III do art. 346 do Código Civil. Impugnação genérica ao valor cobrado, que não se sustenta. Sentença de improcedência dos embargos mantida. Apelação parcialmente conhecida e improvida. (TJSP, Ap. n. 7.215.833.300, 14ª Câm. de Direito Privado, rel. José Tarciso Beraldo, j. 09.04.2008)

Agravo regimental. Condomínio. Adjudicação. Imóvel. Pagamento dos débitos. Sub-rogação. Arts. 983, III, e 988 do Código Beviláqua.

- O arrematante que se sub-rogou nos direitos do condomínio, em ação de regresso, tem a faculdade de cobrar o que pagou do antigo proprietário, do promissário comprador ou do possuidor direto. (STJ, Ag. Reg. no Ag. Reg. no AI n. 775.421, 3ª T., rel. Humberto Gomes de Barros, j. 03.12.2007, DJ 14.12.2007)

Compra e venda. Bem imóvel. Ação de cobrança. Adquirente que pagou a dívida do réu para liberar o imóvel da penhora. Sub-rogação. Reconhecimento. Aplicação do art. 985, II, do Código Civil de 1916 (art. 346, II, do Código Civil de 2002). Sentença de procedência mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 275.997-4/5/Mogi Mirim, rel. Des. Dimas Carneiro, j. 15.03.2006, v.u., voto n. 1.566)

Seguro-saúde. Despesas médico-hospitalares. Reembolso pretendido pelo filho da segurada que, em razão da negativa injustificada da seguradora em cobrir o evento, custeou todo o tratamento médico necessário para o restabelecimento da saúde de sua genitora. Admissibilidade. Hipótese de sub-rogação. Inteligência do art. 346, III, do CC/2002. (TJSP, RT 845/242)

Ilegitimidade *ad causam*. Tabela de Notas e de Protesto. Legitimidade ativa do tabelião responsável para ressarcimento de valor despendido em razão de furto de cheque emitido para pagamento de título apontado para protesto. Ausência de adequação. Devolução que independe de prévia declaração de ineficácia do título. Preliminares afastadas. Cobrança. Cheque emitido para pagamento de duplicata apontada para protesto pelo Banco do Brasil. Ocorrência de

furto. Ressarcimento realizado pelo tabelião diretamente ao beneficiário. Sub-rogação caracterizada nos termos do art. 346, III, do CC. Apelação desprovida, com aplicação de pena ao apelante por litigância de má-fé. Litigância de má-fé. Caracterização. Recurso meramente protelatório. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.023.833.400, rel. Des. Martins Pinto, j. 02.05.2007)

Indenização a que restou condenada juntamente com outros codevedores sub-roga-se nos direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra a devedora principal e demais fiadores (art. 349 do Código Civil).

Mas, para exercer os direitos do credor primitivo em procedimento executório, deve observar o prazo prescricional do processo de conhecimento (Súmula n. 150 do Supremo Tribunal Federal). (TJSP, AI n. 1.121.561-0/7, rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 30.08.2007)

O douto Magistrado elaborou criteriosa separação das contas que seriam da sociedade para reconhecer o direito ao reembolso de metade dos valores pagos com recursos próprios do autor, o que é absolutamente correto e consentâneo com a regra do art. 884 do CC de 2002 (proibição ao enriquecimento sem causa). Considera-se que o pagamento, pelo sócio, de dívidas da sociedade, opera sub-rogação, o que autoriza o reembolso, tendo em vista que há interesse jurídico na satisfação da dívida, pressuposto do direito ao reembolso (art. 346, III, do CC de 2002). (TJSP, Ap. n. 348.195-4/1, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 27.09.2007)

Terceiro que paga a dívida pela qual podia ser obrigado sub-roga-se no direito do credor, abrangidos os direitos, ações, privilégios e garantias deste em relação à dívida, inclusive no que se refere à inoponibilidade da impenhorabilidade do bem de família pelo fiador (arts. 985 e 988 do CC e art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90). (II TAC, Ap. n. 641.311-00/0, 3ª Câ., rel. Juiz Cambrea Filho, j. 25.02.2003)

1 - A sub-rogação pessoal é a substituição nos direitos creditórios, operada em favor de quem pagou a dívida ou para isso forneceu recursos. Em outras palavras, na sub-rogação se dá a substituição de um credor por outro, permanecendo todos os direitos do credor originário (sub-rogante) em favor do novo credor (sub-rogado). Dá-se, assim, a substituição do credor, sem qualquer alteração na obrigação do devedor.

II - Existem dois tipos de sub-rogação pessoal: a legal (art. 985 do CC) e a convencional (art. 986, *idem*). A primeira decorre *ipso iure*, enquanto a segunda tem origem em acordo de vontades. (STJ, REsp n. 141.971, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.04.1999)

Competência. Foro de eleição. Contrato. Fiança. Ação monitória. Fiador sub-rogado que paga dívida do afiançado. Eleição de foro no contrato principal. Privilégio que se transfere ao sub-rogado. Prosseguimento do feito onde distribuída a ação. Exceção de incompetência afastada. Recurso provido. (I TAC, AI n. 969.968.9, rel. Juiz Nelson Ferreira, j. 22.11.2000)

Concluindo que a sub-rogação, porque só transfere ao terceiro que paga a dívida os direitos, privilégios e garantias do credor, não lhe confere o direito de penhorar o bem de família do locatário de imóvel, porque tal privilégio também não era conferido do credor original. (II TAC, AI n. 720.595.00/9, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 28.11.2001)

Restituindo a avalizada ao avalista o valor que este pagou ao Banco, embora tenha já quitado a sua dívida em decorrência de decisão judicial transitada em julgado, equipara-se ao terceiro interessado a que se refere o inciso III do art. 985 do Código Civil para o fim de receber do Banco o que pagou a maior. (STJ, REsp n. 401.443, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 23.09.2002)

Art. 347. A sub-rogação é convencional:

I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

II - quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

CC/1916: art. 986.

Nos casos previstos neste artigo, não é a lei que impõe a sub-rogação, mas a convenção das partes. Assim, no primeiro caso, o credor recebe seu crédito e transfere todos os seus direitos ao terceiro que paga. É o que ocorre nos casos em que a companhia de seguros indeniza o prejuízo suportado pelo segurado e, nos termos do contrato, sub-roga-se nos direitos dele para perseguir a indenização contra o responsável pelos danos. Ou nas hipóteses em que as administradoras de imóveis pagam aos proprietários que lhes conferem seus bens o valor dos aluguéis não pagos pelo inquilino e, pessoalmente, cobram a dívida de locatários e fiadores. Nesses exemplos, a sub-rogação só é possível porque reconhecida no contrato celebrado pelas partes. Também é convencional a sub-rogação decorrente dos casos em que alguém empresta o dinheiro para o devedor saldar dívida com terceiro, mas exige que o credor satisfeito lhe sub-rogue seus direitos.

Jurisprudência: Execução. Sub-rogação convencional. Hipótese que se subsume ao art. 347, I, do Código Civil. Aplicação do art. 349 e não 350 do mesmo diploma. Recurso provido para afastar a limitação deste último dispositivo. (TJSP, Ag. n, 7.219.299-7, rel. Des. Silveira Paulilo, j. 05.03.2008)

Execução. Depositário infiel. Pagamento com sub-rogação convencional. Art. 347, I, do CC. Consideração de que nos casos de sub-rogação convencional, assiste ao sub-rogado os mesmos direitos do credor originário, ainda que tenha desembolsado valor menor. Insuficiência da quantia depositada nos autos. Decreto de prisão mantido. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 7.161.003.200, 20ª Câm. de Direito Privado, rel. Luis Carlos de Barros, j. 31.01.2008)

O sub-rogado só pode transferir ao sub-rogante o crédito que efetivamente possui. Se o segurado já recebeu parte de seu prejuízo do culpado pelo acidente, não pode transferir à seguradora a integralidade do valor da reparação de seu prejuízo: *RSTJ* 85/223, *RT* 652/100, 1TAC, Ap. n. 732.346-2, j. 30.07.1997, 5ª Câm. de Férias, rel. Juiz Nivaldo Balzano.

Não conhecido o recurso da seguradora recorrente, na condição de sub-rogada, vez que, para obter o ressarcimento da quantia paga à seguradora por furto de automóvel no estacionamento da recorrida, não basta a prova do pagamento da dívida, *ex vi* do art. 985, III, do Código Civil, porém é necessária a demonstração da prova da sub-rogação, da ocorrência do furto nas dependências da ré e da não recuperação do veículo, a fim de evitar locupletamento indevido da seguradora. Precedentes citados: REsp n. 75.850/RJ, *DJ* 18.03.1996, e REsp n. 67.492/SP, *DJ* 02.10.1995. (STJ, REsp n. 174.353/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 09.11.1999)

Diversamente da legal (art. 985 do CC), na sub-rogação convencional (art. 986, *idem*) não se questiona a existência de interesse do terceiro que efetuou o pagamento para outrem, mas apenas a existência de contrato que transfira expressamente os direitos creditórios e a ausência de justo motivo do devedor para recusar o pagamento. (STJ, REsp n. 141.971, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.04.1999)

A seguradora sub-roga-se em todos os direitos do segurado, mais ainda em relação à restituição do valor integral devido a título de indenização pelo prejuízo sofrido pelo consumidor. (STJ, EDREsp n. 257.833, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 13.03.2001)

1 - Em atendimento ao disposto no art. 1.069 do Código Civil, a eficácia da sub-rogação convencional (art. 986, I, do CC), em relação aos devedores, exige que sejam estes notificados do ajuste. Na hipótese, não foi dada ciência aos fiadores da sub-rogação de créditos de alugueres e encargos, realizada entre a locadora e a empresa administradora do imóvel locado.

2 - A citação dos fiadores em ação que executa créditos decorrentes de alugueres e encargos não tem o condão de suprir a notificação exigida pelo art. 1.069 do Código Civil, devendo ser mantido o acórdão *a quo*, que extinguiu a execução por ilegitimidade ativa da autora. (STJ, REsp n. 189.945, rel. Min. Gilson Dipp, j. 23.11.1999)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 304.389, rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.05.2001.

É válido o título executivo apresentado por força de sub-rogação convencional e o valor objeto da execução, dado que em razão daquela a administradora viu-se no direito de receber o aluguel devido e os respectivos encargos advindos do inadimplemento do locatário. (II TAC, rel. Juiz Vianna Cotrim, j. 17.09.2001)

Art. 348. Na hipótese do inciso I do artigo antecedente, vigorará o disposto quanto à cessão do crédito.

CC/1916: art. 987.

Quando a sub-rogação decorrer do fato de o credor receber seu crédito e convencionar a transferência de todos os seus direitos com o terceiro que pagou, a sub-rogação será regida pelas disposições que regem a cessão de crédito (arts. 286 a 298).

Jurisprudência: 1 - Em atendimento ao disposto no art. 1.069 do Código Civil, a eficácia da sub-rogação convencional (art. 986, I, do CC), em relação aos devedores, exige que sejam estes notificados do ajuste. Na hipótese, não foi dada ciência aos fiadores da sub-rogação de créditos de alugueres e encargos, realizada entre a locadora e a empresa administradora do imóvel locado.

2 - A citação dos fiadores em ação que executa créditos decorrentes de alugueres e encargos não tem o condão de suprir a notificação exigida pelo art. 1.069 do Código Civil, devendo ser mantido o acórdão *a quo*, que extinguiu a execução por ilegitimidade ativa da autora. (STJ, REsp n. 189.945, rel. Min. Gilson Dipp, j. 23.11.1999)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 304.389, rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.05.2001.

[...] 2 - Não tendo a sub-rogação, em que pese procedida antes do ajuizamento da ação declaratória de inexistência de débito, sido notificada ao devedor, pode este opor ao sub-rogado as exceções pessoais que apresenta em relação ao credor originário (inteligência do art. 294, combinando com o art. 348, do Código Civil). 3 - Como não subsistia a obrigação, indevida a inscrição do nome do autor em cadastro restritivo de crédito, fato que por si só acarreta o dano moral indenizável, tendo sido a indenização na hipótese fixada de forma correta. Recurso improvido. (Turmas Recursais - RS, Recurso cível n. 71.001.243.435, 1ª T. Recursal Cível, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 13.09.2007)

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

CC/1916: art. 988.

Caso ocorra a sub-rogação, o sub-rogado torna-se titular de tudo o que cabia ao primeiro credor, não podendo receber além daquilo de que este dispõe, como asseguram alguns dos acórdãos citados nos comentários ao artigo antecedente, pois a sub-rogação opera substituição do credor perante o devedor, que não pode ver sua situação agravada. Ademais, em se tratando de substituição, aquele que substitui o credor não pode obter mais do que ele tinha para lhe transferir.

Ao ser efetuada a sub-rogação, no entanto, o novo credor pode exercer em relação ao devedor tudo o que o primeiro credor dispunha contra ele. Desse modo, se o consumidor tem os privilégios da hipossuficiência que lhe reconhece o Código de Defesa do Consumidor, caso obtenha o ressarcimento em virtude do seguro que contratou, a seguradora poderá invocar o tratamento benéfico conferido pelas normas consumeristas ao segurado e deduzi-las em face do causador do dano. Imagine-se o caso de um defeito do veículo gerar um acidente com prejuízos ao motorista, que recebe a indenização da companhia de seguros. Ao pagar a indenização, a seguradora sub-roga-se nos direitos do consumidor e pode invocar o disposto nos arts. 12 e 26 do Código de Defesa do Consumidor para se ressarcir dos eventuais prejuízos que indenizou ao segurado.

Waldemar Zveiter, em acórdão proferido nos autos do REsp n. 257.833 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, julgado em 13.03.2001, deixou assentada essa conclusão, ponderando que a seguradora sub-roga-se em todos os direitos do segurado, sobretudo no que se refere à indenização integral assegurada ao consumidor.

Condições personalíssimas do sub-rogante: posição parcialmente divergente sobre o tema, naquilo que se refere aos créditos e direitos com condições particulares decorrentes de características personalíssimas do titular do crédito ou do direito, está exposta em nota específica nos comentários ao art. 286 deste Código.

Jurisprudência: Contrato de transporte. Regressiva pela seguradora contra a empresa de transportes. A empresa seguradora sub-rogou-se nos direitos da reparação por danos materiais em virtude do contrato de seguro, a quem indenizou pelos danos materiais. A relação jurídica que rege este litígio é a de sub-rogação nos direitos de indenização oriundos do contrato de transporte de carga que restou descumprido, conforme estabelece o art. 349 do Código Civil de 2002, antigo art. 988 do Código Civil de 1916. Incide à espécie o disposto no art. 14 da Lei 8.078/90, que consagra a responsabilidade objetiva dos fornecedores de prestação de serviço de transporte de carga pela reparação dos danos causados aos consumidores. A indenização decorrente do extravio ou danos à bagagem ou mercadoria deve ser ampla, não se limitando aos valores estabelecidos em legislações específicas. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Afastamento da indenização tarifada do art. 262 do Código Brasileiro do Ar. Sentença mantida. Apelo improvido. (TJSP, Ap. cível n. 7.025.910.400, rel. Richard Paulro Pae Kim, j. 26.03.2009)

Competência territorial. Incompetência reconhecida de ofício. Impossibilidade por se tratar de competência relativa. Decisão reformada. Competência. Ação da seguradora que indenizou o segurado, contra a responsável pela indenização do sinistro, fundada na sub-rogação (art. 349 do CC). Direito da sub-rogada aos direitos e ações relativas à dívida, apenas, e não também ao direito processual do consumidor indenizado. Inaplicabilidade, no caso, do disposto no art. 101, I, do CDC. Agravo provido. (TJSP, AI n. 6.225.864.300, rel. João Carlos Saletti, j. 03.02.2009)

Ação da seguradora sub-rogada contra terceiro causador do dano. Lapso prescricional de vinte anos. Inaplicabilidade do art. 178, § 6º, II, do CC/1916. Hipótese de ação pessoal. Inteligência do art. 177, também do CC/1916.

A sub-rogação se opera como se o segurador substituísse a vítima do dano, no caso o segurado por ele indenizado, com todos os consectários pertinentes, para agir contra o causador, conforme previsto no art. 349 do CC/2002, que substituiu o art. 988 do CC/1916. Se assim é, a prescrição a ser computada é a mesma que serve para a ação de reparação de danos do segurado em face do causador do dano. (TJSP, Ap. com revisão n. 934.542-0/4, rel. Des. Adilson de Araújo, j. 27.11.2007)

Agravo regimental. Condomínio. Adjudicação. Imóvel. Pagamento dos débitos. Sub-rogação. Arts. 983, III, e 988 do Código Beviláqua.

- O arrematante que se sub-rogou nos direitos do condomínio, em ação de regresso, tem a faculdade de cobrar o que pagou do antigo proprietário, do promissário comprador ou do possuidor direto. (STJ, Ag. Reg. no Ag. Reg. no AI n. 775.421, 3ª T., rel. Humberto Gomes de Barros, j. 03.12.2007, DJ 14.12.2007)

Cobrança. Prestação de serviços. Honorários médico-hospitalares. Prescrição. Alegação de pagamento em sub-rogação. Art. 178, § 6º, IX, do Código Civil anterior. Aplicabilidade. Sentença mantida. Nos termos do art. 178, § 6º, IX, do Código Civil de 1916, a prescrição da ação para cobrança de honorários médicos é anual. Este lapso prescricional mantém-se para aquele que se sub-roga pelo pagamento, na forma do que estabelece o art. 349 do Código Civil de 2002, que repete o art. 988 do Código Civil anterior. Recurso não provido, v.u. (TJSP, Ap. sem rev. n. 842043007, 35ª Câm. de Direito Privado, rel. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 07.07.2008)

Alimentos. Sub-rogação. Decisão que reconheceu a prescrição das prestações. Alegação de que com a sub-rogação os créditos alimentares teriam passado a ter natureza pessoal, não se sujeitando à prescrição tal como reconhecido. Inviabilidade. O crédito que era alimentar continua a ter a mesma natureza, com as mesmas vantagens e, necessariamente as mesmas desvantagens. Inteligência do art 349, do Código Civil. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 5.316.514.200, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Luiz Antonio de Godoy, j. 04.12.2007)

Seguro. Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos de seguradora sub-rogada contra o causador do acidente. Transação entre segurado e o causador do dano, anterior ao pagamento da indenização securitária. Validade e eficácia do ato. Segurado que na época era o titular do direito. Art. 786, § 2º, do Código Civil. Inaplicabilidade por se referir a fatos posteriores à verificação da sub-rogação. Sub-rogação não operada, uma vez que, à época do pagamento da indenização securitária, extinto estava o direito à reparação. Art. 349 do Código Civil. Ação improcedente. Sentença reforma. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 906.699-0/9/Ribeirão Preto, 25ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 06.03.2007, v.u., voto n. 2.415)

Terceiro que paga a dívida pela qual podia ser obrigado sub-roga-se no direito do credor, abrangidos os direitos, ações, privilégios e garantias deste em relação à dívida, inclusive no que se refere à inoponibilidade da impenhorabilidade do bem de família pelo fiador (arts. 985 e 988 do CC, e art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90). (II TAC, Ap. n. 641.311-00/0, 3ª Câm., rel. Juiz Cambrea Filho, j. 25.02.2003)

A nova Lei do Inquilinato restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais instituído pela Lei n. 8.009/90, considerando passível de constri-

ção judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato locatício.

Com o pagamento da dívida pelo fiador da relação locatícia, fica este sub-rogado em todas as ações, privilégios e garantias que tinha o locador-credor em relação ao locatário-devedor, nos termos do Código Civil, art. 988.

- A jurisprudência já pacificou entendimento no sentido de ser vedada a penhora de bem de família do locatário, em execução proposta pelo locador a fim de solver dívida advinda da relação locatícia.

- Se ao locador-credor não é possibilitado constringir judicialmente o imóvel do locatário, e a sub-rogação transmite os direitos e ações que possuía o credor, consequência lógica é que ao fiador tal privilégio não pode ser assegurado, de vez que não existia para o credor primitivo. (STJ, REsp n. 263.114, rel. Min. Vicente Leal, j. 10.04.2001)

O fiador que paga a dívida locatícia do afiançado se sub-roga nos direitos do credor principal, mercê do que, na ação regressiva contra o afiançado, este não poderá invocar a impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei n. 8.009/90, uma vez que se trata de obrigação decorrente da fiança. Interpretação que ensejasse ao afiançado livrar-se do pagamento regressivo ao seu fiador, sob o escudo da impenhorabilidade do bem de família, afrontaria o conceito de justiça e vulneraria o princípio da razoabilidade. (II TAC, AI n. 701.575-00/1, 5ª Câm., rel. Juiz Pereira Calças, j. 27.06.2001)

Alienação fiduciária. Sub-rogação pela seguradora que quitou a dívida. Julgamento antecipado da lide.

1 - Não negando o réu a dívida, nem, muito menos, apresentando impugnação específica sobre o valor cobrado, limitando-se a uma investida genérica, o argumento de violação ao art. 330,1, do Código de Processo Civil fica inconsistente.

2-0 comando do art. 6º do Decreto-lei n. 911/69 é expresso ao assegurar a sub-rogação de pleno direito em favor daquele que pagar a dívida, assim o avalista, o fiador ou o terceiro interessado. (STJ, REsp n. 148.865, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.09.1998)

Art. 350. Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor» senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor.

CC/1916: art. 989.

Verifica-se que o dispositivo contempla aquele que obtém a sub-rogação em uma das hipóteses do art. 346 com tratamento diverso do que é assegurado aos que se sub-rogam da forma prevista no art. 347. No caso da convencional, os direitos que se transmitem são integrais - inclusive com a possibilidade de multas, juros etc. enquanto na legal, somente o total desembolsado pode ser exigido pelo novo credor.

A distinção no tratamento resulta do fato de que, nos casos do art. 346, a sub-rogação é imperativo legal destinado a conferir proteção às pessoas que são obrigadas a pagar a dívida em virtude de situações específicas que lhe causariam danos. No entanto, na sub-rogação convencional, a garantia é plena porque amparada na livre convenção estipulada pelas partes.

Jurisprudência: Processual civil. Ilegitimidade passiva. Arrematação. Responsabilidade pela dívida do credor hipotecário. Sub-rogação legal. Legitimidade de parte reconhecida.

Nulidade da sentença. Ausência das condições da ação. Inocorrência. Preliminares afastadas. O crédito cobrado pelo recorrido originava-se de dívida condominial, que se caracteriza por ser *propter rem*, ou seja, vinculada à própria coisa e não ao titular do domínio à época de sua constituição. Como tal, a dívida se transferiu para o recorrido no instante em que este arrematou o bem, por sub-rogação legal, nos termos do art. 346, II, e 350 do CC, pelo que resulta procedente a ação de cobrança proposta em face do novo proprietário da unidade condominial, cabendo-lhe a possibilidade de buscar o reembolso frente aos ocupantes do imóvel, por ação regressiva. No mais, presentes todos os documentos essenciais ao conhecimento da causa, bem como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual, não há que se cogitar a nulidade invocada. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.231.063.002, rel. Paulo Ayrosa, j. 23.06.2009)

Ação de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo. Seguradora. Direito de regresso. A requerente, seguradora do veículo sinistrado, cobriu os danos decorrentes do acidente de trânsito, tornando-se parte legítima por sub-rogação legal para propor ação indenizatória contra o causador do prejuízo. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 926.996.009, rel. Irineu Pedrotti, j. 06.07.2009)

Apelação. Ação ordinária de cobrança. Negócio jurídico de compra e venda de imóvel. Posterior constrição judicial sobre o bem. Débito de responsabilidade do anterior proprietário. Quitação do débito pelo comprador. Pagamento por sub-rogação. Responsabilidade do devedor primitivo limitada ao montante do débito. CC/2002, art. 350. Recurso parcialmente provido. O terceiro interessado que quita dívida para fim de liberar constrição pendente sobre imóvel sub-roga-se no direito de demandar em face do alienante imediato do bem, o qual assumiu os riscos da evicção. A adoção de outro entendimento, não permitindo que o comprador fosse ressarcido dos prejuízos advindos da penhora sobre o bem que adquiriu regularmente e de boa-fé, ensejaria ofensa ao princípio universal que veda o enriquecimento sem causa, expressamente acolhido no direito pátrio nos arts. 884 a 886 do NCC. Ao sub-rogado, ou seja, àquele que pagou a obrigação de responsabilidade do devedor, não é dado receber mais do que receberia o credor primitivo, estando a operação limitada ao valor efetivamente desembolsado para quitar o débito, nos termos do art. 350 do CCB/2002. (TJMG, Proc. n. 1.0024.04.512291-8/001(1), rel. Lucas Pereira, j. 10.08.2006)

Condomínio. Despesas condominiais. Cobrança. Ação regressiva por arrematante da unidade. Legitimidade passiva. Antigo proprietário. Despesas anteriores à aquisição. Quitação pelo arrematante. Sub-rogação legal. Admissibilidade. O crédito cobrado pelo recorrido originava-se de dívida condominial, que se caracteriza por ser *propter rem*, ou seja, vinculada à própria coisa e não ao titular do domínio à época de sua constituição. Como tal, a dívida se transferiu para o recorrido no instante em que este arrematou o bem em praça pública, por sub-rogação legal, nos termos dos arts. 346, II, e 350 do Código Civil, pelo que resulta procedente a ação de cobrança proposta em face do primitivo devedor, ex-proprietário do imóvel. (TJSP, Ap. com revisão n. 881.746-00/9, rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 01.03.2005)

Falência. Habilitação de crédito. Sub-rogação legal. Requisitos do art. 989 do Código Civil observados. Resistência da massa falida não acolhida. Incidência de honorários de advogado. Recurso de massa falida provido parcialmente, e provido integralmente o recurso adesivo do habilitante. Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor (art. 989 do Código Civil). Na espécie, o habilitante pretende habilitar apenas o valor que desem-

bolsou, contrariamente ao que imaginou o douto magistrado, que acabou, nesse erro de entendimento, admitindo a inclusão de valor maior. E, como a resistência da massa falida não foi acolhida, há de responder por honorários de advogado, posto que o pedido do habilitante acabou por ser inteiramente acolhido (TJSP, Ap. cível n. 40.513-4/Taubaté, 9ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Ruiter Oliva, j. 19.08.1997, v.u.). (RT729/126)

Art. 351.0 credor originário, só em parte reembolsado, terá preferência ao sub-rogado, na cobrança da dívida restante, se os bens do devedor não chegarem para saldar inteiramente o que a um e outro dever.

CC/1916: art. 990.

A preferência para o recebimento do crédito será daquele que recebeu parcialmente seu crédito do sub-rogado, se houver concorrência entre eles. Trata-se de uma modalidade específica de preferência, que dá prioridade ao pagamento integral do credor parcialmente reembolsado.

Assim, se ambos executarem o devedor, não prevalecerá a anterioridade da penhora na relação jurídica entre eles estabelecida (art. 712 do CPC). Exemplificativamente, caso o segurado esteja cobrando do causador dos danos em seu veículo o valor da franquia, terá preferência para receber a quantia se concorrer com a seguradora que cobra do mesmo réu o montante que indenizou ao segurado. Assim será, em decorrência da regra ora examinada, que prioriza a quitação integral do credor original em relação ao sub-rogado.

Será esta regra de ordem pública? Ou o sub-rogado pode convencionar com o credor que ele terá preferência? Parece que, de modo geral, sim, pois a autonomia privada admite tal ajuste, mas não na relação de consumo, pois pode haver iniquidade no contrato de seguro, cujo objeto é o ressarcimento integral dos prejuízos do segurado-consumidor.

CAPÍTULO IV DA IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO

Art. 352. A pessoa obrigada, por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos.

CC/1916: art. 991.

Imputação do pagamento é a indicação de qual entre mais de um débito líquido e vencido com o mesmo credor está sendo pago. Para que seja possível e necessário imputar o pagamento, são necessários os requisitos seguintes:

- a) que existam dois ou mais débitos;
- b) que esses débitos tenham a mesma natureza;
- c) que o credor seja o mesmo; e
- d) que todos sejam líquidos e vencidos.

É possível deduzir que os débitos que dependem de imputação devem ser da mesma natureza, líquidos e vencidos, porque, em caso contrário, não há risco de dúvida sobre qual deles está sendo pago. Assim, se uma obrigação é de dar e a outra de fazer, certamente não há dúvida de que a primeira conduta não pode significar o adimplemento da segunda obrigação. O mesmo pode ser dito se somente uma das obrigações se venceu ou está liquidada.

O dispositivo não repetiu a parte final do art. 991 do Código Civil de 1916, que admitia a imputação da dívida ilíquida ou não vencida, desde que o credor concordasse com isso. Contudo, tal procedimento ainda parece válido e possível, na medida em que se insere no limite de disponibilidade de direito das partes (autonomia privada).

É certo, porém, que deve haver ajuste expresso nesse sentido, sem possibilidade de presunção, ou de imposição do credor, o que acarretaria abuso de direito (art. 187). Haveria tal abuso, por exemplo, se a instituição financeira incluísse em determinado contrato que os pagamentos efetuados pelo mutuário seriam primeiro destinados a quitar dívida ainda não vencida, mas com juros reduzidos - porque subsidiados, por exemplo -, em lugar da quitação de outro débito vencido, mas com maior taxa de juro - como cheque especial.

Jurisprudência: Cheque. Ação declaratória de inexigibilidade. Pagamento do título mediante dois depósitos bancários feitos em favor da ré. Alegação desta de que tais depósitos referem-se a outro título, vencido posteriormente. Inadmissibilidade. Assertiva não provada e que não prevaleceria, porquanto os depósitos efetuados perfazem exatamente o valor do cheque em questão. Incidência da regra sobre imputação do pagamento prevista no art. 352 do Código Civil. Procedência parcial da ação que deve ser mantida. Recurso da ré improvido. (TJSP, Ap. n. 1.155.190.700, 14ª Câ. de Direito Privado, rel. Thiago de Siqueira, j. 11.06.2008)

Alienação fiduciária em garantia. Ação de consignação em pagamento julgada procedente. Apelo do réu. Interesse de agir da autora presente. Alegação de haver o credor condicionado o recebimento de prestações à quitação de outra dívida. Saldo devedor em conta corrente. Exigência ilegal. Art. 352 do CC/2002. Contestação intempestiva desentranhada. Fato constitutivo do direito da autora incontroverso. Art. 319 do CPC. Procedência da ação que se impunha. Quitação limitada aos valores depositados. Ressalva. Honorários advocatícios excessivos. Redução. Apelo parcialmente provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.136.501.009, 36ª Câ. de Direito Privado, rel. Dyrceu Cintra, j. 27.03.2008)

Art. 353. Não tendo o devedor declarado em qual das dívidas líquidas e vencidas quer imputar o pagamento, se aceitar a quitação de uma delas, não terá direito a reclamar contra a imputação feita pelo credor, salvo provando haver ele cometido violência ou dolo.

CC/1916: art. 992.

Verifique-se que a imputação será feita pelo credor se estiverem presentes dois requisitos:

- a) o devedor quita e não indica qual das dívidas quer saldar; e
- b) o devedor aceita a quitação de uma delas oferecida pelo devedor.

Assim, se o devedor não aceita a quitação de determinada dívida e exige a de outra, estará, a rigor, fazendo ele próprio a imputação. Se, no entanto, aceitar a quitação de uma dívida que não lhe convém, só poderá reclamar da imputação se demonstrar violência ou dolo do credor.

A restrição do artigo às hipóteses de violência ou dolo, contudo, não exclui o reconhecimento de outros defeitos do negócio jurídico, ainda que se considere que a quitação é ato jurídico lícito, por força do disposto no art. 185 deste Código. Dessa forma, também o erro poderá autorizar a reclamação, desde que identificados os requisitos do art. 138 do Código Civil. Por exemplo, o credor de uma indenização por dívida decorrente de redução de capacidade de trabalho imputa o pagamento nas pensões mensais que o réu lhe deve, e este a aceita, porque supõe que se trata de dívida de alimentos, cujo não pagamento autoriza a prisão

do inadimplente. No entanto, os juros incidentes sobre a indenização dos danos materiais e morais são os da taxa Selic - porque assim foi estabelecido na decisão judicial de maneira que lhe seria mais conveniente quitar os juros vencidos até o momento, e não as pensões mensais mais recentes - até porque, admita-se, os juros mais recentes da taxa Selic são mais reduzidos. Na hipótese aventada, teria havido erro de direito do devedor, que poderia reclamar da imputação aceita, ainda que não havendo dolo ou violência. A coação e o dolo estão contemplados no presente artigo.

Se ocorrerem os demais defeitos tipificados na Parte Geral - fraude contra credores e simulação não encontrarão obstáculo no presente dispositivo, porque o destinatário da norma é apenas o devedor, e não há limitações impostas a terceiros, como são as vítimas de fraude ou simulação. Não se diga que a imputação é negócio unilateral, pois o próprio dispositivo cuida de ressaltar a necessidade de aceitação dela pelo devedor.

Jurisprudência: Ação monitória. Cobrança. Valores referentes a compra e vendas mercantis de combustíveis e lubrificantes, que só eram fornecidos mediante pagamento antecipado. Prova dos autos no sentido de que, a despeito da possibilidade de outros créditos em favor da autora, a dívida em questão se encontra paga, pois os depósitos bancários feitos correspondem exatamente aos das notas fiscais em cobrança. Impossibilidade, portanto, da imputação de pagamento por parte da credora, pois isso só seria possível se não tivesse havido indicação alguma por parte da devedora (art. 353, Código Civil). Embargos acolhidos. Recurso provido para tal fim. (TJSP, Ap. n. 7.212.532.900, 11ª Câmara de Direito Privado, rel. Gilberto dos Santos, j. 06.03.2008)

Alimentos. Provisórios. Pagamento realizado mediante depósito bancário e judicial. Existência, todavia, de contrato de locação celebrado entre as partes. Atraso no pagamento de alugueres verificado. Inexistência de qualquer estipulação da destinação do depósito bancário realizado. Notificação extrajudicial enviada ao executado informando-o da imputação do pagamento (parte do aluguel devido). Validade. Art. 353 do novo Código Civil. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 454.313-4/0-00/SP, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Luiz Antonio do Godoy, j. 15.08.2006, v.u., voto n. 12.416)

Juros. Capitalização. Pretensão à capitalização de juros no cálculo do débito. Descabimento. Suspensão do art. 5º da MF n. 2.170-36, por liminar na ADIn n. 2.316-1. Aplicabilidade da Súmula n. 121 do STF. Pretensão afastada. Juros. Capitalização. Alegação de que não se aplica ao caso o método de amputação do pagamento primeiro aos juros e depois ao capital. Descabimento. Hipótese em que a dívida em questão é ilíquida, uma vez que decorre de contrato de abertura de crédito em conta-corrente, o que exclui a aplicação da mencionada regra. Arts. 991 e 993 do CC/1916. Pretensão afastada. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 7.105.257-8, rel. Des. Rubens Cury, j. 02.10.2007)

Não incide a regra prevista no art. 354 do Código Civil, que prevê a imputação do pagamento dos juros antes do débito principal, pois os contratos do SFH são regidos por legislação especial. (STJ, REsp n. 815.062, rel. Min. Castro Meira, j. 04.04.2006)

Art. 354. Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital.

A regra não exclui, como se vê, que as partes ajustem que o pagamento do capital se dará antes dos juros. Desse modo, somente quando o devedor não fizer a imputação, nem houver imputação expressa feita pelo credor com aceitação do devedor (art. 352) este dispositivo terá incidência. O dispositivo só incide nos casos em que as dívidas a serem pagas sejam o próprio capital e os juros respectivos. Não incide quando se tratar de juros de determinada dívida e capital de outra, mas é certo que esse caso pode sujeitar-se à incidência analógica ou subsidiária deste artigo.

Jurisprudência: Processual civil. Tributário. Recurso especial. Execução contra a Fazenda Pública. Precatório. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Art. 354 do Código Civil. Regra da imputação do pagamento. Aplicabilidade, por se tratar de conta destinada à expedição de precatório para pagamento de valor que, devido à existência de erro material no primeiro cálculo, não foi pago na sua integralidade. 1 - É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2 - No julgamento do REsp 796.431/RS, esta relatora já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que "o valor a ser atualizado para a expedição do precatório complementar é único, composto de todas as parcelas que integraram a condenação inicial (principal, juros, honorários etc). Uma vez atualizado o valor do precatório, frise-se, apenas em relação às diferenças apuradas no período em que o valor do crédito permanecia sem qualquer atualização monetária, estarão automaticamente atualizadas todas as parcelas que o integravam. Por esse mesmo motivo, não há falar em nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tampouco em aplicação da norma contida no art. 993 do Código Civil de 1916, a qual dispõe que, 'havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e, depois, no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital.'" 3 - Na hipótese, entretanto, não se trata de precatório complementar destinado ao pagamento de diferenças apuradas no período em que o valor do crédito, antes das alterações promovidas pela EC 30/2000, permanecia sem qualquer atualização monetária. 4 - Trata-se, no caso, de conta destinada à expedição de precatório para pagamento de valor que, devido à existência de erro material na primeira conta, não foi pago na sua integralidade. 5 - Com efeito, conforme relata a própria recorrente, "expedida requisição, foram pagos valores em maio de 2004. Referida requisição foi expedida constando equivocadamente como data base para a correção monetária e inclusão de juros setembro de 2000, quando deveria ter constado setembro de 1996, restando diferença remanescente a ser paga, não passível de confusão com complementação de precatório por ausência de correção monetária ou juros da data da expedição até a data do pagamento*". 6 - Nessa hipótese, contrariamente à orientação apresentada no julgamento do REsp 796.431/RS, entende-se que deve incidir a regra da imputação do pagamento prevista no art. 354 do Código Civil, consoante precedentes desta Corte Superior: REsp 665.871/SC, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 19.12.2005; REsp 688.725/SC, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 19.11.2008.7 - Recurso especial desprovido. (STJ, REsp n. 1.106.575, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. 16.06.2009, DJ 05.08.2009)

Contrato bancário. Abertura de crédito rotativo em conta-corrente. Hipótese em que foi constatado pela perícia contábil que os créditos mensais feitos em conta-corrente prestaram-se à amortização dos juros relativos ao mês anterior. Inexistência de incorporação dos juros ao débito acumulado. Adoção da regra da imputação do pagamento, pois, havendo capital e juros o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos e depois no capital, ressalvada expressa pactuação em sentido contrário, o que não se verifica na espécie. Inte-

ligência do artigo 354 do Código Civil. Situação em que os juros não estarão sendo agregados ao débito acumulado e sobre o qual serão calculados os juros do mês seguinte, inexistindo, portanto, afronta às regras contidas no artigo 4º do Decreto n. 22.626/33 ou na Súmula n. 121 do Supremo Tribunal Federal. Capitalização em periodicidade inferior à anual não verificada. Sentença mantida. Recurso improvido. Contrato bancário. Abertura de crédito rotativo em conta-corrente. Juros remuneratórios. Hipótese em que há expressa pactuação da taxa de juros compensatórios. Inadmissibilidade de sua limitação. Incidência da Lei n. 4.595/64, que estabelece a submissão das instituições financeiras às regras editadas pelo Conselho Monetário Nacional. Necessidade, tão somente, de recálculo do débito com a finalidade de estrita observância, mês a mês, da taxa mensal de juros pactuada, afastada a admissibilidade de sua aplicação pela média. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Recurso provido, em parte. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 7.341.392.200, rel. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 25.05.2009)

Ação monitória. Contrato bancário. Juros. Capitalização mensal.

1 - Os contratos celebrados antes da vigência da MP n. 2.170-36/2001 não comportam capitalização de juros em períodos inferiores a um ano, ainda que expressamente pactuada.

2-0 art. 354 do Código Civil Brasileiro garante ao credor o direito de, primeiro, imputar o pagamento nos juros vencidos e, depois, no capital. (TFR, Ap. cível n. 200570000233780/PR, 3ª T., rel. Roger Raupp Rios, j. 29.07.2008)

O segundo ponto diz com a imputação de pagamento com a alegação de que o julgado "acabou privilegiando a amortização do capital a cuja restituição está obrigado o mutuário à amortização dos juros incidentes sobre o capital que deve ser restituído" [...]. A impugnação vem com base no art. 993 do Código Civil. Com razão também neste ponto a instituição financeira. É que o sistema legal não agasalha a solução aventada no julgado para assegurar o que chamou de "regular amortização" [...]. A Corte já assentou que o "sistema de prévio reajuste e posterior amortização do saldo devedor não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que, de um lado, deve o capital emprestado ser remunerado pelo exato prazo em que ficou à disposição do mutuário, e, de outro, restou convencionado no contrato que a primeira parcela será paga apenas no mês seguinte ao do empréstimo do capital" (STJ, REsp n. 427.329/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 09.06.2003). Ora, o acórdão reconhece essa circunstância [...], mas cuida de criar um sistema próprio para adequar a dívida para que o mutuário mantenha "regular o nível de amortização do financiamento" [...] pondo os juros em conta apartada, atualizada de acordo com o contrato. Mas esse sistema, de fato, deixa fora de alcance aquele previsto para o financiamento no âmbito da aquisição da casa própria, além de, no meu entender, malferir a regra do art. 993 do Código Civil de 1916, 342 do vigente. (STJ, REsp n. 788.406, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21.11.2006). Nota do autor: o acórdão faz menção ao art. 342, embora aparentemente tenha querido se referir ao 354.

Embargos à ação monitória. Cédula de crédito bancário. Capitalização de juros. Possibilidade. Depósitos efetuados pelo autor para quitação dos juros do mês anterior. Hipótese em que tais depósitos serviram para quitação dos juros e depois do capital. Inteligência do art. 354 do novo Código Civil. Viabilidade de capitalização de juros mensalmente a partir da 31.03.2000, após MP n. 1.963-17/2000. Hipótese em que o contrato foi renovado a partir desta data, sendo possível a exigência de juros capitalizados a partir de então. Embargos improcedentes. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 7.099.345-4, rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 06.12.2006)

Com efeito, "Na hipótese do usuário do cartão efetuar a quitação apenas do valor mínimo constante na fatura, tem-se o pagamento por imputação primeiro nos juros vencidos e

depois no capital, conforme inteligência do art. 993 do Código Civil de 1916 e art. 354 do Código Civil de 2002, circunstância que afasta a ocorrência de capitalização, porquanto com o pagamento, estão solvidos os juros, não se afigurando a contagem de juro sobre juro. Contudo, quando não há pagamento, há capitalização, pois os juros são incorporados ao saldo devedor, passando a compor a base de cálculo sobre a qual incidirão novos juros." (TJPR, Ap. cível n. 301.370-7, Ac. n. 6.326, 15ª Câmara Cível, rel. p/ acórdão Des. Hayton Lee Swain Filho, j. 22.11.2006, DJ 12.01.2007). (TJSP, Ap. n. 7.145.977-7, rel. Des. Melo Colombi, j. 03.10.2007)

Dívidas não vencidas e líquidas não podem ser objeto de imputação de pagamento. (TJSP, Ap. n. 7.076.658-8, rel. Des. Ligia Araújo Bisogni, j. 22.08.2007)

Contrato. Prestação de serviços bancários. Abertura de crédito em conta-corrente. Revisional. Insurgência contra aplicação da teoria da imputação do pagamento (art. 354 do Código Civil). Fato que, no âmbito da devolutividade recursal, não constitui óbice ao provimento do recurso, para julgar procedente a demanda. Recurso provido, com observação. (TJSP, Ap. cível n. 7.048.991-7/Araçatuba, 22ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Campos Mello, j. 02.05.2006, v.u., voto n. 13.813)

Evidentemente, em liquidação de conta-corrente, os débitos são lançados diariamente, com fechamento, normalmente, em períodos mensais. Efetuando depósitos aleatórios no decorrer do período e sempre em valor fracionados e inferiores ao montante do débito principal, não há como o correntista imputar o pagamento [...], consoante a lição do item b retromencionado [...]. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.059.022-4, rel. Des. Andrade Marques, j. 27.02.2007)

Juros. Capitalização. Alegação da que não se aplica ao caso o método da imputação do pagamento primeiro aos juros e depois ao capital. Cabimento. Hipótese em que a dívida em questão é ilíquida, uma vez que decorre de contrato de abertura de crédito em conta-corrente, o que exclui a aplicação da mencionada regra. Arts. 362 e 354 do nCC. Ação procedente, ordenando-se o recorrido a efetivar a repetição do indébito. Recurso provido para esse fim. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.050.086-2, rel. Des. Rubens Cury, j. 30.11.2006)

Aplica-se a regra contida no art. 993 do Código Civil no caso do débito envolver capital e juros, imputando-se o pagamento aos juros vencidos, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital. (JTA 186/442)

Art. 355. Se o devedor não fizer a indicação do art. 352, e a quitação for omissa quanto à imputação, esta se fará nas dívidas líquidas e vencidas em primeiro lugar. Se as dívidas forem todas líquidas e vencidas ao mesmo tempo, a imputação far-se-á na mais onerosa.

CC/1916: art. 994.

O dispositivo, como sua primeira parte revela, incide sobre os casos em que nem o devedor, nem o credor fazem a imputação. Não havia necessidade de dizer que o pagamento compreenderia as dívidas líquidas e vencidas, pois isso já resulta da interpretação da parte final do art. 352. O legislador, porém, quis eliminar a possibilidade de se sustentar que a dívida mais onerosa não vencida pudesse ser considerada quitada antes daquela, menos onerosa, mas já vencida. O credor tem direito de considerar quitadas as dívidas vencidas e líquidas antes das não vencidas ou ilíquidas, a despeito da maior onerosidade, como, aliás, revela o art.

352, que só contempla a imputação de dívidas vencidas e líquidas. Anote-se que as partes podem, livremente, estabelecer o contrário (ver comentário ao art. 352), mas esse artigo dispõe sobre os casos em que nada é convencionado a respeito.

Jurisprudência: Duplicatas. Depósito bancário realizado pela devedora. Inexigibilidade das cópias. Não reconhecimento. Escorreita a decisão do juízo monocrático que não reconheceu o comprovante de depósito bancário enquanto prova de pagamento dos títulos objurgados, haja vista a existência de outras obrigações constituídas entre as partes, aplicando, por conseguinte, ao caso, a regra de imputação de pagamento plasmada no artigo 355, primeira parte, do Código Civil. (TJSP, Ap. cível n. 7.239.268.800, rel. Renato Siqueira De Pretto, j. 19.02.2009)

Processual civil e administrativo. Execução de sentença. Forma de imputação dos pagamentos administrativos. Conforme o disposto na parte final do art. 355 do Código Civil, os pagamentos efetuados devem ser imputados primeiro na dívida mais onerosa. Os pagamentos feitos na via administrativa devem ser imputados primeiro no principal, iniciando pelas parcelas mais antigas, e depois nos juros. Com o pagamento ocorre a quitação parcial do débito, deixando de haver mora sobre a parcela quitada. (TRF, 4ª Região, AI n. 2008.04.000.408.061, rel. Márcio Antônio Rocha, j. 18.02.2009)

Embargos à execução de prestação alimentícia. Cobrança da multa (10%) prevista em acordo em caso de atraso no pagamento das prestações mensais. Admissibilidade. Depósitos realizados sempre com atraso o que justifica e autoriza a incidência da penalidade. Possibilidade do levantamento pelo exequente da importância depositada, tendo em vista que os embargos foram recebidos somente no efeito devolutivo e por se tratar de dívida alimentar. Recurso do embargado parcialmente acolhido para incluir no débito o valor referente ao mês de agosto de 2006, posto que o pagamento realizado diz respeito a prestação anterior, ainda não quitada e deve a ela ser imputado. Inteligência dos arts. 352 e 355 do Código Civil. Sentença reformada. Recurso do embargante improvido e provido em parte aquele interposto pelo embargado. (TJSP, Ap. com revisão n. 5.398.644.200, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Salles Rossi, j. 24.04.2008)

Locação. Despejo por falta de pagamento. Purgação da mora através de dação em pagamento. Aceitação. Faculdade do locador. Recurso não provido. Salvo disposição contratual em contrário, não tem o locador obrigação de aceitar, para pagamento de aluguel convencionado em pecúnia, prestação de natureza diversa, ainda que mediante dação em pagamento. (TJSP, Ap. cível n. 770.199-0/8/Franca, 29ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Sebastião Oscar Feltrin, j. 04.05.2005, v.u.)

CAPÍTULO V DA DAÇÃO EM PAGAMENTO

Art. 356.0 credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

CC/1916: art. 995.

Ao contrário do art. 995 do Código revogado, o presente dispositivo admite a dação em pagamento mesmo nas dívidas que não sejam em dinheiro - embora tal providência já fosse admitida, pois se insere nos limites da autonomia privada. A dação implica extinção da obri-

gação originalmente contraída pelo devedor mediante concordância do credor em receber outra prestação, distinta da convencionada: por exemplo, aceita receber em serviços prestados pelo devedor, que lhe devia dinheiro ou concorda em dar quitação de dívida de dinheiro ao receber um quadro de um pintor consagrado.

Não há contradição entre este dispositivo e o art. 313, porque não se trata de obrigar o credor a receber prestação diversa da estipulada, mas sim de contar com seu consentimento na entrega de prestação diversa, o que inclui a dação em pagamento entre os negócios jurídicos bilaterais - conjugação das vontades destinada a extinguir direitos de natureza patrimonial. A aceitação do credor é essencial à validade da dação. Distingue-se da novação, porque acarreta o adimplemento da prestação, diversamente desta última, em que nova obrigação ainda não adimplida substitui a anterior, igualmente não cumprida.

Jurisprudência: Não admitindo que o credor seja compelido a aceitar coisa diversa da que lhe é devida: TJSP, Ap. cível n. 7.305.171.700, rel. Soares Levada, j. 27.11.2008; TRF, 1ª Região, Ap. cível n. 2000.34.000.186.120, rel. Juíza Mônica Neves Aguiar da Silva (conv.), j. 26.08.2009.

Negando a dação compulsória de pedras preciosas em substituição a dinheiro: TJSP, Ap. n. 1.195.147.800, 14ª Câmara de Direito Privado, rel. Virgílio de Oliveira Júnior, j. 13.08.2008.

Negando a dação compulsória de mercadorias em substituição a dinheiro: TJSP, Ap. c/ revisão n. 979.503-0/0, rel. Des. César Lacerda, j. 04.09.2007.

Administrativo e civil. Contrato de concessão de uso de área. Previsão de pagamento em espécie. Ação objetivando a dação em pagamento das obrigações ao portador emitidas pela Eletrobrás. Impossibilidade face ao não consentimento dos credores. Antecipação da tutela. Descabimento, no caso. I - O direito obrigacional estabelece que o credor de certo bem ou valor não pode ser obrigado a receber coisa diversa da devida, ainda que mais valiosa (art. 313 do CC de 2002, antigo art. 863 do CC de 1916), e, também, de que não ocorre dação em pagamento sem assentimento do credor (art. 356 do novo Código Civil, antigo art. 995 do CC de 1916). Quanto ao CTN, as formas de extinção do crédito tributário são bem claras (art. 97, VI) e, fora as hipóteses previstas, opera-se a regra estabelecida no Código Civil.

II - Havendo previsão contratual de pagamento em espécie e tendo em vista a recusa dos credores em receber coisa diversa (no caso, as obrigações ao portador emitidas pela Eletrobrás), não se fazem presentes os pressupostos para a concessão da tutela antecipada (sobretudo em face da notória ausência de verossimilhança nas alegações da autora da ação), razão pela qual o agravo há de ser improvido. III - Agravo de instrumento improvido. (TFR, 2ª Região, AI n. 107.344, 5ª T. Especializada, rel. Des. Federal Antonio Cruz Netto, j. 30.04.2008, DJU 12.05.2008, p. 661)

Tributário. Títulos da dívida agrária. Extinção do crédito tributário. Dação em pagamento. Impossibilidade. Necessidade de consentimento do credor. Arts. 3º, 141 e 156 do CTN.

I - A dação em pagamento é um instituto de direito civil que prevê a anuência do credor, ou seja, constitui uma faculdade do credor concordar com a substituição do dinheiro por coisa, nos termos do art. 356 do Código Civil. A Fazenda Pública não pode ser obrigada a aceitar esta forma negociada de quitação de obrigações, exceto se houver expressa autorização legal (art. 141 do CTN), por contrariar os princípios que norteiam a administração pública.

II - Mesmo com o advento da Lei Complementar n. 104/2001, que acrescentou o inciso XI ao art. 156 do CTN, o qual possibilitou "a dação em pagamento em bens imóveis, na forma

e condições estabelecidas em lei", continuou a Fazenda Pública sem poder aceitar bens que não sejam imóveis, além de ter de observar a forma e condições, estabelecidas em lei ordinária, da pessoa titular do crédito.

III - O art. 3º do Código Tributário Nacional dispõe que as obrigações de natureza tributária devem ser adimplidas por intermédio de pecúnia, sendo esta a sua forma exclusiva de pagamento. As TDA's não possuem valor líquido apurável, nem cotação em bolsa, sendo de difícil circulação e desinteressantes para o mercado, não estando a Fazenda Nacional obrigada a receber os referidos títulos.

IV - Apelação improvida. (TFR, 5ª Região, Ap. cível n. 445.409, 4ª T., rel. Des. Federal Marco Bruno Miranda Clementino, j. 17.06.2008, *DJ* 07.07.2008, p. 128)

Locação. Despejo por falta de pagamento. Purgação da mora através de dação em pagamento. Aceitação. Faculdade do locador. Recurso não provido. Salvo disposição contratual em contrário, não tem o locador obrigação de aceitar, para pagamento de aluguel convencionalizado em pecúnia, prestação de natureza diversa, ainda que mediante dação em pagamento. (TJSP, Ap. cível n. 770.199-0/8/Franca, 29ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Sebastião Oscar Feltrin, j. 04.05.2005, v.u.)

A recusa do credor prejudica o pedido de dação em pagamento. O credor não pode ser obrigado a aceitar a substituição da garantia de bem previamente negociado entre as partes. O Poder Judiciário não pode suprir o consentimento do credor. Recurso improvido. (TJDF, Ap. cível n. 2004.02.002577-3/DF, rel. Des. Iran de Lima, j. 13.11.2006)

Reconvenção. Mora confessada. Cláusula contratual dispondo que, no caso de inadimplência, os bens ali descritos seriam entregues à requerida como forma de quitação da dívida. Procedência. Confessado o débito e havendo cláusula expressa no contrato no sentido de que a falta de pagamento das prestações ajustadas, ensejaria a entrega dos bens ali escritos, à reconvinte (requerida) como forma de quitação da dívida, a procedência da pretensão era de rigor. (TJSP, Ap. com revisão n. 883.784-0/2, rel. Des. Irineu Pedrotti, j. 31.01.2007)

Devedora que, em mora, já ajuizada ação de busca e apreensão pelo credor, pretende, em procedimento autônomo, dar em pagamento título da dívida pública, em lugar do bem alienado em garantia. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida, com o conseqüente indeferimento da petição inicial, por sentença, dado que não se pode impor ao credor a aceitação da substituição proposta. (II TAC, Ap. n. 733.893-00/4, rel. Juiz Sá Duarte, j. 10.04.2002)

A declaração de entrega do veículo não menciona valores, nem encerra quitação, logo, não pode valer como dação em pagamento. Inviável, portanto, reconhecer a extinção da obrigação, e não sendo seguido o procedimento ditado pelo Decreto-lei n. 911/69, impossível adiantar-se a respeito de eventual cabimento de extinção do processo. Em consequência, não há razão jurídica comprovada para ser o devedor excluído do cadastro negativo de entidade de proteção ao crédito. (II TAC, AI n. 716.350-00/2, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 12.12.2001)

Na ação de consignação em pagamento, o credor não está compelido a receber coisa diversa do objeto da obrigação. Assim, pode ele exigir o adimplemento da obrigação pecuniária por meio de pagamento em dinheiro, não estando obrigado a aceitar o depósito judicial de título de dívida pública. (STJ, REsp n. 323.411, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 19.06.2001)

A ação de consignação em pagamento não tem por objeto proposta de dação em pagamento, ou seja, substituição das prestações em dinheiro por pedras preciosas. (II TAC, Ap. n. 645.008-00/0, rel. Juiz Ferraz Felisardo, j. 29.08.2000)

Art. 357. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.

CC/1916: art. 996.

São as regras da compra e venda que incidem sobre os casos em que as partes estabelecem o preço do bem dado em pagamento. Assim, o negócio da dação será uma compra e venda, em que o devedor ocupa a posição do vendedor e o credor, a do comprador.

Se não houver indicação de valor específico do bem dado em pagamento, mas houve intenção de dar em pagamento e aceitação do bem, será imperioso o reconhecimento da quitação, só sendo possível prevalecer eventual saldo se as partes convencionarem a respeito.

Jurisprudência: Dação em pagamento. Uma vez fixado pelas partes o valor da coisa dada em pagamento, aplicável as regras do contrato de compra e venda, sendo de responsabilidade do vendedor os débitos anteriores à tradição. Improcedência da ação que se mantém. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.108.999.001, rel. Cláudio Teixeira Villar, j. 09.06.2009)

Dação em pagamento. Extinção da obrigação, se o preço da coisa dada não for determinado.

Não havendo as partes determinado o preço da coisa dada em pagamento, não se aplica à espécie o art. 996 do Código Civil. Não havendo sido determinado o preço do feijão em sacas, recebido pelo apelado do apelante, ocorreu a substituição de uma prestação pela outra, efetuando-se o pagamento com coisa diversa, *aliud pro alio*, que caracteriza a *datio in solutum*.

O efeito produzido é a extinção da obrigação, qualquer que seja o valor da coisa dada em substituição. Não importa que valha mais ou menos do que a quantia devida. Se valer menos, o credor não poderá exigir a diferença. Se valer mais, o devedor não terá o direito de exigir a restituição do excedente (gomes, Orlando. *Obrigações*, 3. ed. p. 138). O recebimento do feijão por conta dos juros pressupunha a ressalva expressa do apelado, com a quitação parcial, subsistindo a obrigação pelo restante (pereira, Caio Mário da Silva. *Teoria geral das obrigações*, 3. ed., p. 187). Não tendo havido ressalva alguma do apelado, que não forneceu ao apelante quitação parcial, operou-se o efeito liberatório da dação em pagamento em relação à totalidade da obrigação. (I TAC, Ap. n. 460.179/6, 1ª Câ., rel. Juiz Paulo Eduardo Razuk, j. 15.06.1992)

A declaração de entrega do veículo não menciona valores, nem encerra quitação, logo, não pode valer como dação em pagamento. Inviável, portanto, reconhecer a extinção da obrigação, e não sendo seguido o procedimento ditado pelo Decreto-lei n. 911/69, impossível adiantar-se a respeito de eventual cabimento de extinção do processo. Em consequência, não há razão jurídica comprovada para ser o devedor excluído do cadastro negativo de entidade de proteção ao crédito. (II TAC, AI n. 716.350-00/2, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 12.12.2001)

Art. 358. Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.

CC/1916: art. 997.

Este artigo trata das hipóteses em que o título de crédito é de emissão do próprio devedor. Segundo Renan Lotufo, embora pareça, não se trata de uma novação, pois a nova obrigação subsiste ao lado da antiga, “servindo a mais recente como forma mais rápida de realização do crédito” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 335).

Se o título dado em pagamento houver sido emitido por terceiro, a afirmação de que se trata de cessão de crédito significa que a transferência do título de crédito não se sujeita às regras cambiárias do endosso. Assim, o portador não pode valer-se da inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé, pois, regendo-se a relação jurídica pela cessão de crédito, serão oponíveis ao portador - cessionário do título por força da dação em pagamento as mesmas exceções de que ele dispunha contra o credor originário até que venha a ter conhecimento da transferência (art. 294).

Observe-se que isso só se verifica porque a entrega do título pelo devedor ao credor configurou cessão, e não endosso, nos termos do dispositivo ora em exame. O comentário ao art. 294 é pertinente à interpretação e aplicação do presente dispositivo. Maria Helena Diniz observa que, nessa hipótese, o cedido deve ser notificado, de acordo com o disposto no art. 290, e o devedor fica responsável pela existência do débito dado em pagamento (art. 295) (*Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 270). A autora conta com a concordância de Judith Martins-Costa (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, 1.1, p. 497).

Jurisprudência: Embargos à execução. Títulos extrajudiciais (duplicatas). Alegação de que a dação em pagamento de cheques de terceiro ainda que não compensados extingue a dívida, outorgando-lhe quitação, conforme art. 358 do Código Civil. Descabimento. Apenas quando efetivamente recebido o valor cobrado, em dinheiro, ou se compensados os cheques extinguir-se-ia a dívida, pois os títulos foram dados *in solvendum*. *In casu*, como não houve nenhum recebimento e foi frustrada a compensação dos cheques por ausência de fundos, nenhum pagamento ocorreu, remanescendo a dívida representada pelas duplicatas. Improcedência dos embargos de rigor. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 7.359.905.400, rel. Gilberto dos Santos, j. 25.06.2009)

Recurso tempestivo, regularmente processado e respondido. É o relatório. Houve cessão de crédito, como destacado na r. sentença. A própria inicial informa que, por conta da dívida, a apelante recebeu da apelada cheques emitidos por terceiro e tentou receber os respectivos valores, donde se infere inequivocamente que os recebeu como parte do pagamento. O credor consentiu em receber prestação diversa da originalmente devida. E sendo título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importa em cessão (arts. 995 e 997 do Código Civil antigo, e arts. 356 e 358 do Código Civil em vigor). É, portanto, cessão de crédito por expressa definição legal, que independe da celebração de instrumento público ou particular, ou de notificação e ciência do devedor originário. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.017.319.600, 17ª Câ. de Direito Privado B, rel. Jairo Oliveira Júnior, j. 27.10.2005)

Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.

CC/1916: art. 998.

A evicção está disciplinada nos arts. 447 a 457 deste Código. Se ela se verificar quanto ao bem entregue em dação, as consequências não serão as previstas no art. 450, mas sim a sua desconsideração, para que se restabeleça a obrigação primitiva. Com isso, as consequências do inadimplemento desta é que serão impostas aos inadimplentes, e não as que da evicção decorreram.

A incidência das demais disposições da evicção à dação é reconhecida neste dispositivo, de maneira que o devedor que adimplir sua prestação por intermédio da dação pode pactuar reforço, diminuição ou exclusão da responsabilidade (art. 448), sujeitando-se, nesse caso, ao disposto no art. 449. Também poderá optar entre o restabelecimento da obrigação primitiva e sua quitação parcial, se a evicção for parcial, tendo em vista o disposto no art. 455. Finalmente, poderá proceder à denúncia por saltos aos anteriores proprietários do bem e deixar de resistir à ação do evictor, se o devedor que lhe deu o bem em pagamento não atender à denúncia (arts. 455 e segs.).

Jurisprudência: Nulidade de doação e obrigação de fazer consistente na outorga de escritura pública de imóvel. Pretensão baseada em instrumento particular de dação em pagamento de imóvel posteriormente doado a outrem. Determinação de emenda da petição inicial para adequação do pedido e integração na lide da esposa do autor (art. 10, *caput*, CPC). Dação não revestida da forma essencial à validade do negócio jurídico (artigos 104, III, 108 e 166, IV, Código Civil). Modo extintivo de obrigação que, à vista da determinação do preço da coisa dada em pagamento, se rege pelas normas do contrato de compra e venda (art. 357, mesmo Código). Dação não equiparável a contrato preliminar. Evicção da coisa recebida em pagamento suscetível de restabelecer a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação (art. 359, Código referido). Caso concreto a não ensejar obrigação de fazer conducente à outorga de escritura. Possibilidade, tão só, à vista do restabelecimento do *status quo ante*, do aparelhamento de ação de fraude contra credores, a par do exercício de direito ínsito às consequências do inadimplemento. Situação que não traduz ação sobre direito real imobiliário, a prejudicar questão relativa ao art. 10, *caput*, do CPC. Recurso desprovido, na parte não prejudicada. (TJSP, AI n. 6.317.824.900, rel. Vicentini Barroso, j. 17.03.2009)

Dação em pagamento. Evicção. Apreensão de automóvel dado como parte de pagamento na aquisição de outro veículo. Quitação inoperante e subsistência da obrigação primitiva. Responsabilidade do comprador admitida pela entrega de cheque no valor correspondente ao bem apreendido. Ação monitória procedente. Declaração inexigibilidade da dívida, inadmissível diante do que dispõe o art. 359 do Código Civil. Recurso não provido. Litigância de má-fé. Indenização. Admissibilidade. Utilização de todos os meios processuais à disposição para procrastinar o cumprimento de obrigação, que sabia a parte ser líquida e certa. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 1.052.085.700, 20ª Câ. de Direito Privado, rel. Bernardo Mendes Castelo Branco Sobrinho, j. 10.12.2007)

CAPÍTULO VI DA NOVAÇÃO

Art. 360. Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

Na novação, credor e devedor ajustam nova obrigação com a intenção deliberada (ânimo de novar) de substituir a obrigação anterior. Nem a prestação original nem a nova prestação assumida são cumpridas, de modo que há substituição de uma obrigação pendente por outra igualmente pendente - vale dizer, ainda devida pelo devedor. Embora não tenha recebido a primeira prestação que lhe era devida, o credor aceita que ela seja considerada extinta, porque só poderá exigir o adimplemento da obrigação que a substituiu.

Trata-se, portanto, de um modo extintivo, mas não satisfativo, da obrigação. Sua natureza é sempre contratual, pois não pode ser imposta pela lei. Para que a novação se caracterize, são necessários os requisitos seguintes:

- a) existência de uma primeira obrigação;
- b) uma nova obrigação; e
- c) intenção de novar (*animus novandi*).

São espécies de novação:

a) objetiva, que compreende a substituição do objeto da prestação, mantendo-se as mesmas partes da obrigação;

b) subjetiva, que estabelece a substituição do credor (ativa) ou do devedor (passiva);

e

c) mista, que se caracteriza pela substituição tanto das partes quanto do objeto.

O inciso I do presente dispositivo refere-se à novação objetiva, em que se substitui a própria dívida, mantendo-se as partes inalteradas: por exemplo, Milton devia R\$ 100,00 a Mauro, que aceita a oferta de que Milton lave seus carros no próximo final de semana. Verifique-se que a novação objetiva consiste em uma modificação substancial do objeto ou em sua natureza. Assim, se a modificação é de pouca significância para o conteúdo da prestação, não há novação, como ocorre quando o devedor aceita parcelar uma dívida à vista, quando concorda em fazer pequeno abatimento de valor, ou quando há reforço de garantia. A novação objetiva também pode resultar da mudança da natureza da obrigação. Por exemplo, José celebra promessa de venda de um imóvel a Pedro, que não consegue pagar todas as parcelas do preço. Assim, José e Pedro concordam em modificar a promessa de compra e venda para um contrato de locação e os valores que Pedro pagou a José são abatidos dos aluguéis. Desse modo, extinguiu-se a promessa, que foi substituída pela locação (novação objetiva, na medida em que as obrigações de prometer a escritura definitiva e a de dar imóvel em locação são substancialmente distintas).

Já a novação subjetiva pode ser ativa (credor) ou passiva (devedor). Será passiva no caso do inciso II deste artigo, no qual um novo devedor assume nova obrigação em relação ao credor, reconhecendo-se, em consequência, a quitação do primitivo devedor. Cumpre observar que a novação subjetiva passiva pressupõe não apenas um novo devedor, mas também que ele assuma uma nova obrigação, distinta da original, em relação ao credor. Se a obrigação for a mesma, o caso será de assunção de dívida, o que é disciplinado nos arts. 299 a 303.

De todo modo, tanto na assunção quanto na novação subjetiva passiva, é essencial a concordância do credor, sob pena de invalidade do negócio, pois o interesse do credor na solvência de seu devedor justifica a indispensabilidade de sua anuência. Diversamente, a novação prevista no inciso III é subjetiva e ativa, amparada na substituição de um credor por outro, aliada à substituição da obrigação, sob pena de caracterizar-se cessão de crédito (arts. 286 a 298). Nos dois casos de novação subjetiva, a prestação deve ser modificada de modo substancial, caso contrário, não haverá novação, mas sim assunção de dívida ou cessão de crédito (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, 1.1, p. 521 e segs.). Caio Mário da Silva Pereira esclarece que na cessão de crédito, a mesma obrigação se transfere ao credor, enquanto na novação, a dívida original se extingue (*Instituições de direito civil*, 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 251). No caso do inciso III, a novação pode ocorrer sem anuência do devedor original, que ficará quite com o credor.

Jurisprudência: Contrato bancário. Novação. Revisão dos contratos extintos. Possibilidade. A novação não impede a revisão dos contratos findos para afastar eventuais ilegalidades. (STJ, REsp n. 510.319, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.09.2004)

Monitória. Alegação de novação. Cooperativa que é devedora do autor. Ausência de deliberação expressa, em assembleia geral ordinária, acerca da novação dos débitos da cooperativa. *Animus novandi* não demonstrado. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 364.916.4/0, rel. Des. A. C. Mathias Coltro, j. 25.06.2008)

Agravo de instrumento. Locação. Ação de despejo c/c cobrança. Cumprimento de sentença. Novação. Inocorrência. Mero parcelamento de dívida não implica em ânimo de novar. Pagamento. Inocorrência. Ausência de comprovantes quanto ao período cobrado. Juros moratórios. Excesso de execução não configurado. Penhora sobre bem de família de fiador. Admissibilidade. Avaliação errônea dos bens penhorados. Inocorrência. Mera arguição genérica, insuficiente para afastar presunção de fé pública do Sr. Oficial de Justiça. Recurso improvido. (TJSP, Ag. n. 1.168.082-0/6, rel. Des. Luís Fernando Nishi, j. 14.10.2008)

Dação em pagamento. Evicção. Apreensão de automóvel dado como parte de pagamento na aquisição de outro veículo. Quitação inoperante e subsistência da obrigação primitiva. Responsabilidade do comprador admitida pela entrega de cheque no valor correspondente ao bem apreendido. Ação monitória procedente. Declaração de inexigibilidade da dívida, inadmissível diante do que dispõe o art. 359 do Código Civil. Recurso não provido. Litigância de má-fé. Indenização. Admissibilidade. Utilização de todos os meios processuais à disposição para procrastinar o cumprimento de obrigação, que sabia a parte ser líquida e certa. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 1.052.085.700, 20ª Câm. de Direito Privado, rel. Bernardo Mendes Castelo Branco Sobrinho, j. 10.12.2007)

Penal. Sonegação fiscal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Parcelamento da dívida. Rescisão. Novação. Extinção da punibilidade. Impossibilidade. Inexigibilidade de conduta diversa. Ônus da defesa. Ausência de prova inconteste. Emprego de fraude. Incidência de continuidade delitiva. 1 - O dolo é caracterizado pela intenção livre e consciente de suprimir tributos através de informações falsas às autoridades fazendárias, tendo sido, assim, configurado o elemento subjetivo no presente caso, inexistindo um especial fim de agir, sendo despidendo qualquer outro elemento subjetivo diverso, como o *animus* de se obter benefício indevido. 2 - Ao contrário do que sustenta a defesa, a opção pelo Refis não se equipara ao pagamento integral do débito, e, portanto, não gera os mesmos efeitos legais deste, especialmente se comprovado que o parcelamento foi rescindido por inadimplência. 3-0 parcelamento do débito não configura novação, por não haver substituição dos elementos que a caracterizam, como a relação jurídica, devedor, credor ou objeto da prestação, conforme o art. 360, do Código Civil, sendo o parcelamento apenas uma redefinição do prazo do débito e acréscimos legais. 4 - A alegação de dificuldades financeiras que pode ser considerada como excludente de criminalidade, deve estar cabalmente comprovada nos autos, o que não se verifica na hipótese e, também, não se aplica ao caso concreto por se tratar de crime de sonegação fiscal mediante fraude. 5 - A prática delitiva consistente na declaração de receitas inferiores às efetivamente recebidas, no intuito de não pagar os tributos devidos pelo desenvolvimento das atividades comerciais da empresa, se efetivou por três exercícios financeiros consecutivos (1997, 1998 e 1999), nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, configurando, desta forma, a continuidade delitiva. 6 - Apelação do réu improvida. (TRF, 2ª Região, Ap. criminal n. 5.256, 2ª T. Especializada, rel. Des. Federal Lilliane Roriz, j. 19.06.2008, DJI/01.07.2008, p. 137)

Apelação. Embargos à execução. Locação. Fiança. Majoração do valor do aluguel em medidas bastante superiores às que resultariam do reajustamento contratual. Quadro evidenciando inequívoco aditamento ao contrato, sem anuência dos garantes. Fiadores não respondendo pelos valores resultantes das majorações, nos termos da orientação jurisprudencial cristalizada na Súmula n. 214 do STJ. Responsabilidade dos garantes, porém, pelo pagamento dos aluguéis e encargos em atraso, aplicados, para a apuração do valor histórico dos aluguéis, os índices dos reajustes contratuais, na periodicidade ali também determinada. Sentença de improcedência dos embargos parcialmente reformada. Situações como a dos autos não evidenciam novação, pois não se verifica a constituição de “nova dívida para extinguir e substituir a anterior”, como exige o art. 360, I, do CC para a caracterização da chamada novação objetiva; traduzem, sim, revisão consentida das bases do negócio, para dar-lhe continuidade. A disciplina legal da fiança não prevê a exoneração do garante em casos tais, embora seja de rigor, para não vulnerar o princípio segundo o qual o fiador não responde além daquilo a que se obrigou, expresso na Súmula n. 214, limitar a respectiva responsabilidade à real medida da obrigação afiançada. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.030.200.002,25ª Câm. de Direito Privado, rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 09.09.2008)

I - Ação ordinária objetivando o expurgo de juros c/c pedido de repetição de indébito. Contrato de conta corrente com abertura de crédito. Cheque especial. CDC - Empréstimos Eletrônicos. Taxa de juros. Anatocismo. II - Sentença de procedência, determinando o expurgo dos juros capitalizados ilegalmente e a repetição do indébito pela quantia paga a maior, no valor de R\$ 207.119,10. III - Contratos de empréstimo renovados com taxa de juros prefixadas e parcelas fixas, livremente pactuados. Novação caracterizada. Art. 360, I, NCC. IV - Inexistência de anatocismo ou capitalização de juros, o que não se caracteriza pela simples aplicação da Tabela Price. V - Ademais, as instituições financeiras não estão sujeitas a limites da taxa de juros. Súmula n. 596 - STF. VI - Incidência da MP n. 2.170-36/2001. Antecedentes jurisprudenciais. VII - Reforma da sentença, para julgar improcedente o pedido autoral, invertidos os ônus sucumbenciais. VIII - Provimento do recurso. (TJRJ, Ap. n. 2008.001.35463, 4ª Câm. Cível, rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, j. 26.08.2008)

Agravo de instrumento. Obrigação de fazer. Corte do fornecimento de água. Inadimplemento. Possibilidade. Novação. Alteração dos devedores. Possibilidade. É possível a interrupção do fornecimento de água em razão do inadimplemento das tarifas, uma vez que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” (art. 476 do CC), sendo vedado, ainda, o enriquecimento sem causa - art. 884 do CC. O art. 22 da Lei n. 8.245/90, ao determinar que “os serviços essenciais devem ser contínuos”, o faz em consonância com os já mencionados arts. 476 e 884 do CC, eis que, em relação ao interesses individuais, referidos serviços são prestados sob o regime do Direito Privado. A novação celebrada entre a concessionária e o antigo locatário, em relação ao débito específico, impossibilita o corte do fornecimento de água do proprietário do imóvel, *ex vi* do art. 360, II, do CC. Recurso parcialmente provido. (TJSP, AI n. 900.679.100, rel. Carlos Giarusso Santos, j. 30.08.2005)

Compra e venda com reserva de domínio. Mora. Rescisão contratual. Devolução do bem ao proprietário. Novação. Pretensão de validade de contrato anterior repelida. Incontroverso nos autos o contrato de compra e venda mercantil com cláusula de reserva de domínio firmado entre as partes, com inadimplemento pelo apelante, regularmente constituído em mora, correta a sentença de procedência da demanda ajuizada. O novo contrato assinado, objeto desta ação, representou, em verdade, novação do negócio jurídico (art. 999, III, do Código Civil de 1916 - art. 360, III, do atual Código). (TJSP, Ap. com revisão n. 702.790.000, rel. Adilson de Araújo, j. 05.09.2006)

Confissão de dívida: Reconhecendo que a confissão de dívida firmada pelo Banco e pelo devedor é novação e, portanto, extinguem-se as dívidas anteriores, de modo que o devedor solidário que não subscreve a confissão não responde pelo novo débito e faz jus a indenização por danos morais se seu nome for negativado pela obrigação primitiva. (RT 859/372)

Contrato. Novação. Descaracterização. Nova contratação que não substituiu a originária, mas apenas ratificou suas condições e acrescentou novas garantias. Circunstância que revela a continuidade da transação anterior. (RT 860/409)

Locação. Residencial. Fiança. Pacto entre locadora e locatário que resulta em majoração do valor mensal do aluguel acima dos índices legais. Novação afastada. Inexigibilidade, no entanto, do aumento acima dos índices pactuados no contrato originário. Responsabilidade do fiador limitada. Excesso de execução reconhecido. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível n. 744.378-0/0/SP, 30ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Andrade Neto, j. 08.08.2007, v.u., voto n. 3.194)

Novação. Contrato. Embargos à execução. Renegociação de contratos anteriores. Celebração de novo que, nos termos do art. 999,1, do Código Civil de 1916, tem como corolário a extinção das dívidas contraídas naqueles tendo sido substituídas por outra nova e distinta. O novo contrato vige independentemente dos anteriores que, uma vez extintos, impossibilita a discussão da origem da dívida, em sede de embargos à execução, cuja natureza é desconstitutiva. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 998.015-8/São Carlos, 12ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 28.06.2006, v.u., voto n. 2.194)

Novação. Contratos bancários. Ação revisional. Novação da obrigação expressa com contrato de confissão de dívida celebrado pelas partes. Novação reconhecida (art. 360,1, do Código Civil) que, no entanto, não impede a discussão das avenças anteriores - Súmula n. 286 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido parcialmente. (TJSP, Ap. cível n. 7.022.493-6/Piracicaba, 20ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 30.01.2007, v.u., voto n. 1.205)

Novação. Contrato. Prestação de serviços. Gastos hospitalares. Assunção da internação pela apelante. Nova avença desta com a genitora da paciente realizada após a sua alta médica. Presença, neste documento, de cláusula contratual onde ela passou a ser a única responsável pela quitação dos encargos despendidos. Substituição do primeiro contrato evidenciada. Intenção de novar caracterizada. Art. 999, II, do Código Civil de 1916. Alegação de solidariedade afastada, pois não vislumbrado, neste segundo pacto, expressa deliberação nesse sentido. Art. 896 do Código Civil de 1916. Cancelamento do protesto tirado determinado. Declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com pedido de inexigibilidade da cambial procedentes. Recurso provido para esse fim. (TJSP, Ap. n. 1.187.432-7/SP, 15ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Waldir de Souza José, v.u., voto n. 10.714)

Da leitura dos autos, extrai-se que o instrumento particular de cessão de direitos e obrigações firmado entre o terceiro [...] e os embargados data de 30.03.2001. Já o instrumento de escritura de venda e compra é posterior, de 20 de junho de 2001. Não se pode dizer que houve novação, pois não estão presentes todos os requisitos necessários: (1) existência de uma primeira obrigação; (2) uma nova obrigação; (3) a intenção de novar (*animus novandi*). (TJSP, Ap. cível n. 410.864.4/1-00, rel. Francisco Loureiro, j. 01.03.2007)

Arrendamento mercantil. *Leasing*. Reintegração de posse. Renegociação da dívida. Pagamento efetuado. Pedido de reintegração liminar após renegociação. Mora inexistente. Inadmissibilidade.

Operada a novação, que tem o condão de extinguir e substituir a dívida anterior e seus efeitos, dentre os quais a mora, tem-se por injustificado o ajuizamento de demanda reintegratória. (II TAC, Ap. n. 667.408-00/9, 11ª Câ., rel. Juiz Clóvis Castelo, j. 19.04.2004)

A novação convalida obrigação anulável, assim a fiança sem outorga uxória quando substituída por confissão de dívida do marido. (II TAC, Ap. n. 643.473-00/2, rel. Juiz Eros Piceli, j. 12.02.2003)

Condomínio. Despesas condominiais. Cobrança. Novação. Inocorrência. Cabimento. Despesas condominiais. Ação de cobrança. Novação. Não ocorrência. Fundamentação suficiente. (II TAC, Ap. sem revisão n. 651.818-00/0, 3ª Câ., rel. Juiz Ribeiro Pinto, j. 28.01.2003)

Fica caracterizada a novação quando o credor por título judicial transaciona com o devedor, consolidando o débito vencido acrescentando outras parcelas, estabelecendo novo valor e ressaltando que o inadimplemento acarretaria a conversão do acordo em título passível de execução. (II TAC, Ap. n. 684.584-00/1, rel. Juiz Norival Oliva, j. 29.07.2003)

No mesmo sentido: II TAC, Ap. n. 573.713-00/5, rel. Juiz Campos Petroni, j. 11.05.2000.

Afastada pelas partes, expressamente, na petição de acordo a intenção de novar, a execução deve prosseguir pelos valores constantes dos títulos originários. (STJ, REsp n. 169.953, rel. Min. Barros Monteiro, j. 03.09.2002)

1 - A novação objetiva prevista no Código Civil, art. 999,1, tem como um de seus requisitos a intenção ou ânimo de novar, que pode ser expresso ou tácito. Para se verificar se houve ou não a novação da obrigação locatícia se faz imprescindível o reexame das provas dos autos, o que não é cabível ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

2-0 fiador não pode ser responsabilizado por alterações contratuais das quais não participou e por elas exigidas, uma vez que a fiança é contrato benéfico, não se admitindo interpretação extensiva. (STJ, REsp n. 160.045, rel. Min. Edson Vidigal, j. 19.02.1998)

Art. 361. Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.

CC/1916: art. 1.000.

Em todas as hipóteses relacionadas no artigo antecedente a novação será reconhecida somente se as partes apresentarem o ânimo de novar. A novação pode ser demonstrada a partir do ânimo tácito das partes, e não apenas da previsão expressa. Vale notar que no Código de 1916 não havia expressa referência à possibilidade de o ânimo de novar ser tácito, o que levou a jurisprudência a concluir que somente haveria possibilidade de provar a novação por escrito. A ausência de intenção de novar não implica que a segunda obrigação seja inválida, mas apenas que seus termos se conjugam à primeira, de forma que se considere a nova obrigação somada à primeira, que subsiste válida e eficaz, salvo no que foi alterada pela nova obrigação.

Entende-se como ânimo de novar a intenção de as partes extinguirem a obrigação que as vincula, sem adimplemento, mas por meio de sua substituição por outra. Essa intenção

deve ser o desejo das partes, não sendo possível obtê-lo a partir de regras de interpretação (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Rio de Janeiro, Saraiva, 2003, v. II, p. 353).

A intenção de novar é identificada, em geral, na incompatibilidade entre a antiga e a nova obrigação. Na novação, é essencial que exista uma obrigação pendente de cumprimento, para que outra seja criada em substituição. Alterações de prazos de pagamento, mudanças de taxas de juros e cláusula penal e reforço de garantias não revelam intenção de novar, como já foi observado nos comentários ao artigo antecedente. A alteração da causa da obrigação, porém, justifica solução contrária, pois implica alteração substancial do regime jurídico (ibidem, p. 354).

A novação não pode recair sobre dívida prescrita, pois pressupõe dívida válida e eficaz, e a que foi alcançada pela prescrição não é eficaz; contudo, nada impede que o devedor efetue o pagamento por intermédio da constituição de nova dívida, que, no entanto, terá natureza jurídica distinta da novação (ibidem, p. 354). Desse modo, a dívida nula ou prescrita não pode ser novada, mas a nova dívida subsiste se dela resultar a demonstração inequívoca de que o devedor teve o propósito de a esta última renunciar (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 246). A esse respeito confirma-se o comentário ao art. 367.

Jurisprudência: Despesas de condomínio. Cobrança. Novação. Caracterização. Ajuste firmado entre as partes para reduzir o valor objeto do primitivo acordo. Reconhecimento. Sentença mantida. Recurso improvido. A novação, que constitui a conversão de uma dívida por outra para extinguir a primeira, pressupõe o ânimo de novar, expresso ou claramente deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta dessa intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda a reforçar e confirmar, simplesmente, a primeira, nos termos do disposto no artigo 361 do Código Civil. (TJSP, Ap. cível n. 992.090.534.491, rel. Orlando Pistoiresi, j. 02.09.2009)

Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Renegociação de dívida. Novação. Inocorrência. Cessação da mora. Procedência dos embargos à arrematação. I - A questão deduzida em juízo circunscreve-se à determinação dos efeitos de renegociação da dívida. Discute-se se houve novação e, conseqüentemente, extinção da dívida cuja execução levou à arrematação de imóvel. II - Através da novação, cria-se uma obrigação nova em substituição a uma obrigação anterior, que se extingue. Para tanto, é indispensável que as partes manifestem inequívoca intenção de novar (*animus novandi*) - na forma do art. 361 do Código Civil. III - Na verdade, a renegociação de dívida implica a alteração de elementos acidentais do vínculo, sem modificá-lo a ponto de criar uma nova obrigação. IV - Com a renegociação da dívida, cessa a mora do devedor e o título deixa de ser exigível, desaparecendo um dos pressupostos da execução. V - Ainda que o devedor não cumpra o novo acordo, faz-se necessário promover um novo procedimento executivo em lugar do atual, cujos efeitos, entre eles a arrematação, não podem ser aproveitados. VI - Recurso conhecido e improvido. (TRF, 2ª Região, Ap. cível n. 382.854, rel. Des. Federal Mauro Luis Rocha Lopes, j. 26.03.2008, DJU 17.04.2008, p. 193)

Locação. Despejo. Execução. Acordo judicial para parcelamento da dívida. Ausência de participação do fiador embargante. Irrelevância. Alegação de novação. Descabimento. Ausência do ânimo de novar. Segunda obrigação que confirma simplesmente a primeira. Inteligência do art. 361 do Código Civil. Esse parcelamento, muito freqüente nos contratos de locação, está compreendido no dever de cooperação e solidariedade que o credor tem em face da boa-fé objetiva exigida em todos os contratos. Somente pode extinguir a fiança quando comprovado que o ajuste causou agravamento da situação do devedor, o que não ocorreu no caso. Alegação de bem de família. Exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.198.045.000, 26ª Câm. de Direito Privado, rel. Carlos Alberto Garbi, j. 01.09.2008)

Execução. Título extrajudicial. Acordo para liquidação parcelada do débito. Novação. Inadmissibilidade. Necessidade de ânimo inequívoco, expresso ou tácito, nesse sentido. Código Civil, art. 361. Extinção de acessórios e garantias da dívida não operada. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 7.240.047.600, 22ª Câm. de Direito Privado, rel. Matheus Fontes, j. 10.06.2008)

Novação. Cheque dado para o pagamento de empréstimo. Inocorrência, houve apenas uma tentativa do agravado em receber o que lhe era devido e não propriamente uma novação, já que esta não ocorre quando o credor concede ao devedor moratória, abatimento do preço, ou maiores facilidades no pagamento, Inexistindo ânimo de novar expresso ou tácito, mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira, nos exatos termos do art. 361 do Código Civil. Recurso não provido. Monitória. Circunstância em que o empréstimo que deu origem ao cheque executado foi contraído quando o agravante ainda era sócio da empresa executada. Responsabilidade do agravante pelo pagamento do título. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 7.129.711-9, rel. Des. Tércio José Negrato, j. 09.05.2007)

Execução por título extrajudicial. Duplicatas. Novação. Inocorrência. Ausência de nova obrigação e ânimo de novar. Mera dilação no prazo de pagamento. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 7.163.649-6, rel. Des. Maia da Rocha, j. 26.09.2007)

Embargos à execução. Nota promissória. Dívida originária de termo aditivo de pedido de venda. Novação. Título de crédito que apenas confirma a obrigação anterior, com acréscimo de encargos moratórios. Inexistência de *animus novandi*. Aplicação do art. 361 do CC/2002 (art. 1.000 do CC/1916). Incidência dos juros moratórios pactuados no termo aditivo. Condomínio. Alegação de que a dívida é de responsabilidade de condomínio de fato. Prova que indica que a obrigação foi contraída individualmente pelo embargante. Direito de regresso contra os integrantes do suposto condomínio de fato (art. 1.318 do CC/2002 e art. 625 do CC/1916). Apelação do embargante improvida. Embargos à execução. Nota promissória. Julgamento *extra petita* não caracterizado. Sentença que determina a exclusão da correção monetária com base na variação cambial e determina a redução da multa moratória de 10% para 2%. Encargos não incluídos no cálculo da dívida e não exigidos na execução. Apelação da embargada provida. Embargos à execução. Nota promissória. Atualização da dívida original com base na taxa do CDI (Certificados de Depósito Interbancário) e acréscimo de juros moratórios de 1,5% ao mês. Acréscimos ilegais. Embargada que não é instituição financeira. Natureza do CDI, taxa de juros privativa das operações interbancárias. Limitação dos juros nos termos do art. 1º da Lei de Usura. Exclusão dos encargos determinada de ofício e sua substituição por correção monetária com base na variação do IGPM e juros moratórios de 1% ao mês. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.191.870-6, rel. Des. Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes, j. 04.06.2007)

Contrato. Prestação de serviços. Parcelamento de dívida. Ato confirmatório da obrigação originária. Alegação de novação. Insubsistência. Inteligência do art. 361 do Código Civil. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 936.642-0/2/Osasco, 26ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Felipe Ferreira, j. 25.09.2006, v.u., voto n. 10.808)

Novação. Requisitos. Locação de imóveis. Não há novação obrigacional no caso concreto à míngua de *animus novandi*. As partes da relação jurídica original foram mantidas, logo, não há se falar em novação subjetiva. De mais a mais, não se pode concluir tenha havido manifestação de vontade de novar a partir do locador e do locatário (*animus novandi*), tal qual destinada a extinguir a obrigação precedente, substituindo-a (CC/1916, art. 1.000;

CC/2002, art. 361). Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 880.320-0/0/SP, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 23.05.2006, v.u., voto n. 8.586)

A mera alteração de datas de vencimentos de parcelas e a redução parcial de alguns pagamentos não caracterizam a novação: *JTA* 162/39 e 157/126, *RT* 748/220, e Serpa Lopes (*Curso de direito civil*. São Paulo, Freitas Bastos, 1989, v. II, p. 235).

A novação só pode ser demonstrada por escrito: *JTA* 162/39, 157/126 e 145/135, I TAC, Ap. n. 856.997-3, 8ª Câmara, rel. Juiz Luiz Burza, j. 10.03.2004; Ap. n. 561.977-8, 1ª Câmara, rel. Juiz Ademir Carvalho Benedito, j. 13.11.1995; Ap. n. 541.538, 6ª Câmara Especial de janeiro de 1994, rel. Juiz Carlos Roberto Gonçalves, j. 11.01.1994; Ap. n. 395.021, 1ª Câmara, rel. Juiz Sílvio Marques, j. 25.10.1988; TJ, Ap. n. 123.501, 1ª Câmara, rel. Des. Renan Lotufo, j. 16.03.1990.

A elevação do locativo mensal não importa substituição da dívida anterior, pelo que inviável a pretensão de exoneração da fiança por ocorrência de novação do devedor principal para com o credor sem seu consentimento. (II TAC, Ap. n. 537.850, 3ª Câmara, rel. Juiz Cambrea Filho, j. 09.03.1999)

Ausência de intenção de novar, isto é, de substituir o débito original, é essencial para caracterizar-se a novação: *RT* 759/327.

1 - A novação objetiva, prevista no Código Civil, art. 999, 1, tem como um de seus requisitos a intenção ou o ânimo de novar, que pode ser expresso ou tácito. Para se verificar se houve ou não a novação da obrigação locatícia fora das premissas postas no acórdão recorrido se faz imprescindível o reexame das provas dos autos, o que não é cabível ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ. (STJ, REsp n. 167.709, rel. Min. Edson Vidigal, j. 20.02.1998)

Novação. Requisito. *Animus novandi*. Inexistência. Não reconhecimento. A novação é forma indireta de extinção de uma obrigação porque outra a substitui. Na novação objetiva é o objeto ou a causa da obrigação que se modifica, isto é, do conteúdo ou da *causa debendi*. Além disso, deve existir o *animus novandi* (art. 1.000 do CC/1916) que, no art. 361 do Código Civil 2002, vem afirmando: "não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito, mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a segunda". (II TAC, Ap. n. 660.122-00/5, 11ª Câmara, rel. Juiz Artur Marques, j. 27.01.2003)

Precedente da Corte descarta a apuração da existência do *animus novandi* no patamar recursal, considerando que o acórdão recorrido baseou-se, expressamente, nos elementos de fato para afastá-lo, não se podendo, pois, ter como extinta a obrigação anterior. (*RSTJ* 103/223)

Art. 362. A novação por substituição do devedor pode ser efetuada independentemente de consentimento deste.

CC/1916: art. 1.001.

Assim, como é possível a assunção de dívida sem consentimento do devedor (art. 299 do CC), também é possível que a novação se faça dessa maneira. A novação que se faz sem o consentimento do devedor denomina-se expromissão. É certo, contudo, que a anuência do credor é essencial, pois não se pode obrigá-lo a aceitar um novo devedor, com extinção da dívida original.

Na novação, se o novo devedor for insolvente, o credor que aceitou não pode acionar o devedor primitivo, diversamente do que ocorre na assunção de dívida (art. 299), a não ser

que tenha havido má-fé do sujeito passivo, como se verá no dispositivo seguinte. Se a hipótese for de assunção de dívida, em caso de insolvência do novo devedor, o mero desconhecimento do fato pelo credor já o autoriza a perseguir o crédito contra o devedor primitivo.

Jurisprudência: Embargos à execução. Acervo documental. Acostado aos autos que demonstra ter ocorrido novação, na medida em que houve substituição dos devedores, ora embargantes, passando a nova mutuária a se reponsabilizar pela dívida total. Sentença de procedência confirmada. Recurso do embargado não provido. Honorários advocatícios. Montante arbitrado. (TJSP, Ap. n. 7.033.421-7, rel. Des. Elmano de Oliveira, j. 26.09.2007)

Embargos do devedor. Execução. Notas promissórias. Instrumento de confissão de dívida celebrado entre o credor e o filho do devedor. Declaração do credor se comprometendo a devolver as cártulas objeto da presente execução. Novação caracterizada independente do consentimento do devedor. Art. 362 do NCC. Embargos procedentes. Apelação desprovida. Sentença mantida. (TJSP, Ap. n. 7.044.956.200, 21ª Câm. de Direito Privado, rel. Ademir Benedito, j. 20.08.2008)

Ilegitimidade *ad causam*. Assunção de dívida por terceiro sem anuência do devedor. Pagamento através de cheques pré-datados. Hipótese de verdadeira novação passiva. Art. 362 do Código Civil. Apelação desprovida. (TJSP, Ap. sumaríssima n. 7.235.917.000, 22ª Câm. de Direito Privado, rel. Andrade Marques, j. 29.04.2008)

Art. 363. Se o novo devedor for insolvente, não tem o credor, que o aceitou, ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve por má-fé a substituição.

CC/1916: art. 1.002.

Nos casos em que o devedor primitivo é substituído por outro, sem que aquele ofereça seu consentimento, o credor não pode cobrá-lo se o novo devedor for insolvente. Nesta hipótese, o novo devedor assumiu a dívida sem qualquer participação do primeiro e o credor o aceitou sem ressalvas.

No entanto, a solução será outra se o primitivo devedor obteve sua própria substituição, delegando o pagamento a terceiro que sabia ser insolvente. A má-fé do primeiro devedor é que justifica o teor do presente artigo, que assegura ao credor o direito regressivo de cobrar daquele o valor do débito, que não poderá receber do novo devedor.

O teor deste dispositivo parece mais abrangente do que o art. 299, que cuida de hipótese semelhante nos casos de assunção de dívida. No referido dispositivo, é essencial que a insolvência do novo devedor seja conhecida do antigo. No caso da novação, o artigo ora em exame refere-se à má-fé, conceito mais abrangente do que a mera consciência da insolvência. De todo modo, parece que o caso mais freqüente de má-fé é o de reconhecimento da insolvência do novo devedor. É possível, porém, que a má-fé esteja centrada em qualidade pessoal do novo devedor, capaz de prejudicar o credor, sem que essa qualidade seja a de insolvência. Imagine-se o caso em que o novo devedor esteja se mudando para o exterior, fato que não o torna insolvente, mas dificulta enormemente o processo de execução destinado à cobrança da dívida. Tal fato poderá ensejar o direito de regresso do credor contra o devedor primitivo, no caso de novação, mas não o habilita a cobrar-lhe no caso da assunção de dívida, no qual valeria a exoneração desse devedor, segundo o que dispõe o art. 299.

Jurisprudência: Recurso. Apelação. Vício contratual. Dolo. Questão só agitada em sede apelatória. Exame obstado. Art. 515, § 1º, do CPC. Recurso não conhecido, nessa parte. Monitório.

ria. Contrato de prestação de serviços para negociação de dívidas da ré. Recebimento, pelo autor, de cheques *pro solvendo*, que restaram apresentados, devolvidos pelo sacado, protestados e não pagos. Necessidade de demonstração clara e inequívoca do impresumível *animus novandi*. Novação incorrida (art. 360 do CC). Incidência do art. 361 e incidência do art. 363, ambos do CC. Incolumidade da obrigação primitiva. Validade da multa convencionada como cláusula penal, mantida por maioria da Turma Julgadora a multa de 10% por inaplicabilidade do CDC à espécie, abatido o valor correspondente aos cheques recebidos pelo autor, observado o reajuste clausulado sub 10, incidentes juros de mora da citação (art. 406, CC). Valor devido a recalcular-se segundo tais parâmetros. Sucumbência recíproca, observado o art. 11 da Lei n. 1.060/50, quanto ao autor. Recurso, na parte conhecida, provido em parte. (TJSP, Ap. n. 7.153.817.100, 22ª Câm. de Direito Privado, rel. Thiers Fernandes Lobo, j. 12.02.2008)

[...] de serviços hospitalares endereçada ao responsável pela internação, que não é parente do paciente. Cheque devolvido ao responsável em face de o irmão do paciente ter assumido a dívida. Novação subjetiva passiva reconhecida. Ânimo tácito de novar inequívoco. Impossibilidade de ser cobrado o débito do anterior devedor, nos termos do art. 363 do Código Civil. Recurso improvido. (TJSP, Ap. sem revisão n. 7.012.384.900, 14ª Câm. de Direito Privado C, rel. Hamid Charaf Bdine Júnior, j. 05.05.2006)

Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

CC/1916: arts. 1.003 e 1.004.

Os acessórios e as garantias da dívida extinguem-se com a novação. Trata-se de decorrência da regra de que o acessório segue o principal. Assim, se a dívida originária extingue-se por força da novação, o mesmo deve ocorrer em relação a seus acessórios, aí compreendida a própria garantia.

A segunda parte do dispositivo elimina a possibilidade de manterem-se garantias que recaiam sobre bens de terceiros, se eles não integrarem a novação. Ou seja, se não fizerem parte da novação. É certo que não há exigência de que o terceiro proprietário do bem dado em garantia concorde expressamente com sua permanência. Basta que ele integre a novação e que haja estipulação que preveja a subsistência das garantias, sem que ele se oponha. Tal disposição remete ao disposto nos arts. 287 e 300 deste Código, que cuidam dos acessórios e das garantias da dívida nos casos de cessão de crédito e de assunção de dívida.

A regra ora em exame tem aplicação tanto aos casos de novação objetiva quanto subjetiva, ativa ou passiva, na medida em que não distingue entre ambos. Desse modo, se houver novação por substituição do credor, as garantias se extinguem, diversamente do que ocorre com a cessão de crédito, na qual as garantias subsistem, se não houver disposição em contrário (art. 287 do CC). No caso da novação subjetiva passiva, também não prevalecerão as garantias, tal como ocorre com a hipótese de assunção de dívida. Nos casos tratados neste artigo, está expresso, porém, ao contrário do que ocorre no art. 300, que as garantias prestadas por terceiros não subsistirão, se eles não forem parte na novação. Na assunção de dívida, segundo o mencionado art. 300, a solução é idêntica, mas não resulta da literalidade desse artigo, como demonstrado nos comentários correspondentes.

Jurisprudência: Novação. Empreiteiras. Contratos celebrados com o DER. Valor da dívida consolidado e pagamento com títulos de emissão de empresa pública. Companhia Paulis-

ta de Administração de Ativos. Novação operada extinguindo os acessórios e garantias da dívida anterior. Ação de cobrança dos juros improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 3.147.205.900, rel. Antônio Carlos Malheiros, j. 13.012009)

Penhora. imóvel residencial hipotecado em garantia de dívida. Novação celebrada por instrumento particular não assinado pela mulher do devedor hipotecante. Cláusula contida no instrumento particular que estende a hipoteca a outras dívidas. Hipoteca extinta em relação à dívida originária e à dívida nova por conta da novação, da inobservância da forma legal (escritura pública) para constituir ou alterar a hipoteca e da falta de consentimento do cônjuge para ratificar a garantia real. Impenhorabilidade do imóvel residencial dos devedores corretamente reconhecida. Inexistência de violação à Lei n. 8.009/90 ou ao art. 364 do novo CC. Embargos infringentes desprovidos. (TJSP, Embargos infringentes n. 1.124.236.502, 21ª Câ. de Direito Privado A, rel. Paulo Furtado de Oliveira Filho, j. 15.02.2007)

Locação de imóveis. Embargos à execução. Moratória. Novação. Extinção da fiança. Ao firmar acordo com os locatários, no curso da locação, para renegociação e parcelamento da dívida, sem consentimento da fiadora, resta caracterizada a moratória além da novação, por estar presente o *animus novandi*, extintivo e substitutivo da dívida anterior. Inteligência dos arts. 838, I, e 364, do Código Civil. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, Ap. com revisão, n. 1.022.395.002, 26ª Câ. de Direito Privado, rel. Felipe Ferreira, j. 01.10.2007)

Novação. Empreitadas. Obrigações contraídas pelo D.E.R. Valor da dívida consolidado e pago com a entrega de títulos de emissão de empresa pública criada com esse objetivo (Cia. Paulista de Administração de Ativos - Lei Estadual n. 9.361/96). Novação operada. Novo devedor que substituiu o antigo. Novação que extinguiu os acessórios e garantias da dívida novada (Código Civil, art. 364). Ação de cobrança improcedente. Recurso não provido (TJSP, Ap. com revisão n. 5.814.045.000, 1ª Câ. (extinto I TAC), rel. Urbano Ruiz, j. 22.10.2007)

Hipoteca. Extinção da garantia pelo desaparecimento da obrigação principal em contrato de novação. Art. 849 do Código Civil de 1916. Desnecessidade de menção à garantia. Necessidade da averbação prevista pelo art. 817, primeira parte, daquele Estatuto. Aplicação dos arts. 1.003 e 1.004 do Código Civil anterior. Manutenção dos honorários fixados no patamar mínimo de 10% (dez por cento), incidentes sobre o valor da causa. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 1.147.929-3/Piracicaba, 13ª Câ. de Direito Privado, rel. Juiz Luiz Sabbato, j. 30.11.2005, v.u., voto n. 9.523)

Novação. Empreitadas. Obrigações contraídas pelo DER. Valor da dívida consolidado e pago com a entrega de títulos de emissão de empresa pública criada com esse objetivo (Cia. Paulista de Administração de Ativos - Lei estadual n. 9.361/96). Novação operada. Novo devedor que substituiu o antigo. Novação que extinguiu os acessórios e garantias da dívida novada (Código Civil, art. 364). Ação de cobrança improcedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 581.404.5/0-00, rel. Des. Urbano Ruiz, j. 22.10.2007)

A novação da obrigação sem o consentimento do fiador, exonera-o da garantia acessória. (II TAC, Ap. n. 787.651-00/0, rel. Juiz José Malerbi, j. 30.06.2003)

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

Os devedores solidários que não participam da novação feita entre um devedor solidário e o credor ficam exonerados da dívida. A novação, como já se disse em comentários nos artigos anteriores, acarreta a extinção da dívida original e sua substituição por outra. Consequência lógica dessa definição é que, se o credor admite substituir a dívida original de vários devedores solidários, concordando que apenas um deles permaneça responsável pela nova obrigação surgida, a responsabilidade dos demais desaparece, na medida em que se extinguiu a única dívida pela qual eram responsáveis.

A regra aproxima-se do disposto no artigo anterior, mas distingue-se dele porque a obrigação dos demais devedores solidários não é acessória, mas principal. Mas, tal como ocorre com o pagamento, se a novação é parcial, os demais devedores solidários permanecem obrigados pelo que não foi contemplado na novação (art. 269 do CC).

Jurisprudência: Embargos de declaração. Execução. Cédula de crédito bancário. Aprovada a recuperação judicial da empresa devedora, ocorre a suspensão da execução apenas contra a empresa, prosseguindo a demanda contra os demais devedores solidários. Não se aplica o disposto no 365 do CC/02, visto que a aprovação da recuperação não tem o condão de operar a novação, nos termos dos artigos 360 a 367 do CC/02. Inexistência das alegadas omissões, obscuridades ou contradições. Embargos de declaração rejeitados. (TJSP, Emb. Decl. n. 7.305.213.001, rel. Paulo Hatanaka, j. 20.07.2009)

Execução. Avalista. Recuperação judicial prevista na Lei n. 11.101/2005 que não atinge os direitos de crédito detidos em face de devedores solidários, fiadores e avalistas, podendo o respectivo titular exercê-los em sua inteireza. Art. 49, § 1º, da mencionada lei. Agravantes. Pessoas físicas que figuram no polo passivo da execução em virtude de serem avalistas. Execução. Avalista. Novação da dívida não impede que o agravado promova a execução em face dos avalistas. Art. 59 da Lei n. 11.101/2005 que prevê, expressamente, a preservação das garantias do crédito. Execução. Avalista. Inaplicabilidade do art. 365 do atual CC. Prevalência da norma especial insida no art. 59 da Lei n. 11.101/2005. Caso em que não se verificou a perda superveniente do interesse processual do agravado. Impossibilidade de suspensão da execução no tocante à empresa agravante. Decorrido o prazo de 180 dias do deferimento do processamento da recuperação judicial. Agravo desprovido. Agravo regimental. Decisão que nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Liminar que somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo de instrumento. Aplicação do par. único do art. 527 do CPC. Recurso não conhecido. (TJSP, AI n. 7.317.008.000, rel. José Marcos Marro-ne, j. 25.03.2009)

Embargos de declaração. Embargos à execução. Contrato de abertura de crédito fixo. Deferimento da recuperação judicial da empresa devedora principal. O disposto no art. 59 da Lei n. 11.101/2005 atinge apenas e tão só o falido, mas não os avalistas e demais coobrigados da obrigação, pelo simples motivo de que os efeitos da falência não atingem estes, mas só o falido. Também, não se aplica ao caso o disposto no art. 365 do CC/2002, na medida em que a hipótese legal se trata de novação por iniciativa da vontade espontânea do credor e de um dos devedores solidários, ao contrário, da recuperação judicial que é imposição legal e judicial decorrente de situação pré-falimentar do devedor. Inexistência das alegadas omissões ou contradições. Embargos de declaração rejeitados. (TJSP, Emb. Decl. n. 7.1194.15.901, 19ª Câ. Direito Privado, rel. Paulo Hatanaka, j. 29.01.2008)

Locação. Residencial. Bem imóvel. Demandas contrapostas. Pleito exoneratório promovido por fiadores (ação declaratória), réus em ação de cobrança ajuizada pela locadora. Hipótese de novação contratual suficientemente relevante para desobrigar os fiadores, tratando-se de

ajuste superveniente a que não foram convocados. Inteligência dos arts. 1.005, 1.090, 1.483, todos do Código Civil de 1916 (diploma de regência) e Súmula n. 214 do Superior Tribunal de Justiça, Sentença reformada. Procedente a declaratória, com prejuízo da ação de cobrança, extinta sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil (ilegitimidade passiva *ad causam*). Recurso dos fiadores provido. (TJSP, Ap. cível n. 747.443-00/2/SR 30ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Carlos Russo, j. 26.10.2005, v.u., voto n. 5.631)

Novação. Configuração. Confissão de dívida subscrita apenas pelo devedor principal e a codevedora solidária. Ausência do outro garante solidário ao ato. Majoração da dívida. Prosseguimento da execução pelo montante confessado no instrumento particular, sem anuência do cogarante. Manifesta intenção de substituir a dívida anterior. Animo de novar caracterizado tacitamente. Desoneração do encargo de garante solidário. Extinção da execução em relação ao autor. Rescisória procedente. (TJSP, Ação Rescisória n. 7.109.617-0, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 04.09.2007)

Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Obrigação de fazer. Promessa de outorga de escritura de hipoteca. Liminar deferida para obstar a alienação dos bens objeto da desavença. Alegação de que a aprovação ao plano de recuperação judicial por implicar novação acarretaria a exoneração do devedor solidário. Inadmissibilidade. Subsistência das garantias prestadas por terceiro. Arts. 49, § 1º, e 59 da Lei n. 11.101/2005. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 7.114.387-0, rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 23.01.2007)

Art. 366. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consento com o devedor principal.

CC/1916: art. 1.006.

A fiança é contrato acessório do principal, de modo que a exoneração do fiador com o devedor principal, nos casos em que a novação se fizer sem seu consentimento, já resultaria da leitura do art. 364. O dispositivo confere tratamento benéfico à fiança, resultado da aplicação do art. 114 do Código Civil.

Observe-se que a exoneração só resulta da novação - obrigação original que se extingue por força do surgimento de outra, que a substitui -, de maneira que, se não se caracterizar a substituição do débito original, o fiador permanece responsável pela dívida, pois a nova obrigação apenas confirmará a primeira, nos termos do disposto no art. 361. No entanto, se não houver novação, mas o devedor principal modificar as condições do contrato, aumentando o valor da dívida, não se pode responsabilizar pelo aumento o fiador que, embora não exonerado, não assumiu a responsabilidade pelo acréscimo. É o que está consagrado na Súmula n. 214 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em relação à locação de imóveis: “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

Jurisprudência: Locação de imóveis. Embargos à execução. Fiança. Término do prazo contratual. Subsistência. Artigo 39 da Lei n. 8.245/91. Estabelecida a responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado, não há como admitir-se extinção da fiança pelo término do prazo contratual. Locação. Fiança. Novação. Inocorrência. A realização de acordo entre locador e locatária, reduzindo o valor do locativo mensal, ainda que sem anuência do fiador, não o exonera de suas responsabilidades. Execução. Fiador. Locação. Cessão. Contrato que a veda. Exoneração não configurada. Artigo 13 da Lei 8.245/91. Responsabilidade do fiador que persiste. Impossível cogitar-se de exoneração da fiança se a validade da cessão da locação esta-

va condicionada ao prévio consentimento por escrito do locador e na hipótese inexistente. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 992.070.617.006, rel. Orlando Pistoresi, j. 02.09.2009)

Prescrição. Aplicação do novo Código Civil a prazos iniciados no regime do antigo Código. Contagem inicial a partir de 11.01.2003. Inteligência do art. 2.028 do novo Código. Se o prazo prescricional passar a ser contado de acordo com o novo regime de direito civil, para casos iniciados no regime do direito anterior, o novo prazo estabelecido deve tomar como marco inicial o dia da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ou seja, o dia 11 de janeiro de 2003. Prescrição afastada, v. u. Fiança. Acordo com a afiançado, sem anuência do fiador. Liberação do fiador. O inciso I do art. 103 do Código Civil de 1916 trazia estipulação no sentido de que o fiador ficaria desobrigado se, sem consentimento seu, o credor concedesse moratória ao devedor. O novo Código Civil, em disposição mais abrangente, em seu art. 366, estabelece que importa exoneração da fiança, a novação feita sem o consenso do fiador. Celebrado novo negócio entre afiançado e devedor direto, sem o comparecimento do fiador, este fica liberado da obrigação. Recurso provido, v. u. Alienação fiduciária. Venda/extrajudicial. Necessidade de ciência ao devedor e fiador. Inexistência de ciência. Impossibilidade de cobrança contra o não cientificado. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII, e art. 51, IV e XV. A venda extrajudicial prevista no art. 2º do Decreto-lei n. 911/69, deve ser cientificada ao adquirente do bem e fiadores, para que possam acompanhar a negociação e resguardar direitos próprios (REsp n. 209.410/MG). Realizada a venda sem a devida ciência, o saldo devedor acaso encontrado não poderá ser cobrado do adquirente e fiador, que eventualmente poderiam até ter saldo credor a receber (REsp n. 363.810/DF). Recurso provido, v. u. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.078.446.600, 24ª Câm. de Direito Privado, rel. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 19.10.2006)

Locação. Fiança. Acordo para majoração de aluguel que não constitui novação a afastar, nos termos do art. 1.006 do CC, a garantia prestada pelo fiador. Existência, ademais, de cláusula contratual obrigando-o até a entregadas chaves. (TARS, RT 664/151)

Locação. Embargos a execução. Alegada novação objetiva decorrente de acordo celebrado entre locador e locatário a fiançado em ação de despejo cumulado com cobrança. Inocorrência. Alegada exoneração da fiança ante a existência de moratória. Descabimento. Descabida a alegação de que teria ocorrido novação objetiva decorrente de acordo celebrado entre locador e locatário em ação de despejo cumulado com cobrança, e que não teria contado com a participação dos locadores, pois não há se falar em exoneração da fiança pela ocorrência de novação, diante da inexistência de uma nova relação locatícia, ou mesmo prorrogação do contrato inicial, sendo plenamente exigível do garante locador que responda solidariamente pelas obrigações decorrentes da locação até a data da efetiva entrega das chaves. Ademais, a tolerância ou inércia do locador em demandar contra o devedor principal ou mesmo suspender a ação iniciada contra este, não constitui hipótese de moratória, não incidindo, portanto, a desoneração prevista no art. 1.503,1, do revogado Código Civil. (TJSP, Ap. com revisão n. 907.097-0/5, rel. Des. Amorim Cantuária, j. 25.09.2007)

No mesmo sentido: TJSP, Ap. sem revisão n. 1.080.547-0/9, rel. Des. Mendes Gomes, j. 23.07.2007.

Locação. Execução baseada em acordo de parcelamento feito entre a locadora e a locatária em ação de despejo. Novação (art. 838, I, CPC). Exoneração do fiador. Apelo provido para julgar procedentes os embargos e extinguir a execução. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.019.379-0/5, rel. Des. Dyrceu Cintra, j. 02.03.2007)

A elevação do locativo mensal não importa substituição da dívida anterior, pelo que inviável a pretensão de exoneração da fiança por ocorrência de novação do devedor principal para com o credor sem seu consentimento. (II TAC, Ap. n. 537.850-00/4, rel. Juiz Cambrea Filho, j. 09.03.1999)

I - A fiança é dada em caráter personalíssimo, de sorte que mesmo em caso de garantia dada a favor de pessoa jurídica, tal elemento sofre afetação quando há transferência de titularidade na empresa, fazendo desaparecer a razão essencial daquele ato.

II - Destarte, vendidas as cotas sociais e comunicada a autora de que isso ocorrera, bem como que a fiança antes celebrada deixava de existir, improcede a pretensão da credora de considerar perene a garantia, ainda que novos sócios, desconhecidos dos garantes, houvessem passado a gerir os negócios e assumido dívidas posteriores àquela comunicação. (STJ, REsp n. 419.128, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 06.03.2003)

2-0 fiador não pode ser responsabilizado por alterações contratuais das quais não participou e por elas exigidas, uma vez que a fiança é contrato benéfico, não se admitindo interpretação extensiva. (STJ, REsp n. 160.045, rel. Min. Edson Vidigal, j. 19.02.1998)

Art. 367. Salvo as obrigações simplesmente anuláveis, não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas.

CC/1916: arts. 1.007 e 1.008.

As obrigações anuláveis podem ser confirmadas pelas partes, como assegurado pelo disposto no art. 172. Em consequência, se a dívida é anulável - como se verifica nos casos relacionados no art. 171 deste Código -, pode ser confirmada pelas partes e, portanto, substituída por outra, operando-se validamente a novação. Ao contrário, as dívidas inexistentes ou nulas (como as que resultam de violação ao disposto no art. 166) não podem produzir efeitos e, em consequência, não são passíveis de extinguirem-se por novação, porque isso implicaria confirmação delas, o que está vedado pelo art. 169 do Código Civil. Admitir a novação de dívida nula ou inexistente implicaria confirmá-la por sua substituição.

Nos casos de violação ao disposto nos arts. 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, haverá nulidade insuscetível de confirmação ou convalidação, de maneira que não será possível novação que envolva violação a um desses dispositivos. Se o fornecedor celebra com o consumidor contrato no qual há cláusula em que se transfere a terceiro a responsabilidade pelo ressarcimento de vício do produto, há violação ao inciso III do mencionado art. 51. Logo, se posteriormente, ao ser identificado o vício, o terceiro firma contrato com o consumidor para indenizá-lo em razão do vício, exonerando o fornecedor, essa novação subjetiva é inválida, pois infringe o presente artigo, representando novação de cláusula nula. Hipótese freqüente é aquela em que os estabelecimentos financeiros ajustam renegociação de dívidas com os consumidores por intermédio de instrumento em que estabelecem o reconhecimento de dívida na qual está embutida quantia abusivamente cobrada - isto é, com amparo em cláusula nula. A Súmula n. 286 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento a respeito do tema: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”. Ao proceder assim, estabelece que a novação não será reconhecida se acobertar cobrança de juros oriundo de disposição nula - e não meramente anulável.

Finalmente, ao proibir a novação de dívida inexistente, o dispositivo impede que se opere a novação das dívidas a que falte um elemento de constituição - vontade, objeto possível ou forma exigida pela lei, ou não vedada por ela (art. 104). Mas estariam aqui com-

preendidas as dívidas prescritas? Ao ocorrer a prescrição, a dívida torna-se inexigível, pois a pretensão de recebimento estará extinta (art. 189). Mas nada impede que o devedor renuncie à prescrição, de modo expresso ou tácito (art. 191). A novação da dívida prescrita, porém, seria uma forma de renúncia tácita ao prazo prescricional. Por exemplo, o pai que deve mensalidades escolares a uma escola pode, após a prescrição, decidir prestar serviços à escola, dando aulas especiais aos alunos, ou pintando o prédio. Haverá novação objetiva e válida, na medida em que a ele era dado renunciar à prescrição. Contudo, não haverá novação, se o pagamento se fizer por entrega de título de crédito sem intenção de novar (*animus novandi*), o que representa mero instrumento de quitação (CAMBLER, Everaldo Augusto. *Curso avançado de direito civil* São Paulo, RT, 2002, v. II, p. 172).

Elucidativa, a propósito da novação das dívidas prescritas, a reflexão de Ana Luiza Maia Nevares, em “Extinção das obrigações sem pagamento: novação, compensação, confusão e remissão”, em *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 435: “Quanto às obrigações prescritas, aponta Caio Mário da Silva Pereira que a novação de obrigação prescrita não tem efeito e não obriga o devedor, ressalvando, no entanto, que por ser lícito ao devedor renunciar a prescrição já consumada (Código Civil, art. 191), prevalecerá a novação de dívida prescrita se resultar inequívoco o propósito de renunciar a prescrição. Já Orlando Gomes aduz que “o devedor que aceita a novação de dívida prescrita estará renunciando tacitamente ao direito de invocá-la”

Cumprido, pois, concluir que a possibilidade de novar decorre, substancialmente da possibilidade de confirmação ou convalidação do débito novado, destinando-se este artigo a vedar que a novação seja utilizada para dar validade a dívidas originalmente dotadas de vícios que violem a ordem pública ou interesses sociais relevantes que acarretem nulidade absoluta.

Jurisprudência: Renegociação agrupando débitos anteriores. Questionamento dos encargos extintos na novação, para desconstituir o pacto em vigor. Inadmissibilidade. Cláusulas anuláveis. Convalescimento pela transação. (TJSP, Ap. n. 7.169.253-4, rel. Des. Luiz Sabbato, j. 17.10.2007)

Embargos a execução. Instrumento de novação e confissão de dívida. Ilegalidade dos juros de 3,6% ao mês calculados sobre a dívida original. Nulidade de pleno direito nos termos do Decreto n. 22.626/33. Ilegalidade não convalidada pela novação, nos termos do art. 367 do Código Civil. Redução da taxa de juros a 1% ao mês. Apelação da embargada improvida. Execução. Instrumento de novação e confissão de dívida. Título executivo que preenche os requisitos do art. 585, II, do CPC. Mora dos devedores que decorre do simples inadimplemento da obrigação. Desnecessidade de prévia notificação, nos termos do art. 960 do CC/1916 (art. 397 do CC/2002). Título que indica o valor das parcelas e as datas de vencimento. Apelação dos embargantes improvida. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.198.373.000, 21ª Câm. de Direito Privado A, rel. Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes, j. 30.11.2006)

Execução de título extrajudicial. Embargos do devedor. Prescrição a favor do município embargante reconhecida. Inexistência de novação. Termo de confissão de dívida que não caracteriza novação da obrigação. Honorários de advogado fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Recursos desprovidos. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 541.585 5/2-00, rel. Des. Oliveira Santos, j. 25.06.2007)

Prestação de serviços educacionais. Cobrança. Prescrição anual. Não reconhecimento. Prestações que foram pagas através de cheque. Novação da dívida, que se desvinculou do preceito estampado no art. 178, § 6º, VII, do Código Civil de 1916 e se inseriu na regra geral que impõe prescrição em 20 (vinte) anos. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.056.536-0/7, rel. Des. Marcondes D'Ângelo, j. 14.08.2007)

I - Possível a revisão de cláusulas contratuais celebradas antes da novação se há uma seqüência na relação negociai e a discussão não se refere, meramente, ao acordo sobre prazos maiores ou menores, descontos, carências, taxas compatíveis e legítimas, limitado ao campo da discricionariedade das partes, mas à verificação da própria legalidade do repactuado, tornando necessária a retroação da análise do acordado desde a origem, para que seja apreciada a legitimidade do procedimento bancário durante o tempo anterior, em que por atos sucessivos foi constituída a dívida novada. (STJ, REsp n. 166.651, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.08.2002)

Contratos bancários. Revisão judicial. Novação.

Os contratos bancários são passíveis de revisão judicial, ainda que pagos. A novação não convalida cláusulas nulas (art. 1.007 do CC). (STJ, REsp n. 469.522, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.02.2003)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 438.700, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.04.2003, e AASP 2.332/759.

CAPÍTULO VII DA COMPENSAÇÃO

Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

CC/1916: art. 1.009.

O artigo contém a própria definição de compensação: meio de pagamento pelo qual a obrigação do devedor em relação ao credor extingue-se segundo o valor de outra obrigação devida pelo mesmo credor ao mesmo devedor. Essa extinção ocorre até que sejam iguais os valores dos débitos respectivos. A regra representa o reconhecimento de que se A deve R\$ 1.000,00 a B, que, por sua vez, deve R\$ 500,00 a A, considera-se o crédito do primeiro quitado parcialmente, para que subsista apenas um saldo de R\$ 500,00.

Jurisprudência: Considerando indispensável a prova da existência do crédito do devedor perante o credor: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 882.808.000, rel. Vanderci Álvares, j. 22.05.2009.

[...] 5-0 que autoriza a compensação, nos termos do art. 368 do Código Civil é o fato de duas pessoas serem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra.

6 - As diferenças apuradas pela Contadoria Judicial pertencem aos autores, enquanto que os valores a serem devolvidos dizem respeito à verba honorária, cujos credores são os seus advogados, de modo que não há que se falar em compensação.

7 - Agravo improvido. (TRF, 3ª Região, Al n. 306.234, 5ª T., rel. Juíza Ramza Tartuce, j. 01.10.2007)

Prestação de serviços. Execução de título judicial e de embargos à execução. Compensação de créditos decorrentes de verba honorária. Exegese dos arts. 368 e 369 do Código Civil. Indeferimento. Recurso improvido. A compensação, na exegese dos arts. 368 e 369, ambos do Código Civil, demanda identidade entre devedor e credor, além de existência de dívidas líquidas e vencidas e, tratando-se de execução relativa a honorários de sucumbência pertencentes ao patrono da recorrida, não há como compensá-lo com aqueles do advogado da recorrente, cuja liquidez não restou demonstrada. (TJSP, Al n. 1.173.504.000, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Clóvis Castelo, j. 07.07.2008)

[...] A Lei n. 10.637, de 2002, por seu art. 49, somente permite a compensação de débitos próprios do sujeito passivo com créditos seus.

4 - Não há lei autorizando a compensação tributária com crédito de terceiros. Há, portanto, de se homenagear o princípio da legalidade.

5 - No REsp n. 803.629, a 1ª Turma assentou que a cessão de direitos de créditos tributários só tem validade para fins tributários quando do negócio jurídico participa a Fazenda Pública.

Precedente: REsp n. 653.553/MG, rel. Min. Denise Arruda. REsp n. 962.096, rel. Min. José Delgado, j. 04.10.2007.

Possível é a compensação quando o acórdão afirma que houve pagamento efetuado por terceiro para quitação do débito da empresa recorrida, não violando o julgado o disposto no art. 1.009 do Código Civil anterior. (STJ, REsp n. 656.999, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.03.2007)

No caso, estão presentes tais requisitos. O acórdão recorrido autorizou a compensação de débitos fiscais vencidos e vincendos com crédito de precatório em nome de terceiro e cedido à agravante, cujo valor pende de decisão judicial. A compensação é instituto jurídico de efeitos constitutivos que opera a extinção das obrigações até o limite compensado, não sendo admitido, em matéria tributária, em caráter provisório, enquanto pendente discussão sobre a existência dos créditos respectivos. Nesse sentido a Súmula n. 212/STJ. Ag. Reg. na MC n. 11.496, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.09.2006.

É assente neste sodalício que a compensação de valores e a repetição de indébito são cabíveis sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 783.678, rel. Min. Hélio Ouaglia Barbosa, j. 12.09.2006)

A ordem de nomeação de bens à penhora elencada no art. 11 da Lei n. 6.830/80 pode ser relativizada, sendo aceitável que a constrição recaia sobre precatório judicial expedido pela exequente em que o devedor do precatório é autarquia estadual com personalidade jurídica diversa da parte recorrida, o Estado do Rio Grande do Sul. (STJ, REsp n. 807.414, rel. Min. Castro Meira, j. 16.02.2006)

A compensação (como qualquer outro instituto com eficácia jurídica constitutiva) é incompatível com provimentos jurisdicionais de natureza provisória, como são as medidas liminares. Não se pode constituir e nem desconstituir "provisoriamente". O que se admite, em ações constitutivas, é apenas antecipar providências práticas que poderão decorrer da futura constituição ou desconstituição da obrigação. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 643.677, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 07.02.2006)

Os honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedor o ente público, não constituem direito autônomo do procurador judicial, porque integram o patrimônio público da entidade. Logo, é legítima a compensação determinada pelo juízo de origem. (STJ, REsp n. 668.586, rel. Min. Denise Arruda, j. 03.10.2006)

[...] 2 - As regras contidas no Código Civil sobre compensação são gerais em relação às normas que regem os contratos do Sistema Financeiro da Habitação, devendo ter aplicação apenas subsidiária.

3 - Tratando-se de contrato com cobertura pelo FCVS, não se justifica a compensação com o saldo devedor, pois este não será de responsabilidade do mutuário, mas do próprio fundo. (STJ, REsp n. 839.331, rel. Min. Castro Meira, j. 17.08.2006)

O advogado tem direito autônomo de executar a decisão judicial, na parte em que condenou o vencido ao pagamento dos ônus sucumbenciais, exegese admitida por esta Corte ainda na vigência da legislação anterior à Lei n. 8.906/94, que alterou o art. 23 do antigo Estatuto da OAB.

II - A nova redação do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil deixa indubitosa a possibilidade de fixação dos honorários advocatícios na execução e nos embargos.

III - É inadmissível a compensação dos honorários advocatícios, objeto desta execução, com os créditos existentes entre o banco e as empresas que se utilizaram dos serviços profissionais dos exequentes. (STJ, REsp n. 541.308, rel. Min. Ari Pargendler, j. 11.11.2003)

Sílvio de Salvo Venosa ensina que, "No tocante à obrigação prescrita, se a prescrição operou antes da coexistência das dívidas, não pode a dívida ser compensada, porque há inexigibilidade e porque a prescrição extingue a pretensão. No entanto, se os dois créditos coexistiram antes de se escoar o prazo de prescrição, houve compensação de pleno direito. Cabe ao juiz tão somente declará-la [...]" (*Direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos*. 3. ed. Atlas, p. 301).

Neste mesmo sentido, o que doutrinam Miguel Maria de Serpa Lopes (*Curso de direito civil: obrigações em geral*, v. III, Freitas Bastos, 5. ed., p. 250) e Euclides de Mesquita (*A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo, Editora Universitária de Direito, p. 94-5).

Assim, para se decidir pela possibilidade ou não da pretendida compensação, necessário se torna saber se, no momento em que o crédito exequendo tornou-se exigível, o lapso prescricional do crédito do agravante ainda se encontrava em curso ou não. (I TACSP, AI n. 1.249.290-7, rel. Des. Ary Bauer, j. 21.10.2003)

Falência. Compensação. Hipótese que se amolda ao art. 122, parágrafo único, II, da Lei n. 11.101/2005. Para se negar a compensação pretendida, tem-se, obrigatoriamente, que reconhecer que a credora do falido, no caso a agravante, está agindo de má-fé, mesmo porque somente a malícia ou a fraude exclui a compensação entre créditos normalmente compensáveis. Prova dos autos. Má-fé não caracterizada. Agravo de instrumento provido. (TJSP, AI n. 440.506-4/3-00, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 29.08.2007)

Execução por título judicial. Exceção de pré-executividade (ajuizada pela ré condenada a pagar diferença de remuneração por inadimplemento contratual) acolhida para extinguir a execução. Pagamento, em primeiro lugar, da verba sucumbencial fixada na objeção de pré-executividade em favor da devedora originária, para que seja posteriormente permitida a execução da condenação principal e seus consectários pertencentes à autora (credora originária). Inadmissibilidade. Compensação do valor referente à condenação sucumbencial sofrida naquele incidente (ocorrido por ocasião da pretendida liquidação do julgado) com o principal decorrente da sentença que deu pela procedência do pedido. Cabimento. Inteligência do art. 368 do Código Civil. Preliminares rejeitadas e recurso provido. (TJSP, AI n. 672.901-5/7-00/SP, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Antonio Rulli, j. 08.08.2007, v.u., voto n. 16.942)

Honorários de advogado. Arbitramento. Procedimento sumário. Inexistência de contrato escrito. Necessidade de intervenção judicial (art. 22, § 2º, da Lei n. 8.906/94). Compensação de dívidas. Inadmissibilidade. Obrigações contraídas com terceiro não podem ser compensadas. Exegese do art. 368 do Código Civil. Anulação do processo de ofício, com determinação da realização de arbitramento. Recurso provido para este fim. (TJSP, Ap. n. 881.884-0/5/SP, 26ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Andreatta Rizzo, j. 06.03.2006, v.u., voto n. 14.920)

[...] IV - Creditado reajuste a menor, assiste ao poupador o direito de obter a diferença, correspondente à incidência do percentual sobre as importâncias investidas na primeira quinzena de janeiro/89, no percentual de 42,72% (STJ, REsp n. 43.055/SP).

V - Não há que se falar em compensação entre o percentual devido em janeiro/89 e os valores pagos nos meses subsequentes na relação contratual estabelecida entre o poupador e o banco mutuante, uma vez que o instituto do art. 1.009 do CC exige reciprocidade de dívidas, enquanto que, no caso, os valores pagos foram os contratualmente pactuados. (STJ, REsp n. 186.395, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 10.11.1998)

I - A via dos embargos à execução é adequada à suscitação de pagamentos feitos pelas partes, a mesmo título, com vistas a compensação de valores.

II - Constatados, na fase de liquidação, pagamentos a maior e a menor, devem ser compensados, ainda que a sentença exequenda seja omissa, dado que é vedado o enriquecimento sem causa. (RSTJ158/509)

Execução. Locação. Aluguel. Fiador. Indenização por benfeitorias. Compensação. Direito do locatário. Liquidez e certeza do crédito. Ausência. Inadmissibilidade.

Locação. Execução direcionada contra fiador. Indenização por benfeitorias. Compensação. Hipótese em que o suposto direito pertence à locatária e não ao garante e, de todo modo, não se apresenta crédito certo, líquido e vencido de modo a autorizar compensação. (II TAC, Ap. n. 652.129-00/6, rel. Juiz Arantes Theodoro, j. 10.04.2003)

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

CC/1916: art. 1.010.

Para serem compensados, os débitos devem ser líquidos, ou seja, devem referir-se a importância determinada. Devem, ainda, estar vencidos, isto é, ser passíveis de exigência imediata. E, finalmente, devem ser fungíveis entre si. Vale dizer, os débitos devem compreender prestações que podem ser substituídas umas pelas outras (art. 85 do CC).

Em determinadas situações, porém, é possível identificar compensação entre dívidas ilíquidas. Isso se verificará por imposição judicial, quando, em um processo de conhecimento - que compreenda dívidas desprovidas de certeza e liquidez - no qual exista reconvenção. Ao se verificar que o autor é credor do réu, tanto quanto este é credor daquele, sem que os respectivos débitos estejam liquidados, o juiz poderá acolher os pedidos de ambos e determinar que se compensem por ocasião da execução, após a liquidação. Não se deve, porém, confundir essa situação com aquela em que o credor de um débito vencido e líquido, representado por título judicial, pretende receber o valor devido e o réu afirma que não pagará a importância, porque o título tem origem em venda de determinado estabelecimento comercial que tem dívidas remanescentes com terceiros - ilíquidas e não vencidas -, as quais deseja compensar. Nesse último exemplo, a situação é de suspensão da exigibilidade da cambial em virtude do inadimplemento contratual do credor, que deve tornar boa a venda e, portanto, não pode permitir que o devedor - adquirente do estabelecimento -, tenha que arcar com débito de sua responsabilidade. A suspensão da exigibilidade estará amparada no disposto no art. 476.

Jurisprudência: Não admitindo a compensação por ausência de liquidez do crédito: STJ, Ag. Reg. no AI n. 807.324,4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 24.03.2009; TRF, 3ª Região, Ap. cível n. 2001.61.020054949, rel. Juiz Mairan Maia, j. 25.04.2007.

Embargos à execução. Compensação entre honorários advocatícios devidos pela sucumbência nos embargos, com crédito requisitado em precatório na mesma ação principal. Possi-

bilidade. Dívidas líquidas e vencidas. Reciprocidade entre credores e devedores. Enquadramento nos artigos 368 e 369 do Código Civil. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 8.901.175.900, rel. Fermino Magnani Filho, j. 24.08.2009)

[...] 3-0 argumento de que a vedação do § 3º citado não teria aplicabilidade porque o crédito a compensar seria anterior à Lei n. 6.830/80 não tem qualquer logicidade, a uma, porque a cessão de direitos a favor da empresa embargante data de março de 1997, e, portanto, é posterior à execução, que data de 27.10.1995, a duas, porque, independentemente disso, a LEF veio a regular, com especialidade, o processo de cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública, havendo de ser observada, desde a sua vigência, pelas execuções pendentes e a serem ajuizadas.

4 - Apelação não provida. (TRF, 3ª Região, Ap. cível n. 908.559, 6ª T., rel. Juiz Lazara-no Neto, j. 14.02.2008, *DJU* 18.03.2008, p. 480)

Cumprimento de sentença. Impugnação. Compensação de valores. Indeferimento. Manutenção. Agravante que pretende compensar valor decorrente de acórdão transitado em julgado com provável crédito a ser reconhecido em ação ordinária de cobrança entre as mesmas partes e em fase inicial de processamento. Não cabimento. Elementos dos autos indicam a inviabilidade do encontro de contas preconizado pela doutrina, por ausência de um de seus requisitos, qual seja, o da certeza e exigibilidade dos créditos compensandos. Inteligência do art. 369 do Código Civil. (TJSP, Ap. n. 597.522.4/7, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 09.10.2008)

[...] 3 - Locação de imóveis. Embargos à execução. Compensação de créditos com pagamento de luvas. Requisitos legais não preenchidos. Recurso desprovido. Inviável a pretensão de compensação se não se está diante de dívidas líquidas, certas e exigíveis. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. 1.202.000-0, rel. Des. Reinaldo Caldas, j. 08.10.2008)

Locação de imóvel. Despejo por falta de pagamento. Preliminar de nulidade do contrato. Representante sem poderes. Pagamento de aluguéis. Compensação com crédito em virtude de reparação no imóvel. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Se, quando da celebração do contrato, assinado por mandatário, não lhe foi exigido prova de tal condição, esta pode ser demonstrada a qualquer tempo, o que ratifica os atos praticados; assim, inoportuna esta nulidade arguida pela locatária, mormente porque teve a posse mansa e pacífica do imóvel enquanto durou a avença. A realização de reforma antes de ingressar no imóvel deve ser autorizada por escrito pelo locador, pois, a alegação de acordo verbal neste sentido, não enseja a compensação destes valores, de sorte que não obsta a cobrança de débitos locativos e encargos, uma vez que a compensação efetua-se somente entre dívidas líquidas, certas e exigíveis de coisas fungíveis (art. 1.009 c/c 1.010 do CC/16; art. 368 c/c 369 do CC/02). Se o trabalho não exige esforços extraordinários do advogado, não enseja a elevação da verba honorária, fixada razoavelmente em observância aos parâmetros estabelecidos no § 3º, *a*, *b* e *c*, do art. 20 do CPC. Preliminar rejeitada, recurso provido. (TJSP, Ap. sem revisão n. 878.266.800, rel. Cambrea Filho, j. 09.08.2005)

Petição inicial. Atendimento satisfatório ao disposto no art. 282 do Código de Processo Civil. Pedido perfeitamente compreendido como sendo de compensação de dívidas, o débito oriundo de venda e compra de mercadorias representada por duplicata protestada e o crédito alegadamente decorrente de falta de devolução de artigos devolvidos para conserto. Inclusão, ainda, de pleito de cancelamento do protesto. Extinção do processo afastada, assim como a alegação de nulidade da sentença. Julgamento na forma do disposto no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil. Contratos. Compra e venda de equipamentos de informática. Dívida representada por duplicata. Pretensão a compensação com suposto crédito decorrente de falta de devo-

lução de placas enviadas à vendedora para conserto. Inadmissibilidade. Ausência de liquidez, pressuposto primeiro para compensação. Inteligência do disposto no art. 369 do Código Civil. Apelação provida para afastamento da extinção do processo, com julgamento, no mérito, de improcedência da ação. (TJSP, Ap. n. 7.188.173.300, 14ª Câm. de Direito Privado, j. 02.07.2008)

O pretense crédito decorrente do efetivo custo de reparo do veículo sinistrado, que voltou à circulação, poderá ser mensurado em processo futuro, mas atualmente carece de liquidez e exigibilidade necessários para permitir, no âmbito do processo executivo contra o devedor, a compensação, conforme dispõe o art. 741, VI, c/c o art. 369 do Código Civil (antigo art. 1.010 do Código de 1916). (STJ, REsp n. 769.950, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.12.2006)

É certo que, tanto em embargos do devedor quanto em execução, a compensação pode ser arguida como defesa. Porém, na última, exige-se que seja possível sua constatação *prima facie*. Assim, não é possível aceitá-la nos autos de execução quando, às vésperas da praça, o crédito do devedor depender de apuração mediante produção de prova, tal como na hipótese dos autos, em que se buscou o auxílio da perícia. Precedente citado: STJ, REsp n. 410.063/PE, DJ 21.05.2007. (STJ, REsp n. 716.841/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.10.2007)

Honorários de profissional liberal. Cobrança. Embargos à execução. Compensação de dívidas. Ausência de liquidez e certeza. Impossibilidade. Litigância de má-fé. Inocorrência. Sucumbência mantida. Recurso parcialmente provido. As obrigações para se compensarem devem decorrer de dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis, conforme dispõe o art. 369 do Código Civil. (TJSP, Ap. n. 835.717-8/00, rel. Des. Ferraz Felisardo, j. 12.09.2007)

Ação de cobrança. Despesas condominiais. Pleito de compensação. Desacolhido. Ausência de certeza e liquidez. Procedência reconhecida. Recurso improvido. O direito à compensação pressupõe a existência de dívida que traduza os requisitos de compensação (art. 369 do Código Civil). Deparando-se com simples pretensão, faz-se necessário o prévio reconhecimento de crédito por sentença, para o que se mostra imprescindível a propositura de ação específica. (TJSP, Ap. n. 1.041.886-7, rel. Des. Antonio Rigolin, j. 04.09.2007)

Execução por título extrajudicial. Cheques. Pretensão à compensação de créditos oriundos de cobranças abusivas e indevidas, ainda não apuradas. Impossibilidade. Dívidas que não representam crédito líquido, certo e exigível. Art. 1.010 do Código Civil de 1916 e 369 do atual. Não comprovação da existência dos créditos alegados. Inadmissibilidade de suprimento por prova pericial. Títulos assinados por pessoas sem poderes de representação da empresa sacadora. Irrelevância. Hipótese em que estas estavam na posse dos mesmos, levando o credor à presunção de que tinham poderes para tanto, tomando como válidos os atos praticados. Aplicação da teoria da aparência. Extravio dos cheques nem mesmo alegado. Hipótese, ademais, que exige a comunicação do ato ao banco sacado, o que não foi feito, isso sem falar que, nesse caso, os mesmos não seriam emitidos para pagar dívida da própria empresa sacadora. Perícia desnecessária. Cerceamento de defesa inocorrente. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. n. 1.107.985-9, rel. Des. Rui Cascardi, j. 06.12.2006)

Execução por título judicial. Pretensão à suspensão da execução para futura compensação com eventual crédito decorrente de ação *ex-empto*, onde se discute devolução de parte do valor pago ou desfazimento do negócio. Inadmissibilidade. Mera expectativa de direito, ainda não julgada em definitivo, que não pode ser compensada com crédito líquido, certo e exigível. Aplicação dos arts. 368 e 369 do atual Código Civil. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 1.087.992-6/SP, 23ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Rizzatto Nunes, j. 13.09.2006, v.u., voto n. 5.882)

Locação. Ação de cobrança de aluguéis. Benfeitorias realizadas no imóvel. Pretendida compensação. Exegese do art. 1.010 do Código Civil de 1916 e atual art. 369. Critérios. Necessidade dos requisitos objetivos de liquidez, exigibilidade e fungibilidade. Presença apenas de título executivo extrajudicial que espelha dívida certa e líquida. Benfeitorias realizadas, sem a devida prova documental, não têm o caráter de dívida líquida e certa. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 1.011.263-0/2/Itú, 35ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Artur Marques, j. 17.04.2006, v.u., voto n. 10.816)

O condômino tem a obrigação de solver os seus compromissos perante o condomínio, não se isentando de fazê-lo a pretexto de ser credor por danos materiais sofridos. Em ação de cobrança de despesas de condomínio não é possível a compensação com créditos ilíquidos e incertos, relativos a alegados danos causados ao titular da unidade autônoma, por cuja reparação seria responsável o condomínio e que, se o caso, devem ser postulados por via própria. (II TAC, Ap. n. 854.893-00/3, rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 21.06.2004)

Descabe, pela via processual eleita e nos limites da ação de cobrança, discussão acerca de responsabilidade do condomínio por eventuais danos sofridos pelo condômino. A compensação somente poderá ser efetuada, segundo o disposto no art. 369 do Código Civil, entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis. A pretensão da apelante deve ser perseguida pelas vias próprias. (II TAC, Ap. n. 815.748-00/0, rel. Juíza Cristina Zucchi, j. 28.01.2004)

O condômino tem a obrigação de solver os seus compromissos perante o condomínio, não se isentando de fazê-lo a pretexto de ser credor por danos materiais sofridos. Incabível a compensação dos débitos, eis que originados de fatos geradores distintos. Ademais, eventual indenização por supostos prejuízos causados à unidade autônoma deve ser postulada na via própria. (II TAC, Ap. n. 809.446-00/5, rel. Juiz Andratta Rizzo, j. 20.10.2003)

Considera-se líquida a dívida que se determinar pela natureza, qualidade e quantidade, a que se expressa através de um número certo ou de uma cifra. Se a obrigação dependia de prévia apuração, liquidação ou verificação pelos meios regulares de direito, deixará de ser líquida e não autorizará a compensação. Se o suposto crédito do devedor contra o respectivo credor depende ainda de prévio reconhecimento judicial, ilíquido será para os fins do citado art. 1.010 do Código Civil. (II TAC, Ap. n. 786.526-00/2, rel. Juiz Mendes Gomes, j. 12.05.2003)

A cobrança de débitos condominiais e o possível direito reparatório do condômino-réu, em face de danos que imputa ao condomínio-autor (vazamentos decorrentes de má conservação do telhado da edificação), são situações jurídicas que não se confundem. A circunstância há que aferir em demanda própria, autonomamente. *Si et in quantum*, crédito a constituir, não é dado ao condômino opor excludente compensatória (arts. 1.009 e 1.010 do CC/1916). (II TAC, Ap. n. 706.888, rel. Juiz Carlos Russo, j. 25.06.2003)

Art. 370. Embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato.

CC/1916: art. 1.011.

Este dispositivo estabelece uma exceção ao artigo anterior, pois impede que dívidas líquidas, vencidas e fungíveis sejam compensadas se a qualidade delas diferir - ou seja, se uma

for muito superior à outra - e se essa qualidade estiver especificada no contrato. Note-se que os requisitos são cumulativos: deve haver diferença na qualidade das dívidas e ela deve estar especificada no contrato.

Jurisprudência: Ação de anulação de título de crédito e declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com condenatória. Violação ao art. 21 da Lei de Locações. Cláusula de remuneração variável em contrato de sub-locação que, eventualmente, ultrapasse o valor da locação não é nula ou inválida, porém é ineficaz em relação aos valores que sobejem o valor da locação principal. Anulação afastada. Compensação de valores. Possibilidade. O art. 370 do Código Civil não veda a compensação de obrigações de origens diversas, apenas as que divirjam de qualidade. Possibilidade de declaração de inexigibilidade ante o pedido de anulação. Recurso da ré parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.241.397.004, rel. Pereira Calças, j. 01.04.2009)

Ação declaratória. Inexistência de título. Compensação de créditos entre a autora e a requerida. Não incidência do art. 1.011 do Código Civil. Recurso improvido. Honorários de advogado. Fixação mediante apreciação equitativa. Valor da causa pequeno. Aplicabilidade não do critério do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, mas sim o do § 4º, do mesmo dispositivo legal. Recurso improvido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 814.045-4, da Comarca de Santo André, sendo apelante Dismac Informática Ltda. e apelada Victor Dias Representações Ltda. Acordam, em 4ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Trata-se de apelação (fls. 39/45) interposta contra sentença (fls. 35/37), cujo relatório fica adotado e que julgou procedentes medida cautelar de sustação de protesto e ação anulatória de título. Sustenta a recorrente que distintas as dívidas, porque uma se refere a compra e venda mercantil, enquanto outra foi simplesmente alegada, mas não provada pelo apelado e diz como uma prestação de serviço, de modo que não podem, ser objeto de compensação como alvitrado pelo autor para justificar a falta de pagamento do seu débito. Reitera que o valor cobrado pelo apelado foi devidamente quitado. Argumenta, finalmente, que excessivos os honorários fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), equivalentes a mais de 50% do valor da condenação. Recebido (fls. 47), foi o recurso processado regularmente, com contrarrazões (fls. 48/58). É o relatório. Cuida-se de ação anulatória de título precedida de sustação de protesto, buscando a autora a extinção da obrigação estampada em duplicata mercantil apresentada (por indicação) a notário de protestos, asseverando que no desenvolvimento da encerrada representação comercial da requerida restou-lhe crédito do qual deveria apenas ser abatido o valor das mercadorias retidas, de sorte que inexistente lastro para emissão do título cuja anulação foi pleiteada. Apresentou o autor nota fiscal representativa do débito em aberto (fls. 9), não logrando a ré, apesar de intimada (fls. 33), produzir prova da respectiva quitação. Diante da existência de crédito em favor da ré e de um crédito em favor da autora, a sentença considerou extinta a obrigação do autor, mediante compensação. Não incide, no caso, disposição do art. 370 do Código Civil (art. 1.011, do Código Civil de 1916), que versa a respeito de compensação entre prestações de mesmo gênero mas de qualidades diferentes, quando especificadas em contrato. Nesse sentido, Maria Helena Diniz: "A compensação requer identidade da qualidade dos débitos, quando especificada em contrato, pois, se os objetos, embora da mesma espécie, forem de qualidade diversa, não se poderá compensar. Assim, não se poderá compensar o débito de vinho Bordéus do produtor X de tal data com uma dívida do mesmo vinho do produtor Y de outra data". (*Código Civil Anotado*, 7. ed., fls. 741.) No caso dos autos, certas quanto à existência, determinadas quanto ao objeto e vencidas ambas obrigações em dinheiro, na forma dos arts. 368 e 369, do Código Civil (arts. 1.009 e 1.010 do Código Civil de 1916), é aplicável a compensação. Assim, não tinha a recorrente crédito relativo à venda de mercadorias que justificasse a emissão do título, objeto do pedido, que deve ser anulado, portanto, em razão de falta de origem. Quanto à verba honorária, também não merece reparo a sentença atacada,

pois aplicou o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, certo que ainda que reduzido seja o valor da causa, devem os honorários advocatícios corresponder a condigna remuneração do trabalho do profissional, não se justificando, portanto, a fixação, segundo o critério do § 3º, do mesmo dispositivo legal, de modo que não é alterada a quantia fixada, R\$ 500,00 (quinhentos reais). Bem por isso, é negado provimento ao recurso. Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz Oséas Davi Viana (Revisor) e dele participou o Juiz Rizzatto Nunes. São Paulo, 10 de novembro de 2004. (TJSP, Ap. com revisão n. 814.045.400,4ª Câm. (extinto I TAC), rel. Renato Gomes Corrêa, j. 10.11.2004)

Agravo de instrumento. Sucumbência do agravante nos embargos acolhidos. Pretendida compensação pelo Banco agravante com outros processos. Indeferimento do juízo. Inteligência do art. 370 do Código Civil. Acerto da r. decisão. Agravo desprovido (voto 6.472). (TJSP, AI n. 7.179.026.000,19ª Câm. de Direito Privado, rel. Sampaio Pontes, j. 29.01.2008)

Art. 371. O devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas o fiador pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado.

CC/1916: art. 1.013.

A primeira parte do dispositivo não é inovadora, pois somente se poderá falar em compensação (art. 368) quando as duas pessoas forem simultaneamente credor e devedor uma da outra. A segunda parte, porém, permite que o fiador obtenha a compensação do crédito do afiançado contra o seu credor. Assim, em uma mesma relação jurídica, ao ser ajuizada a cobrança pelo credor em face do devedor afiançado, ele não pode apresentar um crédito de seu fiador em relação ao credor para compensá-lo. No entanto, se o fiador é executado, poderá postular a compensação do valor devido pelo credor ao devedor afiançado, porque isso lhe é permitido pelo presente artigo.

Jurisprudência: Cobrança. Débito relativo a contrato de locação. Crédito do fiador embargante contra o exequente. Compensação. Admissibilidade. Inteligência do art. 1.013 do CC. (TACRJ, *RT607/199*)

Embargos do devedor. [...] Aquele que presta fiança está legitimado a pleitear compensação, nos termos do art. 371 do atual Código Civil (art. 1.013 do Código Civil de 1916) [...]. (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.472615-8/000(1), rel. José Antônio Braga, j. 21.02.2006)

Art. 372. Os prazos de favor, embora consagrados pelo uso geral, não obstam a compensação.

CC/1916: art. 1.014.

Ao ser concedido prazo para o devedor saldar a dívida por mera liberalidade, sem novação ou alteração contratual, não há impedimento para que se considere o débito vencido e, portanto, passível de compensação.

Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:

I - se provier de esbulho, furto ou roubo;

II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos;

III - se uma for de coisa não suscetível de penhora.

CC/1916: art. 1.015.

A causa é o elemento comum a todo negócio jurídico da mesma espécie. Indica a razão pela qual são estabelecidas as contraprestações, mas não se confunde com o motivo, que se relaciona com a razão subjetiva dos contratantes, cuja identificação não é possível ao intérprete ou ao julgador. Assim, deve ser definido o que seja causa para a aplicação exata do presente dispositivo.

O fato de os negócios terem causas distintas não impede a compensação, de maneira que as dívidas que atenderem aos requisitos do art. 369 podem ser compensadas, mesmo que uma delas resulte de um mútuo de dinheiro e outra de uma indenização por acidente de veículos ou da alienação de uma propriedade rural. Importante, apenas, é que sejam líquidas, vencidas e fungíveis, salvo as exceções relacionadas no presente dispositivo.

A hipótese do inciso I quer impedir que créditos ilícitos sejam compensados com outros, de origem lícita, pois isso implicaria inadmissível igualdade de tratamento entre valores distintos: créditos lícitamente obtidos e créditos obtidos com violação ao direito.

Observe-se, contudo, que outros créditos podem ter origem ilícita - homicídio, apropriação indébita etc. sem que a compensação esteja vedada expressamente. Destarte, a impossibilidade de conferir tratamento distinto a hipóteses bastante semelhantes convence de que os casos relacionados são apenas exemplificativos e todos os bens adquiridos mediante delito não serão passíveis de compensação.

A segunda hipótese indicada no inciso II refere-se aos débitos originados de comodato, depósito ou alimentos. A vedação destina-se a evitar que o comodatário, o depositário e o alimentante compensem o dever de restituir com outros créditos, o que implicaria inadmissível retenção do bem infungível que se encontra em seu poder - no comodato e no depósito - e extinção de obrigação consistente em pagar alimentos destinado à subsistência do credor.

Observe-se que, se as dívidas não tiverem causas distintas, a compensação é possível: dois comodatos, dois depósitos ou duas verbas alimentares respectivas. Assinale-se que a jurisprudência vem admitindo a compensação nos casos em que houver má-fé da credora e não admite que alimentos não decorrentes de relação familiar estejam sujeitos a essa regra - de modo que o crédito de natureza alimentar resultante em acidente de trabalho pode ser compensado com débito do empregado por mútuo que contratou com seu empregador.

Finalmente, o inciso III não permite a compensação que se refira a coisa insuscetível de penhora (como são os bens de família e os relacionados no art. 649 do CPC). Se os bens não são suscetíveis de penhora, o credor não pode pretender compensação que os envolva. O credor pode desejar valores representados pelo débito contraído por seu empregado, que é seu credor por salários. Assim, pretende efetuar a compensação entre o salário que deve a seu credor e o valor que ele lhe deve pelo mútuo. Como o salário é insuscetível de penhora (art. 649, IV, do CPC), o empregador é obrigado a pagar seu empregado, sem efetuar a compensação, executando seu crédito em ação própria, porque a compensação é vedada por este dispositivo.

Jurisprudência: Tributário. Compensação. Lei local autorizativa. Imprescindibilidade. ICMS.

Precatório devido por pessoa jurídica distinta. Impossibilidade de extinção do crédito tributário.

1 - A extinção de crédito tributário mediante compensação somente é possível se houver lei autorizativa na esfera do estado. Precedentes do STJ. 2 - Ademais, seria inviável a extinção de crédito de ICMS por meio de compensação com precatório devido por pessoas jurídicas distintas (autarquia estadual/Departamento de Estradas e Rodagem - DER/PR). Precedentes do STJ. 3 - Nesse contexto, é desnecessária a análise de suposto poder liberatório, pois o art. 78, § 2º, do ADCT, é expresso ao referir-se a "tributos da entidade devedora". 4 - A inexistência de iden-

tidade entre os devedores dos precatórios e o credor do tributo (ICMS) afasta a aplicabilidade do dispositivo constitucional. 5 - Agravo regimental não provido. (STJ, Ag. Reg. no Rec. em MS n. 2008.0272618-6, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.08.2009, DJ 27.08.2009)

Alimentos. Cerceamento de defesa incorrente. Matéria preclusa. Compensação dos alimentos. Impossibilidade. Artigo 373, inciso II, do Código Civil. Abrandamento buscando evitar enriquecimento sem causa. Compensação dos valores pagos em excesso diluída em prestações. Litigância de má-fé não caracterizada. Verba honorária bem fixada. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 6.117.804.300, rel. Beretta da Silveira, j. 17.02.2009)

Embargos à execução. Cobrança de alimentos pretéritos. Compensação do crédito alimentar com pagamento de outros débitos e entrega de veículo a um dos filhos. Incompensabilidade dos alimentos nos termos do art. 373, II, do CC. Apresentação de declaração em que a apelada desiste da ação de execução de alimentos. Acordo que só ganha eficácia jurídica com o comparecimento de ambas as partes ao processo e a homologação do juízo. Não efetuado. Cerceamento de defesa incorrente. Agravo retido e apelação improvidos. (TJSP, Ap. com revisão n. 5.792.674.000, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Neves Amorim, j. 23.09.2008)

Agravo de instrumento. Execução por título extrajudicial. Cartas de fiança. Deferimento de compensação entre o valor de bens havidos como impenhoráveis e o crédito exequendo. Alegada impossibilidade. Desacolhimento. Bens reconhecidos como impenhoráveis depois de regular arrematação. Direito do executado, apenas, a crédito correspondente ao valor deles. Impenhorabilidade não alcançando esse crédito, por não atender à condição de bem de família. Inteligência dos art. 373, III, do CC, e art. 694, § 2º, do CPC. Recurso improvido. Estando a alienação judicial perfeita e acabada, pois verificada antes do reconhecimento judicial da impenhorabilidade, não mais tem o executado direito à coisa em si, só ela reconhecida como bem de família, indispensável ao regular funcionamento de um lar. Passa a ter direito, somente, a um crédito formado pela obrigação legal do exequente de restituir o valor dos bens penhorados e arrematados (art. 694, § 2º, do CPC). E semelhante crédito, à evidência, não pode ser havido como impenhorável, porquanto não reúne a condição de bem de família que outorgou a impenhorabilidade aos bens constritos. (TJSP, AI n. 7.165.388.600, 11ª Câm. de Direito Privado, rel. Vieira de Moraes, j. 16.01.2008)

"A compensação*" é um modo de extinção de obrigação, até onde se equivalerem, entre pessoas que são, ao mesmo tempo, devedor e credora uma da outra, (diniz, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 362)

O crédito do apelante-autor decorrente do fornecimento de cana-de-açúcar no valor de [...] para a apelada-ré e o crédito desta oriundo da subscrição de ações no valor de [...], podem ser objeto de compensação, uma vez que ambos são dívidas de valor (homogeneidade das prestações) e inexistem elementos nos autos para afastar a sua liquidez. Referidos débitos são certos quanto à existência e determinados quanto ao objeto.

E "para a compensação não se exige a identidade de *causa debendi*. A diversidade ou diferença de causa não obsta a que se verifique a compensação, salvo se proveniente de esbulho, furto ou roubo, por serem condutas ilícitas, de comodato e depósito, por terem por fundamento a confiança existente entre os envolvidos e por base a posse precária, extinguindo-se com a devolução da coisa a quem de direito, de alimentos, a compensação dele retiraria os meios para a sobrevivência com dignidade, de coisa impenhorável, por ser inexigível. Possível será a compensação entre dívidas decorrentes de causa diversa" (diniz, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 366).

Além disso, em face dos documentos [...], perceptível que as partes convencionaram a possibilidade da compensação de valores pela subscrição das ações com os créditos decor-

rentes do fornecimento de cana-de-açúcar (compensação voluntária). Ademais, os documentos [...], por serem de emissão da própria apelada-ré, demonstram a existência de débitos e créditos entre eles. Por outro lado, tais valores independem de apuração judicial ou ação de cobrança, uma vez reconhecidos pelas partes.

Porém, diversamente do que sustenta o apelante-autor, incabível a compensação com base nos valores reconhecidos na ação de cobrança. Para este crédito, ausente o requisito da certeza, uma vez que a questão está *sub judice* e ainda não transitada em julgado.

Confira-se: "Execução por título judicial. Pretensão da apelante à compensação de crédito que possui junto à recorrida. Descabimento, pois tal crédito é objeto de recurso pendente de julgamento. Hipótese, ademais, em que a importância pretendida pela recorrente inclui verba honorária, que é do advogado e não da parte. Recurso não provido" (TJSP, Ap. n. 0.952.035-4/00/Sorocaba, 12ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Carlos Alberto Bondioli, j. 03.03.2005).

Assim, não vislumbro ausência de interesse processual no pedido de compensação dos débitos decorrentes do fornecimento de cana-de-açúcar e subscrição de ações. Porém, inadequado o pedido em relação aos valores decorrentes da ação de cobrança. (TJSP, Ap. n. 324.584-4/1-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 13.11.2007)

Possessória. Reintegração de posse. Bem imóvel. Anterior ação de rescisão de compromisso de venda e compra julgada procedente, sem direito de retenção ao comprador, vencido na demanda. Retorno da posse do imóvel ao vendedor. Obrigatoriedade. Notificação para desocupação desatendida. Esbulho caracterizado. Impossibilidade de compensação de créditos. Exegese do art. 373, I, do Código Civil. Procedência da ação. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 1.105.744-0/Piracicaba, 14ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Ligia Araújo Bisogni, j. 13.09.2006, v.u. voto n. 1.166)

Cobrança. Cédula rural. Pignoratícia e hipotecária. Banco que se apropria de dinheiro em conta corrente com amparo em cláusula contratual. Apropriação ocorrida dois anos após a verificação do crédito. Abusividade da cláusula reconhecida. Boa-fé objetiva inexistente. Compensação de valores inadmissível em virtude da ilicitude do procedimento do banco. Interpretação ampliativa do art. 373, I, do Código Civil. Sentença de procedência. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 3.005.256.500, 14ª Câm. de Direito Privado C, rel. Hamid Charaf Bdine Jr., j. 11.08.2006)

Ilegalidade da cláusula inserida em contratos bancários que autorizam desconto em conta corrente do valor do salário do devedor: JTA 180/93, 178/19 e 175/174, TARS, Ap. n. 196.049.191, rel. Juiz Aldo Ayres Torres, j. 21.08.1996; e TARS, Ap. n. 196.073.761, rel. Juiz Roque Miguel Fank, j. 27.06.1996.

Impossibilidade de compensação de alimentos, salvo em caso de má-fé: *RJTJESP* 123/237 e 116/326: TJSP, Ap. n. 211.942-1/6, 2ª Câm., rel. Des. Cezar Peluso, j. 11.10.1994.

Art. 374. (Revogado pela Lei n. 10.677, de 22.05.2003.)

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Ação de execução fiscal. Bem ofertado à penhora. Créditos decorrentes de precatórios. Compensação por via indireta. Inadmissibilidade. Constrição sobre faturamento. Limitação percentual. Recurso parcialmente provido. 1

- A execução é feita em benefício do credor, porém, com o menor sacrifício possível para o devedor. 2 - Em tese, o crédito decorrente de precatório pode ser ofertado à penhora. 3 - Todavia, em se tratando de execução fiscal, a oferta do referido crédito representa tentativa

de compensação por via indireta, o que é vedado ante a expressa revogação do art. 374 do Código Civil de 2002 pela Lei n. 10.677, de 2003. A oferta deve ser recusada. 4 - Determinada a penhora sobre a totalidade do faturamento de sociedade empresária, resta inviabilizada a sua atividade econômica. A constrição deve ser limitada a 25% do faturamento bruto.

5 - Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido para arbitrar a penhora em 25% do faturamento semanal bruto da devedora. (TJMG, Proc. n. 1.0024.05.786753-3/001(1), rel. Caetano Levi Lopes, j. 20.03.2007)

O novo procedimento para a compensação de tributos, instituído pela Lei n. 10.637/2002, não pode ser aplicado, em sede de recurso especial, às ações ajuizadas antes de sua entrada em vigor. Contudo impedida não está a parte de, independentemente do resultado deste processo, proceder à compensação dos créditos na conformidade com as normas supervenientes, se atender os requisitos próprios. (STJ, REsp n. 894.987/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.02.2007)

Não está autorizada em lei, nem é compatível com o regime próprio previsto na Constituição, a compensação de créditos constantes de precatórios judiciais com débitos não tributários da Fazenda Pública. Aplicar, pura e simplesmente, o regime da compensação prevista no direito privado para as relações de direito administrativo, abriria perigosa via para fraudar o modo de pagamento dos precatórios previstos na Constituição, com desvirtuamento dos valores jurídicos que com ele se buscou preservar. Isso ficaria mais evidente em casos de cessão de crédito, em que o precatório, impulsionado pela facilidade de circulação de sua titularidade jurídica, ganharia um poder liberatório semelhante ao da moeda, eficácia essa que a Constituição reservou a casos excepcionais (ADCT, art. 78, § 2º). (RSTJ 202/101)

Execução fiscal. Suspensão. Existência de precatório em favor do executado, a ser pago pela exequente. Hipótese de compensação. Inadmissibilidade. Não aceitação do pedido da recorrente em face da recente revogação do art. 374 do novo Código Civil. Recurso não provido. A uma porque a Lei n. 6.830/80 só admite a suspensão do processo na hipótese prevista em seu art. 38. Não é o caso dos autos. A duas, porque o Código de Processo Civil também não prevê possibilidade de suspensão do processo segundo a tese suscitada pela recorrente. A três, por fim, porque a figura da compensação só se admite em casos previstos na lei, diante das vedações legais e constitucionais, como ocorreu recentemente através da Lei n. 10.339, de 1º de julho de 1999, regulamentada pelo Decreto n. 44.975, de 02 de julho de 1999. Inegável concluir que a compensação é exceção e requer lei autorizadora (Código Tributário Nacional, art. 170), inexistente para o caso vertente. Destarte, reforça a não aceitação do pedido da recorrente a recente revogação do art. 374 do novo Código Civil. (TJSP, AI n. 337.150-5/5-00/Sorocaba, 7ª Câm. de Direito Público, rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 22.09.2003, v.u.)

Art. 375. Não haverá compensação quando as partes, por mútuo acordo, a excluírem, ou no caso de renúncia prévia de uma delas.

CC/1916: arts. 1.016 e 1.018.

É permitido às partes, nos limites de sua autonomia privada, que acordem sobre a impossibilidade de compensar ou que renunciem previamente à compensação. Assim, a validade desse ajuste segue as regras incidentes aos negócios jurídicos em geral e, em sede de relação de consumo, é necessário verificar se a composição não está vedada em cada situação concreta pelo disposto nos arts. 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 376. Obrigando-se por terceiro uma pessoa, não pode compensar essa dívida com a que o credor dele lhe dever.

CC/1916: art. 1.019.

Se alguém se obriga a pagar débito de terceiro, não pode compensá-lo com um débito de que seja credor contra o credor do terceiro. Nesse caso, o devedor assume uma obrigação que não é sua, de maneira que o dispositivo veda-lhe que faça isso com o intuito de não pagar seu débito, compensando-o. A regra implica que o devedor só pode compensar com o credor o que este lhe dever diretamente (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, 1.1, p. 627).

Art. 377. O devedor que, notificado, nada opõe à cessão que o credor faz a terceiros dos seus direitos, não pode opor ao cessionário a compensação, que antes da cessão teria podido opor ao cedente. Se, porém, a cessão lhe não tiver sido notificada, poderá opor ao cessionário compensação do crédito que antes tinha contra o cedente.

CC/1916: art. 1.021.

Este artigo deve ser conjugado com os arts. 290 e 294. No art. 294, afirma-se que todas as exceções de que o devedor dispõe em face do credor primitivo podem ser opostas ao novo credor (o cessionário do crédito). Nesse dispositivo, não há ressalva de que essas exceções devem ser informadas ao novo credor no momento em que se lhe dá ciência da cessão, mas, como revelam os comentários correspondentes, essa é a interpretação prevalente, que prestigia a boa-fé. Quando se tratar de compensação, a necessidade de manifestação está expressamente estabelecida no dispositivo que ora se examina.

Jurisprudência: Embargos do devedor. Cheque repassado a empresa de *factoring*. Cessão de crédito. Ausência de notificação do devedor. Possibilidade de oposição das exceções pessoais. Cerceamento de defesa. O *factoring* consiste numa cessão onerosa de crédito em que um comerciante transfere, mediante pagamento, a empresa faturizadora títulos de crédito e assume os riscos de sua cobrança. É condição de eficácia da cessão de crédito a ciência do devedor da existência da transferência do crédito a terceira pessoa (art. 290 do CC/2002). O emitente de cheque que desconhece o contrato celebrado entre faturizador e faturizada pode opor ao cessionário as defesas pessoais que poderia deduzir contra o empresário faturizado, inteligência do art. 377 do CC/2002. (TJMG. Proc. n. 2.0000.00.505435-3/000(1), rel. Antônio de Pádua, j. 27.09.2005)

Art. 378. Quando as duas dívidas não são pagáveis no mesmo lugar, não se podem compensar sem dedução das despesas necessárias à operação.

CC/1916: art. 1.022.

A compensação interessa a ambas as partes que dela se valem, de modo que eventuais despesas suportadas por uma das partes para efetivá-la devem ser descontadas do valor a compensar, evitando que uma das partes tenha despesa superior à da outra para consolidar adimplemento do interesse de ambas. A dedução acarreta a igualdade das partes em relação aos interesses a serem compensados, evitando que uma delas tenha maior prejuízo que a outra.

Art. 379. Sendo a mesma pessoa obrigada por várias dívidas compensáveis, serão observadas, no compensá-las, as regras estabelecidas quanto à imputação do pagamento.

CC/1916: art. 1.023.

A compensação acarreta o adimplemento, de modo que este dispositivo consagra a aplicação à espécie das regras da imputação de pagamento (arts. 352 a 355) às hipóteses em que houver mais de uma dívida a compensar. Tudo o que foi dito a respeito da imputação de pagamento nos comentários correspondentes aplica-se aos casos em que mais de uma dívida for compensável.

Art. 380. Não se admite a compensação em prejuízo de direito de terceiro. O devedor que se torne credor do seu credor, depois de penhorado o crédito deste, não pode opor ao exequente a compensação, de que contra o próprio credor disporia.

CC/1916: art. 1.024.

A compensação pode ser utilizada para que determinado credor obtenha a satisfação de seu crédito em prejuízo de outros credores, como quando, por hipótese, entre diversos credores, somente seu crédito seja fungível em relação ao do devedor. Havendo vários credores de dívidas vencidas, líquidas e fungíveis, porém, o dispositivo remete à necessidade de execução e concurso de credores, para que se verifique quem efetuará primeiro a penhora do bem.

A parte final do dispositivo é mais simples: caso o devedor se torne credor do devedor após seu crédito estar penhorado por terceiro, a compensação não é permitida, pois acarretaria fraude à execução (art. 593 do CPC). Aqui, o crédito do credor é penhorado por terceiro, de maneira que ele deve pagar o terceiro e iniciar a cobrança do seu crédito contra o devedor, sem prejudicar o terceiro que obteve a penhora do crédito. Observe-se que a penhora é do crédito do credor contra o devedor, que tanto pode ser representada por dinheiro quanto por uma obrigação de dar ou de fazer, como a que se refere a direitos de aquisição de um imóvel, desde que seja possível identificar nestes últimos casos os requisitos estabelecidos no art. 369.

Jurisprudência: Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência, ao julgador cabe decidir sobre a utilidade ou necessidade das provas, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, nos exatos termos do art. 130 do CPC. Preliminar rejeitada. Consignação em pagamento. Apelante que quer compensar o seu crédito com o crédito do apelado. Desacolhimento. Apelado que sofreu intervenção do Bacen, o que implicou na suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas e na inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação, nos termos do art. 6º da Lei n. 6.024/74. Compensação dos créditos que implicaria em pagamento privilegiado em relação aos demais credores do banco falido, o que é vedado pelo art. 380 do CC. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 7.052.189.600, 17ª Câm. de Direito Privado, rel. Tersio Negrato, j. 30.06.2008)

Contrato. Bancário. Ação visando a anulação de contratos de mútuo e a compensação de créditos. Autora que pede reforma do julgado, sob argumentação básica de que, como condição à contratação, o banco teria imposto à apelante a aquisição de títulos (debêntures) que jamais teria adquirido, portanto tendo havido "venda casada" de serviços, vedada pela lei. Insiste na possibilidade de compensação do pretense débito com créditos existentes. O que contamina e torna ilícita a chamada "operação casada" ou "venda casada" é o abuso ou a exploração de uma parte pela outra, de modo a que o adquirente não tenha outra alternativa, senão

adquirir ambos os produtos. Se isso não fica demonstrado, inviável reconhecer nulidade no negócio. Pretendida compensação inadmissível. Só se podem compensar dívidas líquidas e vencidas (art. 369, Código Civil) e desde que não resulte em prejuízo de direito de terceiro (art. 380, Código Civil). Ação improcedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 7.071.355-2/SP, 11ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Gilberto Pinto dos Santos, j. 14.09.2006, v.u., voto n. 8.185)

CAPÍTULO VIII DA CONFUSÃO

Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.

CC/1916: art. 1.049.

Quando A deve a B, mas, de algum modo, torna-se titular desse mesmo crédito, extingue-se a obrigação, pois não haverá possibilidade ou necessidade de adimplir a si mesmo. Tal hipótese costuma ocorrer nos casos em que o devedor é o único sucessor do credor e sobrevêm a morte deste último. Nesse caso, o crédito do credor será transmitido ao devedor, que, em consequência, será credor e devedor de si mesmo em relação à mesma obrigação, que será considerada extinta nos termos deste dispositivo. A confusão é meio legal de extinção da dívida, de maneira que será reconhecida mesmo que não haja intenção das partes ou manifestação de vontade nesse sentido.

Jurisprudência: Processual civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Honorários advocatícios. Defensoria Pública. Código Civil - art. 381 (confusão). Pressupostos. 1 - Segundo noção do direito das obrigações, ocorre confusão quando uma mesma pessoa reúne as qualidades de credor e devedor. 2 - Em tal hipótese, por incompatibilidade lógica e expressa previsão legal extingue-se a obrigação. 3 - Com base nessa premissa, a jurisprudência desta Corte tem assentado o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante. 4 - A *contrario sensu*, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública estadual atua contra município. 5 ¶ Agravo regimental não provido. (STJ, Ag. Reg. no AI n. 1.131.351, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.08.2009, DJ 10.09.2009)

Embargos. Oposição pela Fazenda do Estado de São Paulo, alvejando, por motivo de confusão entre as pessoas do credor e do devedor, execução de verba honorária. Sentença de acolhimento dos embargos. A norma do inc. VI, art. 741, CPC, propiciando, pela via dos embargos, a oposição de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação exequenda, embora abranja a possibilidade de desfiar-se a confusão inscrita no art 381, Cód. Civ., limita-se a causas supervenientes à sentença objeto da execução. Impossibilidade consequente de revolver, fora do âmbito rescisório, sentença acobertada por eficácia preclusiva. (TJSP, AI n. 9.394.105.301, rel. Ricardo Dip, j. 26.10.2009)

Extinção do processo. Embargos do devedor. Ocorrência de confusão superveniente entre credora e devedora por força de sucessão *causa mortis*. Extinção da execução. Art. 267, X, do Código de Processo Civil. Insustentabilidade da penhora. Sucumbência recíproca. Recurso do embargado improvido. Apelo da embargante acolhido. (JTA 211/205)

Inaplicabilidade do instituto da confusão, previsto no art. 381, do Código Civil de 2002, à espécie. Isto porque é o Município, e não o Estado, que figura como devedor da verba honorária no caso em comento. (STJ, Ag. Reg. no Ag. Reg. no REsp n. 736.179, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.05.2007)

2-0 Estado não paga honorários advocatícios nas demandas em que a parte contrária for representada pela Defensoria Pública. Precedentes.

3 - Extingue-se a obrigação quando configurado o instituto da confusão (art. 318 do Código Civil atual). (STJ, REsp n. 598.260, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13.02.2007). Nota do autor: o correto seria art. 381 do CC, e não 318, como constou da ementa.

Do mesmo teor: STJ, REsp n. 820.931, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20.03.2007 e STJ, REsp n. 592.694, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.02.2007.

1 - A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda em causa patrocinada por defensor público. Confusão.

2 - Aplicação do art. 1.049 do Código Civil. (STJ, REsp n. 469.662, rel. Min. Luiz Fux, j. 03.06.2003)

Restando vencedora em demanda contra o Estado-Parte representada por defensor público, não há falar em condenação a honorários advocatícios, pois o credor - Defensoria Pública - é órgão do devedor - Estado - ocorrendo a causa extintiva das obrigações denominada confusão (art. 1.046 do CC/1916 e art. 381 do CC/2002). (STJ, REsp n. 654.705, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17.08.2004)

Apelação cível. Fornecimento de medicamento para Alzheimer e hiperplasia benigna de próstata. É dever do Estado garantir a saúde da população. Receituários e exames feitos por médicos conveniados ao SUS. Multa diária. Admissibilidade. Impossibilidade de condenação em honorários a favor da Defensoria Pública quando litiga contra a Fazenda Pública. Confusão entre credor e devedor (art. 381 do CC). Recursos parcialmente providos. (TJSP, Ap. com revisão n. 6.733.385.400, rel. Des. Venício Salles, j. 02.10.2007)

Honorários de advogado. Defensoria Pública. Parte contrária da demanda representada por este órgão. Instituição estadual desprovida de personalidade jurídica própria que não pode recolher os honorários sucumbenciais decorrentes da condenação do próprio órgão a que pertence. Instituto da confusão configurado. Inteligência do art. 381 do CC (de 2002). (STJ, RT 833/185)

Não recolhendo o prêmio, o proprietário do veículo fica obrigado, em via de regresso, a ressarcir aquilo que a seguradora viesse a pagar ao acidentado. Destarte, como, no caso, o acidentado é o proprietário do veículo, verifica-se tratar de clássico caso de confusão (art. 381 do Código Civil), pois caracterizada a reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor e de devedor de uma mesma relação obrigacional. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1.013.453-0/1, rel. Des. Artur Marques, j. 29.01.2007)

Art. 382. A confusão pode verificar-se a respeito de toda a dívida, ou só de parte dela.

Este artigo permite o reconhecimento da confusão como modo de extinguir a dívida, mesmo que ela não compreenda todo o débito, mas alcance-o apenas em parte.

Art. 383. A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade.

CC/1916: art. 1.051.

Credores ou devedores solidários fazem jus ao crédito ou são responsáveis pelo débito em sua integralidade. Dessa forma, perante aquele com que estabelecem a relação jurídica podem agir individualmente como se cada um deles fosse o único credor ou devedor. A confusão, porém, não poderá, segundo o dispositivo em exame, acarretar a extinção da totalidade da dívida, pois somente parte dela diz respeito a cada credor ou devedor solidário.

Admitindo-se, pois, que a confusão com um só dos devedores solidários ou credores solidários extinguisse a dívida, os demais credores se veriam compelidos a cobrar o cocredor, que obteve satisfação de seu débito sem vantagem para eles, o mesmo se verificando em relação ao devedor, o que é vedado no presente dispositivo.

Tal procedimento não corresponde ao disposto nos arts. 267 e 269, que, no primeiro, ao definir solidariedade ativa, permite que qualquer credor exija a dívida na integralidade, e, no segundo, só autoriza extinção da dívida em valor superior à parte do credor, até o montante do que foi pago, se efetivamente ocorreu pagamento, isto é, se houve adimplemento daquilo efetivamente devido. Na confusão, como se verifica do exame do presente dispositivo, a solução é diversa.

Art. 384. Cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus acessórios, a obrigação anterior.

CC/1916: art. 1.052.

Se a confusão cessar - porque, exemplificativamente, o ascendente credor, diversamente do que se imaginava, está vivo, de modo que o débito do descendente para com ele não se consolidou nas mãos deste -, o débito se restabelecerá com todos os seus acessórios.

No entanto, garantias e direitos reais de terceiros constituídos no momento em que se operou a confusão devem ser respeitados (PKRKIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 20. ed., atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. II, p. 274). Em consequência da cessação da confusão, o crédito volta a existir com todos os acessórios que a ele se vinculavam. Segundo Sílvio Rodrigues, a confusão cessa porque é fundada em causa transitória ou ineficaz (*Direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 224).

Jurisprudência: Cobrança. Confusão. Correção monetária. Juros de mora. 1 - Não há confusão, modo de extinção da obrigação, quando credor e devedor são pessoas jurídicas distintas, com registros distintos, contabilidades individualizadas e capital social próprio. Ademais, a cessação da alegada confusão patrimonial e administrativa e a demonstração de interesse na manutenção do vínculo obrigacional são suficientes à restauração da obrigação. Inteligência do art. 384 do Código Civil. 2 - A correção monetária não constitui um *plus*, devendo incidir desde à época em que fixado o valor original do débito. 3 - Tratando-se de responsabilidade contratual, contam-se os juros a partir da citação. (TJMG, Proc. n. 1.0024.05.846432-2/001(1), rel. Wagner Wilson, j. 03.04.2008)

CAPÍTULO IX DA REMISSÃO DAS DÍVIDAS

Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro.

CC/1916: sem correspondente.

A remissão implica extinção não satisfativa do débito. É a declaração do credor, aceita pelo devedor, de que não deseja receber o que lhe é devido. No sistema do Código Civil, a discussão sobre a natureza jurídica da remissão e sobre a necessidade de concordância do devedor para validade ou eficácia da mesma, uma vez que o dispositivo em exame consagra expressamente a impossibilidade de extinguir-se a obrigação sem anuência do devedor.

Segundo Renan Lotufo, esta regra consagra, novamente, o princípio da socialidade, permitindo ao devedor discordar da remissão e insistir no adimplemento (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 418). Acrescenta que se confere prestígio à liberdade do devedor e “de seu direito a cumprir o dever obrigacional” (op. cit., p. 419).

O dispositivo encontra paralelo no parágrafo único do art. 304, que também não admite o pagamento por terceiro se o devedor se opuser. Também neste dispositivo se dá proteção ao devedor, que pretende, pessoalmente, adimplir o débito.

Art. 386. A devolução voluntária do título da obrigação, quando por escrito particular, prova desoneração do devedor e seus coobrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor capaz de adquirir.

CC/1916: art. 1.053.

Se o credor restitui ao devedor o instrumento particular que representa seu crédito, conclui-se que perdoou a dívida em relação a todos os devedores e coobrigados, se ambos forem capazes. Registre-se que o dispositivo só menciona o instrumento particular, na medida em que o instrumento público pode ser objeto de extração de diversas vias, o que, portanto, não significa que a entrega de uma delas ao devedor externe intenção de o credor desonerar o devedor. A prova da desoneração estabelecida neste dispositivo configura presunção relativa. Nada impede que o credor demonstre que a entrega do instrumento ao devedor não resultou de sua intenção de desonerá-lo.

Jurisprudência: Entrega de título ao devedor pelo credor. Presunção relativa possível de ser elidida. Remissão da dívida. Inexistência do ânimo de perdoar. Descaracterização. Alegação de desvirtuamento do princípio do livre convencimento. Não explicitação dos motivos da insurgência. Desconsideração das provas produzidas. Inocorrência. Não conhecimento desta parte. Verbete n. 284 da Súmula do STF. Matéria de prova. Reexame defeso em sede especial. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. (*RSTJ* 83/258)

Cambial. Promissória. Título exigível. Remissão parcial da dívida não demonstrada. Art. 1.053 do Código Civil de 1916. Pagamento que se demonstra pela devolução do título ou declaração do credor. Nexo entre essa obrigação e a transferência de imóvel mais quantia em dinheiro ao apelado não demonstrado. Recurso não provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.076.714.100, 22ª Câm. de Direito Privado, rel. Roberto Bedaque, j. 09.01.2007)

Art. 387. A restituição voluntária do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, não a extinção da dívida.

CC/1916: art. 1.054.

O penhor é garantia real pela qual determinado bem móvel é entregue pelo devedor ao credor com a intenção de garantir a dívida. Quando o credor entrega o bem ao devedor não haverá extinção da dívida, mas apenas renúncia à garantia. A garantia é acessório da dívida e sua extinção não acarreta a do principal - ou seja, da própria dívida.

Art. 388. A remissão concedida a um dos codevedores extingue a dívida na parte a ele correspondente; de modo que, ainda reservando o credor a solidariedade contra os outros, já lhes não pode cobrar o débito sem dedução da parte remitida.

CC/1916: art. 1.055.

Caso o credor decida proceder à remissão de parte da dívida de um dos devedores solidários, não pode pretender cobrá-la dos demais, a quem não a concedeu. Dessa forma, deve abater do total da dívida solidária a parte remitida, cobrando-lhe apenas o saldo devido.

Jurisprudência: Locação de imóvel. Execução. Fiadores que figuram no contrato como principais pagadores e solidários quanto às obrigações do locatário. Art. 39 da Lei n. 8.245/91. Remissão parcial do débito que extingue a dívida na parte concernente ao devedor remido. Admissibilidade. Inteligência dos arts. 275, 277 e 388 do Código Civil de 2002. Ausência de prejuízo aos apelantes, o credor não mais poderá reclamar a dívida toda, sem abatimento de seu crédito da parte remida. Recurso conhecido e desprovido. (TJSP, Ap. com revisão n. 884.965.004, 31ª Câm. de Direito Privado, rel. Francisco Casconi, j. 05.08.2008)

Locação de imóveis. Consignatória. Depósitos feitos. Aceitação ou impugnação da oferta. Inexistência. Desistência da ação. Admissibilidade. Levantamento dos depósitos pelo consignante. Desnecessidade da concordância do credor. Inteligência do art. 338 do Código Civil. Desistência homologada e processo extinto (CPC, art. 267, VIII). Recurso provido. (TJSP, AI n. 1.111.877-2/00, rel. Des. Walter Zeni, j. 12.07.2007)

TÍTULO IV DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

CC/1916: art. 1.056.

Os contratos - e as obrigações de modo geral - devem ser cumpridos, porque são obrigatórios para as partes (*pacta sunt servanda*). Distingue-se a responsabilidade que tem origem no inadimplemento de contrato ou em declaração unilateral de vontade daquela em que não se tem presente qualquer vínculo obrigacional anterior. A primeira é denominada responsabilidade contratual e a segunda, extracontratual ou aquiliana.

A responsabilidade contratual, ora examinada, está fundada na culpa em sentido amplo. Isto é, a obrigação de indenizar resulta da intenção do inadimplente de descumprir o contrato e causar prejuízo, ou da negligência, da imprudência ou da imperícia com que se houve. A obrigação de indenizar resultante do inadimplemento contratual pressupõe culpa do inadimplente. Na hipótese do inadimplemento contratual, a culpa é presumida - ao contrário do que ocorre na responsabilidade aquiliana de maneira que o ônus de ilidir tal presunção é do inadimplente, que só se exonera se demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou força maior (art. 393 do CC). Nada impede que o devedor assuma expressamente a responsabilidade indenizatória mesmo nas hipóteses em que se verifique caso fortuito ou força maior.

Os requisitos necessários ao reconhecimento da obrigação do inadimplente de indenizar o credor, na lição de Maria Helena Diniz, são os seguintes: a) obrigação violada; b) nexo de causalidade entre o fato e o dano produzido; c) culpa; e d) prejuízo ao credor (*Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. II, p. 359).

Em caso de não cumprimento, o inadimplente responde por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais, e honorários de advogado, de acordo com a regra do art. 389 do Código Civil. Segundo Renan Lotufo, tais verbas não dependem do pedido expresso para serem concedidas, porque previstas em lei (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. III, p. 431).

A regra não se aplica apenas às obrigações decorrentes do contrato, pois as obrigações também podem decorrer do negócio unilateral e de ordem judicial (LOTUFO, Renan. Op. cit., p. 429). A mesma consequência impõe-se quando a obrigação é cumprida de modo imperfeito, isto é, de modo distinto daquele que foi estabelecido ou de forma intempestiva (art. 395 do CC).

O fato de o art. 389 do Código Civil não haver reproduzido a expressão do art. 1.056 do Código Civil de 1916 (“ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos”) não significa que o cumprimento imperfeito da obrigação não gere perdas e danos, pois a primeira frase do dispositivo mencionado compreende essa hipótese. Ademais, a mora (cumprimento que não se faz no tempo, no lugar e na forma estabelecidos em lei ou em convenção) é disciplinada nos arts. 394 e 395 e também prevê obrigação de o inadimplente suportar perdas e danos.

O Código em vigor alterou o nome do presente capítulo. Denominou-o *Do Inadimplemento das Obrigações* em lugar de *Das Consequências da Inexecução das Obrigações*. A nova expressão é mais abrangente que a anterior e, como observa Renan Lotufo, “compreende, primeiramente, o estudo do inadimplemento da obrigação *em si mesmo*, e, depois, o das suas consequências” (op. cit., p. 425).

O adimplemento da obrigação é o modo regular pela qual ela se extingue. Já o inadimplemento provoca rompimento na estrutura social, autorizando o credor a reagir e lançar mão de certos meios para satisfazer seu crédito. Verifica-se quando o devedor não cumpre a prestação devida de modo voluntário ou quando, involuntariamente, fica impedido de fazê-lo. Haverá inexecução voluntária se o inadimplemento resultar de fato imputável ao devedor. A infração ao dever de cumprir a obrigação assumida pode resultar de conduta dolosa ou culposa (negligência, imprudência ou imperícia).

A impossibilidade no cumprimento da prestação, porém, pode decorrer de fato não imputável ao devedor e, se tal ocorrer, não lhe serão exigíveis as verbas indenizatórias contempladas nesse artigo. Acrescente-se que haverá reconhecimento de impossibilidade não imputável ao devedor se o cumprimento da prestação exigir dele “um esforço extraordinário

e injustificável” (SAVI, Sérgio. “Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 462).

Contudo, a expressão inadimplemento também tem um conteúdo objetivo, oriundo da constatação de que a prestação não foi conferida ao credor. Há uma tendência doutrinária, aliás, de identificar o inadimplemento com essa situação objetiva, independentemente de culpa (ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Niterói, Ímpetus, 2004, p. 242, e RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 507). De fato, nem sempre a culpa do devedor terá relevância para a identificação do inadimplemento. Nesse passo, vale invocar a observação de Renan Lotufo, que registra: “o interesse do credor merece proteção segura e adequada, inclusive nas hipóteses em que o adimplemento foi impedido por causas estranhas à ‘imputabilidade’ do devedor” (op. cit., p. 426). Não se afasta, ainda, a hipótese de o devedor responsabilizar-se expressamente por prejuízos que não lhe sejam imputáveis, como se extrai do art. 393 (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 480).

No Código de Defesa do Consumidor, verificam-se diversas hipóteses em que o inadimplemento contratual legitimará a obrigação de indenizar independentemente da culpa do fornecedor, pois, também no aspecto contratual, a responsabilidade haverá de amparar-se na teoria do risco, ultrapassando-se, aliás, de alguma maneira a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. Nesse sentido, a lição de Luiz Antonio Rizzato Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 151): “Poder-se-ia dizer que antes - por incrível que possa parecer - risco do negócio era do consumidor. Era ele quem corria o risco de adquirir um produto ou serviço, pagar seu preço (e, assim, ficar sem seu dinheiro) e não poder dele usufruir adequadamente, ou, pior, sofrer algum dano. É extraordinário, mas esse sistema teve vigência até 10 de março de 1991, em flagrante injustiça e inversão lógica e natural das coisas. Agora, com a Lei n. 8.078, o risco integral do negócio é do fornecedor”.

Se o descumprimento da obrigação for involuntário por resultar de caso fortuito ou força maior, não haverá responsabilidade indenizatória daquele que não cumpre a prestação. A despeito das hipóteses em que a culpa é dispensada para justificar a indenização, ela continua sendo necessária, como regra geral, para que se justifique impor-se a obrigação de reparar perdas e danos, não se distinguindo da responsabilidade extracontratual, nesse aspecto (LOTUFO, Renan. Op. cit., p. 428).

Observe-se que a impossibilidade de que se trata neste capítulo é a superveniente, ou seja, que não se verificava no momento do nascimento da obrigação, uma vez que a impossibilidade contemporânea à sua formação é tratada no plano da validade dos negócios jurídicos, disciplinada no art. 104 do Código de 2002 (LOTUFO, Renan. Op. cit., p. 428).

A regra do presente dispositivo refere-se ao inadimplemento absoluto - aquele em que a obrigação não foi nem poderá ser cumprida de modo útil e satisfatório. É o que ocorre, por exemplo, com o perecimento do objeto. Nesse caso, o inadimplemento absoluto poderá ser total ou parcial, caso a integralidade da prestação, ou parte dela, não puder ser cumprida.

O inadimplemento relativo é aquele em que a obrigação não é cumprida no tempo, no lugar e na forma devidos, mas poderá sê-lo, com um proveito para o credor. Nesse caso, estará caracterizada a mora, disciplinada pela regra do art. 394. Nos arts. 389 e 394, o legislador distinguiu entre o inadimplemento total e parcial e a mora. Na primeira hipótese, a prestação não pode ser cumprida, integral ou parcialmente, e será substituída por indenização. Na segunda, ainda que de modo imperfeito, a prestação pode ser satisfeita, mas sua imperfeição autoriza o credor a postular indenização.

A distinção, portanto, decorre de remanescer a possibilidade de o credor satisfazer a obrigação. Enquanto ela existir, haverá inadimplemento relativo; se ela deixar de existir, será absoluto. Não se confundem inadimplemento parcial absoluto e mora, portanto, uma vez que, no primeiro, parte da obrigação não tem possibilidade de ser adimplida, na segunda, ela sempre remanesce.

Na última parte do art. 234, cuida-se do inadimplemento absoluto. O art. 236, conforme o interesse do credor, admite as duas hipóteses: aceitação com deterioração, ou indenização por perdas e danos. A primeira hipótese equivale a inadimplemento absoluto parcial. O direito à indenização corresponde a efeito da mora (LOTUFO, Renan. Op. cit., p. 429). Contudo, se a obrigação consiste na entrega de diversos bens e alguns são recebidos intactos pelo credor, enquanto outros perecem, somente há mora em relação a estes, pois, quanto aos demais, o adimplemento aperfeiçoou-se.

A obrigação inadimplida pode ser de dar, fazer ou não fazer. O art. 389 apresenta regra geral, aplicável a todas essas modalidades. A indenização corresponderá, em qualquer caso, aos prejuízos que a mora ou o inadimplemento causarem ao credor. No primeiro caso, porém, o credor poderá, por um lado, perseguir a própria prestação, além da indenização pelos prejuízos que suportou. Por outro lado, em caso de inadimplemento, a indenização equivale à própria prestação não recebida, ou recebida em parte. As perdas e danos correspondem ao prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial da parte prejudicada pelo inadimplemento. Sua satisfação equivale à recomposição de sua situação patrimonial e devem, portanto, ser proporcionais ao prejuízo efetivamente sofrido. Dessa forma, a indenização equivalerá ao “valor do bem jurídico lesado, a fim de evitar enriquecimento ilícito por parte do credor” (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 359).

O legislador não distinguiu entre dolo e culpa no que se refere às conseqüências do inadimplemento, tratando de modo geral a culpa genérica como suficiente para gerar a obrigação indenizatória. A distinção entre conduta dolosa e culposa só foi havida como relevante para os contratos benéficos de que trata o art. 392 do Código Civil. Nos contratos onerosos, as partes têm direitos e deveres recíprocos e estão em condições de igualdade para responder por culpa ou dolo.

Pode ser que ocorra a mora, mas não o inadimplemento, de modo que ainda seja proveitoso ao credor o cumprimento da obrigação. Nesse caso, será aplicável a regra do art. 395 do Código Civil. O devedor em mora estará sujeito às mesmas perdas e danos previstas no art. 389 do Código Civil. Esse dispositivo consagrou, ao lado das perdas e danos, a obrigação do inadimplente de pagar juros, atualização monetária e honorários de advogado. Os juros, como se verá nos comentários aos arts. 404, 405 e 406, destinam-se a remunerar, ou a indenizar, os prejuízos que o atraso no cumprimento da obrigação principal, ou do pagamento da indenização proveniente do inadimplemento, provoca ao credor. A atualização monetária destina-se a evitar que a desvalorização da moeda em decorrência do processo inflacionário avilte o valor monetário devido, acarretando sua insuficiência para repor o credor na situação em que ele se encontrava anteriormente ao inadimplemento.

A preocupação do legislador em fazer menção expressa à correção monetária decorre do período em que foi elaborado o texto. Nos anos de 1970 e 1980, o processo inflacionário no Brasil gerou inúmeras perplexidades para a compreensão da correção monetária — o que, de certo modo, foi superado pela edição da Lei n. 6.899/81, que disciplinou sua incidência aos processos judiciais. A preocupação do legislador levou-o a consagrar no texto do Código Civil a incidência da correção monetária como imperativo ético e econômico para a composição das perdas e danos.

Para evitar enriquecimento sem causa, a correção monetária deve ser calculada sempre a partir do momento em que a dívida tiver seu valor real fixado, pois se evitará, dessa forma, que a inflação verificada a partir daí impeça o credor de receber, em valores reais, o montante que efetivamente lhe é devido. Em relação ao ato ilícito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 43, do teor seguinte: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”. Explica-se: se alguém é credor de R\$ 1.000,00 daquele que causou dano a seu veículo, essa importância é válida e atual na data da elaboração do orçamento (10.05.2000, hipoteticamente). Ao ser ajuizada a demanda e após decorre-

rem dois anos para o pagamento, aquela quantia não será suficiente para o reparo do veículo, pois os valores dos serviços e das peças a serem substituídas correspondem, dois anos após o orçamento, a R\$ 2.400,00. Para que o credor seja de fato indenizado, a correção monetária seguirá o índice que manterá atualizado o valor devido.

Não se confunde a correção monetária com os juros, nem se pode admitir que ela seja realizada por índice a que se agreguem juros, pois tal proceder implicaria desvirtuamento de seu objetivo: a correção monetária nada acresce ao valor - como fazem os juros - limitando-se a mantê-lo atualizado. Anote-se, ainda, que o legislador não deixou em aberto a utilização de qualquer índice de correção monetária, afirmando que ele deve ser oficial.

Finalmente, o dispositivo em exame acrescenta os honorários de advogado ao valor indenizatório. Ao acrescentar a verba honorária entre os valores devidos em decorrência das perdas e danos, parece que o legislador quis permitir que a parte prejudicada pelo inadimplemento possa cobrar o que despendeu com honorários, seja antes de ajuizar a ação, seja levando em conta a diferença entre aquilo que contratou com seu cliente e aquilo que foi arbitrado a título de sucumbência. Não se pode supor que tenha feito menção a essa verba apenas para os casos de ajuizamento da ação, quando houver a sucumbência, pois, nessa hipótese, a solução já existiria no art. 20 do Código de Processo Civil e não é adequada a interpretação que conclui pela inutilidade do dispositivo. As dificuldades apontadas para a incidência deste dispositivo tampouco preocupam. Se o credor contratar um advogado que resolveu extrajudicialmente sua questão, ao obter indenização por perdas e danos sem necessidade de ingressar em juízo, haverá prejuízo para ele se da quantia obtida tiver que deduzir os honorários devidos ao profissional. Por isso é que a disposição se revela adequada: para que a indenização devida ao credor, vítima do inadimplemento, seja plena, sem necessidade de dedução dos honorários da atuação extrajudicial. Caso o valor dos honorários contratados pelo credor se revele exagerado, haverá abuso de direito (art. 187) e só se reconhecerá a ele o direito ao pagamento de honorários adequados ao que usualmente se paga por atividades daquela espécie - indicada, inclusive, pela Tabela de Honorários da OAB. Nem se imagine que o fato represente novidade no sistema indenizatório. Diariamente, condenam-se causadores de danos a indenizar o valor dos honorários médicos, que também se sujeitam à verificação de sua razoabilidade. Idêntico tratamento merecerão os honorários de advogado.

Este dispositivo poderá incidir nos casos de competência do Juizado Especial nos quais a regra especial afasta a verba de sucumbência (arts. 54 e 55 da Lei n. 9.099/95). Com efeito, se aquele que se vale dos serviços do Juizado precisar constituir advogado em demanda sujeita ao disposto neste artigo, poderá postular a verba honorária como integrante de sua indenização, e o fará com amparo nos arts. 389 e 404 deste Código, pois não serão honorários de sucumbência, mas da intervenção extrajudicial de seu procurador. Não seria lógico que a atuação extrajudicial do advogado fosse remunerada e que isso não fosse possível nos casos em que ele precisasse ajuizar a ação perante o Juizado Especial. Pondere-se que o art. 55 da Lei n. 9.099/95 não seria desrespeitado, porque se dirige à verba de sucumbência, não às perdas e danos. Nas ações ajuizadas perante a Justiça Comum, os honorários do art. 20 do Código de Processo Civil não poderão substituir o valor contratado pelo vencedor da demanda com o advogado a que conferiu mandato judicial, legando-lhe o ônus de suportar a diferença entre este e a sucumbência fixada pelo julgador. Se assim for, o vencedor da demanda estará suportando prejuízo que lhe foi gerado pelo inadimplemento levado a efeito pela parte vencida, o que configura prejuízo que o presente dispositivo quer excluir.

Jurisprudência: Nos termos do art. 389 do CC/02 (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/16), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que

cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 1.067.738, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.05.2009, *DJ* 25.06.2009)

Bem móvel. Compra e venda de veículo. Ação de cobrança cumulada com rescisão contratual. Inadimplência comprovada. Rescisão do contrato com perdas e danos devidas. O inadimplemento contratual é causa de desfazimento do negócio jurídico celebrado entre as partes, respondendo o inadimplente pelas perdas e danos, nos termos do artigo 389 do Código Civil. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 980.702.008, rel. Emanuel Oliveira, j. 03.10.2007)

Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos materiais decorrentes de anterior ação judicial extinta sem julgamento de mérito. Alegação de que o autor arcou com o pagamento dos honorários advocatícios contratados. Sentença que condenou as partes ao pagamento de sucumbência recíproca, com compensação das verbas. Previsão legal de indenização dos honorários contratados do art. 389 do CC, apenas quando houver inadimplemento contratual. Ausência de prova do contrato de honorários, ou de que tenha o autor pago qualquer verba a seus patronos. Falta documento essencial. Ausência de previsão legal para o pedido. Correta extinção do feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 464.270.4/0, rel. Francisco Loureiro, j. 04.09.2008)

Cambial. Duplicata. Declaração de inexigibilidade. Admissibilidade. Emissão como se de prestação de serviços se tratasse, embora se referisse à responsabilização contratual por despesas com conserto de equipamentos. Responsabilidade civil. Dano material. Despesas com advogado. Admissibilidade. Finalidade da indenização que é restituir à situação anterior. Honorários sucumbenciais, ademais, que pertencem ao advogado. Inteligência do art. 389 do Código Civil e art. 23 da Lei n. 8.906/94. Honorários de advogado. Fixação em R\$ 1.500,00. Redução para R\$ 1.000,00, dadas as características do caso. Valor que remunera adequadamente o trabalho do patrono do vencedor. Apelação provida. (TJSP, Ap. 7.245.734-4, rel. Des. José Tarciso Beraldo, j. 02.07.2008)

Ação de rescisão contratual, cumulada com perdas e danos. Extinção do processo sem resolução do mérito por carência de ação. Falta de interesse processual consubstanciada na ausência de prévia interpelação. Impropriedade. Inexigibilidade da notificação nos casos de rescisão fulcrada em abandono do imóvel. Inteligência do art. 390 do Código Civil. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, Ap. sem revisão n. 4.952.064.100, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Caetano Lagrasta, j. 02.04.2008)

Considerando que o aumento do risco do serviço para o consumidor, nas prestações de serviços regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, justificam o desfazimento do contrato a pedido do consumidor: I TAC, Ap. n. 1.126.139-9, rel. Juiz Amado de Faria, j. 29.01.2003.

Em sentido contrário: I TAC, Ap. n. 1.126.089-4, rel. Juiz Carlos Alberto Lopes, j. 29.01.2003.

Honorários de advogado. Cobrança. Atividade referente à cobrança extrajudicial de dívida. Ausência de obrigação de remuneração do trabalho do advogado da outra parte, se a tanto não se obrigou especificamente no acordo a respeito. Inépcia da petição inicial decretada. Recurso não provido. (*JTJ* 308/186)

Contrato. Financiamento de veículo automotor. Ação de consignação em pagamento de prestações. Alegação de carência por insuficiência do depósito efetuado pelo demandante.

Extemporaneidade. Inserção apenas nas razões recursais. Não conhecimento. Honorários de advogado. Estipulação contratual, em caso de perdas e danos. Previsão no art. 389 do Código Civil. Exigibilidade, porém, apenas em função da propositura de ação judicial. Estabelecimento para atender às verbas de sucumbência, nos precisos termos do art. 8º do Decreto n. 22.626/33. Apelação conhecida em parte, e nesta, desprovida. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.090.891.500, rel. Des. José Reynaldo, j. 14.02.2007)

Plano de saúde. Descredenciamento de hospital sem prévia adoção das providências previstas no art. 18 da Lei n. 9.656/98. Recusa ilícita à cobertura de intervenção cirúrgica com o objetivo de esclarecer suspeita de câncer na laringe. Ocorrência de danos materiais e morais ao usuário dos serviços. Os danos morais decorrem da angústia intensa de paciente acometido de grave doença, que sofre embaraços para obter o tratamento curativo no estabelecimento a que faz jus. Os danos materiais correspondem ao valor comprovado dos honorários advocatícios que pagou à advogada para ajuizamento da ação cautelar. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 406.819.4/2-00, rel. Francisco Loureiro, j. 28.06.2007)

Honorários de advogado. Contratados. Reembolso pelo vencido em ação. Inadmissibilidade. Honorários de sucumbência que já são a consequência legal ao vencido para ressarcir o vencedor por despesas com advogado. Impossibilidade de também arcar com honorários contratados. Recurso provido, para julgar improcedente a ação. (TJSP, Ap. com revisão n. 981.495-0/0, rel. Des. César Augusto Fernandes, j. 13.04.2007)

Indenização. Pretensão de servidor municipal de ser indenizado pela prefeitura por despesas que teve com advogado para sua defesa em processo administrativo. Inadmissibilidade. Hipótese em que o contrato firmado entre servidor e advogado constitui relação estranha à prefeitura. Presença, ademais, de justo motivo para que a prefeitura abra processo administrativo contra o servidor, alcançado por graves acusações. Inexistência de atuação abusiva da prefeitura. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 621.223.5/4-00, rel. Des. Aloísio de Toledo César, j. 27.04.2007)

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

CC/1916: art. 961.

Se a obrigação for negativa - daquelas em que se exige do devedor um *não fazer*-, estará caracterizado o inadimplemento desde o momento em que o ato que não devia ser praticado se verificou. Observe-se que todos os comentários ao artigo anterior, a respeito do inadimplemento bem como da mora, valem para essa hipótese, pois nem sempre o inadimplemento das obrigações de não fazer é absoluto. É possível imaginar hipóteses em que a obrigação negativa seja continuada (não fazer concorrência, por exemplo) e, nesse caso, a prestação será do interesse do credor mesmo após um determinado inadimplemento. No exemplo mencionado, o inadimplemento contratual pode ser interrompido, o que interessa ao credor, sem necessidade de considerar-se o inadimplemento absoluto. No entanto, segundo o dispositivo em exame, aquele que não pode fazer concorrência ao fundo de comércio que alienou a terceiro está em mora e é inadimplente desde o dia em que vende produtos do mesmo ramo. Gustavo Bierambaum, porém, sustenta que somente a obrigação positiva admite a mora: “Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 122.

Jurisprudência: Revenda de automóveis (contrato de concessão comercial). Pretensão de resolver o contrato, devido ao seu descumprimento pela revendedora. Procedência. 1 - Interpelação judicial (desnecessidade). Conforme o acórdão estadual, era desnecessária a interpelação ou notificação, "porque se de um lado a infração atinge a essência do contrato, não se tratando de infração leve que pode ser relevada se não mais praticada, de outro não envolve prestação de natureza econômica". Segundo a sentença, "independentemente de notificação porquanto aqui ocorreram atos ilícitos oriundos de obrigações negativas, como por exemplo a abstenção do desvio de clientela".

Ora, na lição de Bevilacqua, "Na obrigação negativa não há interpelação. Praticado o ato de que o devedor se devia abster, já foi a obrigação infringida". Caso em que se não ofendeu o disposto no art. 119, parágrafo único, do Código Civil. (*RSTJ140/251*)

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

CC/1916: sem correspondente.

A responsabilidade patrimonial do inadimplente está consagrada neste artigo, segundo o qual todos os bens do devedor respondem pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação. Este dispositivo, embora não contenha a ressalva final do art. 591 do Código de Processo Civil - "salvo as restrições estabelecidas em lei" -, não revogou a legislação que declara impenhoráveis determinados bens do devedor, tal como ocorre com o art. 649 do Código de Processo Civil.

Embora haja incompatibilidade aparente com a regra ampla do artigo em exame - que estabelece a responsabilidade integral dos bens do devedor pelo inadimplemento o certo é que os bens constantes do mencionado artigo - assim como o bem de família (Lei n. 8.009/90) continuariam sendo impenhoráveis ainda que a regra não existisse. Os bens indicados do art. 649 não podem ser penhorados; admiti-lo violaria o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal. Ora, tais bens são essenciais para assegurar ao devedor uma vida minimamente digna: alimentos, sustento próprio e de sua família e trabalho.

Vale observar, contudo, que os bens relacionados nos incisos IV e VIII do mencionado art. 649 poderão ser penhorados, salvo se comprometerem o sustento digno do devedor e de sua família, como poderá ocorrer com os vencimentos e os salários e com o imóvel rural (incisos IV e X). Nesses dois últimos casos, se a penhora recair sobre parte de vencimentos ou salários expressivos, não comprometer o sustento e a vida digna do devedor (que perceba, por exemplo, rendimentos elevados), e, eventualmente, deslinarem-se a quitar débito de maior valor social (alimentos devidos em razão de ato ilícito, por exemplo), não há por que manter a impenhorabilidade, ainda que parcial.

Aliás, a jurisprudência de nossos tribunais tem admitido a penhora de faturamento de pequenas empresas das quais, em muitos casos, são extraídos os rendimentos de manutenção das famílias cios sócios - cujas personalidades, é certo, não se confundem com a da sociedade de modo que as mesmas razões que justificam essa providência poderão autorizar a penhora de salários e vencimentos muito elevados.

Observe-se que a flexibilização da impenhorabilidade em alguns casos resulta da incidência do princípio da proporcionalidade à execução. Esse princípio constitucional permite que se afaste o rigor da regra quando desproporcional ao resultado a que se visa.

Dessa forma, se assegurar a impenhorabilidade integral de um salário expressivo comprometer a proporção a ser mantida entre a proteção à dignidade e o interesse social no cumprimento das obrigações, será possível flexibilizar a regra do art. 649 do Código de Processo Civil

e autorizar a penhora de parte dos rendimentos do devedor - tal como já se admite registre-se, na penhora do faturamento das empresas. Essa medida, certamente, também pode comprometer o sustento do pequeno empresário, sem que por isso se negue a penhorabilidade parcial.

Ora, já que a impenhorabilidade dos bens indicados no art. 649 do Código de Processo Civil continuaria sendo passível de reconhecimento ainda que o dispositivo não exista, não se pode considerá-lo revogado pelo artigo que ora se examina sob o fundamento de que regra geral posterior é incompatível com a regra geral anterior (art. 2º, § 1º, Lei de Introdução ao Código Civil). Seria ilógico afirmar a revogação da lei anterior para manter a eficácia de seu conteúdo a partir da interpretação direta do art. 1º, III, da Constituição Federal.

O bem de família permanece impenhorável, nos termos do disposto expressamente no art. 1.711. Em relação aos bens que guarnecem a residência do devedor, não há ressalva expressa no presente Código, concluindo-se que sua impenhorabilidade decorrerá do disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.009/90 e da proteção decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, se for o caso.

Jurisprudência: Embargo à execução fiscal. IPTU. Exercícios de 1994 a 1995. Município de Tatuí. Excesso de penhora. Não configuração, pois outro bem não foi ofertado pelo devedor, todos seus bens (salvo exceções legais) respondem pelas dívidas (cf. art. 591, CPC e art. 391, CC), além do que quando de eventual alienação judicial o excesso cabe ao devedor. Multa e juros moratórios. Cabimento, pois uma é sanção pelo inadimplemento e os juros decorrem da demora no pagamento. CDA. Requisitos legais observados. Presunção de liquidez e certeza não afastada (art. 3º da LEF e 204 do CTN). Apelo da embargante não provido. (TJSP, Ap. cível n. 5.349.595.300, rel. Rodrigues Aguiar, DJ 19.06.2006)

Embargos de terceiro que visam a afastar a penhora que recai sobre a meação da mulher em depósito de caderneta de poupança. Execução movida em face de cooperativa. Penhora que atinge bens de administrador em razão de decreto judicial de desconsideração de personalidade jurídica. Decisão que pressupõe, em tese, a prática de ato ilícito. Em caso de ato ilícito, a meação do cônjuge só responde se houver prova de que o enriquecimento dele resultante trouxe benefício à família. Tal prova incumbe à exequente-embargada, que, na hipótese, não se desincumbiu desse ônus. Prevalência da regra geral de que a responsabilidade recai apenas sobre o patrimônio do devedor (CC, arts. 391 e 942, CPC, art. 592). Recurso provido. (TJSP, Rec. nominado n. 28.811, 3ª T. Cível, rel. Theodureto de Almeida Camargo Neto, j. 06.12.2007)

A penhora de 30% dos valores depositados em conta bancária da executada é ilegal quando o montante é proveniente de pensionamento pago pelo INSS e da respectiva complementação efetuada por entidade de previdência privada. Ademais, não há nos autos qualquer referência a que possa ter outros depósitos, senão os provenientes da pensão. Assim sendo, como são destinados ao sustento da executada, bem como de sua família, os referidos valores são impenhoráveis conforme dispõe o art. 649 do CPC. A Turma conheceu e deu provimento ao recurso. (STJ, REsp n. 536.760, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.10.2003)

Penhora. Incidência sobre um terço do salário. Possibilidade. Pensão alimentícia decorrente de condenação com base no art. 1.537, II, do Código Civil. Construção deferida. Recurso improvido. (I TAC, Ap. n. 1.138.217-9, rel. Juiz Waldir de Souza José, j. 20.05.2003)

Penhora. Incidência sobre a soma em conta corrente proveniente de salário. Impossibilidade. Bem considerado impenhorável. Aplicação do art. 649, IV, do Código de Processo Civil. Hipótese em que o salário, no momento em que ele deixa de servir para o sustento natural do executado, pode, eventualmente, ser penhorado, desde que sobeje alguma quan-

tia a ser preservada em algum tipo de aplicação financeira. (I TAC, Ap. n. 1.109.809-2, rel. Juiz Álvaro Torres Júnior, j. 28.08.2002)

Penhora. Incidência sobre honorários oriundos de serviços médicos prestados à Unimed. Verba distinta de salário. Circunstância, ademais, em que a penhora recai sobre 25% do recebido mensalmente até completar o valor do débito excutido. Constrição deferida. Recurso provido para esse fim. (I TAC, Ap. n. 1.075.433-1, rel. Juiz Urbano Ruiz, j. 11.04.2002)

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

CC/1916: art. 1.057.

Contratos benéficos ou gratuitos são aqueles em que apenas uma das partes obtém vantagens, enquanto para a outra há apenas sacrifício (doações puras, por exemplo). Não se confundem com contratos unilaterais ou bilaterais, expressões utilizadas no artigo correspondente do Código revogado. Nesses casos, o contrato se aperfeiçoa, mas apenas uma ou ambas as partes têm prestações a cumprir - razão pela qual serão unilaterais ou bilaterais. Já nos contratos gratuitos, a parte a quem o contrato aproveita responde por simples culpa, mas só responde por dolo aquela a quem o contrato impõe apenas sacrifício.

A culpa simples - mesmo levíssima - obriga aquele que se beneficia do contrato a indenizar. No entanto, aquele a quem o contrato não beneficia só responde por dolo - conduta deliberadamente destinada a produzir o resultado danoso. Vale observar que a culpa grave equipara-se ao dolo. A regra confere tratamento benéfico ao que celebra o contrato sem auferir vantagem. Essa regra tem aplicação, exemplificativamente, ao comodatário e ao motorista que dá carona a terceiro (a questão é objeto da Súmula n. 145 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”). Contudo, em relação especificamente ao denominado transporte de cortesia, que motivou a edição da Súmula n. 145, convém fazer o registro de que parte da doutrina tem considerado que ela já não pode prevalecer, uma vez que o art. 736 do Código Civil afastou sua natureza contratual, e, em razão disso, a responsabilidade do transportador é regida apenas pela regra geral do art. 927 do Código Civil (vejam-se o comentário feito neste Código por Cláudio Godoy ao art. 736 e o artigo de Ênio Santarelli Zuliani referido em nota específica indicada na sequência).

A segunda parte do art. 392 do Código Civil afirma que nos contratos onerosos - aqueles em que há vantagens e sacrifícios recíprocos - qualquer das partes responde por culpa, salvo as exceções previstas em lei. É preciso observar que o art. 392 do Código Civil alterou expressões utilizadas no art. 1.057 do Código Civil, substituindo os termos *unilaterais* e *bilaterais* por, respectivamente, *benéficos* e *onerosos*. De fato, o tratamento menos rigoroso para as consequências do inadimplemento só se justifica caso se leve em conta a inexistência de vantagem para uma das partes, e não a presença de obrigações recíprocas, que caracteriza distinção entre contratos bilaterais e unilaterais.

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Indenização. Dano material e moral. Furto de motocicleta em estacionamento de supermercado. Veículo pertencente a terceiro equiparado à empregado (prestador de serviços). Relação jurídica que pressupõe dever de custódia. Inaplicabilidade do art. 1.057 do Código Civil de 1916 (atual art. 392 CC/2002). Autor que

comunicou a perda das chaves do veículo e empresa ré que consentiu com a permanência dele no estacionamento. Deveres de guarda e vigilância caracterizados. Precedentes desta Corte de Justiça e do C. STJ. Aplicação do princípio da confiança. Provas suficientes da ocorrência do evento danoso. Precedentes. Ausência de interesse para impugnar o montante da condenação. Ônus da sucumbência. Subsistência. Recurso desprovido. Responsabilidade civil. Indenização. Dano material e moral. Furto de motocicleta em estacionamento de supermercado. Dano moral não caracterizado. Lucros cessantes inexistentes. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 3.210.524.200, rel. A. Santini Teodoro, j. 30.10.2007)

Ação de cobrança. Prestação de serviços advocatícios. Inadimplemento. Correção monetária. Juros de mora. Imposto de renda. I - Dívida há de ser monetariamente corrigida desde a data do inadimplemento. Valor certo e determinado pactuado por meio de contrato. Montante do "contrahendo" comprovado mediante os empenhos. II - Ao caso concreto aplicam-se os ditames do art. 392 do Código Civil Brasileiro. Juros de mora contar-se-ão a partir da data do pagamento. III - Na questão examinada, os valores à época devidos não chegaram a ultrapassar a faixa sobre a qual incidiria mais elevada alíquota de imposto de renda. Logo, incivil que o tributo a recolher seja o de percentual maior quando da condenação, posto que o credor não deu causa à mora (não se trata de *mora accipiendi*). Para estes fins (tributação - alíquota) considerar-se-á o mês de competência de cada parcela atrasada. Remessa necessária e recurso voluntário da Municipalidade desprovidos. Recurso adesivo do autor provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 277.031-5/6-00, 7ª Câm. de Direito Público, rel. Nogueira Diefenthaler, j. 21.01.2008)

Responsabilidade civil. Indenização. Furto de motocicleta em estacionamento disponibilizado pela empresa aos empregados e prestadores de serviços. Relação jurídica que pressupõe dever de custódia. Inaplicabilidade do art. 1.057, do Código Civil de 1916, art. 392, do Código Civil atual, eis que a ré auferiu vantagem da relação estabelecida. Ato ilícito caracterizado. Responsabilidade da empresa ré. Obrigação de reparar o dano que decorre da culpa *in vigilando* da empresa. Sentença que decretou a improcedência da demanda reformada. Ônus sucumbenciais invertidos. Recurso provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 266.030.4/2-00, 6ª Câm. de Direito Privado, rel. Isabela Gama Magalhães, j. 14.02.2008)

Contratos. Nos contratos, só responde por dolo ou culpa grave a parte a quem o contrato não favoreça (art. 1.057 do Código Civil). (TJSP, Ap. cível n. 24.224-4/SP, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Aldo Magalhães, j. 13.05.1998, v.u.)

Doutrina: "Responsabilidade Civil. Acidente de Trânsito. Transporte de cortesia. Ônibus. Morte do Carona. Seria presumida a culpa do Transportador?", zuuani, Ênio Santarelli. *Re vista de Direito Civil e Processual Civil* 36/68-78.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

CC/1916: art. 1.058.

Nas hipóteses de força maior ou caso fortuito, desaparece o nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano, de modo que não haverá obrigação de indenizar. Trata-se, portanto, de causa excludente da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual.

Nada impede, porém, que as partes estabeleçam que a indenização será devida em caso de inadimplemento, mesmo que provocado por caso fortuito ou força maior. Considera-se caso fortuito ou força maior o fato necessário, cujos efeitos eram imprevisíveis ou inevitáveis (parágrafo único deste artigo). Embora a lei não faça distinção entre estas figuras, o caso fortuito representa fato ou ato estranho à vontade das partes (greve, guerra etc.); enquanto força maior é a expressão destinada aos fenômenos naturais (raio, tempestade etc.).

A característica mais importante dessas excludentes é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de serem evitadas pelas forças humanas. Os requisitos para a configuração do caso fortuito ou da força maior são os seguintes: o fato deve ser necessário e não determinado por culpa do devedor; o fato deve ser superveniente e inevitável; o fato deve ser irresistível - fora do alcance do poder humano.

Entre as excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor - arts. 12, § 3º, e 14, § 3º essas hipóteses não figuram como causas de exclusão de responsabilidade, o que levou alguns autores a afirmarem que elas não impedem a condenação dos fornecedores a pagar a indenização. Mas é preciso verificar que, se o caso fortuito ou a força maior eliminam o nexo de causalidade entre o defeito e o dano, não estarão presentes os requisitos dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, de modo que não será caso de excluir a responsabilidade, mas sim de não haver incidência da regra ao caso concreto. Registre-se que nem mesmo nos casos de responsabilidade objetiva se dispensa o nexo causal como um de seus elementos essenciais.

De todo modo, nas relações de consumo, convém registrar, há casos excepcionais que se inserem no risco assumido pelo fornecedor para obtenção do resultado prometido ao consumidor. Trata-se do chamado fortuito interno, compreendido na própria atividade empresarial - risco de delitos para uma empresa de segurança são previsíveis e assumidos pelo fornecedor -, de modo que sua ocorrência não será capaz de eliminar o nexo de causalidade, obrigando o fornecedor a indenizar (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 201).

Jurisprudência: Indenização por danos morais. [...] Improcedência. Autor vítima de assalto dentro das dependências do estabelecimento comercial réu. Ocorrência de caso fortuito, ante o emprego de ameaça mediante o uso de arma de fogo. Configurada a excludente do art. 393 do Código Civil. Configurada a culpa de terceiro, não havendo que se falar em defeito ou falha na prestação dos serviços (art. 14, § 3º, incisos I e II). Irrelevante se havia no local segurança contratado para essa função ou apenas um funcionário que orientava os clientes. Fato que, embora previsível, era mesmo inevitável, não se podendo se exigir do estabelecimento ou de seus prepostos, que evitassem o ocorrido, diante do emprego de arma de fogo pelos meliantes. Eventual reação dos prepostos da ré que não poderia ser exigida, já que colocaria em risco as pessoas presentes no local dos fatos. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 4.928.364.400, rel. Salles Rossi, j. 17.06.2009)

A força maior tem subjacente a noção de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou prevenido, não se pode evitar, nem em si, nem em suas conseqüências (a prisão, o roubo, uma ordem da autoridade, etc.). Caracterizada, na hipótese, a explosão de artefato deixada em local público, provavelmente por membros de torcida de futebol, como força maior, não se há de exigir qualquer responsabilidade do apelante, mesmo porque, segundo a regra acolhida pelo art. 393 do CC, caso fortuito ou de força maior não se comporta com a culpa. Preliminares prejudicadas. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 805.522.001, rel. Amorim Cantuária, j. 29.01.2008)

Locação de imóvel residencial. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis e encargos. Sentença de procedência. Manutenção do julgado. Locatária que contesta o feito, admite o débito e seu montante. Alegação de caso fortuito ou de força maior, ligados à sua situação de desemprego e de dificuldades financeiras. Inconsistência jurídica. Acontecimento previsível e evitável. Inteligência do art. 393, parágrafo único, do CC/2002. Apelo da ré desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 992.070.533.155, rel. Marcos Ramos, j. 23.09.2009)

Não há cogitar de força maior, pois para que haja sua ocorrência é imprescindível a constatação de fatos necessários cujos efeitos não são possíveis de evitar ou impedir, a teor do que preconiza o art. 393, parágrafo único, do Código Civil de 2002, o que não ocorre com um movimento grevista. Ressalte-se que a parte possui o ônus de zelar pelos prazos processuais, que devem ser obedecidos a despeito da paralisação. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 813.024, rel. Min. Gilson Dipp, j. 18.04.2006)

No mesmo sentido: STJ, Ag. Reg. no REsp n. 753.133, rel. Min. Gilson Dipp, j. 23.08.2005.

Não pode ser acolhida a alegação de força maior quando o fato alegado para justificá-la ocorreu bem antes da obrigação contratual ser assumida, como apurado nas instâncias ordinárias. (STJ, REsp n. 637.454, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.02.2005)

Não caracteriza força maior a justificar rescisão do contrato de representação comercial por justa causa o estado de pré-falência da sociedade empresária. O risco do negócio, inerente aos contratos de matiz mercantil, é da sociedade empresária. (STJ, REsp n. 475.180, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2004)

[...] 3 - Segundo precedentes da 4ª Turma, o roubo de malotes, contendo cheques que, por isso, foram indevidamente descontados, não enseja força maior, apta a elidir a responsabilidade da instituição financeira pelo pagamento de indenização por danos morais. 4 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 605.014, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 04.05.2004)

Responsabilidade civil. Concessionária de rodovia. Usuário cujo veículo colidiu com animais na pista. Ação de indenização. Legitimidade passiva da concessionária. Relação de consumo entre ela e os usuários. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Caso fortuito ou força maior não caracterizados. Culpa exclusiva de terceiro não demonstrada. Dever de indenizar reconhecido pela sentença, que julgou procedente em parte a ação. Correta a rejeição do pedido de indenização por dano moral, pois este não se caracterizou. Corretos, também, o montante fixado para a indenização pelos danos materiais e os termos iniciais dos juros e correção monetária. Recurso do autor improvido. Recurso da ré e do litisdenunciado. IRB providos em parte, no tocante aos limites da responsabilidade da seguradora e do Instituto. (TJSP, Ap. n. 539.182-5/3, rel. Des. Antônio Carlos Villen, j. 18.08.2008)

Indenização. Roubo de veículo. Serviço de manobrista. Ilegitimidade passiva da empresa que organizou a festa (*buffet*) reconhecida. Contrato firmado com a segunda demandada (empresa responsável pelos serviços de manobrista e estacionamento dos veículos) onde essa expressamente assumiu os riscos por quaisquer danos causados aos veículos dos convidados, inclusive em caso de roubo. Indenização devida em favor do autor exclusivamente pela empresa que prestou tais serviços. Inteligência do art. 393 do Código Civil (anterior 1.058, parágrafo único, do CC/1916). O devedor somente responde pelos danos advindos de força maior (roubo) se expressamente assumiu essa responsabilidade. Contrato firmado entre as demandadas onde há essa expressa previsão, até mesmo para maior conforto e segurança dos usuários. Verba honorária. Insurgência cabível. Processo que contou com ampla dilação probatória (duas perí-

cias) o que justifica e autoriza a elevação da condenação a esse título. Sentença reformada. Recurso da correquerida Reino Mágico Buffet Infantil Ltda. provido para reconhecer sua ilegitimidade passiva *ad causam*, julgando extinto o processo com relação a ela na forma do que dispõe o art. 267, VI, do Código de Processo Civil; parcial provimento ao recurso adesivo interposto pelo autor para majorar a verba honorária para o patamar de 15% (quinze por cento) sobre a condenação imposta agora exclusivamente à codemandada Security Park Serviços Ltda., negando provimento ao recurso por ela interposto. (TJSP, Ap. com revisão n. 5.618.284.500,8ª Câ. de Direito Privado, rel. Salles Rossi, j. 08.05.2008)

Locação de veículo. Cláusula contratual prevendo que, em caso de roubo, o locatário se responsabiliza pelo pagamento de 20% do valor de um veículo 0 km e por lucros cessantes correspondentes a trinta dias de locação. Incidência do disposto no art. 393 do Código Civil, ou seja, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, a não ser que expressamente houver por eles se responsabilizado. Hipótese, ademais, em que não há que se falar em contrato de adesão e em incidência do disposto no art. 424 do Código Civil. Sentença mantida. Improcedência da ação declaratória de inexigibilidade de cláusula contratual e de título e procedência da ação de cobrança. Apelação não provida. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1.119.362,003, 36ª Câ. de Direito Privado, rel. Romeu Ricupero, j. 08.05.2008)

1 - O parágrafo único do art. 393 do Código Civil define o caso fortuito como um fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, portanto, irresistível. Trata-se de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação.

2 - Não se desonera da obrigação de indenizar o locatário de equipamento (projektor de imagens) de valor relativamente elevado, que o deixa, sem vigilância, no local em que se realiza evento no interior de hotel em que transitam muitas pessoas.

3 - Revela-se exorbitante o pedido de indenização por danos emergentes embasado no preço de aquisição originário do equipamento locado, devidamente atualizado desde o valor da compra, o qual foi furtado quando já tinha mais de 30 meses de uso, ocasião em que já apresentava desgastes, superação tecnológica e desvalorização natural, o que justifica a redução, por equidade, de 50% (cinquenta por cento) do valor do pleito.

4 - Não havendo provas de que os acessórios (tela de projeção e 10 metros de extensão) tenham sido devolvidos à locadora juntamente com o principal, é devida a indenização também quanto a essa parte.

5-0 art. 402 do Código Civil prescreve, *in verbis*: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar". As aferições de lucros cessantes não constituem valores imaginários ou fantasiosos, pressupõem juízo de probabilidade. Na espécie, ficaram comprovados prejuízos pela perda da coisa furtada e o descumprimento da obrigação.

6 - Recurso conhecido e parcialmente provido. Unânime. (TJDF, Ap. cível n. 2004.01.1.089178/DF, rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, j. 21.06.2006)

Civil. Ação de indenização. Cheques furtados de agência bancária. Uso indevido por terceiro. Devolução injustificada de cheques emitidos pelas correntistas. Dano moral. Valor. Manutenção. Juros moratórios. Cálculo.

I - A segurança é prestação essencial à atividade bancária.

II - Não configura caso fortuito ou força maior, para efeito de isenção de responsabilidade civil, a ação de terceiro que furta, do interior do próprio banco, talonário de cheques emitido em favor de cliente do estabelecimento.

III - Ressarcimento devido às autoras, pela reparação dos danos morais por elas sofridos pela circulação de cheques falsos em seus nomes, gerando constrangimentos sociais,

como a devolução indevida de cheques regularmente emitidos pelas correntistas e injustificadamente devolvidos.

IV - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 750.418/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.09.2006)

Ação de reparação de danos. Danos causados por raio no estabelecimento da autora. Impossibilidade de se estabelecer responsabilidade da concessionária de energia elétrica se o fato não é possível de ser evitado ou impedido. Art. 393 do Código Civil em confronto com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Improcedência da ação mantida. Apelação não provida. (TJSP, Ap. com revisão n. 900.126.000, rel. Des. Eros Piceli, j. 05.09.2007)

Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito. Procedência. Bem apreendido pelo Detran. Inexistência de caso fortuito (parágrafo único do art. 393 do CC). Equivalente em dinheiro: a expressão "equivalente em dinheiro" refere-se ao valor da coisa, salvo se o débito for menor, hipótese em que este prevalece por ser o menos oneroso para o devedor. O valor do equivalente em dinheiro a ser entregue pelo executado não deve incluir acréscimos de juros, multas, comissão de permanência, etc, limitando-se à soma das prestações vencidas, corrigidas desde o respectivo vencimento. Apelação provida em parte (equivalente em dinheiro). (TJSP, Ap. n. 1.116.515-3, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 16.08.2007)

Indenização. Roubo de veículo em estacionamento comercial. Prova documental. Apresentação com a apelação (sem a alegação de força maior). Admissibilidade. Art. 397 do CPC permite a juntada de documentos a qualquer tempo, quando a parte objetiva se contrapor a fatos anteriormente alegados (hipótese dos autos). Demanda julgada parcialmente procedente (com relação aos danos materiais). Prova da ocorrência do roubo do veículo da autora em estacionamento da ré. Impossibilidade de se imputar culpa a esta última, diante da grave ameaça por arma de fogo (força maior). Inteligência dos arts. 393 e 642 do Código Civil. Inaplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva à hipótese. Danos morais pela demora do recebimento do valor do veículo (35 dias). Inadmissibilidade. Estacionamento que foi diligente, acionando a seguradora e não pode ser responsabilizado pelo período em que a autora ficou sem o veículo e nem pela demora no recebimento do valor do seguro. Afastamento da responsabilidade que, ademais, exclui o dever de indenizar. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 4.900.624.700, rel. Des. Salles Rossi, j. 17.08.2007)

Ação sumariíssima de indenização. Furto de dinheiro. Vítima que se achava em estacionamento. Relação de consumo entre ambos. Verossimilhança das alegações que autoriza a inversão do ônus da prova. Ré que deixa de demonstrar que o roubo se deu em outro lugar. Obrigação de velar pela segurança tanto dos veículos, quanto dos usuários. Interpretação imposta pela boa-fé objetiva (CC, art. 113). Hipótese que se insere no risco assumido pelo fornecedor. Fortuito interno. Recurso desprovido. (Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo, Rec. nominado n. 13.013, rel. Juiz Theodureto Camargo, j. 23.10.2008)

CAPÍTULO II DA MORA

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Os requisitos para caracterizar a mora do devedor são os seguintes: exigibilidade da prestação, isto é, o vencimento de dívida líquida e certa; inexecução culposa; e constituição em mora quando *ex persona*, pois na mora *ex re* no dia do vencimento já se considera o devedor inadimplente.

O cumprimento imperfeito da obrigação e o atraso em seu adimplemento caracterizam mora. Assim, haverá mora não apenas quando ocorrer atraso no cumprimento da obrigação, mas também quando ele ocorrer em lugar ou de forma diversa daquela estabelecida pela lei ou pela convenção.

Acrescente-se que a quantidade não se inclui entre as hipóteses de defeitos capazes de caracterizar a mora, porque, no que diz respeito a ela, haverá inadimplemento parcial ou total, e não mora (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 442). A culpa é requisito para identificação da mora, ainda que isso não esteja consignado expressamente no art. 394 do Código Civil. A culpa como elemento da mora encontra fundamento no art. 396. No Direito brasileiro, a mora objetiva - sem culpa -, não é possível, na medida em que ela se distingue do mero retardamento - este sim, corresponde ao mero atraso, independente da culpa (LOTUFO, Renan. *Op. cit.*, p. 442).

Do retardamento, porém, resultam efeitos jurídicos. O principal deles é que gera presunção de culpa do devedor, de modo que, se houver atraso, é lícito presumir que haja culpa, cabendo ao devedor o ônus de provar que não agiu com culpa (LOTUFO, Renan. *Op. cit.*, p. 442). Judith Martins-Costa, todavia, sustenta que a culpa não integra o conceito de mora (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 232).

Jurisprudência: Prestação de serviço. Telefone. Corte. Dano moral. Não configuração. Recurso provido. Se o devedor deixou de cumprir condição do contrato de fornecimento do serviço, deixando de pagar o consumo verificado na data estabelecida, não poderá, *data venia*, sustentar que se mostrou cumpridor de suas obrigações e não incorreu em mora, eis que assim se considera quem não efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma que a convenção estabelecer (CC, art. 394), sendo pertinente lembrar que o inadimplemento no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor (CC, art. 397). (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.120.153.001, rel. Orlando Pistoiresi, j. 01.04.2009)

[...] 8 - Havendo cobrança indevida de encargos pelo credor, o devedor tem direito à repetição simples, mesmo sem prova de que tenha pago por engano.

9 - Apenas a cobrança de encargos remuneratórios ilegais, pelo credor, descaracteriza a mora do devedor. Em outras palavras: mesmo que haja cobrança de encargos moratórios ilegais, a mora do devedor não pode ser descaracterizada. (STJ, REsp n. 899.662/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.08.2007)

Do voto da ementa anterior extrai-se passagem significativa, que distingue os encargos remuneratórios dos moratórios, para concluir que apenas a ilegalidade incluída nos primeiros é capaz de descaracterizar a mora:

"Surge, então, a primeira questão: ao afirmar que a cobrança de encargos ilegais descaracteriza a mora, nossa jurisprudência se refere apenas aos encargos remuneratórios ou a estes e aos encargos moratórios?

Sempre entendi que apenas a cobrança de encargos remuneratórios ilegais, pelo credor, é capaz de descaracterizar a mora do devedor.

Ora, como admitir que encargos que só incidem após a mora podem descaracterizar o inadimplemento? Soa como verdadeiro contrassenso.

Mas acabei por decidir em sentido contrário, percebendo que meu entendimento não se compatibilizava com a jurisprudência.

Surpreendi-me, portanto, quando minhas decisões foram questionadas com o argumento de que estariam contrariando os julgados da Turma e da Seção.

Sem pretender me eximir, caso esteja mesmo decidindo contra a jurisprudência, ressalto que a falta de clareza e coerência de nossos precedentes tem provocado séria instabilidade jurídica. As decisões unipessoais nem sempre traduzem o entendimento majoritário.

Além disso, sempre que afetamos recursos à Seção, com o escopo de decidirmos questões relevantes e controversas, perdemos-nos em discussões marginais. Daí eu ter afirmado, em julgamento da 2ª Seção, que nós estávamos em mora com o jurisdicionado.

A despeito disso, trago ao exame da Turma meu entendimento a respeito da questão: apenas a cobrança de encargos remuneratórios ilegais é capaz de descaracterizar a mora.

Em outras palavras: mesmo que haja cobrança de encargos moratórios ilegais, a mora do devedor não pode ser descaracterizada.

No caso concreto, o banco recorrente cobrou de forma cumulada comissão de permanência com correção monetária e juros e multa moratórios.

De acordo com nossos precedentes, nessa situação cabe afastar os encargos do Código Civil e manter a cobrança da comissão de permanência.

Tais encargos são moratórios. Vale dizer: incidem após inadimplidos os encargos simplesmente remuneratórios.

Por isso, a ilicitude da cobrança cumulada não descaracteriza a mora da recorrida.

Dou provimento ao recurso especial para julgar parcialmente procedente o pedido de revisão de contrato formulado pela recorrida, declarando ilegal apenas a cobrança da correção monetária e dos juros e multa moratórios, após o vencimento da dívida, e julgar procedente o pedido de busca e apreensão formulado pelo banco recorrente.*'

II - O mero descumprimento do acordo, principalmente o pagamento em data diversa e sem a correção avençada, já constitui em mora o devedor, sem necessidade de notificações ou interpelações, conforme os arts. 394 e 397 do CC atual, arts. 955 e 960 do CC de 1916. A incidência dos juros, desde então, decorre da própria legislação, aplicando-se o percentual previsto no diploma civil (0,5% ao mês), dada a ausência de índice fixado no pacto. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. com revisão n. 3.710.445.000, rel. Des. Nogueira Diefenthaler, j. 01.10.2007)

Seguro. Cobertura. Embargos de seguradora à execução de contrato de seguro. Atraso no pagamento de prestações do prêmio. Embargos improcedentes. Mora, ontem (Código Civil/1916, art. 955) e hoje (Código Civil/2002, art. 394), jamais se confundiu com mero atraso. Porque não se confunde com mero atraso, a mora não se constitui antes do aviso ou interpelação (art. 397, parágrafo único, do Código Civil de 2002) e suas consequências não se operam. O preceito do art. 763 do Código Civil de 2002 repete ideia do art. 12 e parágrafo único do Decreto-lei n. 73/66, em cuja vigência o STJ definiu que, ausente interpelação, notificação ou aviso da seguradora ao segurado, ainda que de forma extrajudicial, pelo correio que seja, o mero atraso no pagamento do prêmio, que com mora purgável não se confunde, não autoriza rescisão, suspensão ou cancelamento do contrato nem perda do direito à indenização. A apólice haverá de ser honrada, abatido o débito. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 1.019.664-0/9/Presidente Prudente, 28ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Celso Pimentel, j. 20.03.2007, v.u., voto n. 12.743)

[...] sem força executiva. Juros de mora contados do vencimento de cada prestação. Está em mora o devedor que não efetua o pagamento no tempo convencionado (Código Civil de 1916, art. 955; Código Civil de 2002, art. 394). O inadimplemento de obrigação positiva e líquida no seu termo constitui de pleno direito o devedor em mora (art. 960; Código Civil de 2002, art. 397). Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 977.406.003, 28ª Câm. de Direito Privado, rel. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 27.05.2008)

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

CC/1916: art. 956.

Haverá mora quando a obrigação não for cumprida no tempo, no lugar e da forma estabelecidos, mas ainda puder ocorrer o adimplemento com proveito para o credor. Ele receberá a prestação, com juros, atualização monetária, honorários de advogado e cláusula penal. Mas se o atraso ou o cumprimento imperfeito da obrigação vierem a tornar a prestação inútil ao credor, ele poderá recusá-la e exigir perdas e danos, nos termos do disposto no parágrafo único deste dispositivo.

Mora e inadimplemento absoluto são espécies do gênero inadimplemento, mas diferem segundo a existência de utilidade da prestação para o credor. No presente artigo, cuida-se de sanção à conduta daquele que provoca prejuízos ao credor por não cumprir sua obrigação no tempo, no lugar e da forma devidos. Caso haja inadimplemento absoluto, a solução é a que está consagrada nos arts. 389 e seguintes do Código, a cujos comentários nos reportamos. Por exemplo, um bolo de casamento encomendado e não entregue não servirá para os noivos, de modo que o confeitiro estará inadimplente em caráter absoluto. No entanto, o arrendatário de um veículo poderá efetuar o pagamento das prestações em atraso, se o credor ainda tiver interesse em recebê-las, acrescidas de correção monetária e dos juros legais. Nessa hipótese, haverá simples mora do devedor. Apesar dessa distinção, nos dois casos serão devidas as perdas e danos previstas neste artigo e no art. 389.

A mora, tanto quanto o inadimplemento absoluto, só autoriza a condenação do devedor em perdas e danos se ele tiver agido com culpa, que também nessa hipótese é presumida. A rigor, o dispositivo indica que a inutilidade da obrigação ao credor acarretará o inadimplemento absoluto.

Sobre correção monetária, juros e honorários de advogado, ver comentário ao art. 389.

Jurisprudência: Arrendamento mercantil. Reintegração de posse c/c rescisão contratual e perdas e danos. Veículo roubado. Inexistência de cláusula na qual a arrendatária assume responsabilidade por caso fortuito e força maior. Todavia, verifica-se o agravamento decorrente da mora pelo descumprimento de obrigação de contratar seguro em benefício da arrendadora (art. 956, *caput* do CC/1916; art. 395 do CC/2002). Juros, taxas e encargos moratórios contratuais. Adequação aos parâmetros jurisprudenciais. Impossibilidade de cumulação da comissão de permanência com outros encargos moratórios. Inteligência do enunciado das Súmulas 30, 294 e 296 do STJ, bem como de precedentes daquela Corte Superior. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível n. 992.060.071.566, rel. Pereira Calças, j. 07.10.2009)

Mútuo. Entrega de numerário pelo autor a ré admitida como verdadeira. Princípio de prova documental suficiente para a dilação probatória. Prova oral que assegura a existência de parte do empréstimo alegado. Juros de mora. Fluência desde a notificação extrajudicial. Regra prevista no parágrafo único do artigo 395 do Código Civil. Recurso principal improvido. Recurso adesivo parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.326.975.900, rel. Hamid Charaf Bdine Júnior, j. 05.05.2006)

Execução. Demora na implantação administrativa do benefício. Incidência de juros de mora no período de atraso. Possibilidade. Aplicação do art. 395 do Código Civil. Recurso pro-

vido. (TJSP, Ap. sem revisão n. 7.053.555.800, 17ª Câm. de Direito Público A, rel. Paulo Furtado de Oliveira Filho, j. 27.05.2008)

Arrendamento rural. Rescisão contratual. Mora incontroversa. Perdas e danos. O arrendatário culpado pela mora contratual dá ensejo à resolução da avença, bem como arca com os respectivos danos, nos termos do art. 956 do CC/16 (art. 395 do CC/02). Recurso desprovido. (TJSP, Ap. sem rev. n. 783.251.200, 27ª Câm. do D. Quarto Grupo (extinto II TAC), rel. Cambrea Filho, j. 04.09.2007)

Direito civil. Rescisão contratual. Arts. 475 e 395, parágrafo único, do CC/02. O contrato firmado entre as partes é bilateral e oneroso, não podendo uma das partes modificar unilateralmente o que foi pactuado. Ficando uma das partes inadimplente, surge o direito subjetivo para a outra de pleitear a rescisão do contrato e devolução das parcelas pagas, já que o negócio não mais lhe é útil, restando àquela suportar as conseqüências do seu ato. (TJSP, Proc. n. 2.0000.00.462180-7/000(1), rel. Sebastião Pereira de Souza, j. 01.04.2005)

Indenização. Perdas e danos. Imóvel. Compra e venda. Mora na outorga da escritura. Obrigação cumprida a destempo. Inadimplemento temporário. Mero atraso no cumprimento da obrigação. Lucros cessantes não demonstrados. Verba indevida. Recurso não provido. (JTJ 268/160)

O devedor constitui-se em mora a partir da citação válida, situação que se mantém até o efetivo cumprimento da obrigação, não cessando mediante o oferecimento de embargos à execução. Observância dos arts. 219 do CPC e 401 e 405 do Código Civil de 2002.

2 - A parte embargante, entendendo serem excessivos os cálculos apresentados pelo exequente, deveria ter realizado o pagamento dos valores que acreditava serem devidos - parte incontroversa -, desvencilhando-se, de tal modo, da incidência de correção monetária e de juros de mora sobre referido montante. Inteligência dos arts. 394 e 395 do Código Civil de 2002. (STJ, REsp n. 767.498, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 09.03.2006)

Ademais, a matéria já mereceu sedimentação por esta Segunda Seção, no sentido de que, "caracterizada a cobrança, pela instituição financeira, de parcela abusiva, somente restam autorizados os efeitos da mora depois de apurado o valor exato do débito, afastada, no caso, a multa moratória" (STJ, REsp n. 713.329/RS, rel. para acórdão Min. Menezes Direito, j. 23.08.2006, DJU 07.12.2006); em termos diversos, consolidou-se orientação de que os requisitos estabelecidos no REsp n. 527.618/RS (rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 24.11.2003) para impedir a inscrição do nome de devedores em cadastros de restrição ao crédito não se aplicam para descaracterizar a mora *debendi* e tornar inexigíveis seus encargos. (STJ, Ag. Reg. nos Embargos no REsp n. 285.331, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 13.12.2006)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 713.329, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 23.08.2006.

Seguro: atraso de uma parcela não pode acarretar suspensão dos efeitos do seguro - STJ, REsp n. 343.698. (RT 819/159)

Juros de mora: a jurisprudência desta Corte está assentada na linha de que os juros de mora incidem a partir do momento em que, segundo previsto no contrato, o pagamento deveria ter ocorrido. O caso concreto, porém, revela uma exceção. Conforme asseverado pelas instâncias ordinárias, as notas fiscais apresentadas pela ora recorrente continham erros, como o valor da alíquota de ICMS. Dessa forma, considera-se absolutamente razoável

o entendimento de que somente após a retificação dos documentos fiscais, com a apresentação dos valores inequivocamente corretos, é que se pode considerar como exigível o pagamento por parte do Estado, tendo incidência, então, os juros moratórios. Reforma do acórdão recorrido que fixou como termo *a quo* a data da citação válida.

4 - Correção monetária: nos termos da Súmula n. 43/STJ, incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo. O pensamento, por conseguinte, aplicado no item anterior ao cômputo dos juros de mora, deve ser estendido ao dia inicial da atualização monetária: a data em que foram apresentadas as notas fiscais retificadas. Manutenção do aresto vergastado. (STJ, REsp n. 909.800, rel. Min. José Delgado, j. 12.06.2007)

Arrendamento rural. Rescisão contratual. Mora incontroversa. Perdas e danos. O arrendatário culpado pela mora contratual dá ensejo à resolução da avença, bem como arca com os respectivos danos, nos termos do art. 956 do CC/1916 (art. 395 do CC/2002). Recurso desprovido. (TJSP, Ap. sem revisão n. 783.251.200, rel. Des. Cambrea Filho, j. 04.09.2007)

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

CC/1916: art. 963.

Este artigo assegura que a culpa do devedor é essencial para caracterização da mora, na opinião de Renan Lotufo (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 445), da qual diverge Judith Martins-Costa (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 264). O essencial, porém, é que, se o cumprimento imperfeito ou extemporâneo da prestação não decorrer de fato ou de omissão imputada ao devedor, não haverá mora.

Jurisprudência: Exequente que inclui juros de mora. Inadmissibilidade. Omissão da sentença e inércia do credor que afastam a mora da executada. Artigo 396 do CC que estabelece que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora. (TJSP, Ap. c/ revisão n. 1.134.006.007, rel. Ruy Coppola, j. 06.03.2008)

[...] V - Tanto o art. 963 da Lei n. 3.071, de 01.01.1916, quanto o art. 396 da Lei n. 10.406, de 10.01.2002, determinam que seja afastada a mora quando não demonstrado fato ou omissão imputável ao devedor. (TRF, 2ª Região, Ap. cível n. 389.356, 7ª T. Especializada, rel. Des. Federal Sergio Schwaitzer, j. 18.06.2008)

Execução de sentença. Ação de indenização em razão de redução da capacidade de trabalho. Sentença que fixa a condenação em 20% do salário percebido pelo autor na data da demissão. Ausência de indicação de critério de reajuste. Ré que paga valores fixos. Exequente que busca correção monetária do valor da condenação. Necessidade de observância da prescrição quinquenal. Dívida de caráter alimentar. Depois de homologada a liquidação, contenciosa ou amigável, e se esta não exclui a correção monetária, à dívida é aplicável a Lei n. 6.899/81, uma vez que aí já não se trata de atualizar benefícios. Exequente que inclui juros de mora. Inadmissibilidade. Omissão da sentença e inércia do credor que afastam a mora da executada. Art. 396 do CC que estabelece que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora. Necessidade de elaboração de novo cálculo pelo credor, excluindo os juros e observando a prescrição quinquenal. Apelo parcialmente provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.134.006.007, 32ª Câmara de Direito Privado, rel. Ruy Coppola, j. 06.03.2008)

"Para a solução da questão, portanto, é necessário definir se há, ou não, mora do devedor, de modo que a interpretação dos arts. 319 e 396 do CC/2002 (cujo equivalente, no CC/1916, eram os arts. 939 e 963) torna-se fundamental. Dispõem essas normas:

Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.

[...]

Art. 396. Não havendo omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Seguindo essas duas regras, não basta o vencimento da obrigação para que o devedor esteja constituído em mora. É necessário que o pagamento seja acompanhado da quitação dada pelo credor (cuja negativa dá ao devedor direito de retenção do pagamento), e que eventual atraso não seja imputável ao devedor.

Ora, se em um contrato de empréstimo, como o *sub judice*, é alegada a cobrança ilegal de encargos, a dívida naturalmente perde, não apenas a sua certeza (quanto à parte impugnada do débito), mas sobretudo sua liquidez. Essa perda decorre, não do ato do devedor de discutir a dívida, ou de se recusar a pagá-la, mas de ato alheio à sua vontade, ou seja, da ilícita exigência formulada pelo credor, e de sua conseqüente recusa em conferir quitação a um pagamento feito sem que essa exigência seja cumprida. Vale dizer, estamos exatamente no âmbito dos arts. 319 e 396 do CC/2002.

Não se pode considerar em mora o devedor que não adimpla uma obrigação ilíquida. A respeito da questão, confira-se a opinião de Orlando Gomes (*Obrigações*, 14. ed., Forense, 2000, p. 170):

^{JJ}Se o atraso não decorre de fato imputável ao devedor, mora não há, conforme a doutrina dominante.

Cumpre-lhe, porém, provar que o cumprimento foi retardado sem culpa sua. De várias escusas se pode valer para justificar a demora em satisfazer a prestação. Dentre outras, a iliquidez da dívida, a ignorância a respeito do lugar em que se encontra o credor, o desconhecimento da interpelação e, como é óbvio, em todos os casos em que a causa do retardamento seja o caso fortuito."

No mesmo sentido é a opinião de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, v. II, 17. ed., Rio de Janeiro, 1998), que pondera que a "exigibilidade imediata pressupõe ainda a liquidez e a certeza", acrescentando, linhas adiante, que a obrigação é "líquida quando, além da certeza do débito, está apurado seu montante ou individuada a prestação. Já no Direito romano vigia o princípio de que não se configurava a mora nas obrigações ilíquidas - *in illiquidis non fit mora*". É fato que Caio Mário, mais adiante em sua obra, apresenta exceções a esse princípio, citando o art. 1.536 do CC/1916. Essa norma, todavia, trata da incidência de juros da liquidação das obrigações, e não de multa moratória.

Todos esses princípios encontram-se plenamente refletidos na legislação. O art. 397 do CC/2002 (art. 960 do CC/1916) estabelece de maneira expressa a liquidez da obrigação como requisito para a caracterização da mora, seja nas dívidas contraídas com prazo de vencimento, seja naquelas que dependem de prévia interpelação. Eis a redação do dispositivo:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Vale ressaltar que a hipótese dos autos é completamente diferente daquela enfrentada por ocasião do julgamento do REsp n. 527.618/RS. Naquela oportunidade, julgava-se a possibilidade de determinação liminar de exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplência. Ou seja, julgava-se com base em um juízo de verossimilhança acerca das alegações. Daí a legitimidade da exigência de que o autor segure o juízo, mediante depósito ou caução, e de que suas alegações sejam revestidas de verossimilhança.

Ouando se está diante de um julgamento de mérito, como ocorre na hipótese dos autos, julgamento esse que confirma, de maneira definitiva, a existência de cobrança de encargos indevidos num contrato de empréstimo, não há como considerar líquida a dívida, de modo a caracterizar a mora.

O argumento de que a resistência do devedor é promovida de má-fé também não convence. Isso porque a má-fé pode estar, tanto de um lado, como do outro na relação jurídica de direito material. Ou seja, tanto se pode dizer que o devedor age de má-fé ao contestar a dívida sem depósito, como se pode alegar que a instituição financeira age de má-fé ao cobrar mais do que lhe é devido. São duas faces da mesma moeda, com o agravante de que o credor dispõe de maiores possibilidades de compreender e valorar a ilicitude de seu comportamento.

Forte em tais razões, alinho-me ao entendimento defendido pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito em seu voto. As hipóteses de cobrança de multa moratória são completamente diferentes dos pedidos de exclusão liminar do nome do devedor dos cadastros de inadimplência. Não há como admitir a incidência de multa moratória nestas hipóteses." (voto vista da Min. Nancy Andrighi do STJ, proferido no REsp. n. 713.329/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 23.08.2006)

"Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora" (art. 963, Código Civil).

2 - A mora *accipiendi* exclui o direito do locador ao recebimento da correção monetária do período compreendido entre a data da recusa ao pagamento dos alugueres e a data do efetivo depósito mediante ação consignatória.

3-0 fundamento da correção é a desvalorização monetária, em consequência do atraso no pagamento, evidentemente inexistente em se cuidando de mora do *accipiens*, que deve suportar os ônus de sua conduta contrária ao direito. (STJ, REsp n. 58.574, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 20.11.2001)

No mesmo sentido: RT763/160.

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

CC/1916: art. 960.

Se a obrigação é positiva e líquida e tem termo (prazo certo) para ser adimplida, verifica-se a mora na ocasião em que o cumprimento havia de ter sido implementado. A obrigação é positiva quando exige uma conduta comissiva do devedor - dar ou fazer pois, nas obrigações negativas, aplica-se à mora a regra prevista no art. 390, compreendida entre as disposições gerais aplicáveis ao inadimplemento absoluto e à mora. A obrigação é líquida nos casos em que for certa ou determinada, sem necessidade da elaboração de cálculo, como estava expresso no art. 1.533 do Código Civil de 1916, que não tem correspondência no Código de 2002 - valendo notar que a necessidade de simples cálculos aritméticos não acarretam iliquidez.

Segundo o parágrafo único deste artigo, a interpelação extrajudicial ou judicial do devedor só será necessária nos casos em que não houver termo previsto para o adimplemento. Por essa razão, a jurisprudência que determina indistintamente serem os juros incidentes desde a citação, nos casos de inadimplemento contratual, não parece dar interpretação adequada a este dispositivo.

A mora verifica-se com a citação (efeito, aliás, do art. 219 do Código de Processo Civil) nos casos em que a obrigação não é positiva e líquida - pois há necessidade de seu reconhe-

cimento ou da fixação de seu valor. Mas, caso se trate de decisão que se limita a reconhecer o inadimplemento no termo previsto, a mora retroage ao momento em que houve o inadimplemento, que haveria de ser o termo inicial para cálculo de juros.

O fato de haver uma decisão judicial condenando o devedor não significa que a obrigação já não fosse positiva e líquida, mas apenas que o devedor resistiu de modo injustificado a seu cumprimento, não havendo razão para os juros de mora só fluírem da citação, pois a mora já se havia perpetrado anteriormente, nos termos exatos deste dispositivo.

Se a obrigação é positiva e líquida - como a de pagar a mensalidade escolar na data prevista no contrato -, o devedor estará em mora de pleno direito no termo estabelecido (o dia do vencimento), independentemente de qualquer outra providência do credor. Mas se não houver termo estabelecido, o devedor só estará em mora após ser constituído por interpelação judicial ou extrajudicial. Essa é a denominada mora *ex persona*, que depende de providência do credor. Por exemplo, no comodato por prazo indeterminado, o esbulho só se caracteriza depois que o comodante notifica o comodatário, concedendo-lhe o prazo de trinta dias para desocupar o imóvel (mora *ex persona*).

O art. 14 do Decreto-lei n. 58/37 e o art. 32 da Lei n. 6.766/69, que regulam loteamentos e exigem que os adquirentes de imóveis sejam notificados para pagar as prestações, ainda que haja valor certo das parcelas e data fixada para o pagamento, transformaram em mora *ex persona* o que poderia ser mora *ex re*. Disposição semelhante a respeito dos imóveis não loteados consta do Decreto-lei n. 745/69, que cuida da venda de imóveis não loteados.

A Súmula n. 76 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça proclamou o entendimento de que “a falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor” Nesses casos, a notificação transforma a mora em inadimplemento absoluto e impede a purgação no prazo de resposta. Diante do teor da referida súmula, nem mesmo a regra do art. 219 do Código de Processo Civil, que confere à citação força de constituir o devedor em mora, é suficiente para dispensar a notificação do comprador.

Ao se referir apenas a interpelação judicial ou extrajudicial, o parágrafo único do artigo em exame não elimina a adequação da notificação e do protesto - expressões utilizadas no art. 960 do Código Civil de 1916, que não foram repetidas no diploma legal em vigor - para constituir o devedor em mora, pois as expressões são genéricas e compreendem toda e qualquer forma capaz de levar ao devedor a notícia formal de descumprimento da obrigação.

Segundo Judith Martins-Costa, invocando Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, interpelação, notificação, protesto ou citação judicial podem constituir o devedor em mora (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, L II, p. 289). Renan Lotufo, contudo, em face da distinção formal de interpelação, notificação e protesto no Código de Processo Civil - Seção X, Capítulo II, do Título Único do Livro III - sustenta o contrário (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 448).

Jurisprudência: [...] 3 - Tendo a Administração admitido a existência de dívida de valor consolidado, sem, contudo, estipular prazo para seu pagamento, torna-se inaplicável a regra prevista no *caput* do art. 397 do Código Civil, devendo os juros moratórios incidir a partir da citação, nos termos do art. 397, parágrafo único, c/c 405 do Código Civil e 219, *caput*, do CPC, calculados sobre o montante nominalmente confessado. 4 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido para determinar a incidência dos juros moratórios a partir da citação. (STJ, REsp n. 1.112.114, 3ª Seção, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 09.09.2009, DJ 08.10.2009)

Cobrança. Dívida líquida, certa e com vencimento previamente determinado. Inadimplemento incontroverso. Desnecessidade de notificação premonitória. Artigo 397 do Código Civil que dispõe bastar o inadimplemento de obrigação positiva e líquida, no seu termo, para constituir em mora o devedor. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 6.797.984.200, rel. Maia da Cunha, j. 29.10.2009)

Execução de obrigação de fazer (artigo 632 do CPC). Pretensão de que os executados cumpram o pactuado em instrumento particular de compra e venda de imóvel, saldando dívida que possuem junto ao Banco [...], conforme estipulado em cláusula contratual. Falta, no entanto, de estabelecimento de prazo para o cumprimento da referida cláusula. Necessidade de interpelação judicial ou extrajudicial dos executados, com a constituição em mora. Aplicação do disposto no artigo 397, parágrafo único, do Código Civil. Título que padece do requisito de exigibilidade, não servindo de lastro à execução. Extinção da execução mantida. Reconvenção. Descabimento em sede de execução. Extinção da reconvenção preservada. Sentença mantida. Apelos improvidos. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 5.810.684.200, rel. Donegá Morandini, j. 29.09.2009)

Despesas condominiais. Ação de cobrança. Sentença de procedência. Necessidade de manutenção. Singela alegação do réu, proprietário da unidade autônoma, no sentido de que mudou-se e jamais foi constituído em mora pelo condomínio-autor. Inconsistência jurídica. Obrigação positiva e líquida. Mora *ex re*. Aplicabilidade do art. 960, do CC/1916 (art. 397, do atual diploma). Desnecessidade de prévia notificação do condômino. Cabe ao proprietário arcar com o pagamento das cotas vencidas, independentemente de notificação. Apelo do réu desprovido. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1.087.529.001, 30ª Câm. de Direito Privado, rel. Marcos Ramos, j. 24.09.2008)

1 - Nos termos do que preceitua o *caput* do art. 397 do Código Civil vigente o termo é o vencimento de cada encargo condominial e assim o devedor encontra-se em mora a partir do vencimento da obrigação, não sendo necessário a notificação da empresa pública para a constituição da mora. (TRF, 3ª Região, Ap. cível n. 1.233.143, 1ª T., rel. Juiz Johonsom Di Salvo, j. 03.06.2008)

Ação de cobrança. Juros. Termo inicial. Constituição em mora. Despesas processuais. Reembolso à parte vencedora. Devido. Em se tratando de mora *ex persona*, em virtude da inexistência de termo de vencimento, não se pode falar em mora automaticamente constituída, motivo pelo qual se faz imprescindível que o interessado promova a interpelação daquele que assumiu determinada obrigação (art. 397, parágrafo único, do CC/02). O mero requerimento extrajudicial de restituição de quantia paga é ato capaz de constituir em mora o devedor. Nos termos do art. 20 do CPC, "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios". (TJMG, Proc. n. 1.0625.02.019568-5/001(1), rel. Elpídio Donizetti, j. 08.04.2008)

Habilitação de crédito. Rejeição. Condenação em honorários. Síndico e procurador da massa falida. Provimento. Restabelecimento em sede de recurso especial. Não conhecimento do agravo de instrumento no STF. Mora. Adimplemento espontâneo da obrigação. Não havendo prazo determinado para cumprimento da obrigação, a mora tem por termo inicial a citação para o processo executivo (art. 397, parágrafo único, do CC c/c art. 219 do CPC). Se o devedor, antes mesmo da citação para o procedimento executório, cumpre, espontaneamente, a obrigação, depositando à disposição valor atualizado monetariamente, não há mora. Sucumbente em percentual mínimo, aplicável é o art. 21, parágrafo único, do CPC, pelo que impende seja alterado o comando sentencial relativo à distribuição da sucumbência. Apelo do exequente improvido e dos executados provido, para condenar o exequente na forma do art. 21, parágrafo único, do CPC. (TJMG, Proc. n. 1.0079.97.013823-0/004(1), rel. Cláudio Costa, j. 27.03.2008)

De outra parte, o instrumento de acordo entabulado entre as partes [...] encerra obrigação positiva e líquida (entrega de determinada quantidade de toneladas de cana-de-açú-

car) e a termo (safra de 2001), levando à aplicação do disposto no art. 960 do CC de 1916 (art. 397 do atual), sendo caso de dispensa de notificação premonitória. (TJSP, Ap. com revisão n. 906.324-0/2, rel. Des. Luiz Felipe Nogueira, j. 28.11.2007)

Juros de mora. Verbas da sucumbência. Incidência a partir da data da sentença. Descabimento, não se tratando de caso de mora *ex re*. Citação para cumprimento da sentença que deve ser considerado o termo inicial dos juros. Inteligência do art. 219 do CPC e art. 960, parágrafo único, do CC de 1916 (art. 397, parágrafo único, do Código Civil de 2002). Embargos em parte acolhidos. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, Ap. n. 7.139.946-5, rel. Des. Paulo Roberto de Santana, j. 03.10.2007)

Consoante o art. 397 do Código Civil, ocorre a mora a partir do momento em que deveria ter ocorrido o pagamento na forma contratada. Ouando não verificado o pagamento, caracteriza-se a mora *ex re*, de pleno direito. (TRF, 4ª Região, Embargos infringentes na Ap. cível n. 200.371.000.313.342/RS, 2ª Seção, rel. Maria Lúcia Luz Leiria, j. 14.02.2008)

Apenas a cobrança de encargos remuneratórios ilegais, pelo credor, descaracteriza a mora do devedor. Em outras palavras: mesmo que haja cobrança de encargos moratórios ilegais, a mora do devedor não pode ser descaracterizada. (STJ, REsp n. 899.662, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.08.2007)

Consignação em pagamento. Condomínio. Despesas condominiais. Pretensão, após seguidas tentativas de consignação extrajudicial, por recusa do credor (valor depositado insuficiente para a quitação da dívida e ajuizamento da ação de cobrança). Inadmissibilidade. Ausência dos pressupostos do art. 335 do Código Civil/2002. Inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito, em mora o devedor (Código Civil/2002, art. 397). Improcedência da consignação em apenso, mantendo-se a procedência da cobrança. Recurso da ré, provido em parte para excluir o valor de suposto crédito do qual não se encontrou a origem. (TJSP, Ap. cível sem revisão n. 1.069.993-0/1/SP, 25ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 24.07.2007, v.u.)

Prestação de serviços. Escola. Mensalidades. Cobrança. 1 - Irrelevante a falta de junta da do instrumento de contrato, se a parte não nega a prestação de serviços nem impugna especificamente os valores cobrados. 2 - Os juros e correção monetária incidem desde os vencimentos e não da citação, pois o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor (art. 397, CC). Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 7.122.369-7, rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 14.03.2007)

Nos casos em que se busca a correção monetária dos saldos de cadernetas de poupança, relativos aos chamados Planos Collor e Verão, os juros de mora incidem a partir da citação. (STJ, REsp n. 766.643, rel. Min. Castro Filho, j. 28.06.2006)

Imprescindível a comprovação da mora, segundo o art. 1.071 do CPC, mas inexistente exclusividade do meio de comprová-la pelo protesto, em face do art. 397 do novo Código Civil, razão pela qual, para tanto, é possível optar pela realização do protesto ou pela interpelação judicial ou extrajudicial. (STJ, REsp n. 586.409, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2004)

Sobre a questão dos autos, a Turma deu provimento somente ao recurso da empreiteira, por maioria, apenas quanto aos juros de mora, decidindo que estes devem incidir do momento em que, segundo o contrato, deveria ter ocorrido o pagamento, ou seja, do vencimento e, apli-

cando a regra *dies interpellat pro homine* (art. 960 do CC/1916), unânime quanto à incidência de correção monetária e honorários advocatícios na regra do art. 20, § 4º, do CPC. Precedentes citados: REsp n. 34.663/SP, DJ18.08.1993; REsp n. 26.826/ES, DJ26.10.1992; e REsp n. 199.101/DF, DJ 27.09.1999. (STJ, REsp n. 419.266/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.08.2003)

Busca e apreensão de bem objeto de venda com reserva de domínio julgada extinta sem julgamento de mérito. Mora comprovada por notificação extrajudicial e não por protesto. Imprescindível a comprovação da mora, segundo o art. 1.071 do Código de Processo Civil, mas inexistente exclusividade do meio de comprová-la, em face do art. 960, segunda parte, do Código Civil. Apelação provida, com observação, para, afastada a sentença, prosseguir o processo, com exame do requerimento de medida liminar. (JTA 197/694)

Há a presunção de que o imóvel gera despesas, e há a certeza de que a ré não pagou qualquer quantia referente ao período invocado pelo autor; em dívida de condomínio, a regra é *dies interpellat pro homine*, não necessitando qualquer procedimento judicial ou extrajudicial para a constituição da devedora em mora. (II TAC, Ap. n. 681.663, rel. Juiz Henrique Nelson Calandra, j. 29.07.2003)

Destarte, outro concluir não nos é possível, senão o de que em mora a recorrente, sendo aplicável, na espécie, o estabelecido no art. 960 do Código Civil, *in verbis*: "O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor".

Não verificado o pagamento, por parte do devedor, neste momento, conforme disposto no art. 960 do Código Substantivo, ocorre a mora, de pleno direito e, advindo tal conceito da própria lei, esta mora é denominada *ex re*, com aplicação da regra *dies interpellat pro homine* (o termo interpela em lugar do credor). (RSTJ159/264)

Juros moratórios. Termo inicial. Pretensão de ser retroativo à data do pagamento parcial. Inadmissibilidade. Descaracterização da conduta da seguradora como ato ilícito. Ausência, ademais, dos requisitos do art. 159 do CC. Juros de mora incidentes a partir da citação. Recurso adesivo improvido. (I TAC, Ap. n. 1.020.029-2, rel. Juiz Ribeiro de Souza, j. 28.11.2001)

Com relação aos juros moratórios, também previstos na Convenção Condominial *data maxima venia*, é o caso de mora *ex re*: ou seja, a própria data de vencimento da obrigação serve como interpelação do devedor, consoante o brocardo *dies interpellat pro homine*. Portanto, havendo expressa indicação na Convenção de Condomínio sobre a incidência dos juros moratórios, devem eles incidir a partir de quinze dias após o vencimento de cada parcela em atraso. (II TAC, Ap. n. 575.815, rel. Juiz Aclibes Bulgarelli, j. 27.07.2000)

A necessidade da realização de cálculos para fixação da quantia exata do débito é irrelevante, não comprometendo a liquidez do título: STJ, REsp n. 177.637, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.10.1999; STJ, REsp n. 150.021, Min. Waldemar Zveiter, j. 23.02.1999; I TAC, Ap. n. 744.447-5, 12ª Câ., rel. Juiz Beretta da Silveira, j. 27.11.1997; I TAC, Ap. n. 632.354-2, 7ª Câ., rel. Juiz Roberto Midolla, j. 25.02.1997; I TAC, Ap. n. 601.462, 9ª Câ., rel. Juiz Armino Freire Mármora, j. 22.08.1995; AASP 1.806/325, JTA 165/503,137/363 e 130/62, RT686/222 e J5TJ 37/156.

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito» considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Haverá mora *ex re* quando houver prática de ato ilícito. Este artigo do Código Civil fixa como o momento da prática do ato, aquele em que o devedor é considerado em mora. Em consequência disso, a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça deixou assentado que os juros moratórios fluem do evento danoso nos casos de responsabilidade aquiliana.

Jurisprudência: Em acidente de veículos, os juros de mora fluem do evento danoso: TJSP, Ap. cível \$/ revisão n. 1.262.857.004, rel. Pereira Calças, j. 19.08.2009; TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.158.034.003, rel. Adilson Araújo, j. 12.05.2009.

Civil e processual. Ação indenizatória. Atropelamento em via férrea. Morte de pedestre maior de idade. Deficiência no isolamento e fiscalização da linha. Responsabilidade concorrente da empresa concessionária do transporte e da vítima reconhecida pelo tribunal *a quo*. Matéria de prova. Dano moral. Juros moratórios. Súmulas ns. 7 e 54-STJ.

I - Proporcionalidade na condenação já respeitada pelo Tribunal *a quo*, cujas conclusões acerca da concorrência de culpas não têm como ser revistas pelo STJ, ao teor da Súmula n. 7.

II - Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ). (STJ, REsp n. 704.307, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 16.05.2006)

Acidente veículo. Reparação de danos. Ação regressiva da seguradora. Juros de mora. Incidência desde a data do desembolso. Obrigação decorrente de ato ilícito. Exegese art. 398 do Código Civil. Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça. Apelação não provida. (TJSP, Ap. sem revisão n. 908.071.000, 33ª Câm. de Direito Privado, rel. João Carlos Sá Moreira de Oliveira, j. 04.06.2008)

Juros de mora. Remuneração de cadernetas de poupança. Planos Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991). Pretensão da contagem a partir da citação. Improriedade. Origem em ato ilícito da casa bancária, devendo a mora ser contada desde a data do evento danoso, qual seja, a remuneração a menor em caderneta de poupança, sabida pelo banco. Súmulas ns. 43 e 54 do Eg. STJ e arts. 962 do Código Civil revogado e 398 do atual. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 7.158.462.600, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 02.10.2007)

Juros. Moratórios. Fixação. Obrigação proveniente de ato ilícito. Considera-se a devedora em mora desde o momento em que praticou o ato ilícito ou concorreu para a sua prática. Aplicação do disposto no art. 398 do Código Civil Brasileiro, combinado com a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça. Marco a ser apurado em execução de sentença. Recurso adesivo da ré não provido. (TJSP, Ap. cível n. 7.113.447-7/SP, 18ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Carlos Alberto Lopes, j. 08.02.2007, v.u., voto n. 14.485)

Na fixação do termo *a quo* para a contagem dos juros nos casos de indenização por dano a pessoa, a jurisprudência deste Tribunal tem feito a distinção sobre a natureza do ilícito: se a responsabilidade está fundada em contrato, os juros são contados a partir da citação, aplicando-se a regra geral do art. 1.536, § 2º, do CC ("contam-se os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial"), combinada com o art. 219, *caput*, do CPC; se a responsabilidade é extracontratual e o ilícito é absoluto (art. 159 do CC), os juros fluem da data do fato, conforme enunciado na Súmula n. 54 do STJ ("Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual"), e do art. 962 do Código Civil ("nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar"). (RSTJ104/357)

Nas obrigações provenientes de delito, a mora se estabelece desde a ocorrência do evento danoso. (STJ, REsp n. 12.655, rel. Min. Peçanha Martins, j. 17.02.1994)

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

CC/1916: art. 957.

A mora pode ser tanto do devedor (mora *solvendi*), quanto do credor (mora *accipiendi* ou *creditoris*). Este dispositivo trata da mora do devedor, e o seguinte, da mora do credor. A mora do devedor, que ocorre quando ele descumpre sua obrigação, é *ex re* - se decorrer de fato previsto na lei - ou *ex personcu*

Os arts. 390, 397, *caput*, e 398 estabelecem as hipóteses em que a mora resulta da lei. São elas: a execução do ato nas obrigações negativas; o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo; e a prática do ato ilícito. A mora do devedor acarreta os efeitos de:

- a) responsabilizá-lo por todos os prejuízos causados ao credor (art. 395); e
- b) perpetuar a obrigação (art. 399). O devedor em mora responderá pela impossibilidade da prestação, mesmo se ela resultar de caso fortuito ou força maior, se ocorrido durante o atraso.

Segundo o artigo em exame, o devedor só se exonerará dessa responsabilidade se demonstrar que não agiu com culpa e que o fato ocorreria mesmo se a obrigação tivesse sido cumprida oportunamente. A redação do dispositivo legal é aparentemente defeituosa, porque, se o devedor demonstra que não agiu com culpa, não se pode reconhecer que esteja em mora. E, se não estava em mora, o presente dispositivo não incide ao caso concreto.

Nem se diga que a culpa a que o artigo se refere não é a que identifica a mora, mas sim a relativa à impossibilidade da prestação, pois, nesse caso, se chegaria à conclusão de que o devedor em mora só responderia pelo dano ocorrido no atraso se agisse com culpa, o que não altera aquilo que se verifica quando, por sua culpa, ocorre impossibilidade da prestação, antes de ele estar em mora (no sentido de retardamento). E não se pode dar ao dispositivo legal interpretação que acarrete sua inutilidade ou perplexidade.

Na realidade, o devedor em mora só se exonerará da obrigação de indenizar caso se constate que o dano ocorreria mesmo que ele não estivesse em mora. Por exemplo, alguém atrasa a restituição de um imóvel recebido em comodato e, durante o período da mora, ocorre uma inundação que destrói o imóvel edificado. Houve, pois, força maior, que tornou impossível a prestação durante a mora, incidindo na espécie a primeira parte deste dispositivo. Contudo, o dano sobreviria mesmo que o imóvel houvesse sido restituído tempestivamente ao comodante, de modo que não se poderá obrigar o comodatário moroso a indenizar. Situação idêntica se verificaria se um veículo não fosse restituído à empresa de locação na data ajustada, mas fosse guardado no estacionamento em que ela mantém todos os seus outros veículos, de onde viesse a ser furtado. Também aqui seria possível concluir que o devedor em mora não deve ser responsabilizado, pois se o veículo tivesse sido devolvido na data estabelecida, estaria guardado no mesmo local, de maneira que, nas palavras de Judith Martins-Costa, “o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada” A interpretação adequada do presente dispositivo é a de que ele impõe ao devedor o ônus de demonstrar não ter agido com culpa, além de que o dano ocorreria ainda que a mora não ocorresse (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 299).

Jurisprudência: Apelação. Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. 1 - Roubo do veículo arrendado. Fato que não retira o interesse processual na ação de reintegração de posse. Em primeiro, porque a suposta subtração teria se verificado depois de já evidenciada a mora, período no qual os eventuais casos fortuitos ou de força maior são debitados à responsabilidade do devedor (CC, art. 399) [...]. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 834.169.009, rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 04.12.2007)

Apelação. Ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária. Conversão em ação de depósito. Sentença de improcedência da demanda. Furto do bem. Fato que não exime o devedor do cumprimento da obrigação relacionada ao depósito, por ter a subtração se verificado depois de já caracterizada a mora (CC, 399). (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.018.415.002, rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 12.05.2009)

Responsabilidade civil. Desprendimento de rochas sobre imóvel em construção. Alegação de que o atraso na obra decorreu desse caso fortuito. Fato que não exime a responsabilidade do devedor se o mesmo já se encontrava em mora. Interpretação do art. 957 do CC. (TJRJ, RT749/392)

Apelação. Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. 1 - Roubo do veículo arrendado. Fato que não retira o interesse processual na ação de reintegração de posse. Em primeiro, porque a suposta subtração teria se verificado depois de já evidenciada a mora, período no qual os eventuais casos fortuitos ou de força maior são debitados à responsabilidade do devedor (CC, art. 399). Em segundo, porque, na hipótese de recuperação do veículo subtraído, a existência de sentença de reintegração de posse terá como utilidade propiciar a pronta entrega da posse à arrendadora. 2 - Antecipação do VRG não descaracterizando o *leasing* para contrato de compra e venda a crédito (Súmula n. 293 do STJ). Pertinência da ação de reintegração de posse diante da mora do arrendatário e da cláusula resolutória expressa. 3 - Ação que haveria de ser julgada pelo mérito e procedente. Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito por suposta ausência de interesse processual. Apelação da autora apenas pleiteando o cancelamento da responsabilidade atribuída à autora/apelante sobre as verbas de sucumbência. Pretensão recursal acolhida na exata medida em que formulada. Sentença parcialmente reformada. (TJSP, Ap. com revisão n. 834.169.009, 25ª Câm. de Direito Privado, rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 04.12.2007)

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

CC/1916: art. 958.

É preciso observar que, se a culpa é necessária para caracterizar a mora do devedor, o mesmo não acontece em relação à do credor, como se verifica da leitura deste artigo. Desse modo, se o devedor oferece a prestação no tempo devido e o credor não a recebe, este estará em mora, independente de culpa. Nessa hipótese, o devedor deixa de responder pelos riscos da coisa. Imagine-se que alguém se compromete a entregar um veículo ao comprador na Praça José Bonifácio, em Piracicaba. O comprador atrasa-se para o encontro em razão de um acidente de trânsito que o impede de chegar ao local no horário que combinaram os contratantes. No exemplo imaginado, se o carro fosse furtado em poder do vendedor, o prejuízo seria suportado pelo comprador que se atrasou involuntariamente.

A culpa do credor é irrelevante para a caracterização de sua mora e o obriga a indenizar os prejuízos do devedor relativos à conservação e a outros danos que suportar, pois a menção às despesas de conservação não é taxativa, mas apenas exemplificativa. Ademais, se o valor do bem oscilar entre o dia previsto para o pagamento e o de sua efetivação, o credor pagará o preço mais favorável ao devedor.

Ocorre mora do credor quando ele não receber a prestação no tempo e do modo devidos. Para que ela se verifique são necessários os requisitos seguintes: o vencimento da obrigação, pois antes disso ela não é exigível e o devedor não pode liberar-se de seu cumprimento; a oferta da prestação; a recusa injustificada do credor em receber.

O devedor isento de dolo deixa de ter responsabilidade pela conservação da coisa se ocorrer mora do credor, como está consignado neste dispositivo. O dolo do devedor estará caracterizado se ele abandonar o bem em face do atraso do credor. A lei exige que o devedor tenha cuidados mínimos com o objeto da prestação, conferindo-lhe direito de reembolso pelas despesas de conservação. A oscilação de preço do produto ocorre, por exemplo, quando o comprador de certa quantidade de gado atrasa-se para retirá-lo da fazenda do vendedor, verificando-se o aumento do preço da arroba desde a data em que devia ter apanhado os animais. Caso isso ocorra, o comprador pagará o preço do produto vigente na data da retirada efetiva do gado.

O dolo referido no artigo não corresponde à intenção de lesar, mas a ausência de providências acautelatórias que evitem dano ao bem em seu poder. Segundo Rizzato, não se compreendem nessas providências despesas vultosas, “como pinturas de prédios, constante revisão de um equipamento, substituição de peças e outras conservações que reclamam altos custos, insuportáveis pela sua condição econômica” (RIZZATO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 486).

Se a mora é simultânea, uma elimina a outra, ocorrendo compensação entre elas. As duas partes devem ser consideradas como se não estivessem em mora e nenhuma pode exigir perdas e danos da outra. Mas se as moras são sucessivas, permanecem os efeitos anteriores de cada uma. Ambas as partes respondem por perdas e danos do período em que estiveram em mora: o credor, pelos prejuízos que se verificaram enquanto ele recusou o recebimento do pagamento, e o devedor, pelos que se consumaram quando o primeiro concordou em receber e ele não quis pagar.

Jurisprudência: Ação ordinária de cobrança. Internação em hospital. Réu que não impugnou qualquer dos procedimentos pelos quais é demandado. Divergência que se restringe a cobrança de juros, correção monetária e multa. Observância do disposto no art. 400 do Código Civil e art. 52 do Código de Defesa do Consumidor. Juros e multa de mora corretamente lixados. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 7.091.381.800, rel. Carlos Lopes, j. 09.11.2006)

Art. 401. Purga-se a mora:

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

CC/1916: art. 959.

Purgar ou emendar a mora é o modo pelo qual se procede à sua cessação. Aquele que está em mora pode purgá-la, cumprindo a obrigação descumprida e indenizando a outra parte. A purgação só pode ser feita se ainda trazer resultado útil ao credor. Do contrário, haverá inadimplemento absoluto.

Este artigo aponta as hipóteses em que a purgação da mora poderá ser feita pelo credor ou pelo devedor. A purgação da mora pelo devedor realiza-se mediante oferta da prestação atrasada mais o valor dos prejuízos dela resultantes. Os prejuízos a serem ressarcidos são os conhecidos, pois os ainda não conhecidos podem ser cobrados em ação autônoma, mas não impedem a emenda da mora. Em relação ao credor, a purgação verifica-se quando ele aceita receber o pagamento e sujeita-se aos efeitos da mora.

A purgação pode ocorrer a qualquer momento, desde que ainda seja útil ao credor. Desse modo, é possível concluir que a consignação é ação destinada a prevenir e a emendar a mora. A purgação da mora não se confunde com a sua cessação. Esta última não depende de um comportamento do moroso, pois resulta da própria extinção da obrigação em decorrência de outro fato que não seja imputável a ele. É o que ocorre quando as dívidas fiscais do devedor são anistiadas. Nesse caso, cessa a mora, produzindo efeitos pretéritos, pois os efeitos já produzidos serão afastados. Na purgação da mora, os efeitos produzidos não são pretéritos, porque estes últimos se conservam.

Jurisprudência: Consignação em pagamento. Petição inicial. Ao devedor em mora não é defeso utilizar-se da ação consignatória. Entendimento contrário que impossibilitaria o devedor de liberar-se de sua obrigação, impondo-lhe, injustamente, as consequências comerciais que daí derivam. Precedentes do STJ. Devedor que, todavia, deve consignar o valor suficiente para a satisfação do crédito, incluindo-se os encargos moratórios reputados como devidos. Art. 893, I, do CPC c/c art. 401, I, do atual CC. Extinção do processo sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, que não se legitima. Sentença anulada. Apelo provido. (TJSP, Ap. cível n. 7.159.372.100, rel. José Marcos Marrone, j. 12.03.2008)

A parte embargante, entendendo serem excessivos os cálculos apresentados pelo exequente, deveria ter realizado o pagamento dos valores que acreditava serem devidos - parte incontroversa desvencilhando-se, de tal modo, da incidência de correção monetária e de juros de mora sobre referido montante. Inteligência dos arts. 394 e 395 do Código Civil de 2002. (STJ, REsp n. 767.498, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 09.03.2006)

[...] 2-0 devedor é constituído em mora por ocasião de sua citação válida (art. 219 do CPC), permanecendo sob tal condição até o momento em que a purga, ou seja, oferece ao credor a prestação devida e a importância relativa aos prejuízos decorrentes do inadimplemento (correção monetária e juros de mora), conforme dispõe o art. 401, I, do Código Civil. 3 - A interposição de embargos à execução não tem o condão de interromper a fluência dos juros de mora, ainda que constatado excesso nos cálculos exequendos, pois ao Executado é facultado o pagamento do valor incontroverso. 4 - Apelação desprovida. (TFR, 2ª Região, Ap. cível n. 379.995, 8ª T. Especializada, rel. Des. Federal Marcelo Pereira/no afast. Relator, j. 22.07.2008)

Previdenciário. Revisão de benefício. Agravo legal. Percentual de juros de mora. Não incidência de juros de mora no período de processamento do precatório. Agravo legal do INSS parcialmente provido.

- O termo final dos juros de mora persiste até que o devedor satisfaça a obrigação, a qual, no caso de pagamento em dinheiro, só será adimplida com a quitação do valor devido, salvo as hipóteses que a lei excepcionar (art. 401, I, do Código Civil).

- Agravo legal do INSS parcialmente provido. (TRF, 3ª Região, Remessa de *ex officio* em Ap. cível n. 1.216.089, 7ª T., rel. Juíza Eva Regina, j. 18.02.2008)

Contrato. Compromisso de compra e venda e aditivos contratuais. Consignação em pagamento. Reconvenção. Sentença de improcedência da consignação e procedência da reconven-

ção. Alegação de desproporcionalidade dos reajustes. Não ocorrência. Aplicação dos índices contratuamente ajustados. Taxa Referencial. TR. Possibilidade. Tabela *Price*. Legalidade nos contratos de financiamento imobiliário. Inexistência de anatocismo. Não caracterizada violação contratual ou quebra do negócio jurídico. Reajustes contratuais conforme pactuado. Depósitos parciais que não são hábeis para purgar a mora do devedor. Inteligência do art. 401, I, do CC/2002. Mora da compradora caracterizada. Inadimplência inconteste. Cabimento à resolução contratual e fixação de perdas e danos. Consignatória improcedente. Recurso da apelante autora desprovido. Contrato. Compromisso de compra e venda e aditivos contratuais. Consignação em pagamento. Reconvensão. Sentença de improcedência da consignação e procedência da reconvensão. Alegação de nulidade da r. sentença. Não ocorrência. Mérito. Cláusula 5.1.a.3. onerosamente excessiva. Inaplicabilidade. Adequada devolução dos valores à compradora com juros e correção monetária. Recurso da apelante-ré desprovido. (TJSP, Ap. com revisão n. 2.923.094.100, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 31.07.2007)

Consignação em pagamento. Compromisso de compra e venda. Mora do devedor em data anterior à da propositura da ação. Irrelevância. Litude da purgação da mora, ainda que ajuizada a ação de rescisão. Art. 959,1, do Código Civil. Ação procedente. Recurso provido. (J7J142/45)

Mora. Purgação. Promessa de compra e venda. Financiamento não transferido. Atraso nas prestações junto à caixa.

O pedido de purgação da mora não significa a renúncia do devedor à impugnação das parcelas cobradas pelo credor (art. 959 do CC). O promissário comprador em atraso junto ao agente financeiro e réu em ação de resolução de contrato promovido pelo promitente vendedor, pode dispor-se a depositar o valor do débito vencido, e ao mesmo tempo impugnar a exigência de aluguéis despendidos pelo vendedor depois que entregou o imóvel.

Recurso conhecido e provido para admitir a oferta do devedor, excluída a exigência relativa aos aluguéis. Voto vencido. (STJ, REsp n. 66.976,4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.12.1995)

CAPÍTULO III DAS PERDAS E DANOS

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

CC/1916: art. 1.059.

O inadimplemento da obrigação provoca danos àquele que é titular do direito de exigí-la. Esses danos podem acarretar redução patrimonial ou apenas constrangimentos e incômodos, que representam danos morais. Esses constrangimentos e incômodos, contudo, devem violar direitos de personalidade e atingir significativamente a dignidade da pessoa, pois se forem apenas aborrecimentos cotidianos e usuais, não justificam arbitramento de indenização. A indenização dos danos materiais deve atingir a integralidade do prejuízo experimentado pela vítima. Ou seja, são indenizáveis os danos emergentes e os lucros cessantes, como se depreende da leitura do art. 402 do Código Civil.

Os danos emergentes correspondem à importância necessária para afastar a redução patrimonial suportada pela vítima. Lucros cessantes são aqueles que ela deixou de auferir em razão do inadimplemento. Este artigo estabelece que os lucros cessantes serão razoáveis. Com isso, pretende que eles não ultrapassem aquilo que razoavelmente se pode supor que a víti-

ma receberia. Em contrapartida, este artigo estabelece que os danos emergentes não podem ser presumidos e devem abranger aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

O dano indenizável deve ser certo e atual. Não pode ser meramente hipotético ou futuro. Mesmo quando se trata de lucros cessantes, é preciso que eles estejam compreendidos em cadeia natural da atividade interrompida pela vítima. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu questão na qual abordou o tema: “O recorrente havia planejado construir um empreendimento imobiliário de grande porte, com projeto já aprovado pelas autoridades competentes. Sucede que parte da área foi objeto de ato expropriatório para a construção de metrô, o que causou retardamentos e redução do projeto original. Pleiteava, entre outros, a indenização por alegado prejuízo pela impossibilidade da implantação do empreendimento tal qual concebido e aprovado originalmente. Anotando que o projeto ainda não havia sido implantado quando da expropriação, a Turma entendeu que não há prejuízo a ser indenizado, tratando-se de dano apenas hipotético, uma expectativa de lucros coberta pela indenização do valor de mercado, que leva em conta o potencial econômico de exploração do imóvel. Caberia indenização por danos materiais se comprovados danos efetivos por despesas que a expropriada poderia ter se já iniciado o processo de implantação do referido projeto” (STJ, REsp n. 325.335, rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.09.2001). Nesse sentido, os lucros cessantes são apenas os que podem ser constatados desde logo, mas que não se verificaram em decorrência do fato que o interrompeu, afastando-se meras expectativas frustradas.

Jurisprudência: [...] II - Não restou configurada a violação do art. 402 do Código Civil, porquanto o recorrente não especificou valor a ser pago pelo não fornecimento das ações, nem indicou o *Quantum* que valeriam, nem norteou nenhuma outra indenização que pudessem ser resultante do não fornecimento. III - Oportuno asseverar que, na lição de Nelson Nery Júnior (*Código Civil comentado*, 5. ed., p. 457), fazendo a casuística do art. 402 do Código Civil com a interpretação da RT 613/138, assim definiu: “Não deve ser acolhido pedido de indenização por perdas e danos se a parte não descreve com precisão os prejuízos sofridos e os lucros cessantes, limitando-se a mencioná-los genericamente”. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 1.011.128, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.03.2009, DJ 03.04.2009)

Direito de vizinhança. Nunciação de obra nova. Perdas e danos. Obra com desaterro do terreno. Desabamento de muro, movimentação do terreno do quintal e rachaduras no piso. Demonstração de que os danos no imóvel foram decorrentes da obra realizada no vizinho. Prova pericial. *Quantum* da indenização. O valor deve corresponder ao que o apelado efetivamente perdeu. Artigo 402 do Código Civil. Apelação não provida. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.148.772.005, rel. Sá Moreira de Oliveira, j. 14.05.2008)

Promessa de compra e venda. Inadimplemento da promissária vendedora.

Indenização. Valor atual do imóvel. Lucros cessantes. Dano positivo.

O descumprimento do contrato de promessa de compra e venda de imóvel por parte da promitente vendedora leva à indenização do promissário comprador, que tem o direito de receber, além da devolução do preço, a diferença do valor atual do imóvel.

No caso dos autos, a expressão contida no art. 1.059 do CC, incluindo nas perdas e danos “o que o credor razoavelmente deixou de lucrar”, compreende a indenização pelo dano positivo, isto é, aquela suficiente para colocar o credor na situação em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido.

O fato de ter sido pago apenas 10% do preço não permite seja calculada a indenização na exata proporção entre o acréscimo do patrimônio auferido pela vendedora com a valorização do bem e a quantia efetivamente paga pelo comprador, embora tal circunstância sirva como fator redutor da indenização. (STJ, REsp n. 403.037, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.05.2002)

O lucro cessante não se presume, nem pode ser imaginário. A perda indenizável é aquela que razoavelmente se deixou de ganhar. A prova da existência do dano efetivo constitui pressuposto ao acolhimento da ação indenizatória.

Caso em que a corretora não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência do dano sofrido com a quebra da exclusividade.

A imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, condiciona-se a que o Tribunal justifique o cunho protelatório dos embargos de declaração. Escopo de promover o prequestionamento das matérias aventadas (Súmula n. 98 do STJ). (RSTJ153/297)

A limitação do cálculo dos lucros cessantes ao tempo de vida útil da máquina a ser consertada não viola a coisa julgada que deferia lucros cessantes sem essa restrição. Peculiaridade da situação dos autos, em que a reparação do dano poderia chegar a valores exagerados, e ainda porque a reposição de novo e moderno equipamento propiciará à autora a obtenção dos lucros de que antes fora privada. (STJ, REsp n. 307.523, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.09.2001)

Indenização. Perdas e danos. Imóvel. Compra e venda. Mora na outorga da escritura. Obrigação cumprida a destempo. Inadimplemento. Mero atraso no cumprimento da obrigação. Lucros cessantes não demonstrados. Verba indevida recurso não provido. (J7"J 268/160)

Consoante o magistério de Carvalho Santos "os lucros cessantes para serem indenizáveis, devem ser fundados em bases seguras, de modo a não compreender os lucros imaginários ou fantásticos. Nesse sentido é que se deve entender a expressão legal: razoavelmente deixou de lucrar. A simples alegação de lucro que poderá ser obtido com os proventos esperados do contrato que não foi executado não pode ser objeto de indenização, por isso que se trata de uma impossibilidade ou expectativa" (*CCB interpretado*, v. XIV, p. 256). Washington de Barros Monteiro afasta a indenização a esse título se não for ao menos plausível ou verossímil, arredados benefícios ou interesses hipotéticos.

O exemplo colacionado de Van Wetter é expressivo, pois se o vendedor deixa de entregar iscas para pesca projetada, vedado é ao comprador pretender ressarcir-se do valor dos peixes que apanharia se as iscas lhe tivessem sido realmente entregues (*C. D. Civii*, v. IV, 1979, p. 334).

No caso concreto, a área em questão jamais foi utilizada para o plantio de laranja, e nem se praticaram atos iniciais compatíveis com a disposição de realizá-lo. Em consequência, são havidos por hipotéticos os lucros que os autores teriam se a gleba não lhes tivesse sido subtraída por causa preexistente ao contrato. (TJSP, Ap. n. 122.020-1, rel. Des. Godofredo Mauro, j. 21.11.1990)

Locação de imóveis. Contrato. Rescisão unilateral. Desatendimento ao art. 22 da Lei n. 8.245/91. Pode a locatária rescindir o contrato se o imóvel não se apresenta em perfeitas condições de uso. Perdas e danos. Comprovação. Indenização devida. A caracterização do descumprimento contratual dá azo a perdas e danos, nos termos do art. 402 do Código Civil. Lucros cessantes. Prova efetiva da ocorrência. Inexistência. Reparação indevida. A reparação dos lucros cessantes somente é pertinente quando houver comprovação efetiva de sua ocorrência. Preliminares rejeitadas. Agravo retido improvido e recursos de apelação parcialmente providos. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.131.947.009, 34ª Câm. de Direito Privado, rel. Emanuel Oliveira, j. 27.08.2008)

Afastando a indenização por lucros hipotéticos: *JTA* 161/542 e *JTS* 84/33.

Indenização. Lucros cessantes. Descabimento. Inviabilidade de indenizar lucro hipotético. Art. 1.059, *caput*, do Código Civil de 1916. Reparação das perdas e danos, quando admi-

da, na forma estipulada pelo art. 1.061 do mesmo Código ou 404 do novo Código Civil. Ação de cobrança parcialmente procedente. Apelação provida em parte, com observação. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.169.733.100, rel. Des. José Reynaldo, j. 24.01.2007)

Embargos declaratórios. Efeito modificativo. Administrativo. Recurso especial. Rescisão de contrato administrativo. Indenização. Lucros cessantes. 2 - Por lucros cessantes, deve-se entender o que razoavelmente se deixou de lucrar - essa é a dicção do art. 1.059 do Código Civil de 1916. Todavia, isso não autoriza que tais lucros sejam hipotéticos. Ao contrário, devem ser previsíveis já na celebração do contrato, ou seja, são indenizáveis os lucros que o contratante obteria com a execução direta do contrato, e não os que seriam obtidos em decorrência de fatores diversos ou indiretos aos efeitos do contrato. 3 - Embargos declaratórios acolhidos com efeito modificativo. (STJ, Embargos de declaração no REsp n. 440.500, 2ª T., rel. João Otávio de Noronha, j. 23.10.2007)

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

CC/1916: art. 1.060.

O fato de o inadimplemento da obrigação ter sido intencionalmente provocado pelo devedor (dolosamente, portanto) não permite que se imponha a ele a obrigação de indenizar valor superior aos prejuízos efetivamente suportados pelo credor e os lucros cessantes. Ou seja, a natureza punitiva da indenização não é admitida no presente dispositivo, que, no entanto, não se aplica aos casos de danos morais, nos quais essa natureza é amplamente admitida pela jurisprudência.

Ao se referir aos prejuízos efetivos e aos lucros cessantes, esta disposição restringe-se aos danos materiais, não permitindo que se considere vedada a indenização por dano moral.

De acordo com o artigo em exame, a lei processual não será excluída para impor sanção aos danos provocados pelo inadimplemento. Assim, as disposições processuais que se destinarem a impor sanção à parte inadimplente não foram revogadas pelo presente artigo (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 363).

Jurisprudência: Direito civil. Rescisão de contrato de permuta visando à construção de *shopping center*. Fixação da indenização pelo valor atualizado do lote. Art. 1.056 do CC/1916. Rescindido o contrato celebrado visando à construção de *shopping center*, a indenização devida a título de danos emergentes deverá corresponder ao valor atualizado do lote e não àquele constante da escritura pública lavrada à época do negócio jurídico, sob pena de não se atender à necessidade de recomposição efetiva da perda patrimonial experimentada. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp n. 1.003.429, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.04.2009, DJ 26.05.2009)

Prestação de serviços. Fornecimento de energia elétrica. Erro de medição. Fato que, no caso, pode ser enquadrado na hipótese de engano justificável, afastando a obrigação de devolver em dobro. Ausência, ademais, de prova de má-fé da concessionária, que reconhecendo o erro imediatamente devolveu o valor cobrado a maior. Danos indiretos. Não cabimento. Ausência de nexo causal entre o dano e o fato lesivo. Inteligência do artigo 403 do Código Civil. Ação improcedente. Recurso provido para esse fim. 1 - Se a cobrança indevida decorre de erro justificável, não cabe a imposição da pena de restituição em dobro. 2 - As

perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. Trata-se, pois, do prejuízo causado pela ação direta do ofensor e não daquele que eventualmente possa aparecer em seguida, fruto de outras circunstâncias que se interpoem. (TJSP, Ap. cível n. 7.292.257.500, rei. Gilberto dos Santos, j. 06.11.2008)

Empresa que atua no segmento de consultoria em crédito imobiliário, mais especificamente na recuperação de créditos, via cobrança e execução administrativa de devedores do Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de prestação de serviços por tempo indeterminado, sob a promessa de retribuição aos benefícios auferidos pela ré em decorrência da indicação feita pela autora. Ação cautelar e ação ordinária de perdas e danos, combinada com danos morais, lucros cessantes e danos emergentes. Improcedência das demandas. Inexistência de exclusividade. Autora que concentrou todas suas atividades no referido contrato. Eventual inadimplemento pela ré (remuneração não paga) que já está sendo discutido em processo autônomo. Feito que não tem propriamente o objeto de cobrança de valores e sim pedido de indenização por ato ilícito, eis que com os atos praticados pela requerida, teria ela inviabilizado a atividade mercantil da autora. Perdas e danos que só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (art. 403 do atual CC). Não é, portanto, indenizável o denominado "dano remoto", que seria consequência "indireta" do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não fosse apenas a execução a que o devedor faltou, ainda que doloso o seu procedimento [...]. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.110.359.007, rel. Romeu Ricupero, j. 28.08.2008)

Empresa que atua no segmento de consultoria em crédito imobiliário, mais especificamente na recuperação de créditos, via cobrança e execução administrativa de devedores do Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de prestação de serviços por tempo indeterminado, sob a promessa de retribuição aos benefícios auferidos pela ré em decorrência da indicação feita pela autora. Ação cautelar e ação ordinária de perdas e danos, combinada com danos morais, lucros cessantes e danos emergentes. Improcedência das demandas. Inexistência de exclusividade. Autora que concentrou todas suas atividades no referido contrato. Eventual inadimplemento pela ré (remuneração não paga) que já está sendo discutido em processo autônomo. Feito que não tem propriamente o objeto de cobrança de valores e sim pedido de indenização por ato ilícito, eis que com os atos praticados pela requerida, teria ela inviabilizado a atividade mercantil da autora. Perdas e danos que só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (art. 403 do atual CC - Não é, portanto, indenizável o denominado "dano remoto", que seria consequência "indireta" do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não fosse apenas a execução a que o devedor faltou, ainda que doloso o seu procedimento. Se a autora concentrou todas as suas atividades no contrato celebrado com a ré, contrato esse que não previa exclusividade, só pode queixar-se de sua má estratégia comercial, porquanto era presumível que, inadimplido o ajuste, as consequências poderiam ser as mais danosas possíveis, com a paralisação das atividades e insolvência. Agravo retido da ré não reiterado e não conhecido. Primeiro agravo retido da autora prejudicado, eis que reformado o despacho agravado. Segundo agravo retido da autora não provido. Apelação da autora não provida. (TJSP, Ap. com rev. n. 1.110.359.007, 36ª Câmara de Direito Privado, rel. Romeu Ricupero, j. 28.08.2008)

O segurado lesado pelo inadimplemento da obrigação de pagar a indenização convencionalizada tem direito de receber, a título de danos emergentes, o valor correspondente ao aluguel de um veículo similar ao segurado, conquanto que o tenha efetivamente locado. No

caso, como não se provou esse fato (locação), não há direito à indenização. Aplicabilidade do art. 1.060 do Código Civil de 1916, vigente na data dos fatos. (TJSP, Ap. com revisão n. 956.014.800, rel. Des. Fábio Henrique Prado de Toledo, j. 11.09.2007)

Indenização. Perdas e danos. Inexecução de *pactum de contrahendo*. Inexistência de prejuízo dela decorrente. Verba não devida. Interpretação do art. 1.060 do Código Civil. Ação improcedente. Recurso provido para esse fim. (JTJ144/32)

[...] A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo possível, assim, a revisão da aludida quantificação. *In casu*, não se mostra irrisório nem exagerado; ao contrário, fora fixado com moderação e razoabilidade, o que afasta qualquer possibilidade de revisão nesta instância superior.

2 - A indenização deve ser proporcional ao dano sofrido pela vítima (art. 403 do Código Civil), não havendo correspondência ao valor do título protestado. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 916.864, rel. Min. Hélio Ouaglia Barbosa, j. 12.06.2007)

Arrendamento rural. Inadimplemento da arrendatária. Perdas e danos.

O descumprimento de obrigações assumidas no contrato de arrendamento de gleba rural, das cláusulas sobre as condições em que deveria ser devolvida a terra ao término do prazo, permite o deferimento da parcela de lucros cessantes em favor da arrendante, cujo valor deve corresponder à diferença entre o proveito que a arrendante teria se tais melhorias tivessem sido feitas e o que teria com a terra nas condições em que foi depositada em juízo no dia final do prazo. (STJ, REsp n. 279.311, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.02.2001)

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

CC/1916: art. 1.061.

Para Carlos Roberto Gonçalves, a verba honorária só será devida se houver ajuizamento da ação de cobrança das perdas e danos (*Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v.

II, p. 376). No entanto, parece não ser essa a melhor interpretação do dispositivo legal em exame. Não seria necessária a referência expressa à verba honorária se ela só fosse devida em caso de ajuizamento da ação. Nesse caso, ela já seria devida por força do que está consignado no art. 20 do Código de Processo Civil. E a lei não deve conter dispositivos desnecessários. Confira-se a propósito o comentário ao art. 389.

O parágrafo único do art. 404 do Código Civil autoriza o credor a postular indenização suplementar se os juros de mora não cobrirem seu prejuízo e se não houver pena convencional (ver comentários aos arts. 389 e 408). Muitas vezes, os juros não correspondem ao prejuízo suportado pela vítima. Assim, a regra autoriza a postulação de eventual diferença, denominada indenização suplementar. É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima deixa de receber a remuneração de determinada aplicação financeira superior aos juros de mora. Ou quando a atividade que desenvolveria com a prestação que não lhe foi entregue fosse capaz de produzir o rendimento superior aos juros moratórios.

Para que a indenização suplementar seja possível, porém, será necessário que o credor prove os juros não cobrem o prejuízo e que não exista pena convencional contratada. No que se *e ao mútuo feneratício, cumpre verificar o art. 591 e os comentários a ele correspondentes.

Jurisprudência: Apelação. Despesas de condomínio. Embargos à execução de título judicial. Excesso de execução e de penhora não demonstrados. Critério de atualização monetária e cálculo que, embora diverso do pactuado entre os transatores, favoreceu a devedora. Transação que previa o praxeamento do bem integrante do condomínio em caso de novo inadimplemento. Admissibilidade da inclusão das custas devidas ao Estado por ocasião da satisfação da execução na planilha de cálculo elaborada pelo credor (art. 404, CC/2002). Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.033.847.008, rel. Pereira Calças, j. 19.08.2009)

Cambial. Duplicata mercantil. Entrega de produto em quantidade inferior à contratada e mercadorias sem condições de uso. Afirmções desacompanhadas de prova documental ou técnica. Juntada, pela ré, de documentos probatórios da causa subjacente às emissões. Exigibilidade do título. Declaratória improcedente. Apelação desprovida. Perdas e danos. Duplicata mercantil. Exigibilidade judicialmente reconhecida. Pretensão da reconvinda ao pagamento de indenização suplementar, com fundamento no art. 404, parágrafo único, do CC. Improcedência. Falta de prova de que juros de mora não cobrem prejuízo, porque este não foi demonstrado nos autos. Reconvção improcedente. Apelação desprovida. (TJSP, Ap. cível n. 7.063.941.300, rel. Ricardo Negrão, j. 27.04.2009)

Indenização suplementar: A incidência do art. 404, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que estabelece a indenização suplementar quando insuficientes os juros de mora para compensarem os prejuízos, depende da interpretação do art. 2.035 deste Estatuto Civil.

De acordo com o art. 2.035: "A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução".

Neste dispositivo há a consagração da "Escada Pontiana", elaborada por Pontes de Miranda, que dividiu o negócio jurídico em três planos: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia. Por este dispositivo, aos elementos no plano da validade deve ser aplicada a norma do momento da constituição do negócio jurídico. Assim, se o negócio jurídico fora celebrado na vigência da codificação anterior, sua validade a ela se subordina.

Por outro lado, quanto ao plano da eficácia, que cuida das conseqüências advindas do negócio jurídico, deve ser aplicada a norma do momento destes efeitos.

Assim, se o negócio jurídico fora celebrado na vigência da codificação anterior, mas gera efeitos na vigência da atual - é o caso dos autos os efeitos do inadimplemento perduraram após a vigência da novel legislação -, poderá o novo Código incidir no que tange às conseqüências do inadimplemento da obrigação.

No caso dos autos, o negócio jurídico fora constituído na vigência do Código Civil de 1916 - 30 de janeiro de 1987 - e o descumprimento contratual - inadimplemento da obrigação - produziu seus efeitos durante a vigência do Código de 1916, bem como se protraiu até o ajuizamento desta ação, isso na vigência do Código Civil de 2002.

Assim, produzidos os efeitos do inadimplemento na vigência do Código Civil de 2002, perfeitamente aplicável o seu art. 404, parágrafo único. Além disso, a indenização suplementar, por estar no capítulo das perdas e danos, decorre diretamente dos efeitos do inadimplemento obrigacional.

Esclarece a questão Maria Helena Diniz: "[...] A lei nova não pode alcançar a validade ou invalidade dos negócios jurídicos realizados antes de sua vigência, que se subordinarão ao

previsto na lei revogada. Mas a novel norma poderá atingir a produção de seus efeitos legais ainda não completados, relativos, por exemplo, à atualização das prestações (CC, art. 317), às perdas e danos (CC, arts. 402 a 404) (é o caso dos autos), ao aumento progressivo de prestações sucessivas (CC, art. 316), preservando as consequências previstas em cláusulas contratuais. Se se negasse isso, estar-se-ia tornando instável uma relação constituída, ferindo princípios legais (LICC, art. 6º, §§ 1º a 3º) e constitucionais (CF, art. 5º, XXXVI)" (diniz, Maria Helena. *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos: O impacto do art 2.035 e parágrafo único nos contratos anteriores ao novo Código Civil*, coord. Mario Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, v. IV. São Paulo, Método, 2005, p. 476).

Entretanto, ainda que aplicável o art. 404, parágrafo único, o apelado-autor não faz jus à indenização suplementar, uma vez que não provou as perdas e danos, tampouco a insubsistência dos juros moratórios para a compensação dos prejuízos. Sem essa prova, descabe indenizar danos imaginários.

Ademais, a indenização suplementar está estritamente relacionada com as perdas e danos. Assim, não provada esta, descabe pleitear aquela.

E conforme esclarece Maria Helena Diniz, é indispensável a comprovação que os juros da mora não compensaram as perdas e danos para ensejar a indenização suplementar: "Se se comprovar que os juros da mora não cobrem as perdas e danos, não havendo estipulação de cláusula penal, o órgão judicante poderá conceder ao credor uma indenização suplementar que, tendo natureza reparatória, abranja o prejuízo por ele sofrido em razão do inadimplemento da obrigação pelo devedor" (diniz, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 382). (TJSP, Ap. sem revisão n. 324.584-4/1-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 13.11.2007)

Ainda que vigorasse o Código Civil de 2002, cujo art. 404, parágrafo único, admite indenização suplementar, seria preciso provar fato extraordinário e plenamente vinculado à demora no pagamento para que se julgasse procedente o pedido. Todavia, o autor limitou-se a alegar genericamente que sofreu danos morais e materiais, sem os discriminar ou descrever, e muito menos apontar os fatos de que decorreram e sua ligação com a demora no recebimento de seu benefício previdenciário. (TRF, 3ª Região, Ap. cível n. 857.174, 2ª T., rel. Juiz Henrique Herkenhoff, j. 26.02.2008)

Tributário. Imposto de renda. Incidência sobre juros de mora. 1 - Os juros moratórios são, por natureza, verba indenizatória dos prejuízos causados ao credor pelo pagamento extemporâneo de seu crédito. Inteligência do art. 404 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). 2 - No caso de mora no pagamento de verba trabalhista, que tem notória natureza alimentar, impondo ao credor a privação de bens essenciais de vida, e/ou o endividamento para cumprir seus próprios compromissos, a indenização, através dos juros moratórios, corresponde aos danos emergentes, ou seja, àquilo que o credor perdeu em virtude da mora do devedor. Não há nessa verba qualquer conotação de riqueza nova, a autorizar sua tributação pelo imposto de renda. Indenização não é renda. 3 - Precedentes desta Turma. (TRF, 4ª Região, Ap. cível n. 200771000292083/RS, 2ª T., rel. Vânia Hack de Almeida, j. 11.03.2008)

Demandante, limitando-se a mesma a pedir, a este título, o pagamento dos juros que esta quantia paga poderia render no mercado financeiro. Juros de mora que, ademais, já configuram as perdas e danos decorrentes da falta de pagamento do seguro, por configurar obrigação de pagamento em dinheiro, consoante previsto no art. 1.061 do Código Civil de 1916 (art. 404 do Código atual). Acolhimento deste pedido que deve ser afastado. Sentença reformada em parte para tanto. Recurso da ré parcialmente provido. (TJSP, Ap. n. 7.147.770.600, 14ª Câ. de Direito Privado, rel. Thiago de Siqueira, j. 27.08.2008)

Ação de indenização. Danos morais e materiais. Incompetência da Justiça Estadual para a análise do pedido de indenização por danos morais. Danos materiais. Despesas com advogado. Ressarcimento. Improcedência. Indenização suplementar. Juros de mora capitalizados mensalmente. Pedidos improcedentes. Embargos de declaração. Multa. Cancelamento. Recurso parcialmente provido. A Emenda Constitucional n. 45, que trata da "reforma judiciária", assentou a competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento das ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. É o que dispõe o art. 114, VI, da CF/88. No caso, a autora sustenta que sofreu ofensa moral, em virtude da necessidade de, diante do inadimplemento da requerida em assegurar seus direitos, ter que ajuizar uma demanda perante a Justiça do Trabalho. Assim, a competência para analisar o pedido de indenização por danos morais é da Justiça do Trabalho. V.V - Configuram-se danos materiais passíveis de indenização os valores gastos pela autora com o patrocínio de advogado em ação trabalhista ajuizada contra a ré, aplicando-se, *in casu*, o princípio da *restitutio in integrum*, pelo qual a parte deve ser restituída de qualquer diminuição em seu patrimônio, causada, indevidamente, por outrem. A indenização suplementar do parágrafo único do art. 404, do CCB/2002, somente deve ser fixada quando há prova de que a restituição, na forma do *caput* do dispositivo legal, não for suficiente à recomposição integral do patrimônio desfalcado. A norma do art. 3º, do Decreto-lei n. 2.322/87, determina a incidência de juros capitalizados de 1% ao mês, no pagamento de créditos trabalhistas, pelo que não se subsume ao caso analisado. Não evidenciado o intento manifestamente protelatório dos embargos de declaração, é de se cancelar a multa imposta com fulcro no art. 538, parágrafo único do CPC. (TJMG, Proc. n. 1.0024.07.393055-4/001(1), rel. Eduardo Mariné da Cunha, j. 06.03.2008)

Ação de indenização. Apólices de dívida pública. Extravio dos títulos depositados junto ao banco. Responsabilidade desse. Pedido de indenização declarado procedente quanto aos danos materiais, improcedente o de ressarcimento por danos morais. Recursos de ambos os litigantes. O do banco provido em parte para adequação da taxa de juros moratórios e para suprimir-se da condenação a indenização suplementar (art. 404, parágrafo único, do Código Civil vigente). Preliminares rejeitadas. Recurso da autora desprovido. Manutenção da sentença quanto à improcedência do pedido de danos morais. Critérios e quantificação adequados quanto às indenizações relativas aos demais tópicos do pedido inicial. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. com revisão n. 7.021.831.200, rel. Des. Cardoso Neto, j. 26.10.2006)

Não tendo o mandatário cuidado de repassar à mandante, prontamente, como lhe cabia, os valores recebidos em seu nome, tal comportamento constitui ilícito contratual, de onde decorre a sua responsabilidade pela reparação das perdas e danos, consistentes na correção monetária e nos juros de mora. (II TAC, Ap. n. 624.510-00/1, rel. Juiz Antonio Rigolin, j. 26.02.2002)

Descabido o pedido de reparação por perdas e danos tal como pretendida pela demandante, pois conforme disposição legal (art. 1.061 do CC) as perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro consistem nos juros da mora e custas e, segundo se depreende da decisão lançada nos autos do inventário, além da indenização monetária das importâncias levantadas pelo *de cujus* foram também calculados os juros de mora. Do mesmo modo, também não vinga o pedido de reparação por dano moral, porquanto não verificado no que a conduta do advogado falecido tivesse atingido a esfera da personalidade da demandante, a ponto de ensejar reparação a esse título. (II TAC, Ap. n. 783.309-00/4, rel. Juiz Amorim Cantuária, j. 08.04.2003)

Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

CC/1916: art. 1.536, § 2º.

O presente artigo teve sua redação modificada em relação ao seu correspondente no Código revogado, que só se referia à citação como termo inicial dos juros para as obrigações ilíquidas. Essa alteração tem levado alguns autores a considerar que todas as obrigações, líquidas ou não, só estão sujeitas aos juros de mora a contar da citação.

No entanto, a afirmação merece algumas reflexões. Os juros de mora são devidos em razão do atraso no cumprimento da obrigação, como está anotado nos comentários ao artigo seguinte. Dessa forma, se a obrigação, líquida ou não, não for cumprida tempestivamente, da forma e no tempo devidos, os juros serão devidos desde o inadimplemento.

Destarte, no caso do ato ilícito, a mora se verifica desde o momento em que ele é praticado (art. 398), no caso de obrigações positivas e líquidas, desde o termo previsto (art. 397) e, se não houver termo, desde a interpelação (art. 397, parágrafo único).

Como se vê, há hipóteses em que a mora se verifica antes da citação, não havendo razão para que os juros só sejam contados dessa oportunidade, na medida em que o inadimplente já está em mora e conhece sua obrigação de saldar o prejuízo. A solução mais adequada, portanto, é concluir que o artigo em exame tem natureza geral, aplicando-se a todos os casos em que não houver regra expressa de constituição de mora - de que são exemplos os arts. 397, parágrafo único, e 398. Nesse sentido, as lições de Renan Lotufo (*Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 464) e de Judith Martins-Costa (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 374).

Arnaldo Rizzardo perfilha o mesmo entendimento e acrescenta que no caso de indenização por dano extracontratual não decorrente de ato ilícito, não incide a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça (“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual), uma vez que o art. 398 do Código Civil refere-se expressamente ao ilícito para constituição da mora (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 488).

Destarte, se a indenização resulta de ato lícito - tal como ocorre com as situações contempladas nos arts. 929 e 930 c/c o art. 188 do Código Civil a mora só se dá com a citação e será inaplicável a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Vale acrescentar que se a mora só se consumir com a citação, a emenda da mora pode ser efetivada no prazo de resposta (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 488). Essa possibilidade, porém, não é reconhecida nos casos em que, por força de dispositivo legal, a notificação levada a efeito transforma a mora em inadimplemento absoluto: “Inadmissível é a purgação da mora no prazo da contestação nos casos em que o compromissário comprador haja sido previamente interpelado na forma do disposto no art. 1º do Decreto-lei n. 745/69” (RT 701/158). No mesmo sentido: *Lex-STJ* 58/270.

Jurisprudência: Seguro obrigatório. Incidência dos juros desde a citação: STJ, REsp n. 1.098.365, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.10.2009, DJ 26.11.2009; STJ, REsp n. 1.120.615, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.10.2009, DJ 26.11.2009.

Direito administrativo. Processual civil. Recurso especial representativo de controvérsia repetitiva. Servidor público estadual. Fator de Atualização Monetária - FAM. Reconhecimento administrativo. Interrupção da prescrição. Ocorrência. Juros moratórios. Termo inicial. Citação. Base de cálculo. Valor nominalmente confessado pela Administração. Recurso conhecido e parcialmente provido. 1 - 0 ato administrativo que reconhece a existência de dívida interrompe a

contagem do prazo prescricional, recomeçando este a fluir apenas a partir do último ato do processo que causou a interrupção. Inteligência do art. 202, VI, e parágrafo único, do Código Civil.

2 - Importa em interrupção da prescrição a confissão realizada por meio de certidão individual emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acerca da existência de dívida de valor consolidado em favor de servidor público integrante de seu respectivo quadro, relativa ao Fator de Atualização Monetária - FAM, utilizado na correção dos vencimentos pagos em atraso no período de 1989 a 1994. 3 - Tendo a Administração admitido a existência de dívida de valor consolidado, sem, contudo, estipular prazo para seu pagamento, torna-se inaplicável a regra prevista no *caput* do art. 397 do Código Civil, devendo os juros moratórios incidir a partir da citação, nos termos do art. 397, parágrafo único, c/c 405 do Código Civil e 219, *caput*, do CPC, calculados sobre o montante nominalmente confessado. 4 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido para determinar a incidência dos juros moratórios a partir da citação. (STJ, REsp n. 1.112.114, 3ª Seção, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 09.09.2009, DJ 08.10.2009)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Civil. Juros moratórios. Obrigação ilíquida. Termo inicial. Data da citação. 1 - Segundo jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, o termo inicial dos juros de mora, nas obrigações ilíquidas, é a data da citação (art. 405 do CC). Incidência da Súmula 163 do STF. 2 - Agravo regimental não provido. (STJ, Ag. Reg. no AI n. 988.754, 3ª T., rel. Des. Vasco Delia Giustina (conv.), j. 06.08.2009, DJ28.08.2009)

Recurso especial. Civil. Credor putativo. Teoria da aparência. Necessidade de diligência do devedor. Responsabilidade contratual. Juros. Fluência a partir da citação. 1 - Pela aplicação da teoria da aparência, é válido o pagamento realizado de boa-fé a credor putativo. 2 - Para que o erro no pagamento seja escusável, é necessária a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor diligente de que o recebente é o verdadeiro credor. 3 - Em caso de responsabilidade civil contratual, os juros são contados a partir da citação. 4 - Encontra óbice na Súmula n. 7/STJ a revisão, em sede de recurso especial, de questão referente à fixação de honorários advocatícios que não sejam irrisórios ou exorbitantes. 5 - Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ, REsp n. 1.044.673, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 02.06.2009, DJ 15.06.2009)

Embargos de declaração. Juros moratórios legais. Termo inicial. Fixação. Necessidade, ainda que não contidos na condenação. Súmula n. 254 do STF. Para os casos de dívida ilíquida, onde não é certa quanto à existência nem determinada quanto ao objeto (art. 1.533, CC/1916), só resta a aplicação do art. 405 do Código Civil/2002 (ou art. 1.536, § 2º, do CC/1916), segundo a qual: contam-se os juros de mora desde a citação inicial (TJSP, Emb. Decl. n. 1.292.192.301, rel. Gilberto dos Santos, j. 03.05.2007)

Embargos de declaração. [...] Alega a embargante contradição no acórdão quanto ao termo inicial da incidência dos juros de mora. Conforme art. 1º da Lei 4.414/64 c/c art. 405 do Código Civil, contam-se os juros desde a citação inicial. E não do trânsito em julgado, como decidido. (TJSP, Emb. Decl. n. 4.073.435.201, rel. Teresa Ramos Marques, j. 26.07.2006)

Contrato. Caderneta de poupança. Inadimplemento. Juros de mora. Termo inicial. Data da citação. Aplicação do art. 405 do Código Civil. Embargos infringentes acolhidos. (TJSP, Embargos infringentes n. 7.126.964.802, rel. Des. José Reynaldo, j. 03.10.2007)

Na hipótese de responsabilidade civil contratual, o termo inicial dos juros moratórios é a data da citação, consoante dispõe o art. 405 do CC. Precedentes. (STJ, REsp n. 937.603, rel. Min. Castro Meira, j. 21.06.2007)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 796.272, rel. Min. Denise Arruda, j. 19.06.2007 e STJ, REsp n. 710.385, rel. originária Min. Denise Arruda, rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 28.11.2006.

Ilegitimidade *ad causam*. Cobrança. Caderneta de poupança. Plano Bresser. Hipótese de reconhecimento de vínculo somente entre o poupador e o banco. Legitimidade do banco privado caracterizada. Preliminar afastada. Correção monetária. Caderneta de poupança. Plano Bresser. Cobrança de diferenças de remuneração não creditadas referentes a junho/julho de 1987. Prevalência das regras contratuais e do princípio da irretroatividade das leis. Remuneração devida. Recurso desprovido neste particular. Juros moratórios. Termo inicial. Contagem a partir da citação e não desde o evento. Art. 405 do novo Código Civil, vigente na época da citação. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. n. 7.248.587.700, 11ª Câ. de Direito Privado, rel. Renato Rangel Desinano, j. 11.09.2008)

No sentido de que os juros de mora incidem desde a citação, a não ser nos casos de mora *ex re* e de ato ilícito, quando fluem da forma prevista nos arts. 397 e 398 do Código Civil: TJSP, AI n. 527.774-4/9, rel. Des. Maia da Cunha, j. 25.10.2007.

Nos casos em que se busca a correção monetária dos saldos de cadernetas de poupança, relativos aos chamados Planos Collor e Verão, os juros de mora incidem a partir da citação. (STJ, REsp n. 766.643, rel. Min. Castro Filho, j. 28.06.2006)

Com o advento do novo Código Civil (aplicável à espécie porque ocorrida a citação a partir de sua vigência), incidem juros de mora pela taxa Selic a partir da citação, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de correção monetária, porque já embutida no indexador. (STJ, REsp n. 897.043, rel. Min. Eliana Calmon, j. 03.05.2007)

Juros moratórios. Termo inicial. Seguro. Obrigatório (DPVAT). Cobrança de diferença de indenização. Fluência dos juros a partir da citação, ocasião em que a seguradora foi constituída em mora. Incidência do art. 405 do Código Civil de 2002. Inaplicabilidade da Súmula n. 54 do STJ, por não se tratar de obrigação decorrente de ato ilícito. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível sem revisão n. 1.025.207-0/2/São Vicente, 26ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Norival Oliva, j. 30.07.2007, v.u., voto n. 14.900)

Considerando que o art. 405 do Código Civil revogou a Súmula n. 54 do STJ: Comprovados os gastos efetuados pela seguradora no conserto do veículo segurado, surge o direito de regresso contra o causador do sinistro. 3 - A partir da vigência do Código Civil de 2002, os juros moratórios sempre fluem a partir da citação nos estritos termos do art. 405, pois é a partir daí que o réu foi constituído em mora, sendo inaplicável o enunciado da Súmula n. 54 do STJ, anterior ao novo diploma civil. (TJSP, Ap. com revisão n. 915.361.000, rel. Des. Norival Oliva, j. 15.10.2007)

Apelação. Responsabilidade civil do Estado. Pedido de indenização por danos morais e estéticos, perdas e danos em razão de agressão cometida por policiais. Ausência de provas de danos materiais ou estéticos ou ainda das perdas e danos no período de um ano e meio indicado na inicial. Indenização somente no que tange aos danos morais. *Quantum* fixado em patamar adequado às circunstâncias. Incidência de juros de mora a partir da citação. Recurso voluntário dos autores José Alves Martins e Lucinda Leite Martins parcialmente provido.

Recurso voluntário da Fazenda e recurso *ex officio* improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 450.000-5/6-00, rel. Des. Augusto Amaral Mello, j. 22.11.2007)

DPVAT. Determinando que os juros sejam contados da citação: STJ, REsp ns. 967.913, rel. Min. Ari Pargendler, j. 03.10.2007, e 907.428, rel. Min. Hélio Ouaglia Barbosa, j. 17.10.2007; STJ, AI n. 928.114, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 30.10.2007; e TJSP, Ap. sem revisão n. 983.657-0/2, rel. Des. José Malerbi, j. 26.11.2007.

Determinando que os juros corram da data do pagamento a menor: TJSP, Ap. sem revisão n. 964.380-0/6, rel. Des. Armando Toledo, j. 16.10.2007; TJSP, Ap. com revisão n. 1.081.009-0/7, rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 14.11.2007; e Ap. com revisão n. 11.336.920.000, Des. Silvia Rocha Gouvêa, j. 13.11.2007.

Juros de mora desde a citação em caso em que passageiro de ônibus se machuca no trajeto: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.21.572/RJ, rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva, j. 29.05.2007.

Em caso de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidem a contar da citação. Precedentes. (STJ, REsp n. 939.919, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 11.09.2007)

Civil. Correção monetária. Juros de mora. Perdas e danos. Danos emergentes e lucros cessantes.

Como regra geral, por considerar-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados (art. 955 do CC), os juros moratórios são devidos a partir de então. Contudo, na hipótese de obrigação ilíquida, os juros moratórios são devidos somente a partir da citação, como estabelecido pelo § 2º do art. 1.536 do Código Civil.

A correção monetária não é um *plus* que se acrescenta, mas um *minus* que se evita. Outra motivação não tem e em nada mais importa senão em uma mera manutenção do valor aquisitivo da moeda, que se impõe por razões econômicas, morais e jurídicas, em nada se relacionando com pena decorrente da mora.

Assim, no caso, a correção incide a partir do dia em que o pagamento deveria ter sido efetuado e que não foi.

Os juros de mora se destinam a reparar os danos emergentes, ou positivos, e a pena convencional é a prévia estipulação para reparar os lucros cessantes, que são os danos negativos, vale dizer, o lucro que a inadimplência não deixou que se auferisse, resultando na perda de um ganho esperável.

Não estabelecida previamente a pena convencional, pode o juiz, a título de dano negativo, estipular um valor do que o credor razoavelmente deixou de lucrar. (STJ, REsp n. 244.296, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 27.06.2000)

Juros de mora devidos a partir do vencimento de cada parcela em atraso, nos termos do art. 960 do CC, por se tratar de inadimplemento de obrigação positiva e líquida. Inexistência de violação ao art. 1.536, § 2º, do CC. (J5TJ161/159)

Cobrança. Despesas de condomínio. Petição inicial instruída com todos os documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação. Falta de comprovação dos custos efetuados pelo condomínio. Irrelevância. Presunção de licitude da cobrança. Cálculo não impugnado de maneira específica. Juros de mora convencionados em 1% ao mês. Admissibilidade. Percentual que não se afigura ilegal ou abusivo. Incidência a partir do vencimento de cada prestação em atraso. Ação procedente. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 917.624-0/2, rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. 14.10.2008)

CAPÍTULO IV DOS JUROS LEGAIS

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

CC/1916: arts. 1.062 e 1.063.

Juros são os rendimentos do capital. Representam frutos civis, isto é, o pagamento pela utilização de determinado bem por um terceiro que não seja o titular do direito de usá-lo (art. 95).

Os juros podem ser compensatórios ou moratórios. Os compensatórios remuneram a utilização do capital de outra pessoa. Decorrem, portanto, da utilização consentida de capital de outrem, devendo ser previstos no contrato e estipulados pelos contratantes. Os moratórios são devidos nos casos em que houver atraso na restituição do capital ou descumprimento de obrigação.

Na vigência do Código Civil de 1916, os juros moratórios eram de 6% ao ano e as partes poderiam elevá-lo a, no máximo, 12% ao ano (art. 1.062 do CC e Decreto n. 22.626/33).

O Código Civil de 2002, porém, alterou o limite da taxa de juros, admitindo que ela seja de no máximo aquela que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Permitiu, ainda, que tais juros sejam capitalizados anualmente nos casos de mútuo destinado a fins econômicos (art. 591 do CC).

Os juros moratórios serão convencionais ou legais, segundo tenham sido ou não estabelecidos pelas partes no contrato celebrado. Caso não sejam convencionados, ou se as partes não estabelecerem a taxa devida, ou se decorrerem da lei, os juros corresponderão àquela que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Essa taxa é o limite máximo permitido para o mútuo de fins econômicos previsto no art. 591 deste Código.

A questão a enfrentar é a que se refere ao limite de juros da Fazenda Nacional, que poderá ser a taxa Selic ou a que se encontra estipulada no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. A jurisprudência não é pacífica a respeito da legalidade da taxa Selic, de modo que há uma tendência a se reconhecer que o limite será 1% ao mês, segundo a regra do Código Tributário. A taxa Selic padece da ilegalidade por compreender, além de juros, componente de correção monetária, de modo que corrigir a dívida e acrescer a ela os juros correspondentes à taxa Selic representará dupla correção, com enriquecimento ilícito do credor, além de permitir capitalização não autorizada, como registra Celso Pimentel, invocando a lição de Franciulli Netto, em artigo publicado na *Revista Jurídica* n. 319, p. 61-5. Nem bastaria utilizar a taxa Selic isoladamente, pois não seria possível que o devedor distinguisse entre a taxa de correção monetária e os juros nela compreendidos - ficando impedido, por exemplo, de verificar se a atualização seguiu o índice oficial.

No sentido da inadmissibilidade da adoção da taxa Selic como limite da taxa de juros prevista no art. 161, § 1º, do CTN: Judith Martins-Costa (*Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 401 e segs.), Nelson Rosenvald (*Direito das obrigações*. Niterói, Impetus, 2004, p. 300), e Enunciado n. 20 da Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ocorrida no período compreendido entre 11 e 13 de setembro de 2002: “A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês”.

As instituições financeiras não estão sujeitas a esta limitação (Súmula n. 596 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência pacífica de nossos tribunais: *RT* 698/100 e

692/172, *JSTJ* 30/159 e 28/96, e *JTA* 131/130), mas também estão impedidas de capitalizar juros nas hipóteses em que não houver regra expressa que as autorizem a fazê-lo (REsp n. 302.896, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 18.04.2002, e Súmula n. 93 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”). Já a limitação de juros prevista no art. 192, § 3º, da Constituição Federal não tem sido obedecida, sob o fundamento de não ser autoaplicável e não ter sido regulamentada até o momento em que revogado pela Emenda Constitucional n. 40, de 29.05.2003. (Nesse sentido: II TACSP, Ap. n. 478.799, 10ª Câm., rel. Juiz Euclides de Oliveira, j. 26.02.1997, £7753/256,749/291 e 306,744/242 e 326, 737/180, 734/364, 732/139, 729/110 e 131, 715/301, 708/118, 704/125 e 698/100 e *JTA* 170/163, 169/161, 168/108, 167/119, 165/140, 164/383, 162/139, 161/79, 160/74, 157/96, 146/90 e 141/426). Os juros simples serão os que incidirem sobre o capital inicial, e compostos os que são capitalizados anualmente, calculando-se juros sobre juros, hipótese em que estes passarão a integrar o capital.

Jurisprudência: Administrativo e processual civil. Recurso representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 08/2008. FGTS. Expurgos inflacionários. Execução de sentença. Taxa de juros. Novo Código Civil. Violação à coisa julgada. Inexistência. Art. 406 do novo Código Civil. Taxa Selic. 1 - Não há violação à coisa julgada e à norma do art. 406 do novo Código Civil, quando o título judicial exequendo, exarado em momento anterior ao CC/2002, fixa os juros de mora em 0,5% ao mês e, na execução do julgado, determina-se a incidência de juros de 1% ao mês a partir da lei nova. 2 - Segundo a jurisprudência das duas Turmas de Direito Público desta Corte, devem ser examinadas quatro situações, levando-se em conta a data da prolação da sentença exequenda: (a) se esta foi proferida antes do CC/02 e determinou juros legais, deve ser observado que, até a entrada em vigor do novo CC, os juros eram de 6% ao ano (art. 1.062 do CC/1916), elevando-se, a partir de então, para 12% ao ano; (b) se a sentença exequenda foi proferida antes da vigência do CC/02 e fixava juros de 6% ao ano, também se deve adequar os juros após a entrada em vigor dessa legislação, tendo em vista que a determinação de 6% ao ano apenas obedecia aos parâmetros legais da época da prolação; (c) se a sentença é posterior à entrada em vigor do novo CC e determinar juros legais, também se considera de 6% ao ano até 11 de janeiro de 2003 e, após, de 12% ao ano; e (d) se a sentença é posterior ao novo CC e determina juros de 6% ao ano e não houver recurso, deve ser aplicado esse percentual, eis que a modificação depende de iniciativa da parte. 3 - No caso, tendo sido a sentença exequenda prolatada em 08 de outubro de 1998 e fixado juros de 6% ao ano, correto o entendimento do Tribunal de origem ao determinar a incidência de juros de 6% ao ano até 11 de janeiro de 2003 e, a partir de então, da taxa a que alude o art. 406 do novo CC, conclusão que não caracteriza qualquer violação à coisa julgada. 4 - "Conforme decidiu a Corte Especial, 'atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)' (EResp 727.842, *DJ* de 20.11.08)" (REsp 1.102.552/CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, pendente de publicação). 5-0 recurso deve ser provido tão somente para garantir a aplicação da taxa Selic a partir da vigência do novo Código Civil, em substituição ao índice de 1% por cento aplicado pelo acórdão recorrido. 6 - Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/STJ. (STJ, REsp n. 1.112.746, 1ª Seção, rel. Min. Castro Meira, j. 12.08.2009, *DJ* 31.08.2009)

De idêntico teor: STJ, REsp n. 1.112.743, 1ª Seção, rel. Min. Castro Meira, j. 12.08.2009, *DJ* 31.08.2009.

1 - A cumulação entre juros remuneratórios e moratórios é possível dada a distinção de suas naturezas. O primeiro remunera o capital exigível e o segundo indeniza o credor pelo retardamento na execução da prestação. 2 - Juros moratórios convencionados contratualmente. Incidência do artigo 406, primeira parte, à hipótese dos autos. Agravo provido. (TJSP, AI n. 7.289.760.200, rel. Soares Levada, j. 27.11.2008)

No sentido de que se aplica a taxa de 1% ao mês, e não a Selic - STJ: Processual civil e administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Embargos de declaração. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Omissão. Inexistência. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Responsabilidade objetiva. Falecimento de militar no cumprimento do serviço. Danos morais. Cabimento. Comprovação de culpa ou dolo. Prescindibilidade. Teoria do risco administrativo. Juros moratórios. 12% ao ano a partir do CC/2002. Manutenção do acórdão recorrido. [...] 12 - No caso sob exame, a instância de origem fixou os juros moratórios em 6% (seis por cento) ao ano, a contar da data do evento (março de 1994), até janeiro de 2003, a partir de quando começa a incidir o percentual de 12% (doze por cento) ao ano. 13 - Mantêm-se na íntegra os percentuais adotados no acórdão recorrido, porquanto inexistente nos autos recurso das partes com relação à aplicação da Taxa Selic após o advento do Código Civil/2002. 14 - Recurso especial não provido. (STJ, REsp n. 963.353, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.08.2009, DJ 27.08.2009)

Veja-se também: STJ, REsp n. 862.638, rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 01.04.2008; STJ, AI n. 928.114, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior; STJ, REsp n. 647186, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 01.09.2005; STJ, REsp n. 782.437, rel. Min. Castro Meira, j. 11.10.2005; STJ, REsp n. 437.614, rel. Min. Hélio Ouaglia Barbosa, DJU 05.02.2007; TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 6.512.574.000, rel. Romeu Rucupero, j. 27.10.2009; Ap. n. 7.022.599-3, rel. Des. Rizzatto Nunes, j. 24.10.2007; Ap. n. 7.141432-7, rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 17.10.2007; Ap. n. 1.310.052.400, rel. Des. Rui Cascardi, j. 19.09.2007; Ap. n. 7.033.459-1, rel. Des. Elmano de Oliveira, j. 26.09.2007; Ap. cível n. 431.937.4/9-00, rel. Francisco Loureiro, j. 25.10.2007; n. 831.792.000, rel. Des. Campos Petroni, j. 27.11.2007; Ap. cível n. 522.094-5/2, rel. Des. Soares Lima, j. 22.11.2007; Ap. n. 7.178.430-0, rel. Des. José Araldo da Costa Telles, j. 06.11.2007; n. 1.089.243.005, rel. Des. Ruy Coppola, j. 22.11.2007; Ap. n. 7.022.769-5, rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 24.10.2007; Ap. com revisão n. 1.102.055-0/1, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 27.08.2007, e n. 1.120.292.700, rel. Des. Newton Neves, j. 03.07.2007.

Consoante prevalece na Seção de Direito Privado, os juros de mora são devidos a partir da citação, observada a taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do Código Civil de 1916), até o dia 10.01.2003; a partir de 11.01.2003, marco inicial da vigência do novo Código Civil, será aplicada a taxa de 1%, nos termos do art. 406 desse último. (STJ, REsp n. 611.991, rel. Min. Hélio Ouaglia Barbosa, j. 11.09.2007)

Do acórdão da ementa anterior extrai-se:

Em benefício da clareza, os juros de mora são devidos a partir da citação, observada a taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do Código Civil de 1916) até o dia 10.1.2003; a partir de 11.01.2003, marco inicial da vigência do novo Código Civil, será devida a taxa de 1%, nos termos do art. 406 do atual diploma.

Aliás, esse raciocínio tem sido reiteradamente perfilhado pelas Turmas que integram a Seção de Direito Privado; observa-se que a Terceira Turma, em voto condutor da lavra do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, assentou que "Os juros legais, no caso, seguem a disciplina do art. 1.062 do Código Civil de 1916, devendo ser calculados a partir da entrada em vigor do novo Código pelo regime do respectivo art. 406" (cf. STJ, REsp n. 661.421, DJ

26.09.2005). O subscritor deste voto, de igual forma, quando do julgamento do REsp n. 856.296/SP pela Quarta Turma, esclareceu que "esta Corte de Justiça já firmou entendimento que devem ser fixados os juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, até o advento do novo Código Civil, quando serão calculados nos termos de seu art. 406" (j. 07.11.2006).

No sentido de que os juros de mora são calculados pela Selic: [...] 20 - A partir da vigência do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406). Taxa esta que, como de sabença, é a Selic, nos expressos termos da Lei n. 9.250/95. Precedentes: REsp n. 688.536/PA, DJ 18.12.2006; REsp n. 830.189/PR, DJ 07.12.2006; REsp n. 813.056/PE, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 16.10.2007, DJ 29.10.2007; REsp n. 947.523/PE, DJ 17.09.2007; REsp n. 856.296/SP, DJ04.12.2006; Ag. Reg. no Ag. n. 766.853/MG, DJ16.10.2006. (STJ, REsp n. 944.884, 1ª T., rel. Francisco Falcão, j. 18.10.2007)

A Turma, ao prosseguir o julgamento, na hipótese de reparação de danos materiais e morais decorrentes da inexecução do contrato de fornecimento de energia elétrica, bem como do exercício abusivo de sua interrupção para fins de cobrança, entendeu, por maioria, que a taxa à qual se refere o art 406 do CC/2002 é a Selic. O Min. Teori Albino Zavascki, em seu voto-vista, o vencedor, sustentou que o art. 406, ao referir-se à taxa que estiver em vigor, expressa a opção do legislador em adotar uma taxa de juros variável, que pode ser modificada com o tempo. O art. 161, § 1º, do CTN, por sua vez, dispõe que a taxa de juros é de 1% ao mês se a lei não dispuser de modo diverso, o que denota sua natureza de norma supletiva, arredável por lei ordinária. O art. 13 da Lei n. 9.065/95, ao referir-se ao art. 84 da Lei n. 8.981/95, estabeleceu que, em casos de mora no pagamento de tributos arrecadados pela SRF, serão acrescidos juros equivalentes à Selic, e a utilização dessa taxa como juros de mora, em matéria tributária, foi confirmada por outras normas, tais como o art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95 (repetição ou compensação de tributos); art. 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96 e o art. 30 da Lei n. 10.522/2002. Outrossim, o STJ tem aplicado a Selic em demandas tributárias ao reputá-la constitucional, e o STF, na ADIn n. 4/DF, DJ 25.06.1993, afirmou não haver vedação constitucional às previsões de juros superiores a 12% ao ano, isso em análise do art. 192, § 3º, da CF/1988, já revogado. Anotou, também, que, apesar de a Selic incluir juros e correção monetária, sua aplicação não acarreta *bis in idem*, visto estar condicionada à exclusão de qualquer outro índice de atualização. Já os votos vencidos entendiam que a Selic não possuía natureza moratória e sim remuneratória (acrescida de correção monetária), pois criada para atrair e remunerar investidores na compra de títulos públicos. Assim, em razão dessa natureza, seria impossível sua aplicação em casos de ilícito contratual, restando correta a aplicação dos juros de 12% ao ano a partir da entrada em vigor do CC/2002 (art. 161, § 1º, do CTN c/c art. 406 do CC/2002). Precedentes citados: STJ, REsp n. 806.348/SP, DJ 01.08.2006, e REsp n. 807.880/RN, DJ 23.05.2006. (STJ, REsp n. 710.385/RJ, rel. originária Min. Denise Arruda, rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 28.11.2006)

A taxa à qual se refere o art. 406 do CC é a Selic, tendo em vista o disposto nos arts. 13 da Lei n. 9.065/95, 84 da Lei n. 8.981/95, 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96 e 30 da Lei n. 10.522/2002. (STJ, REsp n. 932.329, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.05.2007)

Também pela aplicação da Taxa Selic: REsp n. 926.285, rel. Min. Francisco Falcão, j. 14.10.2008, EREsp n. 727.842, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 08.09.2008 (Corte Especial).

Obrigação de trato sucessivo:

6 - Os juros não se ser calculados, a partir do evento danoso (Súmula n. 54/STJ) à base de 0,5% ao mês, ex Wart. 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002).

7 - A partir da vigência do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406). Taxa esta que, como de sabença, é a Selic, nos expressos termos da Lei n. 9.250/95, inaplicável, *in casu*, em face do princípio processual *ne reformatio in pejus*. Precedentes: REsp n. 688.536/PA, DJ 18.12.2006; REsp n. 830.189/PR, DJ 07.12.2006; REsp n. 813.056/PE, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. em 16.10.2007, DJ 29.10.2007; REsp n. 947.523/PE, DJ 17.09.2007; REsp n. 856.296/SP, DJ 04.12.2006; Ag. Reg. no Ag. n. 766.853/MG, DJ 16.10.2006.

8 - Deveras, é cediço na Corte que o fato gerador do direito a juros moratórios não é o ajuizamento da ação, tampouco a condenação judicial, mas, sim, o inadimplemento da obrigação.

9 - Desta feita, tratando-se de fato gerador que se protraí no tempo, a definição legal dos juros de mora deve observância ao princípio do direito intertemporal segundo o qual *tempus regit actum*.

10 - Consectariamente, aplica-se à mora relativa ao período anterior à vigência do novo Código Civil as disposições insertas no revogado Código Civil de 1916, regendo-se o período posterior pelo diploma civil superveniente. (REsp n. 745.825/RS, DJ 20.02.2006)

11 - A correção monetária independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita, vale dizer: a correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se busca a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, a fim de se preservar o poder aquisitivo original. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 905.603, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 09.09.2008)

Tratando-se de obrigação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, incidirá no caso a taxa dos juros moratórios prevista na lei vigente à época do vencimento. A taxa será de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916, até o advento do novo Código Civil, a partir de quando, nos termos de seu art. 406, deverá ser aplicada a taxa que estiver em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional que, nos termos da Lei n. 9.250/95, é a taxa Selic. Precedentes. (STJ, REsp n. 674.366, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.11.2006)

No mesmo sentido de que a Selic só pode ser adotada sem incidência da correção monetária, por estar esta compreendida na primeira - STJ: REsp ns. 851.256, rel. Min. Eliana Calmon, j. 05.09.2006; 863.926, rel. Min. Eliana Calmon, j. 05.10.2006; e 823.818, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.06.2006; TJSP: Ap. n. 1.106.667-0/1, rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 06.11.2007.

Com o advento do novo Código Civil (aplicável à espécie porque ocorrida a citação a partir de sua vigência), incidem juros de mora pela taxa Selic a partir da citação, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de correção monetária, porque já embutida no indexador. (STJ, REsp n. 897.043, rel. Min. Eliana Calmon, j. 03.05.2007)

Incidência do art. 406 a partir de sua vigência às obrigações pendentes: Juros de mora devidos no caso a partir da citação, à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do Código Civil de 1916) até o dia 10.01.2003 e, a partir de 11.01.2003, data de vigência do novo Código Civil, pela taxa que estiver em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional

(art. 406 do atual CC). Recurso especial conhecido e provido parcialmente. (STJ, REsp n. 173.190/SP, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, v.u., j. 13.12.2005, *DJU* 03.04.2006)

Recurso especial. Honorários. Base de cálculo. Valor da condenação. Partes igualmente sucumbentes. Compensação das despesas processuais. Juros de mora.

I - Se houve condenação, seu valor constitui a base de cálculo dos honorários advocatícios.

II - O art. 21 do Código de Processo Civil estabelece a distribuição e compensação recíproca das despesas e honorários entre os litigantes simultaneamente vencidos e vencedores. Em tais situações, às próprias partes a responsabilidade pelos honorários de seus respectivos advogados.

III - Tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos devem ser regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo art. 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo art. 406 do atual Código Civil.

Recurso parcialmente provido. (STJ, REsp n. 729.456/MG, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, v.u., j. 06.09.2005, *DJU* 03.10.2005)

Benefício previdenciário: Ademais, no cálculo da taxa Selic são levados em consideração os juros praticados no ambiente especulativo, refletindo as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta *versus* demanda de recursos), decompondo-se em duas parcelas: taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado, sofrendo grande influência desta última.

IV - Integra a Selic, ainda, a correção monetária, não podendo ser acumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.

V - A taxa Selic, portanto, não possui natureza moratória, e sim remuneratória, vez que pretende remunerar o investidor da maneira mais rentável possível, visando ao lucro, portanto, o que transmuda o intento pretendido com os juros moratórios, qual seja, punir o devedor pela demora no cumprimento da obrigação.

VI - Em conclusão, a taxa Selic é composta de juros e correção monetária, não podendo ser acumulada com juros moratórios. Sua incidência, assim, configura evidente *bis in idem*, porquanto faz as vezes de juros moratórios, compensatórios e remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. Daí, porque impossível sua acumulação com os juros moratórios. Precedentes.

VII - A adoção da Selic conduz ao desequilíbrio social e à insegurança jurídica, porquanto é alterada unilateralmente pela Administração Federal conforme os "ânimos" do mercado financeiro e indicadores de inflação.

VIII - Nesse contexto, por refletir atualização monetária e remuneração, a taxa Selic não se perfaz em instrumento adequado para corrigir débitos decorrentes de benefícios previdenciários em atraso, que possuem natureza alimentar e visam atender fins sociais. Precedentes.

IX - A aplicação da taxa Selic é legítima apenas sobre os créditos do contribuinte, em sede de compensação ou restituição de tributos, bem como, por razões de isonomia, sobre os débitos devidos à Fazenda Nacional. Precedentes.

X - A Eg. 5ª Turma desta Corte já decidiu no sentido de ser devida a taxa Selic somente para débitos de natureza tributária.

XI - Este Tribunal é uníssono ao disciplinar que os juros moratórios nos benefícios previdenciários em atraso são devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, em face de sua natureza alimentar.

Aplicação do art. 406 do Código Civil c/c 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. (STJ, REsp n. 823.228, rel. Min. Gilson Dipp, j. 06.06.2006)

Não pode ser examinada a aplicação da Selic aos juros moratórios quando não examinado o tema pelo tribunal local, valendo anotar que precedentes da Corte já aplicam essa orientação. (STJ, REsp n. 704.542, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.05.2007)

1 - A utilização da taxa Selic somente é legítima para débitos de natureza tributária, hipótese diversa da dos autos. Precedentes.

2 - Deve ser afastada a aplicação do art. 406 do novo Código Civil, em face da especialidade da norma inserta no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, que, especificamente, regula a incidência dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 773.275, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.10.2005)

III - Os juros de mora devem ser fixados na base de 6% ao ano, contados a partir da citação, até o advento do novo Código Civil quando serão calculados nos termos do art. 406, do Diploma substantivo. Precedentes: STJ, REsp n. 594.486/MG, rel. Min. Castro Filho, *DJ* 13.06.2005; Ag. Reg. no Ag. Reg. nos EDcl no REsp n. 556.068/PR, de minha relatoria, *DJ* 16.08.2004 e EDcl no REsp n. 528.547/RJ, rel. Min. José Delgado, *DJ* 01.03.2004". (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 766.967, rel. Min. Francisco Falcão, j. 20.09.2005)

Juros moratórios. Taxa Selic. Embargos do devedor. Execução por título extrajudicial. Novo Código Civil. Inaplicabilidade. Mora constituída em data anterior à de vigência da Lei n. 10.406, de 10.01.2002, com entrada em vigor a partir de 10.01.2003. Irretroatividade da lei nova. Decisão confirmada. Recurso de agravo de instrumento não provido. (I TAC, AI n. 1.207.258-9/SP, 2ª Câm., rel. Juiz Amado de Faria, j. 30.06.2004, v.u.)

[...] devendo prevalecer a regra geral insculpida no art. 406 de que prevalecerá a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, atualmente representada pela Taxa Selic. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.03.104465-4-004/Belo Horizonte, 1ª Câm. Cível, rel. Des. Eduardo Andrade, j. 13.09.2005)

Em face do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), as prestações vencidas deverão ser atualizadas de acordo com a taxa Selic, a qual compreende juros de mora e correção monetária, afastando, em consequência, a aplicação do IGP-DI, diante do art. 406 daquele Diploma. (TJSC, Ap. cível n. 2005.017611-5/Urussanga, 2ª Câm. de Direito Público, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 30.08.2005, v.u.)

[...] (Súmula STJ n. 54), na forma do art. 406 do CC, aplicando-se a Selic uma única vez para os juros e a correção monetária. (TJRJ, Ap. cível n. 36.653-04/RJ, 11ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Eduardo Rabello, j. 15.06.2005, v.u.)

Tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos devem ser regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo art 1.062 do Diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo art. 406 do atual Código Civil. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp n. 594.486/MG (2003/0176901-2), 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 19.05.2005, v.u.)

Dos juros de mora. Os juros moratórios devem incidir à taxa de 6% ao ano até a entrada em vigor do novo Código Civil, momento em que passam a ser de 12% ao ano. Parcial provimento. (TJRS, Ap. cível n. 70.012.211.199/Montenegro, 12ª Câm. Cível, rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta, j. 18.08.2005, v.u.)

Ocorrendo a citação sob a vigência do Código Civil de 1916, deve-se aplicar os juros legais previstos à época, ou seja, 6% (seis por cento) ao ano. Por se tratar de instituto que se renova a cada mês, a partir da entrada em vigência do novo Código Civil, aplica-se o percentual de 12% (doze por cento) ao ano, consoante o disposto no art. 406, do Código Civil de 2002. (TJDF, Ap. cível n. 2002.011.062.790-2/DF, 5ª T. Cível, rel. Des. Haydevalda Sampaio, j. 18.04.2005, v.u.)

Incide o índice de 6% a.a. a título de juros de mora a partir da citação e a data da entrada em vigor do novo Código Civil, a partir da qual passa a incidir a regra do art. 406 deste novel Diploma. (TJDF, Ap. cível n. 2004.01.1.007045-7/DF, 4ª T. Cível, rel. Des. Cruz Macedo, j. 18.04.2005, v.u.)

Juros de mora. Aplicação do art. 406 do atual Código Civil, a partir da data da sua vigência. (TJRJ, Ap. cível n. 20.186-2005/RJ, 17ª Câm. Cível, rel. Des. Fabrício Paulo B. Bandeira Filho, j. 27.07.2005, v.u.)

Hipótese em que a incidência de juros moratórios será de 6% ao ano, até o advento do novel Códex, e de 1% ao mês, a partir da data de sua entrada em vigor. Interpretação do art. 406 do CC (de 2002) c/c o art. 161 do CTN. (RT 834/348)

Os juros de mora, nas ações previdenciárias, que tenham natureza alimentar, incidem à taxa de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida, em conformidade com os arts. 406 do Código Civil/2002 combinado com 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. (TJMG, Ap. cível/Reexame necessário n. 1.0024.04.427449-6-001/Belo Horizonte, 6ª Câm. Cível, rel. Des. Batista Franco, j. 30.08.2005, v.u.)

Cuida-se de recurso remetido à 2ª Seção deste Superior Tribunal em que se discute a limitação dos juros remuneratórios vencidos posteriormente a 11.01.2003, data da entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002. Esse recurso trata da revisão de dois contratos nos autos, uma conta-corrente firmada ainda na vigência do CC/1916 e um contrato de empréstimo celebrado em 22.01.2003. A Seção reafirmou que as limitações impostas pelo Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros cobradas pelas instituições bancárias ou financeiras em seus negócios jurídicos, cujas balizas encontram-se no contrato e regras de mercado, salvo as exceções legais (crédito rural, industrial e comercial). Por outro lado, ainda que aplicável às instituições bancárias a Lei n. 8.078/90 por força da Súmula n. 297/STJ, o entendimento sedimentado é o de que o pacto referente à taxa de juros só pode ser alterado se reconhecida sua abusividade em cada hipótese, desinfluyente, para tal fim, a estabilidade inflacionária no período e imprestável o patamar de 12% ao ano, já que sequer a taxa média de mercado, que não é potestativa, é considerada excessiva para efeitos de validade da avença. Para os contratos de agentes do SFN celebrados posteriormente à vigência do novo CC, que é lei ordinária, os juros remuneratórios não estão sujeitos à limitação, devendo ser cobrados na medida em que ajustados entre os contratantes, que lhes conferiam idêntico tratamento antes do advento da Lei n. 10.406/2002, na mesma linha da Súmula n. 596 do STF. Não se afasta a conclusão a que chegou esta 2ª Seção sobre a incidência do CDC a tais contratos se demonstrada, concretamente, a abusividade. Com esse entendimento, a Seção conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento para que sejam observados os juros remuneratórios posteriormente a 11.01.2003, tal como pactuados. Precedentes citados: STJ, REsp n. 407.097/RS, DJ 29.09.2003, e REsp n. 271.214/RS, DJ 04.08.2003. (STJ, REsp n. 680.237, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.11.2005)

Por consequência, não obstante o pacto tenha sido firmado à luz do Código Civil de 1916, serão devidos os juros moratórios nos termos do CC/2002, art. 406. (BAASP2.398/968)

Execução. Honorários profissionais. Advogado. Cobrança. Juros moratórios. Lei de vigência. Princípio *tempus regit actum*. Exegese dos arts. 406 e 2.035 do Código Civil de 2002.

De natureza acessória, a obrigação de pagar juros moratórios rege-se pela lei vigente ao tempo em que a mora se verifica. Não se vincula, pois, à lei que vigia quando da obrigação principal, nem quando do ajuizamento da execução, porque o que aí se encontrava aperfeiçoado é o negócio, não a mora, que, para fim de juro, renova-se mês a mês. Assim, a mora após 11 de janeiro de 2003 subordina-se ao disposto nos arts. 406 e 2.035 do Código Civil de 2002 (II TAC, AI n. 846.888-00/2, rel. Juiz Celso Pimentel, j. 04.05.2004). No mesmo sentido: RT 834/348.

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em perfilhado o entendimento de que após a vigência do novo Código a taxa de juros será regida pelo disposto no art. 406. (STJ, REsp n. 594.486, rel. Min. Castro Filho, j. 13.06.2005)

No mesmo sentido: STJ, Ag. Reg. no Ag. Reg. nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 556.068, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.08.2004, e Embargos de Declaração no REsp n. 528.547, rel. Min. José Delgado, j. 01.03.2004.

Considerando que a taxa de juros após a vigência do Código Civil é de 1%: RT 836/244.

Honorários profissionais. Advogado. Cobrança. Juros moratórios de 0,5%. Incidência a partir da citação. Admissibilidade. Exegese do art. 1.062, do Código Civil.

Os juros moratórios, de 0,5% ao mês (art. 1.062 do Código Civil de 1916), incidem a partir da constituição em mora do devedor, pela citação. (II TAC, Ap. n. 786.781, rel. Juiz Norival Oliva, j. 30.06.2003)

Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

CC/1916: art. 1.064.

A sentença pode impor os juros de mora ao vencido, mesmo que não haja pedido expresso, tendo em vista o disposto no art. 293 do Código de Processo Civil. Aliás, tais juros podem ser incluídos na liquidação, mesmo quando o pedido inicial e a condenação tiverem sido omissos (Súmula n. 254, STF).

Jurisprudência: Locação. Despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança. Débito. Correção monetária. Termo inicial. A correção monetária sobre débito resultante de aluguéis impagos incide a partir do vencimento de cada obrigação, por força do disposto no artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei 6.899/81. Débito locativo. Juros de mora. Termo inicial. Constituição do devedor em mora. Os juros moratórios são devidos e a partir da constituição do devedor em mora, independem de disposição negociai a respeito e bem assim de comprovação do efetivo prejuízo, consoante deflui do disposto no artigo 407 do Código Civil ou mesmo de pedido expresso (STF, Súmula 254), como decorre do disposto no artigo 293 do Código Civil, incidindo, pois, a partir da citação [...]. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.273.885.004, rel. Orlando Pistoiresi, j. 05.08.2009)

Execução por título extrajudicial. Taxa de condomínio. Condenação que não incluiu juros de mora. Alegação de impossibilidade de exigência de juros de mora quando a sentença não os menciona. Juros de mora decorrem da própria demora no pagamento e são exigíveis ainda que

não convencionados. Art. 407, CC. Juros devidos. Recurso não provido neste ponto. (TJSP, AI n. 7.360.253.200, rel. Melo Colombi, j. 29.07.2009)

Transação. Homologação judicial. Execução em razão de inadimplemento do devedor. Incidência dos juros moratórios apesar de não previstos expressamente no acordo. Aplicação das regras do art. 293 do CPC e do art. 1.064 do Código Civil antigo (reproduzida no art. 407 do novo). Interpretação dada pela Súmula n. 254 do STF. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 5.362.974.200, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Morato de Andrade, j. 12.02.2008)

Honorários advocatícios. Juros. Termo *a quo*. Honorários devidos a partir do trânsito em julgado da sentença que os estabeleceu. Incidência de juros de 1% ao mês. Art. 406 do CC. Recurso provido para tal fim. (TJSP, Ap. n. 7.155.925-6, rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 19.09.2007)

Juros de mora sobre o valor dos honorários advocatícios arbitrados judicialmente. Cômputo nos termos dos arts. 293 do CPC, 407 do Código Civil c/c Súmula n. 254 do STF. Sucumbência recíproca nos embargos, impondo a divisão das despesas processuais, sem honorários advocatícios (CPC, art. 21). (TJSP, Ap. com revisão n. 5.557.865.700, rel. Des. Urbano Ruiz, j. 06.08.2007)

Os juros legais, segundo boa doutrina, "sempre se consideram incluídos no pedido (art. 293). E, neste caso, mesmo que a sentença a eles não se refira, serão devidos, a partir da constituição em mora do devedor, pois o preceito é de direito material (art. 1.064 do CC). Tanto é verdade que a lei os manda incluir não no pedido, mas no principal". Logo, possível a inclusão, em segundo grau, dos juros legais, mesmo que não haja recurso nesse sentido e a sentença não tenha deles tratado.

III - Tratando-se de ilícito extracontratual, os juros moratórios incidem a partir da data do ilícito (Súmula n. 54 do STJ). (STJ, REsp n. 202.826, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.04.1999)

É certo que, na liquidação de sentença, os juros de mora podem ser incluídos independentemente da existência de previsão expressa na sentença condenatória (Súmula n. 284/STF). É que a condenação ao pagamento dos juros de mora decorre, *ex fege* - arts. 1.062 e 1.064 do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 406 e 407 do atual Código Civil, aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público por força do disposto no art. 1º da Lei n. 4.414/64 -, da não efetivação do pagamento no tempo, lugar e forma legalmente previstos (CC, art. 394). Todavia, havendo ou não previsão expressa no título, uma vez expedido o precatório, a incidência dos juros deve ser definida em atenção à norma do art. 100 da Constituição, nos termos da orientação jurisprudencial mencionada.

4 - No presente caso, contudo, não há afirmação pelo acórdão recorrido de que o pagamento ocorreu fora do prazo estabelecido pelo art. 100 da Constituição, não se configurando, assim, a mora, e sendo, por essa razão, indevidos os juros moratórios [...]. (STJ, Ag. Reg. no AI n. 601.372/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.05.2005)

CAPÍTULO V DA CLÁUSULA PENAL

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Cláusula penal é a obrigação acessória pela qual se estipula pena ou multa destinada a estimular o cumprimento da principal e evitar seu retardamento. Também pode ser denominada pena convencional ou multa contratual. A multa referida pode integrar contratos em geral e negócios jurídicos unilaterais (o testamento, por exemplo). Pode ser estabelecida conjuntamente com obrigação principal, ou em ato posterior, como autoriza o art. 409. Na maioria das vezes, corresponde a um valor em dinheiro, mas nada impede que represente a entrega de um outro bem, ou a abstenção de um fato. A referida cláusula pode destinar-se ao cumprimento de toda a obrigação, de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora (art. 409 do CC).

A pena convencional tem natureza jurídica de um pacto secundário e acessório, cuja existência e destino estão vinculados à obrigação principal. Aplica-se a ela, portanto, a regra do art. 184 do Código Civil, segundo o qual “a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal” Desse modo, se a obrigação principal se resolve sem culpa do devedor, extingue-se a cláusula penal. Mas a invalidade da cláusula penal não compromete a validade da principal.

As funções da cláusula penal são estimular o devedor a cumprir a obrigação e prefixar o valor de perdas e danos decorrentes do inadimplemento ou da mora, embora pare divergência doutrinária a respeito de sua finalidade principal (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. I. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 742).

Pelas razões aduzidas no comentário ao art. 389 deste Código, recorde-se que há hipóteses em que o inadimplemento independe da culpa, pois basta a constatação objetiva do descumprimento da obrigação. Nesses casos, a expressão “culposamente”, de que se vale o artigo ora em exame, deve ser havida como noção de mera imputação. Na doutrina, já se registrou que “andaria bem o novo legislador se mantivesse a locução anterior uma vez que a inserção do termo ‘culposamente’ poderia sugerir um novo requisito para aferição da aplicação da cláusula penal, este, contudo, de natureza objetiva. Tal solução, contudo, deve ser afastada interpretativamente, em homenagem à coerência do sistema” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. 1. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 743).

Nos casos, porém, em que não houver descumprimento decorrente de fato imputável ao devedor (caso fortuito, força maior ou conduta do credor que impeça o devedor a adimplir), não haverá incidência da cláusula penal (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 555-6).

Jurisprudência: A cláusula penal prevista no artigo 408 do Código Civil somente será devida caso o devedor deixe culposamente de cumprir a obrigação. Se a perda na produção se deu por caso fortuito, não há que se falar em culpa da contratada. Exegese do artigo 393 Código de Processo Civil. Ademais, prova incumbe à apelante, *ex vi*, art. 333, inciso I, do Código de Processo, tendo a autora demonstrado os fatos constitutivos de seu direito, correto está o decreto de improcedência da ação. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 992.070.379.520, rel. Marcondes D'Angelo, j. 01.10.2009)

[...] Obrigação de fazer. Retardamento no cumprimento. Imposição da cláusula penal. Indeferimento. Recurso não provido. Sendo a culpa elemento necessário à imposição da cláusula penal, nos termos do art. 408 do CC (antigo art. 921 do CC/1916), a ausência de sua existência afasta a condenação da empresa obrigada ao seu pagamento, mormente quando esta demonstra a impossibilidade de seu cumprimento no prazo originalmente fixado. (TJSP, Emb. Decl. n. 896.450.802, rel. Paulo Ayrosa, j. 13.09.2005)

Condomínio. Despesas condominiais. Cobrança. Cumulação de multas. Cláusula penal e a do art. 475-J do Código de Processo Civil. Possibilidade. A primeira, estabelecida no pacto homo-

logado judicialmente, nos termos do art. 408 do Código Civil, tendo cunho material. A segunda, decorrente da aplicação da citada norma do Código de Processo, tendo índole processual, portanto. Multas que não têm o mesmo fato gerador. Cumulação que, portanto, não incorre na vedação legal constante da máxima *non bis in idem*. Decisão que não admitiu a cumulação, reformada. Recurso provido. (TJSP, AI n. 1.089.834-0/7, rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 13.02.2007)

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

CC/1916: arts. 916 e 917.

A cláusula pode ser estabelecida no momento da constituição da obrigação ou posteriormente e pode compreender sua inexecução completa ou parcial. Por exemplo, se o contrato tem por objeto a entrega de determinada obra em um prazo de sessenta dias, dele pode não constar cláusula penal alguma. Contudo, decorrido esse prazo, o credor da obrigação pode concordar em aumentá-lo para que a obra seja concluída e, por ocasião dessa prorrogação, estipular uma multa de determinado valor.

No caso das locações prediais urbanas, pode ocorrer, ainda, que a multa de três vezes o valor do aluguel só se refira à desocupação antecipada do imóvel, mas não compreenda os casos em que houver danos ao imóvel, ou sublocação irregular.

Nesses exemplos, a cláusula penal só incide sobre uma parte da obrigação a ser cumprida. A parte final do dispositivo em exame diz respeito à cláusula penal moratória, que se destina ao atraso ou à imperfeição no cumprimento da locação: o valor do aluguel é acrescido de multa de 10% se não for pago na data estabelecida.

Acrescenta Nelson Rosenvald que não se pode excluir a possibilidade de a cláusula penal não se vincular à mora, mas sim ao cumprimento defeituoso da prestação, no que se denomina *violação positiva do contrato*, “*em razão da atividade do devedor causar danos independentes da prestação principal*” (*Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2004, p. 62-3).

Jurisprudência: Falência. Autorizada a manutenção em funcionamento do parque fabril da falida por Cooperativa de seus ex-empregados. Decisão que não foi tempestivamente impugnada. Pretensa aplicação, por ato posterior e unilateral do juízo, de multa moratória à Cooperativa, em face de atrasos no pagamento de alugueres. Inadmissibilidade. Autorização judicial que não se confunde com contrato de arrendamento. Inaplicabilidade, pois, do art. 409 do CC à espécie. Cláusula penal, ademais, que não pode ser imposta unilateralmente. Decisão mantida. Agravo improvido. (TJSP, AI n. 3.022.964.600, rel. Percival Nogueira, DJ 05.11.2003)

Contrato internacional de transporte marítimo. Sobreestadia. Devolução de containeres com atraso. Legítima a cobrança, aliás, prevista em documentos de embarque. Valor não desconhecido da contratante, eis que consta dos conhecimentos de embarque *Bill of lading* as normas de sobre-estadia de containeres. Compromissos assumidos pela ré de devolver os equipamentos no prazo, e pagar eventual sobreestadia. Art. 408 do Código Civil. Cláusula penal cuja aplicação depende da comprovação de culpa. Inaplicabilidade. Responsabilidade da ré que decorre do contrato firmado. Sentença reformada parcialmente. Condenação da ré no pagamento da quantia pleiteada, todavia, convertida na moeda nacional, na data da propositura da ação, com atualização desde então pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, e juros de mora de 1% ao mês, da citação, invertida a verba honorária. Recurso provido, com

observação. (TJSP, Ap. n. 7.093.116.900, 18ª Câm. de Direito Privado, rel. Jurandir de Sousa Oliveira, j. 01.09.2008)

Processual civil. Ação de cobrança cumulada com revisão de cláusula contratual. Imper-tinência. Necessidade de prestação de contas quanto à cobrança e impossibilidade do pedi-do revisional. Agravo de instrumento provido. Carência reconhecida. Extinção da ação decre-tada. É evidente que a pretensão primeira da autora é que a ré lhe preste contas para que, então, se possa estabelecer se há ou não crédito a seu favor. Deveria, pois, ter proposto a ação adequada de prestação de contas, que comporta duas fases, com rito especial, jamais esta de cobrança, razão pela qual é de ser decretada a carência, por falta de interesse, na modalidade adequação. Quanto à inclusão de cláusula penal igualmente carente a autora, visto que a ação revisional de cláusula de contrato visa excluir, acrescentar ou delimitar alguma cláusula preexistente e que tenha relação com o conteúdo contratual e não incluir cláusula não anteriormente pactuada no contrato e que visa à imposição de multa que satisfaça perdas e danos suportados pela parte contra a qual o descumprimento contratual se deu. Trata-se de multa cominatória ou cláusula penal, prevista nos arts. 408 e segs. do CC que, necessaria-mente, não precisa ser pactuada, visto que sua estipulação visa, previamente, estabelecer o valor das perdas e danos, dispensando qualquer avaliação ou quantificação, a ser determi-nada nos termos dos arts. 402 e 404 e seu parágrafo único, do CC. (TJSP, AI n. 1.139.356.008, 31ª Câm. de Direito Privado, rel. Paulo Ayrosa, j. 11.12.2007)

Multa compensatória. Contrato. Comodato por tempo indeterminado. Notificação para desocupação do imóvel. Presença de cláusula penal estipulada com o objetivo de prevenir prejuízos decorrentes da inexecução completa da obrigação. Validade. Arts. 916 e 1.034 do CC. Verba devida, devendo ser compensada como valor estipulado a título de indenização por benfeitorias. Recurso provido para esse fim. (TJSP, Ap. n. 885.914-9/Marília, 18ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Roque Mesquita, j. 06.10.2005, v.u., voto n. 8.730)

Execução. Locação. Multas moratória e compensatória. Cumulação. Inadmissibilidade.

Diferem as multas moratória e compensatória. O objetivo daquela (moratória) é infun-dir na vontade do inquilino e impeli-lo a pagar os aluguéis até os respectivos vencimentos, enquanto esta (compensatória) tem por escopo uma mínima e prévia fixação de eventuais perdas e danos para o caso do descumprimento do contrato. Havendo cláusula penal estipu-lada no contrato, descabida a cumulação com a multa moratória. É o que determinam os arts. 917 e 918 do Código Civil. (II TAC, Ap. n. 627.968, rel. Juiz Irineu Pedrotti, j. 03.04.2002)

Cláusula penal. O cumprimento tardio da prestação principal não inibe a cláusula penal moratória. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 233.643, rel. Min. Ari Pargendler, j. 02.05.2002)

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemen-to da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

CC/1916: art. 918.

Se houver cláusula penal para o caso de inadimplemento total, surgem duas alternativas credor, segundo se depreende deste dispositivo. A questão é saber quais as alternativas:

- a) desistir da cláusula e provar os prejuízos em valor que a ultrapassem; ou
- b) perseguir a cláusula e exigir o cumprimento da própria prestação.

A primeira alternativa parece descartada pelo disposto no art. 416, parágrafo único, segundo o qual a cobrança de prejuízos que ultrapassem o valor da cláusula só é possível se assim foi convencionado e, nesse caso, o valor da cláusula será o mínimo da indenização. Desse modo, não se colocam ao credor as alternativas de desistir do valor da cláusula para postular o montante de seus prejuízos, que podem ser cobrados - quando assim convencionado sem prejuízo do valor da cláusula.

Restam, portanto, as alternativas indicadas na letra b. O credor deverá optar entre exigir a própria prestação ou a cláusula penal, já que a cumulação de ambas implicaria seu enriquecimento sem causa: receberia a própria prestação e mais o previsto na cláusula penal exatamente para o caso de a obrigação principal não ser cumprida. Por isso é que o artigo só alcança as cláusulas estipuladas para o inadimplemento total, como está expressamente consignado.

No caso de cláusula prevista para o inadimplemento parcial, nada impede a cumulação vedada neste artigo, o qual exige que o credor opte entre as alternativas apresentadas. Se parte da obrigação não foi adimplida, o credor não precisa optar entre as alternativas, podendo cumular a multa com a exigência da própria obrigação, pois o adimplemento parcial poderá lhe ser útil, ainda que lhe acarretem prejuízos a ser compensados pelo valor da cláusula penal.

Anote-se que o artigo em exame só incidirá se a cláusula penal destinar-se ao inadimplemento total e este efetivamente ocorrer, porque se o inadimplemento for parcial será possível ao credor insistir no cumprimento parcial e na multa, a ser reduzida da forma prevista no art. 413. É que, embora o artigo se refira à estipulação da cláusula penal para o total inadimplemento, sua interpretação leva à conclusão de que sua incidência só se justifica se o inadimplemento total efetivamente ocorrer, não sendo suficiente a mera previsão contratual ou mesmo a exigência malsucedida do adimplemento (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 441). Essa conclusão encontra respaldo no dispositivo seguinte, que indica que as alternativas mencionadas neste art. 410 são efetivamente entre a cláusula e a exigência da obrigação e que o cumprimento parcial permite que se exijam cumulativamente cláusula e obrigação principal.

No artigo em exame, o credor deve optar, porque não pode cumular a exigência da cláusula com o cumprimento da obrigação, sob pena de enriquecimento ilícito (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 442). A cláusula penal prevista para o inadimplemento total da obrigação é compensatória e substitui o valor da indenização dele decorrente. Como pondera Judith Martins-Costa, “se a pena foi prometida para *o caso de incumprimento*, o credor só pode exigir a pena em lugar do cumprimento¹. Porém, a regra agora contida no art. 410 (e, anteriormente, no art. 918) é *ius dispositivum* - isto é, pode haver pena para o caso de total inadimplemento sem ser compensatória: só se a considera compensatória se o contrário não resultar do negócio jurídico” (op. cit., p. 427). Sobre o tema, confira-se parecer de Márcio Louzada Carpena publicado na RT8171121.

Jurisprudência: Locação de bens móveis. Equipamento de reprografia. Ação de cobrança. Sentença de procedência. Recurso da empresa locadora. Pretensão de que a correção monetária e os juros sobre a multa rescisória (compensatória) incidam a contar das prestações não adimplidas. Inconsistência. Na hipótese, era vedada a cumulação de pedidos de cumprimento da obrigação por inteiro e o recebimento da multa compensatória (cláusula penal). Inteligência do art. 918 do CC/1916 (art. 410 do atual diploma). Condenação mantida como na sentença, ante à falta de interposição de recurso por parte da empresa locatária ré. Apelo da autora desprovido. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.036.504.001, rel. Marcos Ramos, j. 19.11.2008)

Locação. Despejo por falta de pagamento. Cobrança. Cláusula penal compensatória. Utilização para o caso de mora. Irregularidade. Substituição pela cláusula penal moratória. 1 - A punição da mora do locatário dá-se pela aplicação da cláusula penal moratória (art. 411, Cód-

go Civil), e não pela aplicação da cláusula penal compensatória (art. 410, Código Civil), também prevista contratualmente. 2 - A infração contratual consistente na *mora debitoris* é penalizada pela cláusula penal moratória (art. 411, Código Civil), vedada sua cumulação com a cláusula penal compensatória (art. 410, Código Civil), ou a aplicação em seu lugar, da cláusula penal compensatória, ainda que da mora decorra o decreto de despejo do imóvel. 3 - Nos termos do art. 410, do Código Civil e a contrário senso do art. 411, Código Civil, a cláusula penal compensatória não pode ser cumulativamente cobrada com o débito inadimplido, mas sim alternativamente, como antecipação de perdas e danos em caso de inadimplemento absoluto. Por consequência, o inadimplemento parcial também exclui a aplicação da cláusula penal compensatória, para o caso da mora. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1.171.313.007, 31ª Câm. de Direito Privado, rel. Fábio Rogério Bojo Pellegrino, j. 14.08.2008)

Cláusula penal. Multa compensatória. Inadimplemento absoluto. Cumulação com pedido de ressarcimento de perdas e danos. Inadmissibilidade. Contrato omissivo a respeito. Provimento parcial ao recurso da ré. Aplicação do art. 918 do CC. Se foi estipulada cláusula penal para hipótese de inadimplemento absoluto, tal prefixação exclui, na forma do art. 918 do CC, pretensão ao ressarcimento de outros prejuízos, tidos por especiais, ou próprios, a menos que a tenham previsto os contraentes. (TJSP, Ap. cível n. 61.377-4/SP, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Cezar Peluso, j. 23.02.1999)

Bem móvel. Cobrança. Cláusula penal. Não vale a estipulação contratual de que a multa será sempre paga integralmente, qualquer que seja o tempo decorrido. (TJSP, Ap. com revisão n. 950.439-0/9, rel. Des. Emanuel Oliveira, j. 23.05.2007)

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

CC/1916: art. 919.

A cláusula penal poderá ser compensatória ou moratória. Compensatória é que se estipula para hipótese de inadimplemento total da obrigação (art. 410). Cláusula penal moratória é a que se destina a assegurar o cumprimento de outra cláusula, ou a evitar o retardamento ou o imperfeito cumprimento da obrigação, preestabelecendo o valor das perdas e danos.

A mora pode resultar do retardamento no cumprimento da obrigação, ou de seu cumprimento de modo diverso do estipulado, tal como disposto no art. 394 do Código Civil. Em qualquer desses casos, a cláusula penal estipulada é moratória. Nada impede que o mesmo contrato contenha três cláusulas penais. Uma de natureza compensatória e outras duas, de natureza moratória, para casos de atraso e de cumprimento imperfeito da obrigação.

Em geral, o valor da multa compensatória é elevado, próximo do valor da obrigação principal. Se o valor da multa é reduzido, presume-se que tenha natureza moratória, pois os contratantes normalmente não fixam valor modesto para compensar perdas e danos decorrentes da inexecução total daquilo que ajustaram. Se a multa é compensatória, o art. 410 proíbe que o credor cumule a cobrança da cláusula penal com o cumprimento da obrigação, impondo ao credor o dever de optar entre uma ou outra, como afirmado no comentário ao referido dispositivo.

Em qualquer das hipóteses, o credor obterá o ressarcimento integral, de maneira que não pode exercer mais de uma das opções que lhe são concedidas. No entanto, quando se trata de cláusula penal moratória, nada impede que o credor exija cumulativamente o valor

da multa e o cumprimento da obrigação. Nesse caso, a pena convencional tem valor reduzido e não haverá incompatibilidade na cumulação.

Diversamente da cláusula penal compensatória, a moratória não se destina a substituir a prestação no caso de total inadimplemento. Seu objetivo é “punir o devedor que presta morosamente” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 447), porque não substitui a prestação e tem caráter punitivo é que pode ser cumulada com a exigência da prestação. A identificação da cláusula moratória resulta do fato de ela referir-se ao descumprimento de uma cláusula contratual ou de uma de suas prestações, mas não do inadimplemento absoluto, quando haveria cláusula penal compensatória.

Jurisprudência: Locação. Despejo por falta de pagamento. Cobrança. Cláusula penal compensatória. Utilização para o caso de mora. Irregularidade. Substituição pela cláusula penal moratória. 1 - A punição da mora do locatário dá-se pela aplicação da cláusula penal moratória (art. 411, Código Civil) e não pela aplicação da cláusula penal compensatória (art. 410, Código Civil), também prevista contratualmente. 2 - A infração contratual consistente na mora *debitoris* é penalizada pela cláusula penal moratória (art. 411, Código Civil), vedada sua cumulação com a cláusula penal compensatória (art. 410, Código Civil), ou a aplicação em seu lugar da cláusula penal compensatória, ainda que da mora decorra o decreto de despejo do imóvel. 3 - Nos termos do art. 410 do Código Civil e a contrário senso do art. 411, Código Civil, a cláusula penal compensatória não pode ser cumulativamente cobrada com o débito inadimplido, mas sim alternativamente, como antecipação de perdas e danos em caso de inadimplemento absoluto. Por conseqüência, o inadimplemento parcial também exclui a aplicação da cláusula penal compensatória, para o caso da mora. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.171.313.007, rel. Fábio Rogério Bojo Pellegrino, j. 14.08.2008)

Mediação. Ação de cobrança. Acordo homologado em juízo. Descumprimento. Execução. Cláusula penal. Cabimento. Em face do descumprimento do acordo homologado em juízo, firmado nos autos da ação de cobrança fundada em mediação, torna-se exigível a cláusula penal pelo credor. Exegese do artigo 411 do Código Civil. (TJSP, AI n. 852.761.400, rel. Wilian Campos, j. 01.06.2004)

Cláusula penal. Possibilidade de sua execução cumulada com a execução da obrigação principal. Inteligência do art. 411, Código Civil. Apelo provido. Sentença revogada. (TJSP, Ap. com revisão n. 2.927.114.600, 3ª Câ. de Direito Privado B, rel. Edmundo Lellis Filho, j. 18.07.2008)

Despesas de condomínio. Ação de cobrança. Acordo homologado. Descumprimento parcial. Execução. Aplicação cumulativa das multas previstas nas cláusulas penal e moratória. Mesmo fato gerador (falta de pagamento). Inadmissibilidade. Não se admite a cumulação das multas previstas nas cláusulas penal e moratória pelo mesmo fato gerador (falta de pagamento da última parcela).

Despesas de condomínio. Ação de cobrança. Acordo homologado. Cláusula penal c/c moratória. Opção do credor. Valor da cominação superior ao da obrigação. Exclusão da penalidade. Cabimento. Embora se admita a possibilidade jurídica do credor optar pela cláusula penal em prejuízo à moratória, é cabível a exclusão da cominação penal quando seu valor excede o da obrigação principal. Exegese do art. 412 do Código Civil. (TJSP, AI n. 1.087.121-0/0, rel. Des. William Campos, j. 27.03.2007)

Cláusula penal. Aplicação pela infração de qualquer cláusula. Pena convencional cumulativa. Aplicação dos arts. 919 e 1.061 do CC. (RT 557/94)

Locação. Cobrança acumulada de aluguéis e cláusula penal de caráter compensatório. Inadmissibilidade. Hipótese em que só se admite a segunda se de natureza moratória. Sentença mantida. Agravo improvido. Inteligência do art. 919 do CC. (II TACSP, *RT*687/133)

Multa compensatória. Moratória. Obrigação de fazer. Inadimplemento. Cláusula penal. Cumulação da multa compensatória com a moratória. Admissibilidade. Fatos geradores diversos. Arts. 918 e 919 do Código Civil de 1916. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 750.511-00/0/SP, 35ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Clóvis Castelo, j. 12.12.2005, v.u., voto n. 8.740)

Negócio jurídico. Inadimplemento contratual. Cláusula penal moratória. Cumulação com o adimplemento da obrigação contratual principal. Admissibilidade. Reparação que decorre da mora no cumprimento do dever contratual. Pagamento da multa, no entanto, que não retira o dever de realização da prestação assumida no contrato. Inteligência do art. 919 do CC/1916. (TJAL, *RT* 851/250)

Multa compensatória. À vista da inexistência de multa moratória convencionada no ajuste, possível a sua incidência, observada, porém, a redução nos moldes previstos no art. 413 do CC/2002. Fixação em 10% sobre o valor do débito, em conformidade com os usos e costumes. (TJSP, Ap. sem revisão n. 1.107.230-0/7, rel. Des. Carlos von Adamek, j. 06.08.2007)

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

CC/1916: art. 920.

A redução do valor da cláusula penal só será possível nas seguintes hipóteses: ultrapassar o valor da obrigação principal; tiver sido cumprida em parte; seu valor revelar-se excessivamente elevado, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio (art. 413).

Nesses casos, o juiz deverá reduzir o valor da pena convencional, sem declarar sua ineficácia.

Nada impede que a multa contratual seja cumulada com os honorários de advogado: “É permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do CPC” (Súmula n. 616 do STF).

Jurisprudência: Tendo a agravante pagado o valor estipulado no acordo celebrado pelas partes (R\$ 25.000,00), embora com poucos dias de atraso, revela-se abusiva a cláusula penal fixada, pois, somada à importância adimplida, ultrapassaria o valor total do débito originário, o que é inadmissível, nos termos do art. 412 do Código Civil. Dadas as circunstâncias do caso, a multa deve ser reduzida equitativamente para 10% (dez por cento) do valor do débito, com base no art. 413 do mencionado diploma legal. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Al n. 1.254.730.000, rel. Gomes Varjão, j. 27.04.2009)

Contrato de compra e venda de soja. Inadimplemento contratual. Cláusula penal. Abusividade. Não reconhecimento. Recurso improvido. É lícito às partes, por mútuo consenso, estipular no contrato cláusula penal para a hipótese de inadimplemento, mostrando-se razoável sua fixação em 10% (dez por cento) do preço de mercado do produto, em obediência ao limite previsto no art. 920 do CC/1916, atual art. 412 do CC/2002. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 989.451.008, rel. Renato Sartorelli, j. 14.04.2009)

[...] 5 - A cláusula penal que prevê, em caso de rescisão provocada pelo adquirente, a perda, em favor do alienante, do sinal de vinte por cento do preço do imóvel objeto do contrato, não é abusiva, pois, além de guardar proporcionalidade com o valor da obrigação principal (CC/1916, art. 920; CC/2002, art. 412), tem amparo legal (CC/1916, art. 1.097; CC/2002, art. 418). [...] 7 - Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. (STJ, REsp n. 540.811, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. 14.02.2006, DJ 13.03.2006)

Rescisão contratual. Contrato para foto e filmagem de casamento. Foram contratados os serviços de foto e filmagem do casamento da autora para o dia 24.12.2005. Após assinado o contrato, a autora foi questionar a cláusula penal fixada em 50% do valor do contrato para a hipótese de desistência do contrato por parte da autora. Inteligência dos arts. 412 e 413 do Código Civil/2002. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode ultrapassar o valor da obrigação principal. No caso, o percentual de 50% do valor do contrato está justificado porque toca com os lucros cessantes da Ré, oriundos da eventual frustração do contrato firmado, uma vez feita a reserva da data do evento, fica a Ré impedida de fazer outro contrato com outrem. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 7.128.498.700, 19ª Câ. de Direito Privado, rel. Paulo Hatanaka, j. 27.11.2007)

[...] 2 - Não existe para o Direito Tributário uma regra que estabeleça limite para a penalidade. Assim, o limite da cláusula penal prevista no art. 412 do Código Civil de 2002 (equivalente ao art. 920 do antigo Código), em que o valor da penalidade não pode ultrapassar o valor da obrigação principal, só é válido para as relações privadas, eminentemente contratuais.

3 - Inaplicáveis ao crédito tributário e seus encargos os limites do Código de Defesa do Consumidor, posto não haver relação de consumo entre o Fisco e o contribuinte.

4 - Os juros de mora em se tratando de restituição de tributos devem ser contados na forma dos arts. 161 e 167 do Código Tributário Nacional, ressalvada a existência de lei especial, não sendo aplicáveis o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor.

5 - Apelação não provida. (TRF, 1ª Região, Ap. cível n. 199801000036196/MG, 8ª T. rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, j. 25.11.2005, DJ 20.01.2006)

Prestação de serviços. Cobrança. Cláusula penal. Rescisão unilateral do contrato. Cabimento. Limitação ao valor do contrato. Recurso provido. A cláusula penal, salvo hipóteses especiais e impostas por normas específicas, porque livremente pactuada e por não extrapolar os limites previstos no art. 920 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 412 da Lei n. 10.406/2002, não se ostenta ilegal, motivo pelo qual se configura legítima sua cobrança nos termos contratados. (TJSP, Ap. com revisão n. 939.893.900, rel. Des. Orlando Pistoressi, j. 25.07.2007)

Contrato. Transporte marítimo. Sobre-estadia de contêineres. Circunstância em que somadas as diárias desde o momento em que ocorreu a sobre-estadia, a multa atingiria valor superior ao bem. Embora a multa pela sobre-estadia seja devida, seu montante é limitado pelo valor dos contêineres, nos termos do art. 412 do Código Civil. Recurso provido neste aspecto. (TJSP, Ap. sem revisão n. 7.022.623.400, rel. Des. Tércio Negrato, j. 07.03.2007)

Responsabilidade civil. Multa contratual. Limite para o valor da cláusula penal que se aplica apenas às hipóteses de multa moratória, e não se destina a compensar prejuízos suportados pelo credor. Ação julgada procedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 496.119-4/1-00, rel. Des. Ary José Bauer Júnior, j. 05.06.2007)

A cláusula penal que prevê, em caso de rescisão provocada pelo adquirente, a perda, em favor do alienante, do sinal de 20% do preço do imóvel objeto do contrato, não é abusiva, pois,

além de guardar proporcionalidade com o valor da obrigação principal (CC/1916, art. 920; CC/2002, art. 412), tem amparo legal (CC/1916, art. 1.097; CC/2002, art. 418). (RSTJ 202/91)

Contrato. Cláusula penal. 50% do valor do débito. Legalidade. Art. 412 do Código Civil. Redução. Impossibilidade. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 912.702-0/0/Atibaia, 31ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 07.11.2006, v.u., voto n. 7.977)

Nos termos postos pelo acórdão, que não desafiou especificamente a questão da redução, nada impede que as partes estabeleçam cláusula penal em torno da devolução das importâncias pagas, considerando a realidade dos autos e a ausência de impugnação quanto à redução do percentual. (STJ, REsp n. 697.138, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07.04.2005)

É válida a multa decendial pactuada para o atraso do pagamento da indenização, limitada ao montante da obrigação principal (CC/1916, art. 920). (STJ, REsp n. 651.227, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 02.09.2004)

Cumulação de perdas e danos com cláusula penal. Descabimento, porque esta última já representa uma pré-estimativa daquele pedido. Exegese do art. 920 do Código Civil. (II TAC, Ap. n. 626.892, rel. Juiz Magno Araújo, j. 28.08.2001)

Se a multa decendial prevista no contrato é aplicada pela sentença transitada em julgado sem previsão do *dies a quo* para a sua fluíção, a fixação deste em fase de execução, por ocasião do julgamento dos embargos do devedor, se vier a resultar em valor superior ao limite estabelecido no art. 920 da lei substantiva civil - o da obrigação principal - dá margem à incidência da aludida norma, evitando-se enriquecimento sem causa do autor.

II - Recurso conhecido em parte e parcialmente provido, para restringir o montante da multa ao valor da indenização securitária. (JSTJ144/175)

Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do Código Civil. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644 do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação. (RT785/197)

Já decidiu esta Corte que o "Decreto n. 22.626, como lei especial, só tem aplicação ao mútuo, não limitando a pena convencional prevista no art. 920 do Código Civil", para concluir que "a cláusula penal prevista em contratos não regidos por norma especial só encontra limite no art. 920 do Código Civil" (STJ, EDcl no REsp n. 85.356/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 29.11.1999). (STJ, REsp n. 151.458, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.11.2002)

Cláusula penal e astreintes não são expressões sinônimas, a primeira tem por finalidade assegurar a execução de uma convenção, ou seja, tem caráter reparatório. Já as *astreintes* têm natureza coercitiva, não podendo ser alcançada pela limitação do art. 920 do Código Civil de 1916 (atual art. 412), pois, caso contrário, estar-se-ia retirando seu efeito compulsório, desnaturalizando-se totalmente o instituto. (TRT, 15ª Região, Ag. de pet. n. 246-2001-00-0, Ap. cível n. 15.936/2003, rel. Juiz Flávio Nunes Campos, j. 27.05.2003, AASP 2.356/832)

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

CC/1916: art. 924.

Diversamente do que estabelecia o art. 924 do Código Civil revogado, o dispositivo é incisivo: o juiz tem o dever, não a possibilidade de reduzir, ao contrário do que constava do diploma legal revogado. A norma é de ordem pública, não admitindo que as partes afastem sua incidência, dispondo que a multa prevista é irredutível.

Há diplomas legais que estabelecem um limite para o valor da cláusula penal moratória. É o que ocorre com as leis que disciplinam o compromisso de compra e venda de imóveis loteados (Decreto-lei n. 58/37 e Lei n. 6.766/79) e com a que reprime a usura (Decreto n. 22.626/33). No entanto, tais disposições, assim como a regra do art. 52, § Iº, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se apenas às hipóteses de multa moratória, nas quais o objetivo é compensar o mero atraso no cumprimento da obrigação. Não se destinam a compensar prejuízos suportados pelo credor.

O presente artigo impõe ao juiz a obrigação de reduzir a penalidade nas hipóteses em que ela for superior à legal e aplica-se à multa moratória e à compensatória. Em se tratando de disposição de ordem pública, nada impede que o juiz a aplique de ofício.

Admite-se, ainda, que a regra em exame seja aplicada ao sinal ou arras, como se sustenta no comentário ao art. 417 deste Código.

Jurisprudência: Reduzindo o valor da multa em virtude do cumprimento parcial do contrato: TJSP, Ap. cível n. 992.050.743.391, rel. Berenice Marcondes Cesar, j. 29.10.2009.

Reduzindo o valor da cláusula penal porque manifestamente excessiva: TJSP, Ap. cível n. 992.060.623.372, rel. José Malerbi, j. 14.09.2009; TJSP, Ap. c/ revisão n. 885.805.008, 26ª Câm. Direito Privado, rel. Norival Oliva, j. 18.08.2008; TJSP, AI n. 1.133.651-0/8, rel. Des. Andreatta Rizzo, j. 12.11.2007.

Afastando a cláusula contratual que ajusta a inaplicabilidade da regra do art. 413 do CC pelo juiz em virtude de sua natureza de norma de ordem pública, que torna obrigatória sua aplicação: TJSP, AI n. 6.545.834.900, rel. Ribeiro da Silva, j. 05.08.2009; TJSP, Ap. com revisão n. 1.020.727-7, rel. Des. Felipe Ferreira, j. 15.10.2007.

Cláusula penal. Astreintes. Naturezas jurídicas diversas. Cumulação. Possibilidade. Cláusula penal é a obrigação acessória pela qual se estipula pena ou multa destinada a estimular o cumprimento da principal e evitar seu retardamento. Astreintes são instrumento processual destinado a garantir a efetividade da ordem emitida pelo órgão jurisdicional. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 501.912-4/0-00, rel. Des. Teixeira Leite, j. 05.07.2007)

Prestação de serviços. Energia elétrica. Irregularidade no medidor. Inexistindo prova do fato constitutivo do direito do autor, ou seja, de que não procedem as irregularidades constatadas no medidor, cuja responsabilidade pela guarda lhe cabe, legítima a cobrança da diferença do valor não faturado, possibilitando o corte, em havendo inadimplemento. E, a respeito da legalidade, deve ser revisto o percentual cobrado a título de custo administrativo, que se afigura excessivo. Na verdade, essa cobrança tem natureza de cláusula penal e pode ser reduzida quando excessiva (art. 413, CC). O percentual máximo autorizado pela Aneel não foi justificado

pela ré e deve ser reduzido a 15%, valor suficiente a compensar as despesas administrativas para apuração da fraude e sancionar o consumo irregular. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.101.854-0/5, rel. Des. Carlos Vieira von Adamek, j. 27.08.2007)

Contrato. Cláusula penal. Locação. Locador que se obrigou a formalizar junto ao Cartório de Registro de Imóvel competente, o formal de partilha que lhe atribuía a propriedade plena do bem, sob pena de multa diária. Redução da penalidade. Faculdade que o magistrado pode exercer mesmo de ofício. Aplicação do art. 413 do Código Civil. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 1.084.947-0/6/Diadema, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Artur Marques, j. 28.05.2007, v.u., voto n. 13.950)

Contrato. Prestação de serviços advocatícios. Rescisão imotivada. Inaplicabilidade da lei consumerista. Incidência da cláusula penal livremente ajustada entre as partes. Possibilidade de abrandamento a fim de considerar o cumprimento parcial da obrigação (art. 413, do Código Civil). Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. cível n. 1.097.954-0/6/SP, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Artur Marques, j. 23.07.2007, v.u., voto n. 14.231)

A multa contratual deve ser exigível de forma proporcional, levando-se em consideração o período cumprido da relação *ex locato*, sendo irrelevante cláusula impressa de que deve ser paga integralmente. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.062.198-0/1, rel. Des. Renato Sartorelli, j. 01.10.2007)

[...] 2 - Viola o Código do Consumidor (art. 51, IV, e seus §§ 1º e 2º), o contrato de adesão que prevê cláusula penal (cláusula 7.6 [...]) pelo seu descumprimento em favor apenas do fornecedor que o redigiu. Essa estipulação é evidentemente iníqua e abusiva, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, além de ser incompatível com a equidade, uma vez que às partes celebrantes de um contrato deve ser dado tratamento igualitário no que respeita aos ônus decorrentes de seu descumprimento. (TJSP, Ap. com revisão n. 696.366-0/9, rel. Des. Amaral Vieira, j. 12.06.2007)

Contrato. Compromisso de compra e venda e aditivos contratuais. Cessão de cotas sociais e locação comercial em *shopping center*. Multa por atraso. Cláusula penal exigida como compensatória. Valor resultante superior ao do valor da obrigação principal. Impossibilidade (Código Civil de 1916, art. 920). Faculdade judicial de operar sua redução (Código Civil de 1916, art. 924). Importe, ademais, que não pode superar 10% do valor da obrigação principal (Decreto n. 22.626/33). Dano moral. Inexiste reparabilidade a assegurar, se o autor não explicitar em que consistiriam os danos extrapatrimoniais resultantes da mora. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 3.055.744.700, rel. Des. A. Santini Teodoro, j. 18.09.2007)

A estipulação da cláusula penal em 50% do valor do contrato não é ilegal e nem se reveste de abusividade, sendo possível sua estipulação em ajuste como o aqui tratado. A cláusula penal, salvo hipóteses especiais impostas por normas específicas, porque livremente pactuada e por não extrapolar os limites previstos no art. 920 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 412 da Lei n. 10.406/2002, não se ostenta ilegal, motivo pelo qual se configura legítima sua cobrança nos termos contratados. Não pode o devedor eximir-se de cumprir a pena convencional a pretexto de ser excessiva, só se considerando como tal se ultrapassado o limite legal, restando salientar que a intervenção do juiz acabaria por inutilizar a estipulação da pena convencional. (TJSP, Ap. n. 939.893-0/9, rel. Des. Orlando Pistoresi, j. 25.07.2007)

Na resolução de compromisso de compra e venda de imóvel, por culpa do promitente-vendedor, não é aplicável o disposto no art. 924 do Código Civil/1916, mas sim o parágrafo único

do art. 1.092 do Código Civil/1916, e, conseqüentemente, está o promitente-vendedor obrigado a devolver integralmente a quantia paga pelo promitente-comprador.

Resolvida a relação obrigacional por culpa do promitente-vendedor que não cumpriu a sua obrigação, as partes envolvidas deverão retornar ao estágio anterior à concretização do negócio, devolvendo-se ao promitente-vendedor faltoso o direito de livremente dispor do imóvel, cabendo ao promitente-comprador o reembolso da integralidade das parcelas já pagas, acrescida dos lucros cessantes.

A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil). Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 644.984, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.08.2005)

1 - Não há vedação para que seja contratada a renúncia do direito de retenção por benfeitorias, afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, porquanto operação de compra e venda entre particulares, destacando o acórdão que não existe desequilíbrio entre as partes.

2 - Nos termos postos pelo acórdão, que não desafiou especificamente a questão da redução, nada impede que as partes estabeleçam cláusula penal em torno da devolução das importâncias pagas, considerando a realidade dos autos e a ausência de impugnação quanto à redução do percentual. (STJ, REsp n. 697.138, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07.04.2005)

Em ação de cobrança de despesas condominiais, é descabida a pretensão de redução da multa moratória, que tem caráter punitivo, com fulcro no art. 924 do então vigente Código Civil, pois a multa prevista neste dispositivo legal, que admite eventual redução no caso de parcial cumprimento da obrigação, é a de natureza compensatória, por ser prefixação das perdas e danos, sendo então razoável concluir que, se a obrigação foi parcialmente cumprida, os prejuízos do credor não terão a extensão prevista. (II TAC, Ap. n. 764.562-00/9, rel. Juiz Arantes Theodoro, j. 25.09.2003)

Na conformidade com o disposto no art. 924 do Código Civil de 1916, acha-se o Juiz autorizado a reduzir a cláusula penal (perda total das prestações pagas) a patamar justo, com a finalidade de evitar o locupletamento indevido de qualquer das partes. (STJ, REsp n. 134.636, rel. Min. Barros Monteiro, j. 27.05.2003)

Em contrato de arrendamento mercantil, a cláusula penal compensatória pelo inadimplemento contratual deve ser reduzida proporcionalmente quando cumprida em parte a obrigação, nos termos do art. 924 do Código Civil. (II TAC, Ap. n. 560.364, 5ª Câ., rel. Juiz Luís de Carvalho, j. 12.04.2000)

Honorários profissionais. Advogado. Cobrança. Redução para um terço (art. 924 do Código Civil). Contrato escrito. Misto de locação de serviços e de mandato. Incidência de art. 1.228 do Código Civil. Valor das prestações vincendas. Inexistência de cláusula penal compensatória. Inadmissibilidade.

As partes podem incluir no contrato, se quiserem, cláusula penal pré-ordenada à composição de perdas e danos. Não o fazendo ocorre a incidência do art. 1.228 do Código Civil, a significar que inadmissível era e é a redução do valor das prestações vincendas para um terço. (II TAC, Ap. n. 534.663, rel. Juiz Milton Sanseverino, j. 09.03.1999)

A jurisprudência, acolhendo lição doutrinária, na exegese do art. 924 do Código Civil, delineia entendimento no sentido de que, cumprida em parte a obrigação, em caso de inexecução da restante, não pode receber a pena total, porque isso importaria em locupletar-se à custa alheia, recebendo ao mesmo tempo, parte da coisa e o total da indenização na qual está justamente aquela já recebida, sendo certo que a cláusula penal corresponde aos prejuízos pelo inadimplemento integral da obrigação. (II TAC, Ap. n. 633.399, 1ª Câm., rel. Juiz Vanderci Álvares, j. 25.05.2002)

Celebrado o contrato antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, válida é a cláusula que prevê a perda das prestações pagas de um contrato de promessa de compra e venda.

II - Todavia, tal direito não é absoluto, havendo que conformar-se às particularidades de cada caso concreto e consideradas as custas administrativas, operacionais e de corretagem da empresa construtora, sob pena de injustificada redução patrimonial. Retenção fixada em 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas. (STJ, REsp n. 59.626, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 01.10.2002)

A norma do art. 924 do Código Civil é disposição destinada a proteger a pessoa do devedor; de interesse público e não pode ser invalidada pela convenção das partes. Os apelantes satisfizeram grande parte do preço, justificando, assim, a redução da cláusula penal. (STJ, Ag. Reg. no AI n. 115.023, rel. Min. Barros Monteiro, j. 03.09.2002)

Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota.

Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

CC/1916: art. 925.

Caso a obrigação seja indivisível e sejam vários os devedores, se apenas um deles inadimplir o contrato, todos incorrerão na pena. No entanto, segundo este dispositivo, somente o culpado poderá ser cobrado pela dívida toda. Os demais responderão apenas por sua quota.

O parágrafo único deste dispositivo autoriza os não culpados a ajuizarem ação regressiva em face do culpado. Caso a obrigação seja divisível, só incorre na pena o devedor infrator, ou seu herdeiro, proporcionalmente à sua parte na obrigação (art. 415).

Jurisprudência: Recuperação judicial. Impugnação ao crédito. Instrumento particular de confissão de dívida com garantia real. Garantia consistente em lavratura de escritura de segunda hipoteca de imóvel pertencente à interveniente anuente, empresa controlada pela recuperanda. Cláusula penal prevendo que não outorgada a escritura no prazo de trinta dias, incidiria multa equivalente a 50% do valor do imóvel, assumida a obrigação pela recuperanda e pela interveniente anuente. Multa que deve ser incluída no OGC - quadro geral de credores. Inteligência do disposto nos arts. 263, 219 e 414 do atual Código Civil. Indiscutível a solidariedade entre os devedores, a cláusula penal prevista contratualmente, há de ser exigida integralmente de qualquer um dos devedores solidários, já que compõe o valor da obrigação originariamente assumida por todos eles. Sentença reformada e agravo de instrumento provido determinando-se a inclusão da multa. (TJSP, AI n. 512.896-4/0-00, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 31.10.2007)

Art. 415. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

CC/1916: art. 926.

No caso de obrigações com prestação divisível, somente o devedor que infringir a obrigação estará sujeito à cláusula penal e só responderá em proporção à sua parte na obrigação.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

CC/1916: art. 927.

A cláusula penal é semelhante às perdas e danos, da qual se distingue porque seu valor é arbitrado antecipadamente pelos contratantes, e não posteriormente, pelo juiz. As perdas e danos abrangem o dano emergente e o lucro cessante, nos termos do art. 402. Dessa forma, permitem que os prejuízos sejam ressarcidos integralmente.

Por contemplar uma estimativa antecipada feita pelos contratantes, a cláusula penal pode estar além ou aquém do montante efetivo dos prejuízos. A cláusula penal também não se confunde com a multa simples, constituída por certa importância que deve ser paga em caso de infração a certos deveres: multa de trânsito, multa por infração à convenção do condomínio etc. A multa simples não mantém relação com o ressarcimento dos danos, ou com o inadimplemento contratual, visando apenas a punir o infrator.

A multa penitencial é outro instituto que não se confunde com a cláusula penal. A cláusula penal é instituída em benefício do credor, como está expresso no art. 410 do Código Civil. O devedor não tem a faculdade de optar entre cumprir a obrigação ou pagar a multa. A multa penitencial é estabelecida em favor do devedor. Caracteriza-se quando as partes estabelecem que ele poderá cumprir a prestação devida ou pagará multa.

Em relação às arras penitenciais, a cláusula penal apresenta semelhanças. Ambas são acessórias e destinam-se a garantir o cumprimento da obrigação, sendo certo que seus valores são prefixação de perdas e danos. Diferenciam-se, no entanto, em razão do seguinte:

a) a cláusula penal atua como elemento de coerção para evitar o inadimplemento contratual, enquanto as arras penitenciais, por permitirem o arrependimento, facilitam o descumprimento da avença. Nessa hipótese, segundo a regra do art. 420 do Código Civil e a Súmula n. 412 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, ocorrerá a perda do sinal ou sua restituição em dobro, sem que nada mais possa ser exigido a título de perdas. É preciso observar, contudo, que a regra do art. 420 do Código Civil só se refere às arras penitenciais, como se verá no estudo do item específico sobre o tema;

b) a cláusula penal pode ser reduzida pelo juiz em caso de cumprimento parcial da obrigação ou de montante manifestamente excessivo, o que não ocorre em relação às arras;

c) a cláusula penal é exigível somente se houver inadimplemento do contrato, mas as arras são pagas antecipadamente;

d) a cláusula aperfeiçoa-se com a simples estipulação no instrumento, mas as arras dependem da entrega de dinheiro ou de outro objeto.

Com a utilização da cláusula, as partes dispensam a necessidade da demonstração dos prejuízos e de sua liquidação, tornando-se suficiente a demonstração do inadimplemento. É o que está consignado neste art. 416. O parágrafo único deste dispositivo impede o credor de exigir o valor suplementar dos prejuízos, quando ele ultrapassar o da cláusula penal. Ressalva, porém, a possibilidade de as partes convencionarem o contrário, hipótese em que a pena estipulada corresponderá ao valor mínimo da indenização. Desse modo, caso os prejuízos demonstrados na ação sejam inferiores ao valor da pena convencional, prevalecerá este último.

Para Carlos Roberto Gonçalves, “não pode o credor pretender aumentar seu valor, a pretexto de ser insuficiente. Resta-lhe, neste caso, deixar de lado a cláusula penal e pleitear perdas e danos, que abrangem o dano emergente e o lucro cessante. O ressarcimento do prejuízo será, então, integral. A desvantagem é que terá de provar o prejuízo alegado. Se optar por cobrar a cláusula penal, estará dispensado desse ônus. Mas o ressarcimento pode não ser integral, se o *quantum* fixado não corresponder ao valor dos prejuízos” (*Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. II, p. 384).

No entanto, talvez o melhor entendimento a respeito para esta questão é o de que, mesmo nos casos em que o credor pretender abrir mão da cláusula penal e demonstrar os prejuízos, estará impedido de fazê-lo se as partes optaram pela fixação prévia do montante por intermédio da aludida pena convencional, sem convencionar a possibilidade de cobrança de indenização suplementar (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. V, t. II, p. 482).

Caso os prejuízos resultem de dolo ou de culpa extracontratual, não prevalecerá a cláusula penal, que apenas se destina às hipóteses de perdas e danos resultantes de culpa contratual (GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 385).

Jurisprudência: Dispensando a necessidade da comprovação do prejuízo para aplicação da cláusula penal: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 7.056.124.100, rel. Soares Levada, j. 12.04.2006.

Contrato de prestação de serviços de mão de obra. Tomadora que se viu obrigada ao pagamento de verbas trabalhistas que, por força do contrato, competiam à fornecedora. Ressarcimento. Sentença de procedência. Necessidade de manutenção. Distrato. Abrangência. Quitação limitada à cláusula penal. Ação de cobrança dos prejuízos excedentes. Artigo 416, parágrafo único, do Código Civil. Possibilidade. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 992.070.068.304, rel. Marcos Ramos, j. 23.09.2009)

Ação de cobrança. Cláusula penal prevista em contrato de locação. Sentença que adota o valor provisório fixado em ação revisional, em detrimento dos definitivos que forem fixados. Julgamento *extra petita*. Inocorrência, tratando-se, tão só, de caso de procedência parcial. Notificação. Ato entregue no endereço contratual da ré, onde esta mantém "estabelecimento comercial", malgrado tenha transferido sua sede administrativa para outro local. Eficácia. Descabimento de repasse aos autores pelo eventual desencontro administrativo com o responsável pela recepção de correspondências. Mérito. Descumprimento contratual de obrigação referente à apresentação de documentos aos locadores. Cláusula penal. Incidência. Prova de prejuízo. Inadmissibilidade (art. 416, *caput*, CC). Redução proporcional. Ausência de cumprimento parcial que autorize a benesse (art. 413, CC). Cláusula penal. Fixação contratual em valor equivalente ao de um aluguel, este o vigente à época da infração.

Verbas de sucumbência. Ônus da parte vencida (art. 20, *caput*, CPC). Recurso dos autores parcialmente provido, desprovido o da ré. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.105.944.001, 28ª Câmara de Direito Privado, rel. Cláudio Lima Bueno de Camargo, j. 03.06.2008)

Contrato de prestação de serviço suplementar de transporte coletivo. Descumprimento por parte do contratado. Rescisão contratual. Cláusula penal. Multa fixada em valor equivalente a uma prestação mensal. Valor devido. Desnecessidade de demonstração de prejuízo. Recurso provido. Demonstrado o reiterado descumprimento de disposições contratuais por parte do apelado, a ensejar a rescisão do contrato firmado entre as partes, é devida a multa contratualmente prevista. O simples fato de haver-se efetuado o descumprimento do apelado pela Transcon, que figurava como interveniente no contrato, não tem o condão de afastar a incidência da cláusula penal estipulada, vez que a rescisão, como visto, não decorreu fundamentalmente daquele, mas do inadimplemento contratual praticado pelo apelado. Nos termos do art. 416 do CC/2002, a cláusula penal é devida independentemente da comprovação de prejuízo. (TJMG, Proc. n. 1.0079.04.150846-0/001(1), rel. Lucas Pereira, j. 27.10.2005)

Não é exigível a cláusula penal, quando ausentes provas da inexecução culposa do devedor e do prejuízo do credor, ainda que configurado o pagamento com atraso de um dia de duas prestações de um total de quatro parcelas. (TJSP, Ap. com revisão n. 845.162-0/7, rel. Des. William Campos, j. 13.02.2007)

Por outro lado, o art. 927, do Código Civil de 1916, vigente na época dos fatos, previa que a pena convencional é exigível independentemente de prova dos prejuízos, de sorte que, *a contrario sensu*, todos os prejuízos experimentados pelo credor estão pré-ajustados, havendo necessidade de prova de que excederam a pena, sob pena de inequívoco *bis in idem*. A omissão do Código de 1916 foi suprida no novo *codex*, que prevê, no art. 416, que "... não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente". Destarte, embora o dispositivo não estivesse em vigor na data dos fatos, apenas consolida posição doutrinária já adotada por esta Turma Julgadora, de sorte que, como bem ponderado pelo magistrado *a quo*, embora a autora tenha dado causa à rescisão do contrato, faz jus ao reembolso do numerário pago que exceda a cláusula penal. (TJSP, Ap. com revisão n. 1.024.176-0/9, rel. Des. Artur Marques, j. 26.03.2007)

Multa compensatória. Ação de cobrança. Compra e venda de veículo. Inadimplemento por parte do comprador. Aplicação da pena pecuniária de 10%, prevista no contrato. Cabimento. Direito de arrependimento (art. 49 do CDC). Inaplicabilidade na hipótese. Contrato firmado no estabelecimento da ré. Inocorrência da tradição do bem (art. 1.126 do Código Civil de 1916, aplicável à época). Irrelevância. Prova do prejuízo irrelevante para a exigibilidade da multa (art. 927 do CC de 1916). Limite do percentual estabelecido pelo art. 52, § 1º, do CDC, é aplicável apenas às multas de natureza moratória, e não ao presente caso. Sentença de procedência mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 1.102.234-7/Campinas, 12ª Câmara de Direito Privado, rel. Rui Cascardi, j. 06.12.2006, v.u., voto n. 10.833)

Diante do inadimplemento dos réus, que deixaram de cumprir a sua parte no contrato de compra e venda, e da inexistência de cláusula penal ou de arras, confirmatórias ou penitenciais, podem os autores requererem a rescisão contratual com perdas e danos, nos termos do parágrafo único do art. 1.092 do CC (de 1916). (RT 833/207)

CAPÍTULO VI DAS ARRAS OU SINAL

Art. 417. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

CC/1916: arts. 1.094 e 1.096.

O conceito jurídico de arras ou sinal é a quantia em dinheiro ou o bem móvel que um dos contratantes entrega ao outro o objetivo de confirmar o acordo de vontades e de servir de princípio de pagamento. Na doutrina contemporânea, “prevalece o sentido confirmatório ou de acordo final, tornado-o definitivo”, pois, em regra, registra Arnaldo Rizzardo, “o sinal dado no início do contrato não autoriza arrependimento” (*Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 565). José Dionízio da Rocha, porém, sustenta que sua função preponderante é a de estabelecer um critério indenizatório (“Das arras ou sinal” *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 539/562).

O sinal só é possível nos contratos bilaterais destinados à transmissão do domínio e tem natureza de pacto acessório. A natureza jurídica das arras é de direito real, porque só se aperfeiçoam com a entrega do bem ou do dinheiro por um contratante ao outro.

Sinal e cláusula penal. Na lição de Nelson Rosenvald, são muitas as semelhanças entre o sinal e a cláusula penal: ambas destinam-se a “assegurar o cumprimento da obrigação” e “exercem função coercitiva, pois, em caso de inadimplemento, tanto a retenção da quantia adiantada como a devolução em dobro demonstram a feição sancionatória do sinal”. Ademais, observa o autor, “o montante prefixado não se relaciona com os danos efetivos” em nenhuma das hipóteses (*Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2007, p. 174-6). A aproximação das duas figuras autoriza a aplicação do art. 413 do Código Civil ao caso de sinal que se revele excessivo (idem, ibidem, p. 177). No mesmo sentido a lição de Arnaldo Rizzardo (*Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 569), e a conclusão do Enunciado n. 165 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais”.

Jurisprudência: Prestação de serviços. Rescisão contratual. Culpa da contratante. Arras. Retenção pela contratada. Legalidade. Recurso não provido. A quantia inicial paga pela autora corresponde às arras ou sinal, nos termos do art. 417 do CC (art 1.094 do CC/1916), cujo valor merece ser retido no caso do inadimplemento contratual ser debitado à ela, contratante, como ocorre *in casu*, com fundamento no art. 418 do CC (art. 1.097 do CC/1916). (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.035.284.005, rel. Paulo Ayrosa, j. 11.08.2009)

Apelação. Ação de cobrança c/c indenização por perdas e danos. Improcedência da ação e do pedido contraposto. Inconformismo. Pretensão à restituição das arras, com correção e juros, e honorários. Cabimento. Devem ser restituídas, nos termos do art. 417, do CC/2002, que tem uma redação mais clara que beneficia a autora. Nos casos de rescisão a jurisprudência desta Corte não admite a perda das quantias pagas a título de sinal ou arras. Devida correção monetária desde o ajuizamento, juros a partir da citação, custas e honorários de advogado de 10% sobre o valor da causa corrigido. Recurso provido (voto n. 14.340).

(TJSP, Ap. sem revisão n. 3.786.544.100, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Ribeiro da Silva, j. 08.05.2008)

Compromisso de compra e venda. Rescisão por inadimplemento do preço. Pretensão dos vendedores a reter o valor integral da parcela inicial paga pela compradora, correspondente a mais da metade do preço. Inadmissibilidade. Redução equitativa efetuada em conformidade com o art. 413 do Código Civil, aplicável mesmo às arras. Recurso provido em parte para repartir as verbas da sucumbência em conformidade com a derrota de cada parte. (TJSP, Ap. n. 473175-4/8-00, rel. Des. Morato de Andrade, j. 31.07.2007)

Com efeito, é fora de dúvida que os promitentes-compradores, mesmo que tenham dado causa à rescisão, têm o direito de reaver as prestações que despenderam, efetuado um justo desconto. A devolução das quantias pagas como quer a apelante, ou seja, com retenção de 30% a título de custos com o negócio e de 20% a título de honorários advocatícios, bem como a retenção das arras, não pode ser acolhida, em razão da faculdade que o juiz tem de revisar o contrato, quando nele exista alguma cláusula que imponha desequilíbrio entre as partes. (TJSP, Ap. n. 407.905-4/2-00, rel. Des. Testa Marchi, j. 30.10.2007)

Diferentemente do que ocorre com as prestações periódicas, não há abuso ou ilegalidade na retenção das arras, não se lhes aplicando o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. Interpretação do contrato da maneira mais favorável ao consumidor, de modo a restituir 50% das arras ao comprador desistente, tal como ocorreria no caso de sua inadimplência. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. n. 179.987.4/0-00, rel. Des. Piva Rodrigues, j. 03.04.2007)

Arras. Restituição em dobro. Inadmissibilidade. Hipótese de arras confirmatórias ante a não estipulação de sua penitencialidade. Sinal que deve ser devolvido singelamente, acrescido de correção monetária, em razão do desfazimento do negócio. Art. 1.096 do Código Civil. Recurso parcialmente provido. (JTJ115/29)

Contrato. Compromisso de compra e venda. Bem imóvel. Ação de rescisão contratual. Data aposta no contrato que se mostra diferente daquela consignada no recibo do pagamento do sinal, apesar de constar na avença que o pagamento das arras dar-se-ia no ato do ajuste. Aplicação, na hipótese, das disposições do art. 1.094 do Código Civil de 1916, sendo certo que a data do pagamento do sinal firma a presunção do acordo final e torna obrigatório o contrato. Impossibilidade de que a correção anual se fizesse pela data subscrita no pacto se sua constituição jurídica se deu em momento posterior. Quebra de cláusula sobre a anualidade do reajuste do valor das prestações. Desequilíbrio injustificável. Rescisão sem a imputação de multa à parte inocente. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 190.460-4/6/SP, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Oscarlino Moeller, j. 31.01.2007, v.u., voto n. 15.982)

Arras. Contrato em execução. Verba em dinheiro que se considera princípio de pagamento. Art. 1.096 do Código Civil. {JTJ 161/34}

No que tange à conversão em arras do valor adimplido pelos apelados, a pretensão não prospera ante a ausência de previsão contratual a respeito, haja vista que o "sinal" ou "arras" é quantia ou coisa entregue por um dos contratantes ao outro, como confirmação do

acordo de vontades e princípio de pagamento, assumindo a função de pena convencional como sanção à parte que opte por se valer da faculdade de arrependimento, expressamente acordada.

Todavia, embora assim seja, inexistirá óbice para que, uma vez descumprido o contrato por culpa dos apelados, o autor seja ressarcido pelos prejuízos, razão pela qual tenho que 15% da importância despendida como parte de pagamento pelos apelados é quantia suficiente e cabal para este fim. Observo apenas que o saldo restante deverá ser restituído aos recorridos. (TJSP, Ap. com revisão n. 242.005.4/3-00, rel. Des. Neves Amorim, j. 13.11.2007)

As arras, por envolverem prefixação de perdas e danos, devem ser devolvidas em dobro em caso de inadimplemento contratual - TJSP: Ap. ns. 138.814-4, rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves, j. 27.05.2003; e 373.053-4/2, rel. Des. Elcio Trujillo, j. 18.04.2006.

[...] II - Celebrado entre vendedor e comprador recibo de sinal e princípio de pagamento, com cláusula vedatória de arrependimento, tem-se que, naquele momento, no que toca aos serviços de intermediação prestados pela empresa corretora, o negócio terminou, sendo devida a comissão respectiva, que não pode ser afastada ao argumento de que o comprador, a quem fora atribuído o ônus da corretagem, desistira da aquisição, celebrando distrato com o vendedor, que a aceitou. (177~ 776/171)

Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

CC/1916: art. 1.097.

As arras podem ser confirmatórias ou penitenciais. Sua principal função é confirmar o contrato, tornando-o obrigatório. A entrega do sinal faz prova do acordo de vontades e as partes não podem mais rescindi-lo unilateralmente, sob pena de responder por perdas e danos, nos termos do disposto neste artigo e no seguinte. As arras confirmatórias tornam obrigatório o negócio e impedem o arrependimento de qualquer das partes. Na lição de Arnaldo Rizzardo, são seus elementos: “a) a entrega na conclusão do contrato, isto é, quando o mesmo se efetua, ou depois de enviada a proposta e emitida a aceitação; b) a entrega de dinheiro ou de um bem móvel; c) a devolução do dinheiro ou do bem quando da execução, ou conclusão do contrato; d) a faculdade de computar a quantia ou o bem móvel entregue no preço do negócio, se do mesmo gênero da coisa principal” (*Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 567). Note-se que não há menção ao arrependimento, presente apenas nas arras penitenciais. No caso do sinal confirmatório, o arrependimento de qualquer dos contratantes significa inadimplemento e o bem ou o valor entregue para tornar o negócio definitivo tem a função de pré-fixar o valor indenizatório.

O presente dispositivo estabelece que, se aquele que deu as arras não executar o contrato, as perderá em favor do outro, que poderá considerar desfeito o negócio. Acrescenta que se a inexecução foi de quem recebeu as arras, aquele que as deu pode considerar desfeito o contrato e exigir sua devolução, além do equivalente, atualizado monetariamente e acrescido de juros e honorários de advogado.

A parte final equívale à devolução em dobro prevista no art. 1.095 do Código Civil de 1916. A parte inocente pode satisfazer-se com a retenção do sinal, ou com sua devolução acrescida do equivalente. Mas pode também demonstrar que seu prejuízo foi superior ao valor do sinal e pretender indenização suplementar. Nessa hipótese, prevista no art. 419, o valor das arras valerá como o mínimo da indenização.

Jurisprudência: Arras. O inadimplemento do contrato foi do réu apelado e, diante de sua revelia, é de se presumir o efeito penitencial das arras, perdendo-as em favor da autora apelante. At. 418 do Código Civil. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 6.821.044.400, rel. Beretta da Silveira, j. 10.11.2009)

Compra e venda. Estabelecimento comercial. Cobrança de valor dado em contrato de compromisso, ao depois distratado. Sentença de procedência. Inicial apta, pela possibilidade jurídica do pedido. Prescrição genérica decenal inócurre. Ausência de comprovação de promessa, no distrato verbal, de devolução integral. Arras confirmatórias, a implicar a perda, por quem deu causa à inexecução, em favor do outro contraente. Art. 418 do C. Civil. Ação improcedente. Apelação provida. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 5.289.094.300, rel. José Roberto Bedran, j. 01.09.2009)

Apelação. Compra e venda. Atraso na entrega do imóvel por fatores previsíveis constitui culpa da construtora e não arrependimento do comprador, que deixa de estar obrigado ao pagamento. Quanto às arras, devem ser devolvidas por ter ocorrido culpa, conforme o art. 418 do CC. Impõe-se a devolução dos valores pagos de uma só vez, de acordo com o CDC, sem que sejam descontadas as despesas administrativas suportadas pela construtora, por ter motivado a rescisão. Juros de mora são devidos quando há culpa da parte inadimplente. Recurso parcialmente provido (voto n. 7.668). (TJSP, Ap. cível n. 3.681.974.700, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Sérgio Gomes, j. 25.09.2007)

Compra e venda. Rescisão do ajuste. Finalização da obra. Diferença, a menor, na metragem da área contratada e da efetivamente construída. Fato atribuível à ré. Suspensão do pagamento das prestações pelo autor. Impossibilidade de retenção pela ré (promitente vendedora) da quantia paga a título de arras ou sinal. Aplicação do art. 418, CC/2002. Despesas com corretagem e publicidade. Impossibilidade de desconto. Transferência dos custos para o comprador. Riscos da atividade empresarial desenvolvida pela ré. Discussão sobre a natureza da venda realizada (*ad corpus* ou *ad mensuram*). Área mencionada no contrato e a área real. Diferença que não ultrapassa 1/20 da extensão total anunciada. Relação de consumo. Hipótese a ser considerada sempre como venda conforme a medida. Interpretação favorável ao consumidor. Equilíbrio contratual. Boa-fé objetiva. Mantida a devolução de 80% das parcelas pagas, devidamente corrigida, em parcela única. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 5.090.334.600, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Elcio Trujillo, j. 19.12.2007)

Ação de rescisão de instrumento particular de cessão de direitos c/c restituição de quantias pagas. Cláusula contratual expressa que previu o atraso na entrega da documentação de praxe, bem como das certidões de objeto e pré-esclarecendo eventuais apontamentos, como motivo suficiente a ensejar a rescisão contratual. Faculdade concedida contratualmente à apelada. Rescisão devida. Inexistência de conduta ilícita ou abusiva. Aplicação típica do *pada sunt servanda*. Devolução em dobro do sinal pago. Previsão contratual e inteligên-

cia do art 418 do Código Civil de 2002. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 42.2.438-4/0-00, rel. Des. Luiz Antônio Costa, j. 15.08.2007)

Ação de cobrança. Compra e venda de bem móvel. Não demonstração de que o objeto oferecido era diverso daquele negociado. Perda das arras em razão de descumprimento contratual, consoante art. 1.097 do Código Civil de 1916. Ação improcedente. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 973.712-0/4, rel. Des. Sá Duarte, j. 03.10.2007)

Transcreve-se, a propósito, a parte dispositiva da sentença: "Isto posto e considerando o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação e declaro resolvido o contrato entre as partes; reintegro os autores na posse; defiro a restituição aos réus dos valores que pagaram com atualização monetária pela OTN e depois pela tabela de débitos judiciais, calculada dos desembolsos; condeno os réus a pagarem locativos de mercado pelo tempo de ocupação, apurando-se o valor em liquidação de sentença; defiro compensação dos valores e incidência sobre o valor da diferença de juros de mora de 6% a.a., contados da citação; e, condeno as partes nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor dos locativos mais o valor da prestação e IPTU (réus) e sobre o valor da restituição (autores), compensando-se". Apelaram as partes: os autores insurgindo-se contra a ausência de condenação da perda do sinal (arras), conforme constava do contrato, e quanto à incidência de juros de mora nos valores a serem pagos pelos réus-recorridos, a título de locação, somente a partir da citação. Por sua vez, os réus se insurgiram contra a legalidade das notificações e pelo arbitramento de aluguel, com a manutenção da restituição integral dos valores pagos. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reformando em parte a sentença, determinou a devolução das quantias pagas, assegurando, entretanto, à parte autora a retenção de 30% (trinta por cento) do valor pago.

Em seu arrazoado, os recorrentes alegam que houve malferimento ao art. 1.097 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 418 do diploma atual, haja vista que não foi respeitada cláusula contratual que previa a retenção das arras por quem desse causa à rescisão do contrato. Inconformam-se, ainda, afirmando que o negócio efetuado entre as partes é anterior à Lei n. 8.078/90, portanto não cabe determinar a devolução por parte dos recorrentes aos recorridos de 70% do valor pago, o que fere, também, o citado dispositivo do Código Civil, bem como ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Insurgem-se, ainda, quanto ao termo *a quo* da incidência da correção monetária.

Apontam divergência jurisprudencial, citando ementas desta Corte a corroborar, em tese, as suas razões.

De início, verifica-se que nem todos os artigos ditos violados foram objeto de manifestação do tribunal *a quo*, e acabaram ficando também à margem dos embargos declaratórios opostos.

O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais pressupostos ao seu conhecimento.

Não basta à parte discorrer sobre os dispositivos legais que entende afrontados. Não examinada pela instância ordinária a matéria objeto do especial, e rejeitados os embargos declaratórios a integrar o acórdão recorrido, incide o enunciado da Súmula n. 211 deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

De qualquer modo, o recurso merece ser apreciado, ainda que em parte, pela alínea *a* do permissivo constitucional, uma vez que o negócio é bem anterior à Lei n. 8.078/90. E, ainda que assim não fosse, em momento algum cuida de relação consumerista. Ademais,

parece visível a ofensa ao art. 1.097 do Código Civil de então, norma que acabou reproduzida no art. 418 do vigente, que autoriza o desfazimento do negócio e a perda das arras por quem as deu, se responsável pela inexecução do contrato.

É bem o caso dos autos, devidamente reconhecido pelas instâncias ordinárias. Só que o juiz, ao deferir a restituição aos réus dos valores que pagaram, deixa a entender que nesses valores poderão estar incluídas as arras, o que não é correto, segundo a moldura legal

Por sua vez, o Egrégio Tribunal de origem mantém a decisão de primeiro grau, "somente alterando-a para determinar que os autores devolvam 70% do que foi paga aos requeridos...".

Ora, isso, consoante asseveram os recorrentes, poderá implicar devolução de valor superior ao preço do imóvel.

Feitas essas considerações, conheço em parte do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento, para julgar procedente o pedido exordial, em tudo tal como o fizera o juiz, na sentença, excluída, apenas, a devolução do valor correspondente às arras. (STJ, REsp n. 782.999, rel. Min. Castro Filho, j. 22.03.2007)

A cláusula penal que prevê, em caso de rescisão provocada pelo adquirente, a perda, em favor do alienante, do sinal de vinte por cento do preço do imóvel objeto do contrato, não é abusiva, pois, além de guardar proporcionalidade com o valor da obrigação principal (CC/1916, art. 920; CC/2002, art. 412), tem amparo legal (CC/1916, art. 1.097; CC/2002, art. 418).

6 - A redução da cláusula penal e, desse modo, a restituição à recorrente de parte do sinal pago, implicaria manifesta violação dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da impessoalidade, na medida em que estar-se-ia conferindo favorecimento indevido ao licitante contratado em desfavor dos concorrentes desclassificados. (RSTJ 202/91)

O sinal confirmatório constitui uma garantia e o contraente que o pagou perdê-lo-á em benefício do outro se deu causa à resolução do contrato (art. 1.097 do CC). (JSTJ 71/260)

Compromisso de compra e venda. Desnecessidade de previsão contratual para o pedido de rescisão em virtude de inadimplemento de alguma das obrigações tanto pela promitente-vendedora como pela promissária-compradora. Arras. Perda somente viável quando expressamente pactuadas como penitenciais. Hipótese, contudo, em que a ré somente pagou a primeira parcela do sinal. Autora que perdeu a disponibilidade do bem durante longo período. Fato que, até mesmo, ensejaria significativa indenização. Devolução indevida. Recurso improvido. (JTJ 271/55)

Art. 419. A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.

CC/1916: sem correspondente.

Segundo a parte final deste artigo, a parte inocente pode postular a execução do contrato com perdas e danos, valendo as arras como mínimo de indenização. Essa solução é possí-

vel quando as arras forem confirmatórias, isto é, confirmarem a celebração do contrato, sem direito de arrependimento. Sempre que as partes não convencionarem em sentido diverso, as arras serão consideradas confirmatórias. E, se confirmatórias, prevalece a função das arras de tornar definitivo o negócio, tanto que a parte final do presente artigo autoriza a parte inocente a exigir a execução do contrato e cumular tal pretensão com a indenização pelos prejuízos que houver suportado.

Se houver expressa referência a natureza penitencial das arras, considera-se presente o direito de arrependimento (TKPHDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. I. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 763).

As arras serão penitenciais quando as partes convencionarem a possibilidade de arrependimento. Nesses casos, elas atuam como pena convencional, como sanção ao arrependimento, mesmo que ele tenha sido previsto. É o que está consignado no art. 420. Segundo esta regra, nesses casos, não haverá direito à indenização suplementar.

O Código Civil de 1916 não previa a possibilidade de a parte inocente postular indenização suplementar. Durante sua vigência, foi editada a Súmula n. 412 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal por quem o deu, ou a sua restituição em dobro por quem o recebeu, exclui indenização maior a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo”.

Para cobrança das arras não há necessidade de prova do prejuízo real. O sinal integra o valor da prestação devida nos casos em que ele é confirmatório, como revela o art. 417. Isso só não acontecerá se as arras não forem do mesmo gênero da obrigação principal. Mas se o sinal for penitencial, ele só terá natureza indenizatória (art. 420, parte final, do CC).

Em certas hipóteses, a jurisprudência admite que as arras sejam devolvidas simplesmente, e não em dobro: quando houver acordo entre as partes, quando ambos os contratantes agirem com culpa e quando o cumprimento do contrato não se verificar em decorrência de caso fortuito ou outro motivo estranho à vontade das partes. Nesse sentido: ROCHA, José Dionízio da. “Das arras ou sinal”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 550.

As arras desempenham três funções: confirmam o contrato, servem de prefixação de perdas e danos e como princípio de pagamento, integrando o preço, se do mesmo gênero da obrigação principal. Nas hipóteses em que as arras não forem do mesmo gênero da obrigação principal, elas não integram o preço, mas representam uma garantia e devem ser devolvidas a quem as entregou quando o preço for pago integralmente.

Jurisprudência: Compra e venda de imóvel. Sinal. Pretensão de sua restituição em dobro. Se quem deu o sinal não se arrependeu do contrato, desfeito por circunstâncias outras, não se impõe a restituição em dobro. Código Civil, arts. 1.094 e 1.095. Recurso especial conhecido e provido em parte. (JSTJ19/273)

É inválida a cláusula contratual que prevê a perda de parte das parcelas pagas pelo promissário-comprador, com a rescisão do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que seja a título de direito às arras, quando tal valor represente o enriquecimento sem causa do promitente-vendedor. (STJ, REsp n. 223.118, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.11.2001)

Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem

as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

CC/1916: art. 1.095.

Nos casos em que o contrato estipular a possibilidade de arrependimento, o sinal indenizará a parte prejudicada pelo exercício desse direito, de modo que sua natureza será penitencial, ao punir o contratante que exerce o direito de se arrepender. Não será possível indenização suplementar, pois o arrependimento já estava previsto desde a celebração do contrato, de maneira que o valor do sinal já foi avaliado pelos contratantes com o objetivo de indenizá-los no caso de arrependimento da outra parte.

Arnaldo Rizzardo observa que não há lugar ao arrependimento, mesmo no caso de arras penitenciais, se elas representarem início de pagamento, pois, forte em Pontes de Miranda, sustenta que nessa hipótese haveria contradição indesejada entre “firmeza e infirmeza do contrato” (*Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 565).

Jurisprudência: Decretando a perda do sinal em face do inadimplemento da compradora: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 5.490.274.100, rel. Donegá Morandini, j. 07.04.2009; TJSP, Ap. cível n. 5.946.554.100, rel. Maia da Cunha, j. 09.10.2008.

Ouando a reserva de inscrição de apartamento comercializado na planta se faz por intermédio de documento incompleto e que sofre comprometimento imediato, com a devolução de um dos cheques emitidos pelo interessado, não convém considerá-lo como pré-contrato que penaliza o direito de arrependimento, legalizando a retenção do pagamento em favor do vendedor, como se fossem arras perdidas [artigo 1.095 do CC de 1916 e 420 do novo], pelo perigo que esse expediente representa para as pessoas iludidas com a oferta do empreendimento imobiliário. Não provimento. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.310.204.700, rel. Enio Zuliani, j. 21.03.2003)

Inicialmente, deve-se analisar o motivo da rescisão contratual. A autora não quis dar continuidade ao negócio em consequência do inadimplemento da ré, que não efetuou a entrega do bem no prazo estipulado.

Não houve motivos alheios à sua vontade, mas sim culpa. Uma construtora é capaz de prever os fatores elencados como motivo do atraso, quais sejam, chuvas em excesso e alta inadimplência. Desse modo é indevida a aplicação do art. 420 do Código Civil, uma vez que trata do simples arrependimento de uma das partes. Bem diferente é o arrependimento motivado pelo descumprimento de obrigação da outra parte, que encontra amparo no art. 418 do mesmo diploma legal, o qual adequa-se perfeitamente à situação descrita. Ou seja, as arras não devem ser retidas, mas sim devolvidas com correção monetária, juros e honorários de advogado. (TJSP, Ap. n. 368.197.4/7-00, rel. Des. Sérgio Gomes, j. 25.09.2007)

Compra e venda. Resolução do contrato por culpa dos promitentes vendedores. Determinação de devolução dos valores pagos, com aplicação do art. 420 do CC [arras penitenciais]. Condenação solidária dos compromissários vendedores e da imobiliária. Admissibilidade. Comprovação de que houve violação aos deveres acessórios do contrato de corretagem, nos termos do art. 723 do CC. Sentença mantida. Não provimento. (TJSP, Ap. n. 4.688.654.500, 4ª Câ. de Direito Privado, rel. Ênio Zuliani, j. 24.04.2008)

No tocante às arras, não há mesmo fundamento para a sua restituição em dobro, como determinado, pois a tanto não autoriza o art. 1.097 do Código Civil de 1916.

É que apenas as arras penitenciais, a teor do art. 1.095 do mesmo Código, são restituídas em dobro, mas para isso é preciso que assim seja pactuado.

À falta de estipulação em contrário, as arras devem ser consideradas como confirmatórias (cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. "Direito das obrigações: Parte Especial". *Sinopses jurídicas*, v. 6. São Paulo, Saraiva, 1999), tendo a 3ª Câmara de Direito Privado, em v. acórdão de que foi relator o Des. Luiz Antônio de Godoy, assentado que o arrependimento do promitente comprador somente acarreta a perda das arras quando expressamente pactuadas como penitenciais (JTJ271/55), trazendo à colação precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

"Civil. Promessa de compra e venda de imóvel. Arras confirmatórias. Arrependimento da compradora. Inteligência dos arts. 1.094 a 1.097 do Código Civil. Ordinariamente, as arras são simplesmente confirmatórias e servem apenas para início de pagamento do preço ajustado e, por demasia, se ter confirmado o contrato, seguindo a velha tradição do Direito romano no tempo em que o simples acordo, desvestido de outras formalidades, não era suficiente para vincular os contratantes. O arrependimento da promitente compradora só importa em perdas das arras se estas forem expressamente pactuadas como penitenciais, o que não se verifica na espécie. Recurso não conhecido." (STJ, 4ª T.ª REsp n. 110.528/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 29.10.1998, v.u., DJU 01.02.1999, p. 199)

"Arras. Compra e venda. Negócio não ultimado. Pedido de devolução em dobro. Arras que não têm caráter penitencial, mas confirmatório. Apelo provido. Sentença reformada. Ação improcedente." (cf. TJSP, Ap. cível n. 119.000-4/8-00/Sorocaba, rel. Des. Octávio Helene)

[...] "Contrato. Pretendido exercício de arrependimento. Inexistência de cláusula que o autorize. Obrigação de pagar multa compensatória." (cf. TJSP, Ap. cível n. 241.166.4/0/SP, rel. Des. Antônio Vilenilson)

"Compromisso de compra e venda. Imóvel. Ações de devolução de valores pagos e cobrança. [...] Sinal. Inclusão. Contrato de caráter irrevogável e irretratável. Natureza de arras confirmatórias (não penitenciais). Hipótese em que transferida a posse do lote. (cf. Ap. cíveis ns. 172.194.4/0 e 232.077.4/2/Limeira, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro).*" (TJSP, Ap. cível com revisão n. 475.817-4/3-00, rel. Des. Reis Kuntz, j. 15.02.2007)

Compromisso de compra e venda. Arras penitenciais. Caracterização somente quando ficar estipulado entre as partes o direito ao arrependimento. Inteligência do art. 1.095 do CC. (TJPR, RT792/370)

Arras. Perda do sinal. Art. 1.095 Código Civil. Sucedâneo à indenização por perdas e danos. Garantia do direito de arrependimento. Contrato resolúvel. Recurso não provido. Nas arras penitenciais, com a entrega do sinal, é contemplado pelas partes o direito de arrependimento. (TJSP, Ap. cível n. 196.640-2/Laranjal, rel. Des. Clímaco de Godoy, j. 13.04.1993)

Contrato. Venda e compra. Infração de cláusula contratual, que se resolve em indenização. Penalidade legítima e justa. Mostra-se atendível, para efeito de indenização, a condenação do vendedor a pagar ao comprador o dobro do valor das arras dadas, se não lhe transmitiu no termo emprazada, a posse direta do imóvel adquirido (art. 420 do Cód. Civil). Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 188.922-4/5/Araraquara, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Carlos Biasotti, j. 16.12.2004, v.u.)

Tratando-se penitenciais, a restituição em dobro do devidamente corrigido pelo promitente vendedor exclui indenização maior a título de perdas e danos. Súmula n. 412 do STF e precedentes do STJ. (RSTJ110/281)

TÍTULO V
DOS CONTRATOS EM GERAL

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I
Preliminares

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

CC/1916: sem correspondente.

A teoria contratual contemporânea contempla quatro grandes princípios: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato.

O art. 421 inaugura o estudo dos contratos, demonstrando a imprescindível conjugação entre a liberdade contratual e o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF).

Remotamente, a função social do contrato prendia-se à própria função social da propriedade, eis que no liberalismo do século XIX o dogma da autonomia da vontade e a ampla liberdade contratual serviam de instrumento para que o indivíduo desse efetividade ao direito de propriedade.

Atualmente, os contratos são instrumentos por excelência de circulação de riquezas, sendo que as trocas demandam utilidade e justiça, censurando-se assim o abuso da liberdade contratual.

A função social não coíbe a *liberdade de contratar*, como induz a dicção da norma, mas legitima a *liberdade contratual*. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar. Porém, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem constitucional.

Atendendo ao que havia muito já mencionava o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a função social do contrato objetiva conjugar o bem comum dos contratantes e da sociedade. Portanto, podemos cogitar uma função social interna e uma função social externa do contrato.

A função social interna concerne à indispensável relação de cooperação entre os contratantes, por toda a vida da relação. Implica a necessidade de os parceiros se identificarem como sujeitos de direitos fundamentais e titulares de igual dignidade. Assim, deverão colaborar mutuamente nos deveres de proteção, informação e lealdade contratual, pois a finalidade de ambos é idêntica: o adimplemento, da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor.

Nesse plano, a função social se converte em limite positivo e interno à estrutura contratual, impedindo a formação de uma relação de subordinação sobre a pessoa do devedor, o que implicaria a quebra de sua autonomia privada com reflexo em seus direitos de personalidade.

Em qualquer relação contratual, os partícipes cedem uma parcela de sua liberdade jurídica em prol do êxito do programa comum. A função social interna pretende acautelar os contratantes da recuperação dessa liberdade contratual ao término do empreendimento conjunto.

Por outro ângulo, é sabido que os contratos interessam à sociedade. É inconcebível crer que, no momento atual, possam-se plagiar os oitocentistas, alegando que a relação contratual é *res inter alios acta* (ou seja, que apenas concerne às partes, e não a terceiros).

Os bons e maus contratos repercutem socialmente. Ambos os gêneros produzem efeito cascata sobre toda a economia. Os bons contratos promovem a confiança nas relações sociais. Já os contratos inquinados por cláusulas abusivas resultam em desprestígio aos fundamentos da boa-fé e quebra de solidariedade social.

Daí a necessidade de oponibilidade externa dos contratos em desfavor dos interesses dos contratantes. Ou seja, é possível que os contratos satisfaçam aos desígnios particulares dos contratantes, mas ofendam interesses metaindividuais - coletivos ou difusos. Basta supor a realização de avenças que afetem o meio ambiente, direitos de consumidores ou a livre concorrência. Em tais casos, a sociedade poderá intervir sobre as cláusulas contratuais ofensivas a direitos fundamentais.

O grande debate que hoje se estabelece é pertinente à tutela externa do crédito. As relações creditícias escapam do controle de seus artífices, alcançando terceiros que, algumas vezes, podem ser ofendidos por elas e, em outras hipóteses, podem até mesmo se colocar em situação de violar a relação da qual não fazem parte.

Sem dúvida, não é raro que um terceiro seja atingido por um contrato que, em princípio, lhe seja completamente estranho. Seria o caso daquele que é vítima de um acidente de consumo, derivado de relação em que não participara como consumidor *stricto sensu* (art. 2º do CDC). De acordo com o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, o *bystander* possui ação de responsabilidade objetiva contra os fornecedores do produto ou serviço defeituoso, na qualidade de consumidor equiparado.

Poder-se-ia inserir ainda a situação daquele que é vítima de um acidente de trânsito com relação ao contrato entre o autor do ilícito - que se recusa a ressarcir o dano - e a seguradora. No mesmo sentido, a situação do promissário comprador que integralizou as prestações do imóvel, em face do contrato de mútuo hipotecário entre a instituição financeira e a construtora que não lhe repassou os créditos.

Porém, da mesma forma que podem ser afetados por contratos alheios, terceiros também podem agir de forma a violar uma relação contratual em andamento. A função externa do contrato é via de mão dupla. Ilustrativamente, há o parecer de Antônio Junqueira de Azevedo (.RT* 750/113) acerca da atuação de distribuidoras de combustíveis que, ao promover a venda de produtos a postos de gasolina, quebram a exclusividade de fornecimento com outra distribuidora. A lesão ao contrato primitivo permite que se responsabilize a distribuidora, em solidariedade passiva com o posto de gasolina.

Em suma, a sociedade não pode se portar de modo a ignorar a existência de contratos firmados. Isso explica uma tendência de prestigiar a oponibilidade *erga omnes* das relações contratuais, com a imposição de um dever genérico de abstenção por parte de terceiros da prática de relações contratuais que possam afetar a segurança e a certeza dos contratos estabelecidos. Aliás, nesse mesmo sentido existe a regra do art. 608 do Código Civil.

Não se trata aqui de revogar a tradicional relatividade dos contratos, pois os seus efeitos obrigacionais compreendem apenas os seus protagonistas, mas de atenuar os seus efeitos perante a coletividade, prestigiando uma oponibilidade geral à maneira pela qual tradicionalmente vislumbramos nos direitos reais.

Em síntese, todo contrato é uma soma de seu tipo, sua estrutura e sua função. O tipo emana da conformação mínima do ordenamento jurídico sobre as relações econômicas mais comuns. A estrutura é dada pela vontade das partes no espaço reservado pela sociedade ao exercício da autonomia privada. A função social diz respeito às consequências objetivas da relação sobre a sociedade.

A função social do contrato é uma cláusula geral. Norma intencionalmente formulada de maneira vaga e imprecisa, a fim de que o magistrado possa densificar o seu conteúdo. A concretização da cláusula geral se dará em maior ou menor grau, conforme a concretude dos interesses envolvidos e as peculiaridades do caso. Diversamente do que ocorre com a função

social da propriedade, sobre a qual a Constituição Federal (arts. 182 e 184) é explícita quanto às sanções pelo seu inadimplemento, descurou o legislador de qualificar a consequência da ofensa à função social do contrato.

Parece-nos que, em casos extremos, há que aplicar a invalidade do negócio jurídico, por nulidade, em razão da ofensa à norma de ordem pública, na dicção do parágrafo único do art. 2.035. Contudo, prestigiando-se o princípio da conservação dos negócios jurídicos, sempre que possível, restringir-se-á a sanção ao plano da ineficácia da cláusula ofensiva à função social, preservando-se a relação jurídica no restante, como sugere o próprio artigo em comento, ao aludir a relação entre a função social e o *exercício* (e não a validade) da liberdade contratual.

Por último, não há similitude entre a declaração de invalidade do contrato por ilicitude do objeto e a ofensa à função social. Prende-se a ilicitude do objeto (art. 104, II, do CC) à investigação da causa do contrato e dos aspectos relacionados à vontade subjetiva das partes. Já a função social se prende às consequências sociais e objetivas do contrato, independentemente da sua origem. Por isso, é mesmo possível que o objeto contratual seja ilícito na formulação, sem que isso importe em quebra de sua função social. A recíproca é válida.

Jurisprudência: Enunciado n. 21 do Conselho da Justiça Federal: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, ao impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Ver também: TJMG, Ap. cível n. 1.0126.04.001302-4/001(1), rel. Maurílio Gabriel, j. 08.02.2007.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

CC/1916: sem correspondente.

A excepcional ascensão da boa-fé objetiva nas mais recentes legislações é fruto da superação de um modelo formalista e positivista que dominou os ordenamentos jurídicos no século XIX, sobrevivendo até o fim da II Guerra Mundial.

O dispositivo é a consagração do princípio da *Treu and Glauben* (lealdade & confiança), radicado no § 242 do *BGB* (Código Civil Alemão) de 1900: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego”.

Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, é possível ao magistrado adequar a aplicação do direito aos influxos de valores sociais, pois os limites dos fatos preconizados nas cláusulas gerais são móveis e passíveis de concretização variável.

Há que salientar que existem duas acepções de boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva. O princípio da boa-fé objetiva - circunscrito ao campo do direito das obrigações - é o objeto de nosso enfoque. Compreende ele um modelo de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

Em sentido diverso, a boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito, que em verdade só existe na aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância acerca da realidade dos fatos e da lesão a direito alheio. Localiza-se como atributo qualificativo de posse (art. 1.201 do CC) e requisito da usucapião ordinária (art. 1.242 do CC); também como elemento de apreciação de indenização de acessões e benfeitorias (arts. 1.219 e 1.255 do CC).

Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão.

Por isso, a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo regras de correção, na conformidade do agir do homem comum daquele meio social.

O princípio da boa-fé atuará como modo de enquadramento constitucional do direito das obrigações, na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual mais não é que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito negociai.

Os três grandes paradigmas do Código Civil de 2002 são eticidade, socialidade e operabilidade. A boa-fé é a maior demonstração de eticidade da obra conduzida por Miguel Reale. No CC/2002, o neologismo eticidade se relaciona de forma mais próxima com uma noção de moralidade, que pode ser conceituada como uma forma de comportamento suportável, aceitável em determinado tempo e lugar. Destarte, a boa-fé servirá como um parâmetro objetivo para orientar o julgador na eleição das condutas que guardem adequação com o acordado pelas partes, com correlação objetiva entre meios e fins. O juiz terá de se portar como um “homem de seu meio e tempo” para buscar o agir de uma pessoa de bem como forma de valoração das relações sociais.

Note-se que a boa-fé sempre será concretizada em consonância com os dados fáticos que se revelarem na situação jurídica. A eficácia da boa-fé deverá variar conforme a maior ou menor igualdade das partes no contexto espacial e temporal, enfim, a intensidade da aplicação do princípio será aferida nas circunstâncias, conforme a “ética da situação”.

A boa-fé é multifuncional. Para fins didáticos, é interessante delimitar as três áreas de operatividade da boa-fé no Código Civil de 2002. Desempenha papel de paradigma *interpretativo* na teoria dos negócios jurídicos (art. 113); assume caráter de *controle*, impedindo o abuso do direito subjetivo, qualificando-o como ato ilícito (art. 187); finalmente, desempenha atribuição *integrativa*, pois dela emanam deveres que serão catalogados pela reiteração de precedentes jurisprudenciais (art. 422).

A função integrativa da boa-fé resulta do art. 422 do Código Civil. Integrar traz a noção de criar, conceber. Ou seja, além de servir à interpretação do negócio jurídico, a boa-fé é uma fonte, um manancial criador de deveres jurídicos para as partes. Devem elas guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé. Aqui, prosperam os deveres de proteção e cooperação com os interesses da outra parte - deveres anexos ou laterais -, propiciando a realização positiva do fim contratual na tutela aos bens e à pessoa da outra parte.

O conteúdo da relação obrigacional é dado pela vontade e integrado pela boa-fé. Com isso, estamos afirmando que a prestação principal do negócio jurídico (dar, fazer e não fazer) é um dado decorrente da vontade. Os deveres principais da prestação constituem o núcleo dominante, a alma da relação obrigacional. Daí que sejam eles que definem o tipo do contrato.

Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela.

Os deveres de conduta são conduzidos ao negócio jurídico pela boa-fé, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor quanto sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo.

Por fim, o grande influxo integrativo da boa-fé está localizado nas relações obrigacionais duradouras e não naquelas instantâneas em que há coincidência temporal entre a contratação e a execução. Nas obrigações duradouras, exige-se uma execução com confiança recíproca e especial observância de diligência no cumprimento da atividade assumida, pois em uma vinculação de grande período cada uma das partes depende, mais do que em nenhum outro caso, da boa-fé no cumprimento do convencionado.

Parece-nos que o art. 422 não se olvidou da responsabilidade pré-contratual, tampouco da responsabilidade *post pactum finitum*. Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares (tratativas) e sobre aquilo que se passa depois do contrato. Não se pode olvidar de que estamos diante de norma de textura aberta, que induz os operadores à sua colmatação com base em argumentações já desenvolvidas na doutrina.

Em verdade, mesmo antes de a relação obrigacional ser pactuada, já existe o contato social entre as partes. Os deveres de conduta emergem no momento das primeiras negociações, pois a boa-fé objetiva diz respeito à manutenção da palavra empenhada. Assim, a complexidade da relação obrigacional apanha todo o processo relacionai construído pelas partes, não se podendo dissociar os acertos e as promessas inaugurais de tudo aquilo que se verificou após a subscrição do contrato.

O mesmo se entende da responsabilidade pós-contratual. A confiança recíproca - que permitiu a concretização da relação obrigacional - não termina no instante em que a prestação principal é satisfeita. Há uma enorme expectativa de que o outro contratante não frustrará os fins do pactuado. Isso explica a razão da corriqueira imposição de cláusulas de confidencialidade e de não concorrência no bojo de contratos negociados.

Jurisprudência: Enunciado n. 24, Conselho da Justiça Federal: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Ver também: TJMG, Ap. cível n. 1.0035.04.033566-9/002(1), rel. Mota e Silva, j. 24.11.2009.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

CC/1916: sem correspondente.

Os contratos de adesão traduzem um modelo de sociedade marcado pela massificação das relações econômicas. Não se trata de uma espécie de contrato, como a compra e venda ou a doação, mas de um instrumento contemporâneo de contratação no qual a manifestação de vontade não se exterioriza pelo consentimento tradicional, mas pela forma de adesão. O contrato por adesão convive com o tradicional contrato paritário, marcado pela existência de uma etapa de negociação de cláusulas.

A contratação por adesão possui uma grande característica: elimina a fase das conversações preliminares, pois uma das partes estabelece unilateralmente as condições gerais do contrato, sendo que o consentimento do outro contratante será a própria adesão em bloco - *take it or leave it*.

O art. 423 reconhece a contratual idade da adesão, mesmo que ela seja privada do espaço de discussão de cláusulas pela existência de certo desequilíbrio entre os contratantes. Em virtude desse desequilíbrio prévio, caberá ao ordenamento uma intervenção mais drástica so-

bre os contratos dessa natureza, a fim de que a parte mais débil possa se relacionar com total inteligência da avença.

O art. 423 cuida da interpretação do contrato de adesão. As suas cláusulas dúbias ou vacilantes serão interpretadas contra quem redigiu o contrato.

Porém, deve o dispositivo em estudo ser sempre aferido em conjugação com a norma geral de interpretação da boa-fé. No plano da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento do ordenamento jurídico, o art. 113 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. O magistrado não apelarà a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente às convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida. Deverá aferir a celeuma conforme os costumes e o tráfego jurídico do local em que se estabeleceu o contrato.

Há um equívoco em supor que os contratos de adesão sejam específicos das relações de consumo. Apesar de o Código de Defesa do Consumidor, por excelência, constituir-se em sede de tais contratos, nada impede que de relações privadas, envolvendo dois empresários ou particulares, nasçam contratos de adesão, sem que em um dos polos exista a figura do consumidor.

Normalmente os contratos são uniformes e direcionados a um número indeterminado de pessoas, posto que são confeccionados em formulários-modelo, despersonalizando-se as relações daí produzidas. Mas, como vimos no tópico anterior, nem todo contrato de adesão é padronizado ou *standardizado*, sendo suficiente à sua caracterização a inexistência de negociação entre as partes.

Isso explica a redação diferenciada do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor: “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Ou seja, nas relações entre os desiguais, a tutela ampla do vulnerável demanda critérios de interpretação mais elásticos, exclusivamente em benefício do consumidor. Já nas relações civis, haver-se-á de prestigiar especialmente o aderente tão somente no que for pertinente às cláusulas contraditórias.

Aliás, no diálogo de fontes, as normas gerais do Código Civil podem ser utilizadas subsidiariamente pelo consumidor, quando forem mais favoráveis que as do microssistema (art. 7º do CDC). Todavia, a recíproca não se aplica. Vale dizer, tendo o Código Civil silenciado sobre o conceito do contrato de adesão, que descabe o recurso à definição emprestada pelo art. 54 do Código consumeirista.

Jurisprudência: Ação de cobrança. Contrato de seguro. Indenização securitária. Cláusulas contraditórias. Dever do segurado em comunicar o sinistro. Presunção de boa-fé. Recurso conhecido e não provido. As cláusulas contratuais, em contratos de adesão, devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao aderente, no caso, o segurado (art. 423 do Código Civil). Constatada a existência de cláusulas contraditórias, pelo fato de uma excluir a cobertura securitária assegurada expressamente pela outra, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao segurado, no sentido de garantir o pagamento da indenização pelo adven- to do risco previsto no contrato [...]. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.07.668200-4/001(1), rel. Bitencourt Marcondes, j. 17.12.2008)

Ver também: STJ, REsp n. 222.148/SP, 4ª T., j. 01.04.2003. DJ 30.06.2003.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

É forçoso reconhecer que falar em contrato de adesão não implica reconhecimento de abusividade de cláusulas. Apesar do desequilíbrio de forças entre estipulante e aderente, um contrato de adesão pode ser equânime e não consubstanciar disposições iníquas.

Todavia, a própria técnica unilateral de construção do contrato de adesão propicia a incidência freqüente de cláusulas excessivamente desfavoráveis aos aderentes.

O art. 424 explicita justamente uma dessas hipóteses. Uma cláusula que implique renúncia antecipada do aderente a um direito subjetivo será certamente lesiva à função social interna do contrato (art. 421 do CC) e ao dever anexo de proteção (art. 422 do CC), ínsitos a qualquer relação contratual.

Basta cogitar de cláusulas de limitação de responsabilidade. Assim, se em um contrato negociado as partes podem, por cláusula expressa, reduzir ou excluir a responsabilidade pela evicção (art. 449 do CC), o mesmo não acontecerá em contratos de adesão diante da sanção de invalidade prevista no artigo em comento.

Certamente, poderá o estudioso estranhar a timidez do legislador em contraste com a amplitude das hipóteses de tutela de consumidores quanto às cláusulas que impossibilitem, exonerem, atenuem ou impliquem a renúncia de novos direitos (art. 51, I, II, III, VI, XV e XVI, do CDC).

Contudo, há antijuridicidade e ilicitude objetiva em qualquer atuação do estipulante ofensiva à cláusula geral do abuso do direito (art. 187 do CC). Coíbe-se todo e qualquer exercício excessivo e desmedido de direito subjetivo que importe na aposição de cláusulas despidas de legitimidade, a ponto de ultrapassarem os limites éticos do ordenamento.

Enfim, conjugando-se os arts. 423 e 424, parece-nos que o legislador concedeu especial atenção a dois momentos: a interpretação do contrato de adesão e a fiscalização sobre o seu conteúdo, prestigiando a equidade contratual.

Jurisprudência: Ação de rescisão de contrato. Cumulação com perdas e danos. A existência de multa contratual não afasta o direito de rescisão do pacto, fundada na inadimplência de um dos contratantes, pois a parte lesada pelo inadimplemento tem o direito de pedir a resolução do contrato (art. 475, CCB). É nula a disposição contida em contrato de adesão que estipula a renúncia antecipada dos aderentes ao direito de restituição integral dos valores pagos, mesmo no caso de inadimplemento da obrigação de entrega do imóvel no prazo ajustado (art. 424, CCB e 51, IV, §1º, I, II e III, CDC). A tolerância pactuada para permitir obras de acabamento não se traduz em uma prorrogação do prazo de entrega do imóvel, pois apenas autoriza a construtora nele realizar obras de arremate. Interpretação conforme impõe o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor [...]. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.07.800120-3/001(1), rel. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 06.08.2009)

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

CC/1916: sem correspondente.

O Direito romano, excessivamente preocupado com o rigor formal, restringia os contratos aos tipos de negócios jurídicos taxativamente enumerados. Porém, o individualismo e o liberalismo econômico subjacentes aos códigos modernos permitiram que as partes pudessem concluir contratos que não fossem especialmente regulamentados pelo legislador. Isso demonstra que a gênese dos contratos se encontra na vontade, devendo as formas se colocarem a seu serviço.

Consistem os contratos atípicos justamente nessa maior amplitude de ação reservada aos particulares em sua autonomia privada e liberdade contratual. Não se confundem com

os contratos inominados, apesar de ser comum a confluência. O contrato atípico não está devidamente regulamentado, já o contrato inominado é aquele que não possui *nomen juris*. Exemplificando, o contrato de franquia é nominado e atípico. Enfim, todo contrato típico é nominado, mas a recíproca não é válida.

A liberdade contratual que permite a elaboração de contratos atípicos é objeto de controle pelos princípios da boa-fé, função social e justiça contratual. Ou seja, amplia-se a autonomia privada, mas não a ponto de ferir a ordem pública, como tal considerado o exposto no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil. Não se olvide de que qualquer negócio jurídico é sujeito ao regime de validade do art. 104 do Código Civil.

Existem contratos atípicos que se caracterizam por sua complexidade, já que conjugam aspectos de vários contratos típicos. É o caso do arrendamento mercantil - *leasing*. Nele podemos observar a incidência de uma locação atrelada a um mútuo, com opção de compra e venda em sua fase derradeira.

Apesar de o constituto possessório ter sido suprimido como forma contratual de aquisição e perda da posse no Código Civil de 2002, entendemos que não há vedação para que sua atipicidade seja contemplada pelo art. 425, como espécie de negócio jurídico bilateral em que, por meio de uma inversão, aquele que possuía em nome próprio passa a possuir em nome alheio. Entendimento contrário poderia gerar discussão sobre a legitimidade *ad causam* desse tipo de possuidor para a propositura de ações possessórias.

Para a interpretação do conteúdo dos contratos de tal jaez, caberá ao magistrado observar as disposições dos contratos típicos que lhe serviram de referência. Outrossim, deverá recorrer o intérprete aos usos e costumes do lugar de sua celebração (art. 113 do CC), pois os contratos atípicos correspondem a interesses sociais que não coincidem muitas vezes com a previsão racional do legislador.

Aliás, não se justifica a exclusão, no Código Civil de 2002, de contratos como franquia, arrendamento mercantil e contratos bancários (desconto, abertura de crédito). Cuida-se de modelos largamente utilizados, que tranquilamente poderiam integrar um código que tenha pretensão à estabilidade.

Em um mundo globalizado e informatizado, marcado pelo incessante tráfego econômico e jurídico, aflora a atipicidade na contratação. Atualmente, a *lex mercatoria* pretende conceber um direito universal que rompa com as limitações jurídicas produzidas pela peculiaridade dos regimes jurídicos de cada Estado. A finalidade negociai consiste na circulação rápida de créditos globalizados, por meio de modelos atípicos que correspondam aos interesses do mercado, com uniformização de condutas comerciais. Citemos, como exemplo, os Incoterms (*International commercial terms*).

Nesse ponto, o art. 425 guarda especial vinculação com os dois artigos que o antecedem. Justamente pela necessidade de superar o imobilismo da lei em tempos de grande dinamismo econômico, os empresários culminam em conceber contratos atípicos com inclusão de cláusulas uniformes que devem ser rigorosamente sancionados pelo sistema.

Jurisprudência: Direito privado. Concessão de revenda com exclusividade. Resolução unilateral. Responsabilidade indenizatória. Contratos atípicos. Princípios gerais do direito obrigacional e contratual. Recurso não conhecido. Consoante a doutrina, os contratos atípicos devem ser apreciados não apenas pela disciplina legal dos contratos afins, mas: primeiro, pela analogia; segundo, de acordo com os princípios gerais do direito obrigacional e contratual; terceiro, pela livre apreciação do juiz. (STJ, REsp n. 5.680,4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.11.1990)

Ver também: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.22117, rel. Des. Mônica Costa Di Piero, j. 22.05.2007; e TJRS, Ap. cível n. 70.021.705.470, rel. Orlando Heemann Júnior, j. 13.03.2008.

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

CC/1916: art. 1.089.

A única maneira negociai de operar a transmissão de todo um patrimônio é o negócio jurídico unilateral *mortis causa* do testamento. Em qualquer uma de suas modalidades ordinárias (arts. 1.862 a 1.885) ou especiais (arts. 1.886 a 1.896), requer o ato de vontade do testador e demais solenidades para afirmar a sua validade, sendo que a eficácia do negócio jurídico é condicionada ao evento morte.

Por se tratar de negócio unilateral, o testamento poderá ser revogado a qualquer tempo, prevalecendo as derradeiras disposições do testador.

Todavia, é inválido o contrato de herança de pessoa viva. Conhecido como *pacto sucessório*, esse contrato é um negócio jurídico bilateral, efetivado com a integração do consentimento dos herdeiros e/ou legatários. Assim, sobejaria desnaturada a revogabilidade das disposições de última vontade, pois ao contratante seria vedada a resilição unilateral do pacto, privando uma pessoa de regular a sua própria sucessão.

A vedação da sucessão contratual também é de ordem moral. A formalização de um contrato de tal natureza é conhecida como *pacto corvina*, pois gera clima de expectativa de óbito entre os herdeiros, que como corvos aguardam por esse momento. É flagrante a nulidade do ato pela ilicitude do objeto (art. 166, II, do CC).

Contudo, o ordenamento jurídico permite a partilha em vida pelo ascendente, por ato entre vivos (art. 2.018 do CC), desde que o doador estipule direito real de usufruto sobre renda suficiente para sua subsistência (art. 548 do CC). Aqui a hipótese é diversa. Há uma transferência antecipada de patrimônio que dispensa o futuro inventário. A divisão patrimonial produz efeitos imediatos sob a forma de escritura de doação, respeitando as legítimas dos herdeiros necessários.

Por último, a vedação ao pacto sucessório não impede que alguém realize liberalidades em vida com bens integrantes de seu patrimônio. Tratando-se de disposições em prol de descendentes e cônjuge, qualquer valor porventura doado será considerado como adiantamento de legítima, sujeito à colação ao tempo do óbito. A conferência é indispensável para a reposição da igualdade das legítimas (art. 544, c/c o art. 2.003 do CC). Caso a liberalidade seja efetuada em favor de outros beneficiários, haverá a redução das doações que se revelem inoficiosas (art. 549 do CC).

Jurisprudência: Civil. Acordo fiduciário. Cláusula dispondo de herança de pessoa viva. Ineficácia. Art. 1.089, CC. Incidência. Art. 928, CC. Inexistência de contrariedade. Agravo desprovido. A eficácia da cláusula de destinação dos rendimentos produzidos pelos ativos líquidos da sociedade (comandita por ações), após a morte dos fiduciários, estava condicionada à sua inclusão no testamento dos mesmos, em face do disposto no art. 1.089, CC, que impede seja objeto de contrato sobre herança de pessoa viva. (STJ, Ag. Reg. n. 375.914/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.12.2001)

Ver também: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 5.260.004.000, rel. Piva Rodrigues, j. 01.07.2008; e TJMG, Ap. cível n. 1.0433.07.220400-4/001(1), rel. Wagner Wilson, j. 05.09.2008.

Seção II

Da Formação dos Contratos

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

CC/1916: art. 1.080.

Pelo princípio do consensualismo - salvo nos contratos que exigem a forma como substância do ato -, o acordo de duas ou mais vontades é bastante para o aperfeiçoamento do negócio jurídico bilateral. O consentimento é pressuposto de existência do negócio, na medida em que sem ele não há o suporte fático para que o ato ingresse no mundo jurídico.

Quando aludimos a duas vontades, falamos de duas partes e não de duas pessoas. Parte e pessoa não se confundem, pois a parte, como “centro de interesses”, pode se compor de várias pessoas. Por isso, a formação do contrato requer a participação de vontades lastreadas em posições econômicas antagônicas, objetivando uma composição de interesses, funcionalizada a uma colaboração intersubjetiva com respeito à boa-fé objetiva e à função social do negócio jurídico. Não é conveniente falar em polos opostos, mas em uma aproximação de parceiros para a realização da finalidade comum do adimplemento da obrigação.

Note-se que nem todos os contratos são formados de maneira instantânea, mediante simples convergência de oferta e aceitação. Existem os contratos de formação progressiva, como os contratos reais. Neles, a tradição da coisa é requisito para o aperfeiçoamento do negócio jurídico e não a sua fase de execução. Assim, em um contrato de penhor ou de comodato, a manifestação de vontade é insuficiente, pois é reclamada a entrega do bem móvel ou imóvel para que possa o negócio se formar.

A oferta, ou policitação, é a declaração receptícia de vontade pela qual alguém (policitante) efetivamente dirige a vontade a outrem (aceitante), pretendendo celebrar um contrato. É um equívoco entender oferta e aceitação como dois negócios unilaterais sucessivos, pois nenhuma das partes declara o efeito apenas por si desejado, mas espera o acordo da outra. O proponente deseja a aceitação, enquanto o aceitante se manifesta nos limites da anterior oferta.

Para ser considerada como tal, a oferta será qualificada pela firmeza, precisão e completude, consubstanciando todos os elementos do contrato que será celebrado. A proposta é uma manifestação de vontade com carga de definitividade. Caso contrário, tratar-se-á de mero convite para a apresentação de uma proposta, ou o início das tratativas (negociações preliminares), sem efeito vinculante, pois o declarante deseja apenas sondar parceiros e iniciar um futuro contrato. Exemplificando, uma proposta de compra e venda que omita menção ao preço não gera contrato em caso de aceitação por parte do oblato, em razão da falta de indicação do valor, um dos elementos essenciais do referido negócio jurídico (art. 481 do CC). É vedado ao juiz fixar o *quantum* diante de sua indeterminação pelo proponente.

Aliás, as negociações preliminares indicam um período de intenso debate entre pessoas que mais à frente se decidirão ou não pela realização do contrato. Mesmo a efetivação de uma minuta ou carta de intenções não gera vinculação. Ao comentarmos o art. 422, vimos que eventualmente a lesão à boa-fé objetiva na fase das tratativas justificará a responsabilidade civil pré-contratual, pela ofensa aos deveres anexos ou laterais que irrompem do contato social, por parte daquele que atrai a confiança do negociante e injustificadamente rompe as conversações, causando-lhe prejuízos. Não se trata ainda de responsabilidade contratual, pois o recesso se deu antes da convergência entre oferta e aceitação.

Há uma relevante incongruência na letra do artigo em comento. A proposta de contrato não *obriga* o proponente, pois o termo obrigação se refere a uma relação jurídica em que alguém se vincula perante outrem no cumprimento de uma prestação de dar, fazer ou não fazer.

Ou seja, o fato de o proponente efetuar a proposta não implica obrigatoriedade de contratar em definitivo. Isso só ocorrerá após a aceitação. Em verdade, visando à proteção da segurança das relações negociais, o legislador diz que o proponente se encontra em situação de sujeição, posto que executará precisamente os termos da proposta caso o oblato exerça o direito potestativo da aceitação, submetendo aquele à concretização do conteúdo integral da proposta.

A “irrevogabilidade” da proposta não possui caráter absoluto, sob pena de se confundir com o próprio contrato. Portanto, perde a obrigatoriedade por duas razões: quando resulte de seus termos ou da própria natureza do negócio e das circunstâncias do caso. Na primeira hipótese, incluem-se os casos em que o ofertante declara a alguém o desejo de futuramente lhe locar determinado imóvel - inclusive com manifestação quanto ao valor. Trata-se de mera intenção, que não se confunde com a imediata vontade de contratar. Da mesma forma, não obriga a proposta que embute a previsão de facultatividade de vinculação pelo ofertante em caso de aceitação, como nas declarações “salvo confirmação” ou “sem compromisso”. Assim, só a aceitação posterior do proponente determinará a conclusão do contrato, pois em princípio apenas deseja conhecer melhor as intenções do declaratório.

Apesar da omissão do Código, temos que a morte ou a superveniente interdição do proponente não revogam a proposta. A declaração de vontade se assemelha à norma, uma vez que inicialmente é subjetivada na pessoa de seu autor, mas, emitida a manifestação, adquire autonomia e se desprende da pessoa do ofertante, passando a circular no mundo jurídico. Se houve a responsabilidade do emitente ao emanar a vontade e a confiança do aceitante em sua seriedade, a boa-fé objetiva exige que os herdeiros e o representante do policitante assumam a declaração de vontade, exceto em se tratando de negócios jurídicos que envolvam obrigações personalíssimas.

Jurisprudência: Compra e venda de imóvel. Desistência do negócio após a aceitação pelo vendedor da proposta feita pelo comprador. Vinculação das partes ao contrato, nos termos do art. 427 do CC, o que impõe a condenação do comprador a indenizar o autor o valor correspondente a primeira parcela do contrato, que já estava vencida e não foi paga. Sentença mantida. Não provimento. (TJSP, Ap. cível n. 5.698.894.000, rel. Enio Zuliani, j. 16.07.2009)

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

CC/1916: art. 1.081.

As exceções ao princípio da irrevogabilidade da proposta constam dos incisos I a IV do presente dispositivo. Aliás, são tantas as exceções, que podemos mesmo indagar se a irrevogabilidade é verdadeiramente a regra. Para facilitar a compreensão, cabe diferenciar entre a proposta à pessoa presente e aquela à pessoa ausente, bem como a oferta feita com ou sem prazo.

A proposta à pessoa presente é aquela em que existem plenas condições de imediata resposta pelo aceitante. Dispensa-se, todavia, a presença física das partes, basta a interlocução.

Quando o inciso I dispõe sobre "meio de comunicação semelhante" ao telefone, exprime a presença na aceitação pela internet e outros meios de comunicação em tempo real.

A pessoa ausente é aquela que não possui meios para responder prontamente ao ofertante, como nas hipóteses da emissão da proposta por telegrama ou fax. Nesse caso, o contrato se aperfeiçoa com a expedição da aceitação pelo oblato, sendo insuficiente a mera recepção da proposta pelo ausente para a conclusão do contrato. A expedição da aceitação apenas não bastará quando o policitante se comprometer a aperfeiçoar o contrato com a recepção da resposta.

A oferta com prazo estipulado pelo policitante cria para o destinatário a legítima expectativa de que a sua aceitação naquele termo vinculará as partes. Daí que a irrevogabilidade da oferta acompanhada de prazo de aceitação é uma consequência do princípio da confiança e da necessidade de seriedade e segurança no tráfego jurídico. Aliás, a retirada da oferta antes de expirado o prazo conduz à obrigação de reparação de danos em favor daquele que assumiu despesas por acreditar na conclusão do contrato. A retratação é indenizável, independentemente da cogitação de culpa do proponente.

Pois bem, tratando-se de oferta entre presentes, cai a obrigatoriedade em não havendo imediata aceitação. Excepciona-se a proposta elaborada com a concessão de prazo determinado, a fim de que o aceitante possa conhecer melhor os seus termos. Em sede de internet, qualquer aceitação poderá se realizar enquanto a oferta se mantiver no servidor, pois quando subtraída do *site* já não será acessível ao público e não mais subsistirá.

Quando o contrato que obriga imediatamente o aceitante é uma relação de consumo, devemos sempre recordar o prazo de reflexão a que alude o art. 49 da Lei n. 8.078/90 mesmo se aplica aos contratos eletrônicos a distância (contados da data em que o consumidor enviou a aceitação ao fornecedor). O consumidor que adquire produtos ou serviços fora do estabelecimento do fornecedor é muitas vezes sugestionado por pressão psicológica. Daí o direito potestativo de, no prazo decadencial de sete dias, resilir unilateralmente o contrato mediante denúncia (art. 473 do CC).

Já na proposta sem prazo endereçada a pessoa ausente (inciso II), ela deixa de ser obrigatória quando decorre tempo suficiente para que a resposta alcance a pessoa do proponente. Há um limite razoável de tempo, aferível pelas circunstâncias, em que a resposta do aceitante deva chegar ao conhecimento do policitante, sob pena de perda da eficácia do ato de aceitação. O *razoável* seria uma espécie de termo moral ou prazo tácito, que será aferido na linha da equidade.

Consoante o inciso III, nas hipóteses de estipulação de prazo fatal para a aceitação, a única possibilidade de quebra de obrigatoriedade da proposta resultará da não expedição da resposta (aceitação) no prazo dado pelo ofertante. Inegavelmente, será ainda caso de considerar a retratação aquele em que o arrependimento do proponente alcançar o destinatário antes mesmo que este tenha ciência da proposta (inciso IV). Basta supor a retratação por via de carta com sedex daquele que enviou proposta por carta ordinária. A retratação será ineficaz caso chegue posteriormente à proposta.

Jurisprudência; Cambial. Ação anulatória de duplicata. Emissão de título por prestação de serviços. Ausência de requisitos na cambial. Falta de aceite e por indicação. Duplicata que não corresponde a contrato. Ônus da recorrida para comprovar aceitação alegada pela recorrente. Proposta. Inteligência do art. 428 do Código Civil. Ausência de deveres da boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva da recorrida. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 7.339.424.800, rel. Cardoso Neto, j. 01.07.2009)

TJRS, Ap. cível n. 70.027.301.274, rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 21.01.2009.

TJRS, Ap. cível n. 70.030.681.324, rel. José Aquino Flores de Camargo, j. 21.10.2009.

Art. 429. A oferta ao público equívale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.

CC/1916: sem correspondente.

A proposta é a declaração de vontade dirigida a alguém com quem se quer contratar. A proposta *ad incertam personam* é a oferta ao público, que não perde a natureza de declaração receptícia de vontade, pelo fato de o oblato não poder ser identificado. A indeterminação será transitória, pois a formação do contrato demanda a determinação do aceitante. Portanto, a oferta não é propriamente realizada para uma coletividade, mas a cada um do público.

Assim, o Código Civil opera a distinção entre os termos *proposta* e *oferta*. Aquela dirigida a um destinatário determinado; esta, ao público em geral.

A oferta somente assume ares de definitividade quando consubstancia os requisitos essenciais do contrato. Caso contrário, será considerada uma recomendação para que sejam encaminhadas propostas ao anunciante.

O sistema de oferta ao público adotado pelo Código Civil é diverso daquele concebido para o Código de Defesa do Consumidor, no qual a oferta pública é irrevogável. Já nas relações privadas, o dispositivo e seu parágrafo único excepcionam a obrigatoriedade quando resultar das circunstâncias ou dos usos, além da possibilidade de o próprio polícitante revogar a oferta, quando tal ressalva for expressa na proposta ao público.

Na formação das relações contratuais de consumo é necessário corrigir previamente as profundas desigualdades materiais entre as partes, para que aquele que é submetido por pressões e métodos publicitários à efetivação do contrato alcance uma real autonomia da vontade. Essa vontade racional e ponderada só será alcançada se o conteúdo dos contratos não mais se reduzir às imposições subjetivas do fornecedor, atendendo objetivamente aos ditames da boa-fé objetiva e aos deveres anexos dela decorrentes.

Sendo a formação do contrato de consumo guiada pelo princípio da transparência (art. 4º do CDC), o equilíbrio entre os contratantes resultará principalmente da diversa noção de oferta preconizada pelo art. 30 da Lei Consumeirista. Não apenas toda informação constitui uma oferta vinculativa ao fornecedor, como o fornecedor sempre será qualificado como proponente, pois todas as suas manifestações serão presumidas como ofertas, cabendo a aceitação ao consumidor. Essa orientação acautela a correção e a lisura em tais relações, preservando as legítimas expectativas do contratante mais frágil.

Na medida em que a nova norma civil não alterou o regramento das relações especiais de consumo sobre a oferta ao público (arts. 29 a 38 da Lei n. 8.078/90), temos que as ofertas direcionadas a consumidores serão regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, enquanto aquelas formuladas para comerciantes - atacadistas - serão disciplinadas pelo Código Civil. Será tarefa árdua identificar hipóteses de ofertas ao público desvinculadas de relações de consumo em contratos de adesão. Poder-se-ia cogitar de uma oferta efetuada por um empreendedor imobiliário para aqueles comerciantes que desejam adquirir lojas em um novo *shopping center*.

Mas, para além dos contratos de adesão, a oferta ao público é visualizada em contratos de licitação, sobretudo em concorrências abertas pelo poder público, e em concursos para a escolha de empregados e a seleção de projetos.

Ao tratar da oferta ao público, o Código de Defesa do Consumidor é mais rigoroso que o sistema privado, pois o art. 35 da Lei n. 8.078/90 permite ao consumidor, em caso de recusa de fornecedor ao cumprimento, a possibilidade de demandar a tutela específica da obrigação nos termos da oferta, da apresentação ou da publicidade. Trata-se do princípio da sufi-

ciência, que *a priori* não se aplicaria ao Código Civil, para o qual se reservaria a indenização por perdas e danos quando o ofertante desonrasse a proposta ao público. Porém, a nosso visto, aplica-se imediatamente às normas civis a execução específica das obrigações de dar e fazer (arts. 461 e 461-A do CPC), possibilitando ao aceitante a efetivação do direito subjetivo ao resultado útil do contrato.

A oferta ao público adquire vulto descomunal na sociedade tecnológica, em que a internet e os meios eletrônicos e de telecomunicação massiva facilitam a contratação a distância. O comércio eletrônico é praticado de forma absolutamente despersonalizada, por *e-mail*, *on-line* e por outros veículos virtuais. A confiança do contratante é atraída e os contratos surgem pela via da adesão da vontade nas compras de produtos e prestações de serviços. Qualquer espécie de contrato que não exija solenidade especial pode ser realizada pelas modernas vias “desmaterializadas”.

Haverá a necessidade de conceder superior proteção aos consumidores, em razão de sua especial vulnerabilidade técnica no trato dos mecanismos eletrônicos e no grande poder de sugestão das imagens e informações, muitas vezes falhas e distorcidas, empregadas por fornecedores em publicidades alocadas pelas ofertas públicas em *sites*, *links* e *e-mails*.

A proposta dos fornecedores consubstancia todos os elementos da oferta de consumo, sendo aplicável ao comércio eletrônico a vinculação assinalada no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo por se referir à expressão “qualquer forma ou meio de comunicação”. Assim, deverá o fornecedor, pela internet, concluir o contrato após a oferta, não podendo revogá-la após a sua publicação. Aliás, diante da ausência de regulamentação específica da matéria, apenas se exclui da abrangência do Código de Defesa do Consumidor a discussão acerca de autenticação dos documentos eletrônicos e as garantias quanto à utilização dos dados.

Jurisprudência: Dano moral. Inocorrência. Contrato de mútuo bancário. Negativa de concessão de crédito. Inexistência de obrigação de contratar se presente ressalva quanto à necessidade de avaliação do crédito na oferta ao público. Consumidor que deve demonstrar preencher objetivamente todos os requisitos para contratação. Apresentação, ademais, de fundamento razoável para a recusa do crédito. Consumidora que apresentava prévio comprometimento de sua renda mensal. Inteligência dos arts. 30 do CDC, 429 do Cód. Civil e inciso I do art. 333 do Cód. de Proc. Civil. Sentença de improcedência mantida. Apelação improvida. (TJSP, Ap. c/ revisão n. 7.330.771.600, rel. José Tarciso Beraldo, j. 29.04.2009)

Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

CC/1916: art. 1.082.

Até agora, detivemo-nos na proposta. Vimos que ela ainda não traduz um contrato, mas acarreta força vinculante para o peticitante que a promove. Sua seriedade e precisão servem como ponto de partida ao aperfeiçoamento do negócio, pois define a estrutura e as linhas gerais do tipo contratual que será desenvolvido.

A aceitação será conceituada como o direito potestativo do oblato de constituir o contrato que lhe foi ofertado. Se, em regra, a declaração receptícia de aceitação se manifesta expressamente, nada impede que o silêncio circunstanciado importe em idênticas consequências.

A aceitação só será considerada como tal quando importar em definitiva vontade de contratar, mesmo que não corresponda a uma manifestação de vontade nos moldes tradicionais. Por isso, cuidando-se de internet, o ingresso em determinado *site* por meio do toque de uma tecla implica aceitação, assim como o ingresso em um transporte coletivo indica o de-

sejo de contratar. Nas ofertas ao público realizadas por máquinas (v. g., *flipper*), o simples depósito de uma moeda implica aceitação.

No direito brasileiro, ninguém será obrigado a aceitar proposta de contratação, exceto quando se tratar de contrato preliminar (art. 464 do CC) ou dos contratos obrigatórios (v. g., seguro de responsabilidade civil de veículos).

Observamos ainda que a formação do contrato de seguro é distinta de qualquer outro contrato consensual. A proposta parte da pessoa do segurado, não da seguradora (art. 759 do CC), pois aquele deverá declarar os elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco, para que a seguradora possa avaliar se aceitará ou não o contrato de seguro.

A partir do momento em que o oblato adere à proposta e se torna o aceitante, a oferta se converterá em contrato. Todavia, somente produz efeitos a aceitação que chega ao conhecimento do proponente. Em princípio, o aceitante acredita na consumação do contrato por ter expedido a resposta em tempo oportuno, ou seja, dentro do prazo previsto pelo ofertante.

Nada obstante, dispõe o artigo em exame que, caso a aceitação custe a alcançar o proponente, em razão de um evento alheio à vontade do aceitante, incumbirá àquele a imediata comunicação do evento, sob pena de eventual responsabilização civil. Em suma, pelo fato de o contrato não poder ser concluído pela extemporaneidade da aceitação, exige-se a boa-fé do proponente, no sentido de não iludir as legítimas expectativas do aceitante, comunicando-lhe prontamente o ocorrido, pois, caso contrário, culminará na efetuação de despesas e recusará outros negócios, na falsa crença de o contrato ter sido celebrado.

Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.

CC/1916: art. 1.083.

Quando a proposta for realizada entre pessoas presentes, a aceitação será imediata na ausência de prazo. Caso se imponha um termo, exige-se que a aceitação seja formulada ou expedida dentro desse prazo. No que tange aos ausentes, a aceitação deverá chegar ao conhecimento do proponente em prazo razoável, conforme as circunstâncias, ou, havendo prazo, a resposta será dentro dele expedida (art. 428, II e III).

Destarte, a aceitação tardia desvincula o proponente, que não será vinculado à contratação, na medida em que a própria proposta exclui a sua irrevogabilidade diante de uma resposta intempestiva (art. 427 do CC). Porém, pode ocorrer de a aceitação tardia se convolar em uma nova proposta pelo fato de sofrer adaptações pelo aceitante. Se essa "contraproposta" for aceita pelo ofertante, haverá uma inversão de papéis: o proponente se transforma em aceitante e será viabilizada a contratação.

Em princípio, exige-se uma coincidência entre as duas declarações (oferta e aceitação) para a formação do contrato. A divergência do oblato indica o dissenso sobre aspectos principais ou secundários do negócio jurídico. A introdução de adições ou restrições, mesmo na aceitação tardia, acarreta a modificação da proposta e a possibilidade de nova aceitação, agora do proponente, assumindo foros vinculativos.

Jurisprudência: Direito civil. Proposta de renegociação de dívida. Pagamento não realizado até o dia do vencimento. Art. 431, Código Civil. Aplicação. Não efetuado o pagamento da proposta de renegociação de dívida até o dia do vencimento, fica o proponente desobrigado da proposta realizada, restando a seu critério aceitar ou não pagamento em data posterior, por se tratar de nova proposta, nos termos do art. 431 do Código Civil. (TJMG, Ap. cível n. 1.0051.07.019854-7/001(1), rel. Mota e Silva, j. 24.11.2009)

Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

CC/1916: art. 1.084.

Em regra, a aceitação do agente se manifestará de forma expressa. Seja pessoalmente, seja por outras vias acrescidas pela sociedade moderna, avulta o consenso, dispensando-se formalidades. A exteriorização da declaração de vontade propicia estabilidade nas relações negociais e dissemina o tráfego jurídico. Aliás, o art. 110 do Código Civil não reconhece a reserva mental como valiosa, sendo despicienda a vontade interna e real do declarante quando não coincidir com a manifestação do agente - exceto se o outro contratante sabia da motivação encoberta. Exemplificando, no ato do casamento, importará a vontade declarada pelo nubente, mesmo que no íntimo o matrimônio seja contraído com o objetivo de aquisição de nacionalidade.

Muitas vezes, contudo, os costumes e convenções sociais indicam condutas e gestos que evidenciam a aceitação, como o acenar com um movimento de braço em um lance de leilão. Cuida-se de aceitação implícita baseada em padrões sociais.

A dispensa à expressa aceitação também pode derivar da própria lei. Seria o caso da aceitação da herança, pelas formas tácita e presumida: tácita quando o herdeiro pratica atos compatíveis com sua condição, como o ingresso nos autos de inventário (art. 1.805 do CC); presumida quando não se manifeste ao ser interpelado sobre a aceitação da herança (art. 1.807 do CC).

Ademais, podem-se convencionar formas alternativas de aceitação em cláusula contratual. Basta pensar em um contrato de empreitada em que o negócio jurídico será renovado em caso de ausência de manifestação das partes em determinado prazo previamente assinalado.

A segunda parte do artigo se refere a casos em que o proponente dispensa a aceitação expressa pelo oblato. Assim, se é dado um prazo de trinta dias, superado o termo, a aceitação se presume pela conduta passiva do aceitante.

Recorde-se que, em princípio, o silêncio não autoriza a emissão da vontade negociai. Porém, o art. 111 do CC infere a manifestação de vontade extraída do silêncio, quando as circunstâncias e os usos autorizarem. Ou seja, há casos em que o silêncio revela um comportamento concludente e possui significado social relevante, produzindo efeitos positivos. Ao contrário da declaração expressa de vontade, vinculativa ao emissor pela sua responsabilidade e emanção objetiva de confiança aos declaratórios, determinadas condutas admitem, conforme o tipo negociai, a vontade de conclusão do negócio jurídico. Basta pensar no silêncio dos que praticam contratos pela internet. O mero toque nas teclas gera a aceitação, uma conduta social típica marcada por uma manifestação tácita de vontade.

Portanto, de vez em quando valerá a máxima “quem cala consente”, cabendo ao magistrado decidir em certas situações qual será o prazo razoável para que isso ocorra, respeitando o princípio da boa-fé objetiva para preencher o conceito jurídico indeterminado do *costume*, a que alude o art. 432. Seria o caso das partes que já se habituaram por contratos anteriores a admitir o silêncio como aceitação.

Para além do Código Civil, nas relações consumeiristas entendeu o legislador que é inaplicável a regra do art. 111 do CC. O silêncio do consumidor remete frequentemente a condutas abusivas do fornecedor de produtos e serviços. O art. 39, III, do Código de Defesa do Consumidor, taxa como abusiva a prática da remessa de produtos e serviços sem a prévia solicitação do consumidor, como o envio de cartões de crédito. A inércia do consumidor não importará em aceitação, pois o produto enviado será considerado “amostra grátis”.

Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

CC/1916: art. 1.085.

Este dispositivo apresenta especial conexão com o art. 428, IV, que permite a retratação do proponente, caso esta alcance o declaratório antes da proposta ou simultaneamente a ela.

O art. 433 permite a retratação do aceitante, desde que ela alcance o proponente em momento anterior ou concomitante ao da recepção da aceitação. Caso a retração seja extemporânea, o então declaratório se converte em oblato, devendo assumir os direitos e as obrigações decorrentes do contrato já formado, sob pena de sofrer as consequências do inadimplemento.

Apenas constatamos um equívoco na formulação da redação do artigo. Não se pode cogitar de inexistência da aceitação, e sim de sua ineficácia superveniente. Da mesma forma que a expedição tempestiva da manifestação é fator de eficácia da aceitação (art. 431 do CC), a sua retratação importará, conseqüentemente, em perda da eficácia. Não se pode falar em inexistência superveniente, bem como em invalidade superveniente. O ato existe, pois a aceitação se verificou. Simplesmente deixou de produzir efeitos diante do arrependimento, como uma espécie de resilição unilateral (art. 473 do CC), em que o aceitante exerce o direito potestativo à denúncia, dentro do prazo decadencial citado no dispositivo.

Jurisprudência: TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.62479, rel. Des. Antônio Carlos Amado, j. 31.01.2007.

Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

- I - no caso do artigo antecedente;
- II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;
- III - se ela não chegar no prazo convencionado.

CC/1916: art. 1.086.

No que concerne à formação do contrato, duas teorias são apresentadas. De acordo com a doutrina da *recepção*, a formação do contrato ocorre no momento em que o proponente é cientificado da aceitação, mesmo que não tenha conhecimento efetivo de seu conteúdo. Já para a teoria da *expedição*, avulta-se o tempo do envio da vontade pelo aceitante como instante do encontro de manifestações e nascimento do contrato, sendo insuficiente a simples declaração no sentido da aceitação. A teoria da recepção é criticada pela incerteza quanto à determinação do tempo da formação do contrato, o que desestimula o comércio jurídico.

Em sintonia com a linha já adotada pelo Código anterior, o legislador pátrio adota a teoria da expedição para os contratos entre ausentes, nos quais as manifestações não são concomitantes, ocorrendo em momentos sucessivos. O contrato é concluído quando o declaratório não só manifesta a aceitação como a remete ao proponente. *A contrario sensu*, os contratos entre presentes se formam imediatamente ao tempo da aceitação (art. 428, I, do CC).

O *caput* será excepcionado em três situações: a) caso a retratação do oblato alcance o proponente antes do momento em que este tenha conhecimento da aceitação ou concomitantemente a ele, conforme apreciado no dispositivo pregresso; b) se o proponente manifestou a vontade de apenas se vincular ao tempo da recepção da aceitação. Evidencia-se que a escolha do legislador pela teoria da expedição não é cogente, podendo a oferta ser realizada

de modo distinto, preservando-se a autonomia privada; c) caso a expedição seja tempestiva, mas a recepção não ocorra no prazo assinalado pelo proponente.

A nosso viso, não agiu com acerto o legislador na previsão da terceira hipótese. Trata-se de um contrassenso o legislador adotar a teoria da expedição quando o contrato for entre ausentes e, ao mesmo tempo, exigir que a aceitação chegue no prazo estipulado. Ora, se o importante, para a formação do contrato, é a expedição, então não deveria se preocupar a lei apenas com que o envio se desse dentro do prazo? Até porque é a expedição que gera a expectativa no oblato acerca da formação do contrato. Seria um despautério conferir ao aceitante a prerrogativa de ver o negócio jurídico formado com a expedição e, em contrapartida, inculcar-lhe demasiada insegurança, haja vista que a expedição precisaria chegar dentro do prazo da aceitação. Então, fosse assim, o legislador deveria ter optado pela teoria da recepção. Essa linha de raciocínio encontra respaldo mormente perante o poder das partes de estipular o tipo de regra a viger no caso concreto. Dessa forma, se o ofertante não optou por valer a oferta no momento em que ele receber a aceitação, não haveria sentido a exigência legal de que a recepção se desse dentro do prazo.

Em sede de internet, algumas ofertas podem ser consideradas entre presentes (quando há interatividade) e outras entre ausentes, como por meio de mensagens eletrônicas (por *e-mail* ou *sitéy*) em que não há instantaneidade na troca de informações. Assim, contratos celebrados por salas de *chate webcam* são realizados com simultaneidade, em tempo real. Determinados aplicativos permitem o diálogo imediato como em uma tradicional conversa ao telefone. Nesses casos, o recebimento da aceitação determina a contratação. Tratando-se do correio eletrônico, prevalece a teoria da expedição, ou seja, o contrato nasce com o envio da mensagem virtual ao ofertante.

Jurisprudência: Civil. Exibição de documentos. Alegação de inexistência. Contrato firmado por telefone. Recusa legítima. Recurso provido na parte conhecida. "O art. 434 e incisos do Código Civil estabelecem que os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto quando considerada inexistente, quando o proponente se houver comprometido a esperar a resposta, ou quando ela não chegar no prazo convencionado, sendo certo que o próprio autor admite que existiu a contratação por telefone". (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.204.079.006, rel. Artur Marques, j. 22.09.2008)

Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

CC/1916: art. 1.087.

O lugar em que a proposta foi expedida é aquele em que se considera celebrado o contrato, sendo irrelevante o local da expedição da aceitação. Certamente a regra se aplica apenas aos contratos entre ausentes, pois entre presentes prevalece o lugar em que ambos se encontrarem.

Note-se que é temerário confundir o local da expedição com o domicílio do proponente, pois este poderá efetuar a proposta em local distinto - em que eventualmente se encontre -, sendo tal local o que determinará os efeitos da obrigação. A regra é positiva, pois permite maior mobilidade ao tráfego jurídico.

Outrossim, o princípio da autonomia privada permite que as partes escolham o foro competente para a execução das obrigações, na dicção do art. 78 do Código Civil. A eleição de domicílio será mitigada nos contratos de adesão que envolvam relações de consumo, à medida que se verifique a abusividade de cláusulas que possam impor excessiva onerosidade ao consumidor, inserindo-o em situação de desvantagem (art. 51, IV, do CDC).

O art. 9º, § 2º, da LICC afirma que a obrigação resultante de contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. Em matéria de contratos internacionais, essa re-

gra determinará o foro competente para eventuais litígios e a opção pela lei que regulará a relação jurídica. Assim, se o proponente se encontrar na Austrália e o aceitante no Brasil, o contrato seguirá as regras daquele Estado. Lembre-se de que o verbo *residir* não indica o domicílio, mas o local em que se acha o proponente.

O local do contrato como aquele em que se realiza a oferta não se confunde com o local do pagamento a que reporta o art. 327 do Código Civil. O adimplemento é o efeito normal da perfeita execução do contrato, sendo razoável a formulação de regras específicas e disponíveis que permitam que a relação obrigacional seja cumprida da melhor forma.

As contratações pela internet provocam um abalo nas tradicionais regras quanto ao local da contratação. As ofertas que se encontram na rede possuem caráter global, não se identificando uma nação ou limites territoriais. Em sede de consumo, o proponente é o fornecedor (art. 30 do CDC), o que submete os consumidores à legislação estrangeira, culminando o direito internacional na lesão substancial da garantia fundamental da tutela ao consumidor (art. 5º, XXXII, da CF). Não haverá outra saída a não ser considerar a aplicação imediata do Código de Defesa do Consumidor em matéria de DIPr, nas hipóteses em que o contratante débil negocia pelo comércio eletrônico, derogando-se o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Processo civil. Competência territorial. Internet. Contrato eletrônico. Serviço de atribuição de ISBN. Obrigação de fazer e indenização. É competente o foro do lugar em que expedida a proposta contratual (CPC, art. 100, V, *a*, c/c CC, art. 435). Proposta que se considera expedida na sede da pessoa jurídica proponente (LICC, art. 9º, § 2º). Decisão mantida por outro fundamento legal. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 6.770.254.100, rel. Egidio Giacoia, j. 01.12.2009)

Ver também: STJ, REsp n. 93.098/AL, 4ª T., rel. Min. Bueno de Souza, j. 06.08.1998.

Seção III

Da Estipulação em Favor de Terceiro

Art. 436.0 que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

CC/1916: art. 1.098.

Esse contrato se forma quando o *estipulante* convencionar com o *promitente* a concessão de uma vantagem patrimonial em prol de um terceiro - estranho à contratação que se constitui em *beneficiário*.

A estipulação em favor de terceiro consiste em derrogação ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais às partes e seus sucessores (quando não seja personalíssima). Com efeito, o contrato em exame projeta efeitos na esfera jurídica de quem não participou de sua celebração. Todas as obrigações permanecem com o estipulante e todos os direitos são adquiridos pelo terceiro.

O estipulante que contrata a favor de terceiro vincula o promitente, assistindo-lhe a possibilidade de constrangê-lo a efetuar a prestação ao terceiro. Este, a seu turno, é credor da relação obrigacional e apenas possui vantagens, inexistindo qualquer contraprestação. Aliás, de acordo com o parágrafo único, também poderá exigir o cumprimento da prestação, caso o estipulante não exerça o seu direito potestativo de substituí-lo, a teor do art. 438 do Código Civil.

Apesar do silêncio do Código, é viável a estipulação em favor de terceiro para a remissão de dívidas ou cessão de créditos. Ou seja, além de servir como modo de efetuar liberalidades, a estipulação pode visar à extinção de um débito. Avulta-se que o interesse do estipulante seja digno de proteção legal, pois ele é o elemento essencial e caracterizador do contrato.

No contrato de seguro de vida, a estipulação em favor de terceiro é bem evidenciada. O segurado e a seguradora convencionam um prêmio que garantirá futuramente o pagamento de um valor a um beneficiário, quando da morte do segurado (art. 790 do CC). Nesse sentido, quando dispõe o legislador que, ao tempo do sinistro, o capital estipulado não estará sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança (art. 794 do CC), demonstra a essência da estipulação em favor do terceiro, eis que o capital jamais integrou o patrimônio do *de cujus*, constituindo patrimônio afetado ao direito eventual do beneficiário.

O modelo em exame possui aproximação com a figura do contrato com pessoa a declarar, que foi introduzida no Código de 2002 (art. 467 do CC). Nada obstante, no contrato em favor de terceiro o negócio jurídico bilateral se restringe às pessoas do estipulante e promitente, mantendo-se o beneficiário alheio à convenção, em posição expectativa. Já no contrato com pessoa a declarar, a partir do momento de sua aceitação, a pessoa nomeada adquire retroativamente a posição contratual de parte, em substituição a um dos contraentes (direitos e obrigações), como se este nunca houvesse existido (art. 469 do CC).

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Plano de saúde. Negativa na prestação dos serviços. Exigência de pagamento do custo operacional. Tratamento de quimioterapia. Tutela antecipada deferida - urgência. Ilegitimidade ativa. Rejeitada. Titular do plano de saúde. Parte legítima. Art. 436, *caput*, do CC. Presença dos requisitos do art. 273 do CPC. O prejudicado é o autor, titular do plano e que custeia o pagamento das mensalidades, ostentando legitimidade ordinária para figurar no polo ativo da demanda, decorrendo, assim, pertinência subjetiva do demandante para discutir cláusulas e exigir o cumprimento de obrigações contratuais, com base no art. 436, *caput*, do CC [...]. (TJMG, AI n. 1.0027.09.192564-7/001(1), rel. Mota e Silva, j. 21.07.2009)

Embargos de declaração em apelação cível. Seguradora acionada diretamente pelo proprietário do veículo sinistrado que não está obrigado a acionar o instituidor do seguro causador do sinistro. Se o seguro inclui estipulação em favor de terceiro é permitido a este exigir da seguradora o cumprimento da obrigação, na forma do parágrafo único do art. 436 do Código Civil. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. [...]. (TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.561141, rel. Des. Ronaldo Álvaro Martins, j. 21.03.2007). Ver também: STJ, REsp n. 401.718/PR, 43 T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.09.2002.

Art. 437. Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor.

CC/1916: art. 1.099.

O legislador disciplina aqui a cláusula de irrevogabilidade da estipulação em favor de terceiro. Ao estipulante será vedada a rescisão unilateral do contrato com o promitente caso outorgue ao beneficiário o exercício da pretensão de exigir a satisfação do direito subjetivo ao crédito.

Em princípio, nada impede que o estipulante se desvincule do promitente, ou mesmo altere a convenção a ponto de se converter no próprio beneficiário, caso em que se desnatura completamente a figura da estipulação em favor de terceiro.

É possível traçar um paralelo entre o art. 437 e o art. 553 do Código Civil. A autonomia privada permite que alguém estipule uma doação com imposição de encargo ao donatário.

Quando o beneficiário do encargo for um terceiro, estranho às partes, não se pode negar a estipulação em favor de terceiro. Imagine-se a doação de um imóvel em favor de uma pessoa, sendo a liberalidade restringida pelo encargo do donatário de prestar alimentos mensais em prol do terceiro. Este não poderá revogar o ato em caso de descumprimento - pois não participou da doação onerosa -, mas nada impede que pleiteie a execução do encargo em caso de mora do devedor, seja a obrigação de dar, seja a de fazer, conforme o exposto na parte final do art. 562 do Código Civil.

Jurisprudência: TJRS, Ap. cível n. 70.028.224.384, rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 29.04.2009.

Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante.

Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade.

CC/1916: art. 1.100.

Aqui, mais uma vez, é possível observar que o beneficiário não integra a relação contratual. O estipulante poderá, através de aditivo contratual ou testamento (parágrafo único), exercer o direito potestativo de substituir o terceiro por outra pessoa, sem que tenha para tanto de efetuar qualquer justificativa.

Em outras palavras, por apenas deter um direito expectativo, o terceiro se encontra em posição de sujeição à qualquer deliberação do estipulante, exceto se houver inserção da cláusula de irrevogabilidade aludida no art. 437.

Aliás, para os seguros de vida, o art. 791 é explícito ao afirmar a licitude da substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade, desde que não tenha o estipulante renunciado à faculdade ou o seguro não tiver como causa declarada a garantia de uma obrigação.

Interessante aplicação prática do dispositivo poderá ser vislumbrada em contratos de depósito. Esse negócio jurídico, em princípio, serve apenas aos interesses de depositante e depositário. Porém, é viável que a coisa seja depositada no interesse de terceiro (art. 632 do CC). Incidirá aí uma autêntica estipulação em favor de terceiro, pois o depositário efetuará a entrega do bem àquela pessoa designada pelo depositante. Nessa hipótese, o depositante poderá substituir a pessoa do terceiro, utilizando-se da norma em comento.

Jurisprudência: TJMG, Ap. cível n. 1.0145.05.222466-7/001(1), rel. Marcelo Rodrigues, j. 08.11.2006.

Seção IV

Da Promessa de Fato de Terceiro

Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.

Parágrafo único. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens.

CC/1916: art. 929.

Ao contrário da estipulação em favor de terceiro, a promessa de fato de terceiro não constitui exceção ao princípio da relatividade contratual entre as partes. Aqui, uma pessoa promete à outra que um terceiro realizará uma prestação em seu favor. O promitente é um garantidor do fato alheio, mas promete um fato próprio, qual seja uma obrigação de fazer consistente na obtenção da atividade do terceiro.

Exemplificando, A promete a B que o artista C realizará um *showem* determinada data. Caso reste infrutífera a promessa, a reparação será prestada por B, eis que o terceiro (C) não poderá ser constrangido a realizar a prestação para a qual não emprestou o seu consentimento.

Como bem explicita o inovador parágrafo único, se o terceiro for o cônjuge do promitente, a recusa da outorga marital ou uxória ao ato praticado (v. g, contratos translativos de propriedade imobiliária em regime diverso da separação de bens) não pode gerar indenização quando o ato recusado for daqueles que comprometam o patrimônio do casal. Com efeito, se esse raciocínio não fosse adotado, o cônjuge acabaria por responder pelo inadimplemento, mesmo que não tenha consentido com o negócio jurídico do outro cônjuge.

Jurisprudência: Obrigação de fazer. Contrato de permuta de veículos. Documentação. Transferência. Detran. Veículo em nome de terceiro. Ilegitimidade de parte. Inocorrência. Promessa de fato de terceiro inerente ao negócio. Validade. Exegese do art. 439 do Código Civil. 1 - Ocorrida permuta de veículos, com obrigação pessoal de transferir a documentação para o nome do adquirente, é legítima a parte que se obrigou a fazê-lo, ainda que para tal transferência seja necessário o concurso de terceiro, em cujo nome ainda se encontra a documentação do veículo e o registro na repartição de trânsito. 2 - É válida a obrigação onde se assumiu fato de terceiro, consistente em obter a transferência para o nome do adquirente da documentação do veículo que se encontra em nome de terceiro, nos termos do art. 439 do Código Civil. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.182.040.007, rel. Fábio Rogério Bojo Pellegrino, j. 01.07.2008)

Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação.

CC/1916: sem correspondente.

Em princípio, o terceiro é um estranho à relação obrigacional, pois a sua conduta é somente o objeto da prestação do promitente. Todavia, se o terceiro aquiescer ao cumprimento da obrigação, exonera-se o promitente de qualquer responsabilidade por eventual inadimplemento. De fato, esse é o momento em que a promessa é cumprida e o terceiro ratifica o contrato.

O único caso em que a vinculação do terceiro não elide a responsabilidade do promitente será aquele em que o terceiro assumir o contrato com cláusula de solidariedade, podendo assim o credor agir tanto perante o promitente como perante o terceiro.

Enquanto na estipulação em favor de terceiro (art. 436) este recebe um benefício, na promessa de fato de terceiro ele eventualmente cumprirá uma obrigação assumida por outrem.

A figura ora apreciada guarda certa aproximação com o contrato com pessoa a declarar. Neste último há um agir em nome próprio e de outrem, pois a assunção do contrato pelo terceiro é um fato alternativo que, se não verificado, possibilita que o contratante originário prossiga na relação jurídica. Na promessa de fato de terceiro, falta ao promitente o agir em nome de outrem, pois só atua em nome próprio.

Jurisprudência: Obrigação de fazer. Consistindo, a obrigação assumida pelo devedor verdadeira promessa de fato de terceiro, a exigir a anuência deste para seu adimplemento,

não é de ser aplicada penalidade pecuniária quando, silente o contrato acerca de prazo, for cumprida a avenca em lapso de tempo razoável. Apelo improvido. (TJRS, Ap. cível n. 597.196.914, 7ª Câ. Cível, rel. Maria Berenice Dias, j. 12.11.1997)

Seção V

Dos Vícios Redibitórios

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.

CC/1916: art. 1.101.

O vício redibitório consiste no vício oculto da coisa que a torna imprópria a seu uso. Sendo inerente à essência do produto, o vício é capaz de torná-lo imprestável ao fim a que se destina ou de reduzir a capacidade do bem por ocasião de sua utilização.

Em nosso ordenamento, a disciplina é inserida na teoria geral dos contratos, não se prendendo a nenhum contrato em espécie. Seu campo de incidência são os contratos comutativos, em que há um conhecimento prévio das prestações recíprocas. A existência do sinalagma e, portanto, da justiça contratual, requer um equilíbrio entre as trocas contratuais. Haverá uma lesão a esse equilíbrio se o bem recebido por uma das partes for incapaz materialmente de atender a suas finalidades naturais.

O vício redibitório e a evicção são dois mecanismos próximos de tutela do contratante. O primeiro acautela-nos perante vícios materiais do objeto contratado. Já a evicção possibilita proteger o adquirente diante da perda jurídica do bem.

No Código Civil, o contratante apenas obterá êxito na demonstração do vício caso seja demonstrada a efetiva incapacitação do objeto adquirido. Em contrapartida, no Código de Defesa do Consumidor (art. 18) é suficiente que os vícios gerem a inadequação do produto. A inadequação abrange todas as formas de frustração à legítima expectativa do consumidor. Muitas vezes o produto ainda poderá ser utilizado, mas com perda de eficiência.

Exemplificando: um particular que adquira de outro uma geladeira usada poderá discutir o vício decorrente do motor que não funciona. Já o consumidor que adquire eletrodoméstico novo em determinada loja poderá até mesmo discutir o excesso do tempo de congelamento, mesmo que o produto funcione normalmente.

O conceito de inadequação no Código de Defesa do Consumidor é amplo a ponto de abranger as disparidades entre as informações recebidas pelo consumidor e as reais qualidades do produto. Assim, ao adquirir uma máquina copiadora com base em publicidade que propaga ser o produto capaz de reproduzir duas vezes mais rápido que os concorrentes, é possível utilizar os mecanismos disponibilizados pela legislação consumeirista, caso a expectativa não se verifique efetivamente.

O Código de Defesa do Consumidor também vai além do regime do direito civil ao prestar tutela diante dos vícios de quantidade de produtos e serviços (arts. 19 e 20 do CDC). A quantidade é considerada algo concedido a menor ao consumidor em qualquer tipo de medida adquirida. Não apenas no simples aspecto numérico como também no que diz respeito à metragem, peso e proporção de produtos e serviços, além do desencontro quantitativo entre o bem oferecido e a mensagem publicitária divulgada.

Outrossim, nas relações privadas, o vício redibitório será oculto, assim conceituado como aquele que não poderia ser detectado por uma pessoa de cautela ordinária. Sendo o vício de fácil constatação, presume-se que houve desídia do adquirente quando da contratação.

O adquirente omissor que posteriormente invoca o vício incide em abuso do direito (art. 187 do CC), na modalidade do *venire contra factum proprium*, na medida em que o exercício da pretensão atual é incompatível com a sua conduta originária, sobremaneira pelas expectativas legitimamente criadas no alienante.

Todavia, o consumidor será protegido mesmo diante de vícios aparentes ou de fácil constatação (art. 26 do CDC), pois a sua vulnerabilidade determina uma intervenção mais drástica e corretiva do ordenamento jurídico sobre as suas relações.

O art. 441 demonstra que toda a teoria dos vícios redibitórios foi edificada em torno de uma garantia para o adquirente de bens móveis e imóveis, nas obrigações de dar coisa certa. Daí a utilização do termo *coisa* no dispositivo em enfoque.

Em inegável ampliação de horizontes, a sistemática concebida pelo Código de Defesa do Consumidor contempla também as obrigações de fazer. Os vícios do serviço (art. 20 do CDC) nada mais são do que incorreções que tornam a prestação do serviço imprópria ou inadequada (v. g., espetáculo musical com má qualidade de áudio).

Portanto, no Código Civil, qualquer discussão conseqüente à inexecução de serviços será solucionada à luz do inadimplemento das obrigações (art. 389).

Jurisprudência: Ação de rescisão contratual c/c perdas e danos. Vício redibitório. Impedimento judicial. [...] 3 - Os vícios redibitórios, conforme previsto no art. 441 do Código Civil, são defeitos ocultos existentes na coisa recebida em decorrência de contrato comutativo firmado entre as partes, que tornam a coisa adquirida imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminuem o valor. 4-0 impedimento judicial não é um vício redibitório na medida em que consta expressamente do prontuário do veículo. A informação encontra-se disponível de todos, bastando a simples consulta junto ao *site* do Detran. Além disso, o referido impedimento foi lançado no prontuário do veículo muito tempo depois do contrato ter sido firmado entre as partes. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.09.514141-2/001(1), rel. Wagner Wilson, j. 28.10.2009)

Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.

CC/1916: art. 1.105.

O adquirente da coisa viciada terá duas opções: redibir o negócio jurídico ou obter o abatimento no preço do bem mediante a ação estimatória. São as chamadas ações edilícias. A faculdade de escolha é absoluta, de livre conveniência do adquirente.

A ação redibitória implica a devolução da coisa com restituição dos valores pagos ao alienante. Trata-se de hipótese de direito potestativo à rescisão contratual. Com efeito, a rescisão se aplica às hipóteses em que a desconstituição da obrigação é fruto de um vício do objeto já existente ao tempo da contratação (v. g. > evicção), não se podendo cogitar um inadimplemento ou inexecução - o que caracterizaria a resolução, por força do art. 475 do CC.

Por outro ângulo, a ação estimatória, ou *quantum minoris*, implica a conservação do negócio jurídico à custa da redução do preço de aquisição, com devolução de parte de valores pelo alienante.

Apesar do silêncio do legislador, acreditamos que a melhor maneira de calcular a restituição é pela obtenção de uma proporcionalidade entre o que foi pago e a perda de valor da coisa em decorrência do vício, alcançando-se assim a quantia a ser restituída. Nada impede a nomeação de um perito para a execução de tal atividade.

Há que alertar que não existe necessariamente uma relação entre a extensão do vício e a opção do credor. Ele terá o direito potestativo à redibição, mesmo que o vício não seja apto

a inutilizar completamente a coisa, bem como poderá exercitar a pretensão de abatimento, mesmo nos casos em que o vício torne a coisa absolutamente imprópria para o seu uso.

No sistema de vícios do produto do Código de Defesa do Consumidor, a tutela ao vulnerável é mais densa. O art. 18, § 1º, I, permite a substituição do produto por outro da mesma espécie, além de conceder as alternativas da redibição e da *quantum minoris*. Não se olvide de que, para os vícios do serviço, sempre haverá a possibilidade de reexecução (art. 20, I), e, para os vícios de quantidade, a complementação do peso ou da medida (art. 19, II). Tratando-se de vício do produto, ao consumidor só será facultada a adoção das três alternativas, se antes não obteve êxito na medida de sanção do vício no prazo de trinta dias (art. 18, § 1º). Excepciona-se o pré-requisito nos casos em que, em razão da extensão dos vícios, é impraticável a tentativa de remediá-los.

Jurisprudência: TJRS, Ap. cível n. 70.018.525.147, rel. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 20.08.2009; TJMG, AI n. 1.0148.07.054259-9/001(1), rel. Eduardo Mariné da Cunha, j. 24.04.2008.

Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.

CC/1916: art. 1.103.

A norma em referência agrava a condição do alienante que tinha ciência do vício oculto da coisa ao tempo da entrega efetiva da posse. Encontrando-se o vendedor de boa-fé, a restituição se limita ao preço contratado. Todavia, constatada a má-fé daquele que encobre o vício, acrescentar-se-á o valor das perdas e danos.

Não obstante o Código faça referência apenas à ação redibitória, parece-nos que mesmo na ação estimatória será factível a incidência cumulativa do ressarcimento ao adquirente.

A responsabilidade contratual segue as regras relativas ao inadimplemento das obrigações (art. 389 do CC). Portanto, as perdas e danos incidirão cumulativamente aos juros, atualização monetária e honorários advocatícios. É interessante que as partes estipulem a cláusula penal compensatória (arts. 408 e 410 do CC) como forma de prefixação de perdas e danos, evitando-se a árdua demonstração de danos emergentes e lucros cessantes.

Outro detalhe. Enquanto os prazos de reclamação dos vícios seguem a sistemática exígua do art. 445 do Código Civil, a pretensão indenizatória poderá ser exercitada em três anos (a contar da transferência da posse), *ex vi* do art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Nas relações de consumo, a boa ou má-fé do fornecedor de produtos e serviços é irrelevante para fins de responsabilização contratual e ressarcimento. A tutela da boa-fé objetiva e do dever anexo de proteção ao consumidor resulta na desconsideração do aspecto psicológico da contraparte (art. 23 do CDC).

Por fim, vale realçar que, no Código Civil, o adquirente apenas poderá rescindir o contrato, obter abatimento e, eventualmente, auferir perdas e danos perante a pessoa do alienante imediato, com quem celebrou o negócio jurídico. A garantia legal quanto aos vícios do objeto não alcança a cadeia anterior de circulação do produto, caso o vício já existisse mesmo quando da aquisição pelo próprio alienante.

Já nas relações consumeiristas, é patente a solidariedade entre todos aqueles que participaram da inserção do produto viciado no mercado (art. 18 do CDC). Daí caberá ao consumidor a opção entre o litisconsórcio passivo e a responsabilização isolada do fornecedor que lhe convier.

Apesar de expressamente não ter o legislador acolhido a solidariedade passiva nas relações privadas, acreditamos que pela aplicação das cláusulas gerais da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e da função social do contrato (art. 421 do CC) em um sistema móvel será viável a responsabilização direta dos alienantes mediatos. Apesar de o adquirente não ser parte nos contratos que antecederam a aquisição do bem, aqueles negócios jurídicos produzem consequências objetivas nas relações posteriores, sendo necessário preservar a tutela externa do crédito e a confiança do adquirente. Acreditamos que a solidariedade não pode mais se restringir à lei ou à vontade das partes (art. 265 do CC), sendo justificada nas hipóteses de vulneração à própria principiologia do sistema.

Jurisprudência: Apelação. Recurso adesivo. Ação ordinária. Vício redibitório. Ocorrência. Inundações no imóvel. Responsabilidade do alienante. Resolução contratual. *Status quo ante*. Perdas e danos. Indevidas. 1 - A ignorância do alienante a respeito do vício oculto, não o exime da responsabilidade de suportar a garantia redibitória, eis que esta não decorre da culpa ou má-fé e sim da própria natureza da contrato comutativo. *In casu*, a parte demandante se desincumbiu de provar a ocorrência dos vícios ocultos no imóvel, que ocasionaram os alagamentos, impedindo o uso normal do bem. 2-0 dever de ressarcir as perdas e danos ao adquirente exsurge com a comprovação da ciência pelo alienante da existência dos vícios redibitórios, ex vi do art. 443 do Código Civil. Apelação improvida. Recurso adesivo improvido. (TJRS, Ap. cível n. 70.030.417.497, rel. Angela Maria Silveira, j. 07.10.2009)

Art. 444. A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição.

CC/1916: art. 1.104.

Quando estudamos as obrigações de dar no Código Civil, aprendemos que, no momento da tradição da coisa, todos os riscos são transferidos do alienante para o adquirente (art. 492 do CC). É o brocardo *res perito domino* - a coisa perece para o seu dono.

Todavia, nas hipóteses de evicção e vício redibitório, remanesce a responsabilidade do alienante, justamente pelo fato de o vício ser preexistente à entrega da posse - apesar de sua constatação ocorrer em momento posterior.

Seria o caso de alguém que adquire um veículo em boas condições aparentes e, alguns dias após, surge um grave problema hidráulico, sendo detectada a sua anterioridade em relação ao momento da alienação.

Certamente, incumbe ao adquirente o ônus probatório da anterioridade do vício, sem nenhuma necessidade de se indagar sobre eventual culpa do alienante. Porém, caso o alienante tencione acrescentar ao seu pleito as perdas e danos (art. 443 do CC), comprovará também a má-fé do adquirente, pois, como o visto, não se cogita aqui de responsabilidade objetiva.

Lembre-se que nas relações de consumo é factível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), com facilitação da defesa do consumidor diante dos vícios do produto e do serviço, condicionada à manifestação do magistrado sobre os requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor. Será o óbice técnico da demonstração do nexo causai entre o vício e a sua anterioridade, que propiciará a inversão do ônus da prova, em detrimento do fornecedor.

Jurisprudência: Cobrança. Ação cumulada com pedido de indenização por danos morais. Compra e venda de cão de raça. Animal que vem a falecer em razão de problemas de saúde que se manifestaram logo após a transação. Vício oculto. Responsabilidade da alienante. Exegese do artigo 444 do Código Civil. Cheques sustados em razão do desacordo comercial. Erro no

apontamento da alínea de devolução que não pode ser imputado à ré. Ação improcedente. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 949.276.005, rel. Erickson Gavazza Marques, j. 21.01.2009)

Art. 445.0 adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

CC/1916: art. 178, §§ 2º e 5º.

No Código Civil de 1916, os prazos decadenciais para invocação de vício redibitório eram excessivamente econômicos. Contavam-se quinze dias para o exercício do direito potestativo de redibição ou abatimento do preço na aquisição de coisas móveis e seis meses para as imóveis, considerando-se os prazos a partir do momento da tradição.

Agora, o art. 445 amplia os ditos prazos decadenciais para trinta dias, tratando-se de coisas móveis, e de um ano se for bem imóvel. O Código Civil corretamente afasta o termo inicial como o da tradição - somente aplicável aos bens móveis -, substituindo-o pelo momento da entrega efetiva da coisa, seja o bem móvel, seja imóvel. Vale dizer que, mesmo que o adquirente de um terreno ainda não tenha efetuado o registro e se convertido em proprietário (art. 1.245 do CC), já estará em curso o prazo extintivo do direito desde o momento da transmissão da posse.

Em caráter inovador, o § 1º do art. 445 estabelece uma contagem de prazo decadencial distinta daquela sugerida pelo *caput*. O legislador adota um conceito jurídico indeterminado

- “vício que por sua natureza só puder ser reconhecido mais tarde” - para estender o termo inicial para o momento em que o adquirente foi cientificado do vício, portanto em época posterior à entrega efetiva do bem.

Como qualquer conceito jurídico indeterminado, os contornos desses vícios serão delimitados pelo magistrado na concretude do caso, diante das peculiaridades da situação e, é claro, da relação entre o vício e o tráfego jurídico habitual relativo àquele produto.

Destarte, no momento do conhecimento do vício se inicia a contagem do prazo para o exercício das ações edilícias, sendo de seis meses para coisas móveis e um ano para imóveis. De certa forma, provar o momento da detecção do vício é uma tarefa árdua para o adquirente. Todavia, propicia maior tutela a ele, eis que muitas vezes os vícios só se manifestam em determinadas épocas. Basta supor a situação daquele que adquire um imóvel de um particular (relação privada) no inverno e apenas observa as infiltrações no verão, quando as chuvas evidenciam os vícios ocultos.

Enfim, cremos que o Código Civil concebeu dois modelos de vícios redibitórios, que deverão coexistir dentro das peculiaridades referidas.

Há ainda uma regra especial para os vícios decorrentes de negócio jurídico de venda de animais. O § 2º determina que incumbirá ao legislador subalterno definir os prazos decadenciais para a reclamação dos vícios em tais relações. Enquanto a lei especial não for editada, o parâmetro do magistrado será o costume na região em que se efetivou o contrato. O legislador confia nos usos locais das grandes praças de venda de animais, eis que um dos paradigmas do Código Civil é a concretude, sendo necessário alcançar a pessoa em seu meio e tem-

po, a fim de que a decisão possa ser verdadeiramente justa. Mas, caso não se identifique um padrão de prazos na região em que houve o contrato, o Código determina a adoção da regra do § 1º, do mesmo artigo.

Jurisprudência: "É de ser mantida a sentença que reconheceu a decadência, uma vez que os alegados vícios no veículo surgiram durante o mês do negócio firmado entre as partes, contudo a ação somente foi ingressada após cerca de três meses, ou seja, ultrapassado o prazo decadencial de trinta dias". (TJRS, Recurso cível n. 71.002.107.514, rel. Leandro Raul Klippel, j. 19.11.2009); "É de um ano o prazo decadencial para que o comprador obtenha a devolução do valor pago por imóvel em face de suposto vício redibitório, conforme art. 445 do NCC". (TJMG, Ap. cível n. 1.0479.05.103067-0/001(1), rel. Márcia De Paoli Balbino, j. 06.12.2006)

"Não sendo aparente o vício, à obviedade, deve ser aplicado o prazo decadencial do art. 445, § 1º, do Código Civil, a saber, o de cento e oitenta dias, e não o trintídio do *caput*. É imperioso se reconheça que, tendo tomado ciência do vício até então oculto em 17.02.2007, o prazo decadencial expiraria em 17.08.2007. Entretanto, o autor tratou de propor a ação em 29.05.2007, portanto, tempestivamente". (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.160.383.005, rel. Adilson de Araújo, j. 30.06.2009). Ver também: STJ, REsp n. 489.867/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.05.2003.

Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

CC/1916: sem correspondente.

Outra substancial novidade é a possibilidade de imprimir efeito impeditivo ao início do prazo decadencial na fluência de cláusula de garantia acertada entre as partes. O *dies a quo* da contagem para o exercício dos prazos referidos no art. 445 será somente aquele em que cessar a garantia contratual. Portanto, se A vende uma geladeira a B e lhe concede garantia por dois anos, a partir desse instante fluirá o prazo de trinta dias para o exercício das ações edilícias.

Duas observações avultam. A primeira é que, apesar de em princípio soar inusitado o óbice legal, o próprio art. 207 do Código Civil permite que uma norma estabeleça impedimento ou suspensão ao curso da decadência - aliás, assim já era o tom do art. 26, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. A segunda diz respeito à valorização da garantia contratual nas relações interprivadas e interempresariais, a ponto de converter os prazos do Código Civil de 2002 em regras meramente subsidiárias e complementares. Contudo, jamais poderá o adquirente renunciar ao prazo decadencial fixado em lei (art. 209 do CC).

Mas a regra do art. 446 também revela a preocupação do legislador com a boa-fé objetiva do adquirente perante o alienante. Caso o adquirente descubra o vício redibitório dentro do prazo de garantia, terá trinta dias a contar da descoberta para denunciá-lo ao alienante, sob pena de decadência ao exercício do direito potestativo de desconstituir a relação ou abater o preço.

Pela teoria da responsabilidade, será justificável a invocação do vício pelo declarante somente quando não tiver agido de má-fé ou culposamente. Na espécie, se o adquirente sabe da existência do vício, há um dever anexo de informação imediata perante o alienante, a fim de que este possa se posicionar sobre a questão. A negligência do referido esclarecimento, pelo indevido aguardo do término da garantia contratual, importa em violação à confiança do alienante e abuso no exercício do direito subjetivo. Daí a elogiável opção do Código pelo prazo decadencial do trintídio.

A título comparativo, no Código de Defesa do Consumidor os prazos de reclamação para vícios aparentes são de trinta dias para os produtos não duráveis e noventa dias para os duráveis, contados da entrega efetiva; tratando-se de vícios ocultos, os prazos são idênticos, mas a contagem se processa a partir da descoberta do vício (art. 26, § 3º). A garantia contratual será complementar à legal (art. 50). Doravante, existirão casos em que os mecanismos de garantia do Código Civil de 2002 serão mais eficazes ao consumidor do que as regras conferidas pelo microsistema que lhe serve. Poderá ele recorrer à norma mais benéfica do Código Civil pela regra de interface do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor. Exemplificando: pelo Código Civil o adquirente de um imóvel conta com o prazo elástico de um ano para reclamar dos vícios após a cessação da garantia contratual. Todavia, esse prazo cai para três meses nas relações de consumo.

Jurisprudência: Compra e venda. Motor de automóvel. Vício oculto. Extinção do processo. Decadência. Incidência do Código Civil, art. 445, § 1º, e art. 446.1 - Hipótese em que a demanda indenizatória foi ajuizada mais de seis meses após a ciência pelo demandante acerca do vício do bem adquirido. Incidência do art. 446 e do § 1º do art. 445 do Código Civil, segundo o qual o prazo para reclamar por perdas e danos é de 180 dias contados da ciência do defeito, em se tratando de bens móveis, sendo que não corre tal prazo na constância de cláusula de garantia, devendo, neste caso, o adquirente denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao descobrimento. Apelo improvido [...]. (TJRS, Apelação cível n. 70.028.442.788, rel. Paulo Antônio Kretzmann, j. 23.04.2009).

Ver também: STJ, REsp n. 2.667/ES, 3ª T., rel. Min. Cláudio Santos, j. 04.09.1990.

Seção VI

Da Evicção

Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

CC/1916: art. 1.107, *caput*

Nas relações contratuais, não é suficiente que o transmitente entregue a coisa, cumprindo a obrigação principal, para haver a satisfação do outro contratante. As obrigações são complexas, exigindo-se do alienante que atue conforme a boa-fé, observando os deveres anexos de proteção, cooperação e informação, a fim de que o bem adquirido possa ser fruído da melhor forma possível pelo adquirente, tutelando-se as suas legítimas expectativas quanto ao negócio jurídico realizado.

Contudo, além da obrigação principal e dos deveres instrumentais oriundos da boa-fé, o sistema jurídico concebe garantias quanto à tutela física e jurídica do objeto adquirido. Vale dizer que o adquirente será protegido quanto à existência de vícios ocultos que tornem a coisa imprópria para o uso (art. 441 do CC), bem como no tocante à legitimidade do direito que é transferido.

Sobre os vícios redibitórios já efetuamos comentários. Relativamente à evicção, cuida-se de dever de garantia diante de eventual perda da coisa em virtude de decisão judicial ou administrativa que conceda o direito - total ou parcial - sobre ela a um terceiro estranho à relação contratual em que se deu a aquisição. O terceiro demonstra a anterioridade de seu direito, por deter a condição de real proprietário ou possuidor do bem, através de titulação anterior ao negócio que concedeu o direito ao adquirente. Com a perda da coisa, este passa a se chamar evicto (excluído). Incumbirá ao evicto dirigir-se ao alienante, pleiteando a inden-

zação pelos prejuízos decorrentes da transferência de um direito que não lhe pertencia quando formalizado o contrato.

É fundamental a constatação da anterioridade do direito do terceiro, sob pena de o adquirente assumir todos os prejuízos conseqüentes à perda da coisa cujo fato gerador seja posterior à sua aquisição. Portanto, se após adquirir o imóvel o comprador se vê na posição de réu de ação de usucapião, a possibilidade de arguir a evicção em face do alienante variará conforme se tenha completado o prazo da usucapião: se antes ou depois (quando tinha condições de interromper a sua fluência) do registro. Evicção também haverá quando o decreto desapropriatório tiver antecedido o negócio jurídico, mas não for informado o fato ao adquirente. Certo é que, se tivesse conhecimento anterior da titularidade alheia do bem adquirido, não poderia posteriormente agir contra o alienante, figurando o abuso do direito (art. 187 do CC).

A evicção se impõe nos contratos onerosos em geral, não apenas na compra e venda, de onde o modelo se originou. Contratos onerosos são aqueles em que ambas as partes obtêm encargos e vantagens recíprocas. Basta verificar a evicção na cessão onerosa de crédito (art. 295 do CC), na dação em pagamento (art. 359 do CC) e na transação (art. 845 do CC).

Nos contratos gratuitos, como a doação, não se aplica a evicção, pois o adquirente não sofre um prejuízo propriamente dito, mas apenas a perda de uma vantagem (art. 552 do CC). Contudo, nada impede que dentro de uma liberalidade o alienante consinta em assumir os riscos pela perda da coisa. Há que recordar ainda a especial natureza das doações com encargo, nas quais, apesar da gratuidade, o elemento accidental as converte em contrato bilateral.

Aliás, ao contrário dos vícios redibitórios, localizados nos contratos comutativos (art. 441 do CC), a evicção se estende aos contratos aleatórios (art. 458 do CC), nos quais há uma incerteza sobre o ganho e a perda. Com efeito, são eles onerosos, pois existe a garantia de adimplemento da eventual contraprestação.

Outrossim, o vício sempre se referirá a uma questão de direito que paira sobre a propriedade ou posse da coisa adquirida. Essa posse será civil, ou seja, aquela obtida por relação contratual (v. g. usufrutuário, arrendatário). Aliás, na locação, o art. 568 do Código Civil bem explicita a questão. Se, porventura, a insurgência do terceiro disser respeito a aspectos fáticos, ligados à espoliação do bem por terceiros ou fatos da natureza, o alienante nada indenizará, pois apenas garante a indenidade jurídica da coisa.

A cláusula que acautela o adquirente em face da evicção é implícita, mesmo nos contratos efetuados em hasta pública. Destarte, haverá proteção em prol daquele que arrematou judicialmente em processo de execução. A grande indagação é a seguinte: quem lhe indenizará pela coisa evencida? Afinal, não se trata de alienação de um bem, mas sim de uma hipótese de expropriação praticada pelo Estado. Ademais, propugnar a evicção contra o antigo dono é uma tarefa árdua, diante de seu estado econômico precário, a não ser que tenha percebido o saldo remanescente pela alienação. A outro turno, postular contra os credores da execução gera maiores chances de sucesso, haja vista que eles levaram o bem à hasta e embolsaram o seu valor. Poder-se-ia, em princípio, objetar que os credores nunca foram titulares do bem, porém a cláusula geral da função social do contrato (art. 421 do CC) propicia que o adquirente alcance aqueles, tendo em vista que o adquirente se torna vítima de uma relação obrigacional entre o executado e exequentes. Em suma, o resguardo do princípio da boa-fé objetiva provocará uma solidariedade passiva entre credores beneficiados e o executado.

Classicamente a evicção era produto exclusivo de uma decisão judicial favorável a terceiro, proferida em ação que lhe reconhecesse propriedade ou posse sobre a coisa alienada. Atualmente, admite-se que a sentença não é indispensável, sendo suficiente um ato de apreensão do bem por autoridade administrativa, privando o titular do poder sobre a coisa.

Com efeito, para fins de tráfego jurídico em uma época de extremo dinamismo nas relações econômicas, não há acentuada diferença entre a perda de um direito por força de uma sentença e a sua privação por uma inegável prova quanto à titularidade da coisa pelo tercei-

ro. Basta cogitar das hipóteses de apreensão, por autoridade administrativa, de veículos furtados alicerçados em documentação falsificada. É possível mesmo cogitar da possibilidade de o proprietário abandonar o bem móvel (art. 1.263 do CC) ou imóvel (art. 1.276 do CC) para ingressar diretamente com o pedido indenizatório decorrente da evicção, em vez de aguardar passivamente pela iniciativa do terceiro.

Jurisprudência: Evicção. Artigo 447 do Código Civil. Responsabilidade do vendedor. Reconhecimento. A responsabilidade do alienante pela evicção não se funda na culpa do alienante, sendo irrelevante, para aquela finalidade, encontrar-se o alienante de boa-fé, configurando-se a obrigação em face dos expressos termos legais. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.153.439.001, rel. Orlando Pistoresi, j. 27.05.2009)

Ver também: TJMG, Ap. cível n. 1.0105.06.187930-7/001(1), rel. Nicolau Masselli, j. 04.06.2008; e TJRS, Recurso cível n. 71.001.007.756, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 07.12.2006.

Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.

CC/1916: art. 1.107, parágrafo único.

O dispositivo permite que a autonomia privada das partes estenda, restrinja ou mesmo exclua a garantia jurídica da evicção. Afinal, não se trata de norma de ordem pública. Mediante cláusula contratual, adquirente e alienante poderão acrescentar valores àqueles devidos por prejuízos decorrentes da perda do direito, inserindo, por exemplo, caução pessoal de fiança ou obrigação de restituição em dobro. Outrossim, factível é o ajuste de atenuação dos valores eventualmente pagos pela evicção.

Contudo, no tocante à exclusão convencional dos riscos da evicção, parece-nos apenas eficaz relativamente às perdas e danos, pois de qualquer jeito receberá o evicto restituição pelos valores pagos. A norma remete à exclusão da “responsabilidade” (perdas e danos) e não do pagamento ao adquirente.

A única exceção ao “mínimo indenizatório” concerne ao adquirente que tem conhecimento da situação duvidosa e litigiosa do direito do alienante e, mesmo assim, cientemente e expressamente dispensa a garantia. Celebrará um contrato aleatório (*emptio spei*)> em que assume o risco no tocante à existência do bem, alforriando o alienante, sendo que nada receberá caso a evicção se pronuncie.

Nos contratos de adesão envolvendo relações privadas, o ordenamento sanciona com invalidade as cláusulas que contenham referência à exclusão de responsabilidade pela evicção. Dispõe o art. 424 do Código Civil sobre a nulidade dos ordenamentos que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da própria natureza do negócio jurídico.

No mesmo sentido, nas relações de consumo serão nulas as cláusulas que impliquem renúncia de direitos, impossibilitando, atenuando ou exonerando a responsabilidade do fornecedor (art. 51,1, do CDC).

Jurisprudência: "Ao ajustar contrato de compra e venda, os contratantes pactuaram livremente as cláusulas do aludido instrumento, inserindo ali manifestação de vontade. Presente cláusula que exclui a responsabilidade do vendedor pelos riscos da evicção, a qual anuiu expressamente o comprador, descabido alegar que desconhecia os efeitos da mesma". (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.391972-8/000(1), rel. Osmando Almeida, j. 09.09.2003)

Art. 449. Não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu.

CC/1916: art. 1.108.

Observamos pela redação do artigo que, mesmo diante de cláusula excludente de evicção - cláusula *de non praestanda evictione* -, poderá o adquirente reclamar a responsabilidade por desconhecimento da origem litigiosa da coisa. Nesse caso, ser-lhe-á restituído o valor correspondente ao preço pago, evitando-se o enriquecimento sem causa. Portanto, a cláusula que afasta a garantia é relativizada, quando o adquirente não é advertido sobre o risco da coisa.

O mesmo efeito de restituição do pagamento ocorre nos casos em que o alienante é informado do risco da evicção, porém não o assume. Como não desconhece o vício, resta excluído o dolo do alienante, que apenas restituirá o que recebeu, inserindo o adquirente na situação primitiva, sem nenhum acréscimo de perdas e danos.

Tratando-se da aquisição de bens imóveis, a averbação emprestará a necessária publicidade no tocante à configuração de constrições ou demandas sobre o bem negociado, impedindo que o adquirente alegue o desconhecimento dos riscos da evicção. Nesse sentido está a letra do art. 659, § 4º, do Código de Processo Civil, na dicção da redação conferida pela Lei n. 11.382/2006.

Parece-nos, todavia, que o dispositivo descurou em sancionar com maior gravidade o alienante que sabia da existência da evicção e não informou o adquirente sobre os riscos. A omissão dolosa - pelo silêncio intencional da parte a respeito de qualidade da coisa que a outra parte ignorava - implicaria não só a necessidade de restituição dos valores pagos como ainda a imposição de indenização. Em suma, a responsabilidade do alienante é objetiva, pois independe da cogitação de culpa quanto ao conhecimento do fato. O seu fundamento é a garantia. Todavia, a ciência prévia à alienação quanto ao evento determinante da evicção propiciará agravamento da responsabilidade, à medida que afronta o direito à conduta de quem procura se beneficiar com a própria torpeza.

Jurisprudência: TJRS, Ap. cível n. 70.033.095.548, rel. Pedro Celso Dal Pra, j. 26.11.2009; e TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 3.089.194.400, rel. Percival Nogueira, j. 07.08.2008.

Art. 450. Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou:

- I - à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir;
- II - à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção;
- III - às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído.

Parágrafo único. O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial.

CC/1916: arts. 1.109 (*caput* e incisos) e 1.115 (parágrafo único).

Aqui o Código Civil pretendeu oferecer ao alienante a restituição cabal por todos os valores perdidos com a evicção. Isso apenas não ocorrerá quando houver a estipulação contratual a que se refere o aludido art. 448.

Primeiramente, será indenizado pelos frutos que teve de restituir ao evictor. Note-se que se cuida dos frutos percebidos quando a posse se qualificou pela má-fé, pois enquanto a boa-fé

se conserva o alienante mantém os frutos percebidos (art. 1.214 do CC). Ou seja, normalmente o conhecimento da evicção é contemporâneo à citação para a demanda ajuizada pelo terceiro (art 1.202 do CC).

Prosseguindo, será o alienante reintegrado nas despesas contratuais, envolvendo gastos com cartórios, registros e impostos de transmissão, além de lucros cessantes, diretamente resultantes daquilo que razoavelmente o alienante poderia auferir com a coisa (art. 402 do CC).

Ademais, inovando em relação ao Código de 1916, o inciso III acresce a restituição das custas judiciais e dos honorários advocatícios. A nosso visto, trata-se dos honorários extrajudiciais, pois os judiciais já são automaticamente inseridos na sistemática processual.

O parágrafo único soluciona polêmica bizantina. Seria o valor da evicção aquele do tempo da aquisição ou da perda do direito? O dispositivo acertadamente entende que o alienante responde pela valorização posterior ao tempo da contratação, pois isso corresponde a prestigiar o princípio da reparação integral a que alude o *caput* do artigo. Aliás, a mera inclusão da correção monetária era insuficiente, em regra, para conceder o valor atual do bem perdido, pois o alienante normalmente efetua acessões e benfeitorias que introduzem grande acréscimo de valor à coisa. Sendo a evicção parcial, a indenização será proporcional aos prejuízos sofridos pelo alienante.

Jurisprudência: "O preço, a que se refere o *caput* do artigo 450 do Código Civil, não é aquele valor despendido quando da aquisição da coisa, mas justamente aquele que a coisa possuía quando se verificou a evicção". (TJMG, Ap. cível n. 1.0702.03.039515-7/001(1), rel. Elias Camilo, j. 12.11.2008). Ver também: STJ, REsp. 248.423/MG, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.04.2000.

"O evicto tem direito, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou, a indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; das despesas do contrato e pelos prejuízos que diretamente resultaram da evicção, além das custas judiciais e dos honorários do advogado por ele constituído (inteligência do art. 450 do CC/2002)". (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.506066-2/000(1), rel. Antônio de Pádua, j. 05.12.2006)

Parágrafo único: TJSP, Ap. cível n. 992.090.447.556, rel. César Lacerda, j. 22.09.2009.

Art. 451. Subsiste para o alienante esta obrigação, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente.

CC/1916: art. 1.110

O legislador tanto se preocupa com a concessão de indenização integral ao adquirente pela evicção, que não a privou mesmo nos casos em que a coisa perdida esteja deteriorada. Há uma distinção. Caso a depreciação decorra de negligência do proprietário, a indenização persiste. Afinal, o alienante sempre arcará com a restituição do preço (art. 450 do CC).

Mas, se maliciosamente atuou o adquirente no sentido de privar a coisa de seu valor, objetivando majorar os gastos do alienante, elide-se o dever indenizatório deste último.

Art. 452. Se o adquirente tiver auferido vantagens das deteriorações, e não tiver sido condenado a indenizá-las, o valor das vantagens será deduzido da quantia que lhe houver de dar o alienante.

CC/1916: art. 1.111.

O dispositivo é singelo e não oferece dificuldades interpretativas. Aqui o legislador pretendeu complementar o artigo precedente, aduzindo que o único caso em que as deteriorações não dolosas afetarão o dimensionamento do direito à evicção será aquele em que o adquirente houver auferido vantagens (v. g., venda de material lenhoso resultante da supressão dos espécimes nativos situados no imóvel). Do total da indenização apurada, o alienante deverá deduzir os valores obtidos das vantagens do evicto, evitando o locupletamento indevido.

Art. 453. As benfeitorias necessárias ou úteis, não abonadas ao que sofreu a evicção, serão pagas pelo alienante.

CC/1916: art. 1.112.

As benfeitorias são obras ou despesas efetuadas em coisa alheia, para fins de conservação, melhoramento ou embelezamento. Enquanto as necessárias objetivam evitar que a coisa se deteriore, as úteis aumentam ou facilitam o uso do bem (art. 96 do CC).

Quando o terceiro ajuíza a demanda que causa a evicção (v. g., reivindicatória ou reintegratória), cumprirá ao adquirente, na contestação, deduzir a pretensão contraposta de indenização das benfeitorias necessárias e úteis realizadas de boa-fé, sob pena de, enquanto não houver o pagamento, determinar o magistrado o direito de retenção em favor do evicto (art. 1.219 do CC).

Todavia, se o adquirente do bem que se evenceu não for abonado (reembolsado) pelas benfeitorias na sentença, poderá subsidiariamente se dirigir ao alienante para acrescentar o valor das obras e despesas ao montante da indenização da evicção. Nada impede que, posteriormente, ajuíze ação regressiva contra o terceiro.

Não se olvide de que, quanto às benfeitorias voluptuárias - de mero deleite ou recreio -, poderá o evicto levantá-las, se isso não causar danos à coisa.

Jurisprudência: Evicção. Indenização. O evicto há de ser indenizado amplamente, inclusive por construções que tenha erigido no imóvel. A expressão "benfeitorias", contida no art. 1.112 do Código Civil, há de ser entendida como compreendendo acessões. (STJ, REsp n. 139.178/RJ, Proc. n. 1997/0046889-5, 3ª T. rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 01.10.1998, DJ29.03.1999, p. 162, RSTJ116/225)

Art. 454. Se as benfeitorias abonadas ao que sofreu a evicção tiverem sido feitas pelo alienante, o valor delas será levado em conta na restituição devida.

CC/1916: art. 1.113.

No sentido de conceber um pequeno sistema de freios e contrapesos, o dispositivo estabelece que se as benfeitorias necessárias e úteis forem realizadas pelo alienante, mas os respectivos valores forem pagos indevidamente ao evicto, cumprirá àquele descontá-los do montante indenizatório.

Com efeito, não será lícito beneficiar o adquirente por despesas e obras efetuados ainda ao tempo em que a coisa pertencia ao alienante.

Art. 455. Se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito a indenização.

CC/1916: art. 1.114.

A evicção pode ser total ou parcial. Não raramente, o evicto perde uma parcela da coisa móvel ou imóvel, mantendo a propriedade ou a posse sobre o restante. Seria a hipótese de alguém que adquire um lote de vinte automóveis, sendo dez procedentes de documentação falsa. Ou, ainda, a aquisição de um prédio de apartamentos, em que 70% das unidades não pertenciam ao alienante.

Aliás, pode mesmo a evicção parcial se traduzir na exclusão de um ônus real que poderia beneficiar economicamente o evicto (v. g. > aquisição de fazenda com servidão de passagem sobre imóvel vizinho), ou na inclusão de um gravame capaz de reduzir a serventia do bem (v. g, aquisição de apartamento em que o vizinho posteriormente ajuíza ação confessória de servidão).

Duas oportunidades se abrem ao evicto: poderá optar entre a rescisão do contrato e a permanência com a coisa, restituindo-se parte do preço correspondente ao desfalque sofrido,

A rescisão do contrato é adequadamente manejada no Código Civil de 2002. Consiste na desconstituição da obrigação por vício inerente ao próprio objeto da relação obrigacional, em relações jurídicas que nascem portando um vício material (vício redibitório) ou jurídico (evicção) em sua prestação. Assim como a invalidade, a rescisão se localiza na gênese da relação obrigacional, sem que com aquela se confunda. A resolução, resilição e o distrato acometem uma relação originariamente perfeita, cuja perda de eficácia é superveniente. Isso explica a razão pela qual o legislador excluiu a rescisão quando do exame da extinção do contrato.

Em sentido análogo ao que ocorre com os vícios redibitórios (art. 442 do CC), poderá o adquirente apenas pleitear o abatimento no preço. Trata-se de direito potestativo do evicto, induzindo o alienante a uma posição de sujeição à opção por aquele adotada. Caso delibere pela *quantum minoris*, buscando o abatimento do preço, o adquirente perceberá um valor proporcional ao desfalque sofrido, calculado à época em que o bem se evenceu. Comparando-se o *caput* do art. 450 com o seu parágrafo único, percebemos que, enquanto na evicção total a restituição será sempre integral, na evicção parcial, eventuais depreciações do bem evencido, no período que medeia a aquisição e a redução patrimonial, serão suportadas pelo adquirente.

Todavia, o direito à escolha apenas será possibilitado pela norma quando a evicção parcial for qualificada como “considerável”. Ou seja, caberá ao magistrado, de acordo com a dimensão da concretude e as circunstâncias do caso, definir o sentido do que será uma considerável evicção parcial. Mas temos que não se trata de uma proporção meramente aritmética, baseada em percentuais, porém de um exame sobre a evicção em relação à finalidade econômica real pretendida pelo adquirente sobre o bem. Trata-se de visualizar até que ponto a evicção frustra a função social da propriedade. Exemplificando: a perda de uma pequena parcela de um bem imóvel poderá justamente recair sobre a sua parte fértil, ou sobre aquela em que se localizava o manancial que alimentava o gado.

Enfim, a novidade do art. 455 em relação à redação do antigo art. 1.114, do CC/1916, demonstra a preocupação do legislador com o princípio da conservação dos negócios jurídicos. A finalidade do ordenamento jurídico é evitar ao máximo que os contratos sejam desfeitos por motivos de somenos importância ou, mesmo que graves, por aqueles que possam ser remediados pelo sistema, a fim de que a relação obrigacional possa ser desenvolvida como um processo polarizado ao adimplemento. Daí a inserção de dispositivos como os arts. 170, 184, 157, § 2º, e parte final do 167, todos no Código Civil.

Aqui ainda é possível apreciar a teoria do inadimplemento mínimo, ou do adimplemento substancial - aplicável a contratos bilaterais e comutativos —, pois, tendo o alienante cumprido substancialmente a sua obrigação, imperiosa se revela a manutenção do contrato, limitando-se o direito formativo extintivo do credor de rescisão da relação obrigacional. Em suma, se o essencial da prestação foi cumprido, não seria considerado digno de tutela o interesse do adquirente em desconstituir o contrato, mas apenas o abatimento do preço, preservando-se o sinalagma na relação.

Jurisprudência: Civil. Evicção total. Indenização. I - Dispondo o art. 1.115 do Código Civil que se a evicção for parcial a indenização é tomada na proporção do valor da coisa ao tempo em que se evenceu, é incompreensível que o mesmo Código não agasalhe idêntico critério para o caso de evicção total. (STJ, REsp n. 134.412/GO, 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.11.1998, DJ 01.02.1999, p. 184)

Art. 456. Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo.

Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos.

CC/1916: art. 1.116

Indubitavelmente, cuida-se da mais expressiva inovação do legislador no que tange ao modelo da evicção.

A evicção é umbilicalmente atrelada ao instituto processual da denúncia da lide. Sabemos que, pelo fato de ter operado a transmissão de um direito, o alienante é garantidor da legitimidade da operação. O objetivo da denúncia da lide é permitir ao adquirente a convocação ao processo do alienante, em face do qual terá ação regressiva indenizatória, em caso de sucumbência na ação principal em que figura no polo passivo.

A denúncia da lide é uma modalidade de intervenção de terceiros, caracterizada como verdadeira ação regressiva, secundária e dependente, pois é proposta no bojo de uma ação principal, da qual a denúncia é acessória. O exame meritório da denúncia é marcado pela eventualidade, tendo como pressuposto a derrota do denunciante. Daí o equívoco do art. 74 do Código de Processo Civil, ao caracterizar o denunciado como litisconsorte, pois ele não mantém relação processual com o adversário do denunciante, já que não integra a relação principal, e sim a relação secundária. Enfim, é mero assistente litisconsorcial. A sentença prolatada será formalmente una, porém materialmente dúplice, pois extinguirá duas relações materiais distintas.

A evicção não se restringe às hipóteses de ações reivindicatórias, mas será admitida em qualquer demanda que possa implicar a perda da coisa por direito anterior à alienação. A denúncia tanto poderá ser provocada por quem figura como autor como por aquele que figura como réu na lide, portanto, na petição inicial ou na fase da contestação.

Tradicionalmente, os processualistas defendem a tese da obrigatoriedade da denúncia calcada no art. 70,1, do Código de Processo Civil, sendo facultativa nos demais casos. Se não for efetuada a denúncia na oportunidade processual, o adquirente não poderá mais exercitar o direito decorrente da evicção.

Todavia, tal entendimento não pode prevalecer nos tempos atuais por várias razões: a) no processo civil constitucional, deverá o magistrado aplicar os direitos fundamentais imediatamente em suas decisões (art. 5º, § 1º, da CF). Isso implica receber os termos do art. 5º, XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, o direito de acesso à prestação jurisdicional não pode ser trancado apenas pela perda de uma oportunidade processual para o ajuizamento da denúncia da lide; b) caso o adquirente não possa exercitar em ação autônoma a sua pretensão indenizatória contra o alienante, haverá uma espécie de enriquecimento sem causa, com evidente quebra do princípio da justiça contratual; e c) temos de abandonar a concepção do processo civil como um sistema isolado de normas técnicas e harmônicas. O processo é um instrumental que objetiva conceder efetividade ao direito material que, substancialmente, brota das relações privadas e das normas do

Código Civil. Trata-se de uma técnica que se coloca a serviço de uma ética. Princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato não são apenas cláusulas gerais que impõem deveres aos que ingressam em relações obrigacionais> pois precisam de concretização no corpo do processo, a fim de que a parte possa obter a prestação jurisdicional justa e efetiva.

Lamenta-se apenas que o legislador tenha perdido a oportunidade de expressar a possibilidade do ajuizamento de ação autônoma de evicção, pois o artigo em comento remete o direito que da evicção resulta ao que "determinarem as leis do processo", ou seja, ao art. 70, I, do Código de Processo Civil.

Nada obstante, para compensar, a norma permite a denúncia da lide "por saltos", em outras palavras, em vez de permitir a convocação isolada do alienante imediato, o Código facultou ao denunciante o chamamento de qualquer um dos transmitentes do bem imóvel, desde a origem da cadeia causai viciada. Poder-se-ia indagar: mas qual é a relação jurídica do adquirente com aquele proprietário primitivo que não lhe alienou o bem? A resposta se encontra na cláusula geral da função social do contrato (art. 421 do CC), na medida em que o adquirente foi ofendido não apenas pelo alienante, mas por todas as relações materiais antecedentes das quais não fez parte. A garantia da evicção será concedida, portanto, pela totalidade de transmitentes, que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa não só em face de quem lhes adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos.

Apesar do silêncio do Código, nada impede a denúncia coletiva da lide, sendo viável a convocação conjunta, e não sucessiva, de todos os alienantes, assegurando-se maior efetividade ao eventual direito de regresso do denunciante.

Observamos, anteriormente, que o autor da ação primária não participa da denúncia, cingindo-se esta às pessoas do adquirente (denunciante) e do alienante (denunciado). Destarte, não seria possível que a sentença condenasse o denunciado em face do autor. Isso também explica a necessidade de o denunciado contestar, sob pena de revelia e, consequentemente, de condenação à indenização caso o denunciante sucumbisse na ação principal.

Agora, o novidadeiro parágrafo único do art. 456 aduz que se o alienante for devidamente citado mas não atender à denúncia da lide, caso seja manifesta a procedência da evicção, será lícito ao adquirente (denunciante) deixar de recorrer ou contestar. Ora, o dispositivo está afirmando que o denunciante deixará de ser condenado, pois a condenação recairá diretamente sobre o denunciado. Mas qual seria a relação jurídica processual entre o adversário do denunciante e o denunciado? Haveria aí uma afronta ao art. 472 do CPC, que impõe limites subjetivos à coisa julgada?

Ao contrário da regra inserida no *caput*, que entendemos precisa e escoreita, consideramos que a solução concedida pelo parágrafo único viola a sistemática da denúncia da lide, sem possuir um fundamento de direito material capaz de justificá-la. Claro que a celeridade e economia processual são sempre bem-vindas, mas não é viável haver uma condenação contra o denunciado, sem que antes se proceda à condenação do denunciante. Se, por um ângulo, é patente a configuração de um dever de proteção de qualquer alienante em relação aos adquirentes posteriores, o mesmo não se vislumbra no que concerne ao terceiro, já que em nenhum momento estabeleceu vínculo com o alienante.

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Evicção. Denúnciação da lide por sucessividade ou por salto. Possibilidade. Art. 456 do Código Civil c/c art. 70, inciso I, e art. 73 do CPC. A garantia da evicção será concedida pela totalidade de transmitentes que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa não só em face de quem lhes adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos, possibilitando a denúncia sucessiva no primeiro caso e *persaltum* no segundo, admitida sua cumulação em cadeia de alienação de veículo composta de no mínimo três pessoas. (TJMG, AI n. 1.0702.08.457470-7/001(1), rel. Cláudia Maia, j. 02.04.2009)

Ver também: STJ, REsp n. 255.639/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.04.2001, *DJ* 11.06.2001, p. 204; e STJ, REsp n. 9.552/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 25.05.1992, *DJ* 03.08.1992, p. 11.308.

Art. 457. Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa.

CC/1916: art. 1.117, II.

O artigo em comento é praticamente uma reiteração, *a contrario sensu*, daquilo que foi disciplinado no art. 449. A partir do instante em que o adquirente tenha conhecimento dos riscos da evicção, suportará os prejuízos pela perda da coisa, por realizar verdadeiro contrato aleatório. Se o adquirente conhece o vício que penaliza o objeto que lhe é transmitido e exclui a responsabilidade de quem lhe aliena, adquire bem litigioso.

Contudo, mesmo conhecendo a dúvida quanto à origem do bem, se o adquirente não assumir o risco da evicção, poderá receber o que pagou, sem direito a perdas e danos (art. 449 do CC). A mesma consequência recairá sobre o alienante que desconhece a litigiosidade da coisa e subscreve cláusula de exclusão de responsabilidade pela evicção (art. 448 do CC).

Jurisprudência: Agravo. Ação declaratória. A evicção é um dever de garantia por parte daquele que transfere o domínio. Dispõe o artigo 457 do Código Civil que é vedada a demanda pela evicção por parte do adquirente que tinha conhecimento que a coisa era alheia ou litigiosa. Não é possível perder por evicção o que não lhe pertence. Recurso desprovido. (TJRJ, AI n. 2005.002.15181, rel. Des. Jorge Luiz Habib, j. 24.01.2006)

Ver também: STJ, REsp n. 54.130/G0, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29.11.1994, *DJ* 20.02.1995, p. 3.182.

Seção VII

Dos Contratos Aleatórios

Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

CC/1916: art. 1.118.

Contratos comutativos ou pré-estimados são aqueles em que a prestação de ambas as partes é determinada de início, sendo os resultados econômicos previstos desde a formação, mantendo-se uma relação de equivalência imediata.

Em contrapartida, nos contratos aleatórios ao menos uma das prestações é incerta quanto à exigibilidade da coisa ou do fato, ou mesmo de seu valor, demandando um evento futuro e incerto que dependerá do acaso. É o que ocorre nos contratos de jogo e aposta não proibidos, pela incerteza do prêmio (art. 814 do CC) e também no seguro (art. 757 do CC), em que a indenização a cargo do segurador depende da verificação de uma condição conhecida como *sinistro*. Mesmo que o risco não se verifique, o segurado pagará o prêmio (art. 764 do CC). O segurador também corre o risco de assumir uma indenização de valor significativamente superior aos prêmios despendidos pelo segurado.

Aliás, os contratos aleatórios são onerosos - assim como os comutativos pois o pagamento do valor do seguro ou da aposta não é mera liberalidade, mas garantia de adimplemento de uma contraprestação eventual.

O art. 458 versa sobre a *emptio spei* a “venda da esperança” (*sale of a hope*), pois há incerteza acerca de uma das prestações. O risco assumido pelo contratante consiste em ter de garantir a sua prestação mesmo que a contraprestação não se concretize. A sua vantagem depende da sorte.

Portanto, mesmo se a coisa ou o fato futuro não vierem a existir, quem assumiu a álea terá de desembolsar integralmente o valor ajustado previamente, desde que o beneficiado não tenha praticado ato ilícito que inviabilize a contraprestação.

Nesse sentido, mesmo um contrato tipicamente comutativo (v. g., compra e venda) pode se converter em aleatório pela autonomia privada dos contraentes, como alude o art. 483, parágrafo único, do Código Civil, no tocante à venda de coisa futura.

Há que observar que, em princípio, é inviável a resolução contratual por onerosidade excessiva nos contratos aleatórios, pois é ínsito a eles o caráter especulativo e o elevado risco. Por isso, a extrema vantagem de uma das partes faz parte da própria natureza do contrato e do fato de os contratantes remeterem a sua situação econômica ao acaso. Todavia, o art. 770 do Código Civil é inovador ao permitir a redução (revisão) do prêmio pago pelo segurado - ou a resolução contratual - caso se apure considerável redução do risco para o segurador no curso do contrato.

Jurisprudência: Execução de título extrajudicial. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Advocacia de partido. Contrato bilateral aleatório. Certeza, liquidez e exigibilidade [...]

2 - Tratando-se de um contrato bilateral comutativo, nenhum dos contratantes pode exigir o adimplemento da contraprestação que compete ao outro sem o cumprimento da que lhe cabe

- exceção do contrato não cumprido, prevista no artigo 476 do Código Civil. Reclama-se, portanto, para se configurar a exigibilidade de um contrato bilateral comutativo, a prova do implemento da condição, do cumprimento da prestação. 3 - Não integra a natureza do contrato de “advocacia de partido” a exigência de que em todos os meses seja efetivamente prestada uma consultoria ou praticado um ato judicial. Em tais avenças, os profissionais permanecem à disposição do cliente, que solicitará a realização do serviço caso surja alguma demanda. Em outras palavras, independentemente do número de serviços solicitados, ou mesmo que, em algum mês, nenhum seja requisitado, são devidos os honorários advocatícios contratuais; a exigibilidade dos honorários e o seu valor não são atrelados a um número mínimo ou máximo de trabalho. Consiste, portanto, em um contrato bilateral aleatório, em que a contratante assume o risco de as coisas futuras não virem a existir ou virem a existir em qualquer quantidade. Desse modo, não se exige que uma ação de execução de título executivo extrajudicial lastreada em um contrato de advocacia de partido seja instruída com a prova da efetiva prestação dos serviços. Recurso provido. (TJMG. Ap. cível n. 1.0024.08.266872-4/001(1), rel. Wagner Wilson, j. 03.06.2009)

Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.

Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido.

CC/1916: art. 1.119.

Aqui há outra forma de contrato aleatório. O dispositivo anterior tratava da *emptio spei* consubstanciada no risco assumido pelo contratante quanto à própria exigibilidade da pres-

tação. Porém, o artigo em exame se refere à *emptio rei \$peratae* em que a incerteza não recai sobre a prestação propriamente dita, mas sobre a sua quantidade.

Segundo a doutrina, o contratante terá de suportar a prestação mesmo que a coisa adquirida venha em quantidade mínima. Assim, em um contrato de compra de safra futura, mesmo que a colheita seja ínfima - em razão de eventos da natureza deverá o adquirente arcar com a importância ajustada no contrato. Certamente, o alienante só fará jus ao crédito se não atuou no sentido de obstaculizar a vantagem da contraparte, concorrendo culposamente para o prejuízo do adquirente.

Ademais, mesmo não havendo culpa do alienante, caso a quantidade por ele obtida seja equivalente a zero, haverá a restituição dos valores eventualmente adiantados pelo adquirente. Trata-se de hipótese de inexistência do negócio jurídico, na medida em que o objeto (bem) é pressuposto para a formação da compra e venda, eis que não há transferência de domínio sem uma coisa sobre a qual incidirá o preço (art. 481 do CC).

Nada obstante, em sede de direito civil constitucional, é cediço que as normas de direito privado não fogem da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ou seja, deve haver uma adequação entre os fins pressupostos pela norma, com os próprios objetivos do negócio jurídico aleatório. Portanto, não seria razoável a prevalência do contrato na hipótese da quantidade obtida ser mínima, insignificante. Nesse caso, equivaleria a se nada fosse auferido em proveito de quem contratou. Defendemos, portanto, a extensão do parágrafo único a essas situações, recusando interpretação meramente literal ao dispositivo, pois o termo “nada” significa, em verdade, algo que não seja passível de apreciação econômica, mesmo que em tese exista quantitativamente.

Jurisprudência: Embargos Infringentes. Parceria pecuária. Contrato pelo qual a autora cedeu seu ganhão para fecundar 30 éguas da ré, que possuía matrizes de renomada e reconhecida qualidade entre os criadores, sendo pactuada a entrega de 10 crias se nascessem 30 crias e todos os 30 filhotes sobrevivessem até o desmame, ou apenas um nono dos sobreviventes, em caso contrário. Contrato aleatório. Autora que assumiu o risco do perecimento das crias. Aplicação do artigo 459 do Código Civil, imputando os riscos de tal negócio jurídico à autora. A sobrevida de apenas 18 filhotes até o desmame impõe o pagamento de somente 2 crias, e não de 10, como pleiteou a autora, ou de 6, como determinou a sentença. Não há abusivamente na cláusula contratual que atribui à autora os riscos pelo insucesso no negócio pactuado. O processo de fecundação de éguas nem sempre é bem sucedido devido a peculiaridades da espécie equina, de forma que nem sempre a fecundação resulta em prenhez e esta, por sua vez, nem sempre culmina com o nascimento de filhote saudável que sobreviva até o desmame; além do mais a natureza do contrato em questão impõe ônus muito mais pesados para a parte detentora das matrizes que para a parte detentora do ganhão. Manutenção do acórdão embargado. Recurso improvido. (TJRJ, Embargos Infringentes n. 2005.005.00541, rel. Des. José Carlos Varanda, j. 11.07.2006)

Art. 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato.

CC/1916: art. 1.120.

Aqui há uma variação em relação ao dispositivo pregresso. O contrato aleatório consistirá no risco assumido pelo adquirente de ter de pagar o preço, mesmo que a coisa não exista no dia em que houve a contratação. Pelo fato de o adquirente saber que a coisa se encontrava exposta a risco, terá de arcar com o prejuízo conseqüente à sua perda total ou parcial.

Parece-nos que o adquirente realiza tal tipo de contrato justamente por pagar pela coisa um valor inferior ao praticado no mercado, na esperança de o risco não se concretizar. Essa vantagem justifica a celebração do negócio.

Note-se que não apenas o adquirente mas também o alienante estão se sujeitando à sorte. Ambos remetem o resultado ao acaso. Por isso, o conhecimento antecipado da perda total pelo alienante implicará inexistência do negócio jurídico pela ausência de objeto. Ou seja, não se cuida de invalidade por nulidade, que só se produziria se existisse o objeto, porém fica qualificado como ilícito, impossível ou indeterminado (art. 166, II, do CC).

Art. 461. A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa.

CC/1916: art. 1.121.

Se no momento da celebração do contrato o alienante possuía conhecimento acerca da consumação do risco a que estava exposto o adquirente, o contrato aleatório será passível de anulação pelo dolo.

O dolo é o vício de consentimento que se revela quando há uma desconformidade entre a vontade real e a declaração do agente, por ter sido induzido a erro pela contraparte (art. 145 do CC). Aqui, o alienante levou o adquirente a efetuar um negócio jurídico aparentemente aleatório, pois aquele já tinha ciência do resultado. Em verdade, surge a omissão dolosa pelo silêncio intencional do vendedor a respeito do fato essencial desconhecido pelo comprador, eis que ele não celebraria o negócio se soubesse do ocorrido.

Todavia, para não incidirmos em colisão com a hipótese do art. 460, há que ser feita uma distinção. Quando desde o início o alienante sabe que a coisa contratada como aleatória não existe, tratar-se-á de inexistência do objeto. Mas, se o seu conhecimento prévio concerne à ciência da consumação do risco pela existência da coisa em quantidade inferior à esperada, estamos no plano da invalidade pela anulabilidade da conduta dolosa. Aqui caberá ao adquirente o ajuizamento de ação desconstitutiva do negócio jurídico no prazo decadencial de quatro anos (art. 178 do CC).

Como o art. 461 se refere à anulação do negócio aleatório caso o dolo seja meramente accidental (art. 146 do CC) - a ponto de o adquirente manter o contrato mesmo se soubesse da sua condição real -, a solução será o ajuizamento de ação indenizatória e não a invalidação do negócio jurídico.

Não obstante a redação do art. 461, referindo-se à possibilidade de ser anulada a alienação aleatória quando o outro contratante tiver conhecimento da consumação do risco no momento de realização do negócio jurídico, entendemos não se tratar de anulação, mas de nulidade. Na verdade, verificado o risco, sendo tal fato de conhecimento de um dos contratantes, não estaremos diante de um negócio jurídico aleatório, uma vez que risco não existe. Conferindo ao termo “objeto”, presente no art. 166 do Código Civil, a acepção de causa do negócio jurídico, este será nulo, ante a impossibilidade de se firmar um contrato aleatório sem risco. Exemplificando, podemos citar os contratos de seguro de saúde. O risco é ínsito a todo contrato de seguro. O segurador, em contrapartida ao recebimento do valor avençado, assume o risco de o segurado vir a ficar doente, tendo de arcar com o custeio de um tratamento médico. Caso o segurado, ciente da existência de uma doença preexistente, omita tal fato ao segurador, estaremos diante de um contrato com roupagem de aleatoriedade, haja vista que risco não existirá, ou seja, o contrato será nulo, ante a impossibilidade do objeto.

Seção VIII

Do Contrato Preliminar

Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

CC/1916: sem correspondente.

O contrato preliminar pode ser conceituado como aquele em que as partes se comprometem a efetuar, posteriormente, um segundo contrato, que será o contrato principal. A autonomia privada permite que, por meio de duas relações obrigacionais sucessivas de efeitos diversos, possam as partes produzir negócios jurídicos. Com o contrato preliminar as partes não se obrigam apenas a prosseguir negociações, mas a exigir a conclusão de um contrato com certo conteúdo.

A distinção entre os dois modelos contratuais é facilitada pela identificação do objeto: enquanto no contrato principal o objeto consiste na obrigação de dar, fazer ou não fazer, no contrato preliminar se traduz na obrigação de concluir o contrato principal, ou seja, uma obrigação de fazer em momento futuro.

Não é tão incomum a celebração de contratos preliminares. Muitas vezes os parceiros preferem se conhecer melhor antes do passo final, elidindo consequências jurídicas de uma convenção definitiva. Em outros casos, existem dificuldades momentâneas que impedem a celebração imediata do contrato principal, sejam elas de ordem econômica ou pessoal. Nessas situações, nada impede que duas ou mais pessoas ajustem o contrato, convencionando os direitos e deveres recíprocos e os termos essenciais da operação econômica, porém protraindo o acordo definitivo e a produção de efeitos jurídicos e econômicos para um momento posterior.

O contrato preliminar não pode ser enfrentado como uma categoria intermediária entre as negociações preliminares e o contrato definitivo. Cuida-se de figura autônoma. Enquanto as tratativas são levadas a efeito independentemente de qualquer compromisso, pois as partes não sabem se irão ou não contratar, o contrato preliminar demanda um acordo de vontades e uma relação jurídica concluída, de natureza patrimonial. Já há o consentimento dos pré-contratantes, cuja finalidade é a segurança do negócio substancial que se tem em mira. A fase negociatória é concluída positivamente, porém as partes optam pela não celebração do contrato definitivo. Com o contrato preliminar, as partes não se obrigam a prosseguir nas negociações, mas a concluir certo conteúdo, pronto e acabado, pois elas já “fecharam o negócio”.

Ademais, no período entre as negociações preliminares e o contrato preliminar, as partes costumam celebrar pequenos acordos, usualmente denominados de *minutas* ou *cartas de intenção*. Elas demonstram que os parceiros já não mais se encontram em um estágio primário. Porém, os acordos parciais não geram a obrigação de celebração do contrato definitivo, pois não acordaram ainda no que tange às cláusulas em aberto. Nada obstante, se decidirem por contratar, vinculam-se aos termos das minutas parciais.

Também existe certa proximidade entre os contratos normativos e os preliminares. O contrato normativo não obriga as partes a uma futura contratação, mas, caso deliberem em tal sentido, os termos da futura avença não poderão fugir do conteúdo por aquele disciplinado. Seria o caso do contrato coletivo de trabalho. Ele não disciplina diretamente os contratos individuais de trabalho, mas fixa cláusulas gerais de contratação, cuja estipulação é imprescindível entre empregador e empregado. Diversamente, o contrato preliminar dá ensejo à obrigatória realização do contrato principal e perde a sua razão de ser quando este é firmado. Já o contrato normativo não desaparece, pois continuará regulando uma série indefinida de futuros contratos.

O Código Civil de 1916 não cuidou dos contratos preliminares. Tal fato é justificável se percebermos que o trato da matéria se acentua com a própria aceleração do tráfego jurídico

dos últimos cinquenta anos. O nosso legislador cuidou da matéria especificamente no campo da promessa de compra e venda, por meio da edição do Decreto-lei n. 58/37 e da Lei n. 6.766/79. Todavia, a abordagem autônoma da temática no título destinado aos contratos em geral demonstra que os contratos preliminares podem ter em vista a realização de qualquer tipo de contrato definitivo, até mesmo em sede de doação.

Na linha consensualista, o Código Civil é enfático na defesa do princípio da liberdade de forma para os contratos preliminares. Em outras palavras, dotado dos requisitos de validade a que alude o art. 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito e possível), é negócio jurídico perfeito e independente da relação principal que procura garantir. Essa diversidade de fundamentos e efeitos justifica a liberdade de contratar sem a exigência da forma pública, independentemente do valor das obrigações ajustadas para o futuro» mesmo em sede de compra e venda (art. 108 do CC).

No particular, o art. 1.417 do Código Civil é explícito ao oportunizar a concretização de promessa de compra e venda por meio das vias alternativas do instrumento público ou particular.

Jurisprudência: Contrato. Promessa de doação. Bem imóvel. Viabilidade. Realização por instrumento particular. Contrato preliminar que não reclama, para a sua validade, a forma exigida para o contrato definitivo. Entendimento pretoriano majoritário que se consolidou no art. 462 do C. Civil de 2002. Recurso provido para julgar a ação de obrigação de fazer procedente, com a concessão de tutela específica, com determinação. (TJSP, Ap. cível n. 4884154900, rel. Waldemar Nogueira Filho, j. 31.01.2008)

Ver também: TJMG, Ap. cível n. 1.0470.02.005103-8/001(1), rel. Nilo Lacerda, j. 30.05.2007; e STJ, REsp n. 145.204/BA, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 20.10.1998, v.u., *DJ* 14.12.1998, p. 245). (*RT* 763/171)

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo em exame assume relevo. Sendo o negócio jurídico preliminar válido, produzirá eficácia obrigacional consistente na possibilidade de execução específica da obrigação de fazer consubstanciada no contrato preliminar. A efetivação - voluntária ou coativa - do contato principal enfatiza a presença dos elementos da responsabilidade do declarante e da confiança do declaratório no sentido da seriedade do contrato preliminar.

Portanto, sendo lícito o objeto do contrato preliminar, no sentido de ausência de qualquer ofensa à boa-fé objetiva e à função social do contrato (art. 187 do CC), além de praticado por pessoas dotadas de capacidade negociai e legitimação para disposição de bens, qualquer dos parceiros poderá perseguir a execução específica. Exemplificando: por mais que o contratante seja titular do bem e no gozo de sua capacidade de fato, a ausência da outorga do cônjuge priva o negócio jurídico de elemento de integração, tornando-o anulável (art. 176, c/c o art. 1.649 do CC), excetuando-se o matrimônio pelo regime da separação absoluta (art. 1.647 do CC). Assim, a falta de legitimação obsta a obtenção coercitiva da execução da obrigação de fazer.

A existência da cláusula de arrependimento é fator impeditivo à persecução da tutela específica judicial. Cuida-se de um direito potestativo de retratação deferido aos contratantes, concedendo-lhes o poder de, a qualquer tempo, resilir unilateralmente o contrato preliminar

pela forma de denúncia notificada à outra parte (art. 473 do CC). Certamente, o prazo decadencial para o exercício do poder de desconstituição da relação será o momento anterior ao cumprimento de todas as obrigações constantes do pacto (v. g., pagamento da última prestação pelo promissário comprador na promessa de compra e venda).

Aliás, nas promessas de compra e venda, o art. 1.427 do CC é explícito ao permitir a inserção de cláusula de arrependimento. Porém, o Código Civil somente regula essa espécie de negócio jurídico para os imóveis não loteados. Nos loteamentos urbanos (art. 25 da Lei n. 6.766/79) e rurais (art. 16 do Decreto-lei n. 58/37 e Súmula n. 166 do STF), os contratos são irrevogáveis, pois normas de ordem pública objetivam acautelar a população de baixa renda diante de especuladores imobiliários que alienam lotes e, posteriormente, exercitam o direito de arrependimento mediante restituição das quantias pagas, com a finalidade de novamente alienar os imóveis, agora com valores majorados em razão da valorização do empreendimento. Não é por outra razão que, em se tratando de contratos preliminares alusivos à alienação de loteamentos, a denominação emprestada pelo legislador seja *compromisso* de compra e venda, diversamente à *promessa*, que indica um negócio mais frágil e, portanto, passível de retratação.

Para a celebração do contrato definitivo, deverá o contratante que cumpriu as suas obrigações interpelar o outro contraente, com a concessão de prazo razoável, a fim de que efetive a obrigação de fazer. Se houver resistência, a pretensão resultante da violação do direito subjetivo poderá ser concretizada por distintos modelos judiciais: tratando-se de contrato de promessa de compra e venda, adota-se a via da adjudicação compulsória, observando-se ainda a eleição da ação de outorga de escritura, nos termos do art. 466-C - introduzido pela Lei n. 11.232/2005 - do CPC. Já para os contratos preliminares em geral, a parte prejudicada poderá manejar a ação cominatória (art. 287 do CPC, com a nova redação da Lei n. 10.444/2002), sem se olvidar da tutela específica da obrigação de fazer, alvitrada no art. 461 do Código de Processo Civil. Por fim, nas relações de consumo, dispõe o consumidor da execução específica pela regra constante do art 84 da Lei n. 8.078/90.

O parágrafo único do art. 463 dispõe acerca da necessidade de os contratantes registrem o contrato preliminar. A norma pode ser compreendida de duas maneiras. Se entendermos que o legislador condiciona a validade do negócio jurídico preliminar ao registro (RGI para imóveis e cartório de títulos e documentos para bens móveis), poderíamos concluir que o legislador não agiu com acerto. Com efeito, não devemos confundir a eficácia obrigacional do contrato preliminar com a sua eficácia real. Aquela é restrita às partes e independe do registro, posto que é suficiente à satisfação das obrigações inseridas no contrato preliminar para que se pretenda a execução específica a que remete o *caput* do dispositivo. Já a eficácia real, concedida pelo registro, objetiva apenas tutelar os contratantes perante terceiros, dotando as partes de seqüela e oponibilidade do instrumento em caráter *erga omnes*, caso o objeto da prestação seja transmitido a terceiros no curso da execução do contrato preliminar. Enfim, exigir o registro do instrumento para fins de exercício de pretensão ao contrato definitivo é confundir a eficácia real com a obrigacional, restrita aos celebrantes do negócio prévio.

Portanto, parece-nos que a melhor hermenêutica da norma consiste em considerar que o legislador pretendeu afirmar a exigência do registro como forma de concessão de eficácia perante terceiros (coletividade), e não como requisito de validade do negócio. A própria técnica normativa induz a tal conclusão, ou seja, se o codificador pretendesse erigir o registro ao plano da validade, teria inserido observação no próprio *caput*, ou mesmo no art. 462, ao aludir aos requisitos essenciais. Em síntese, para os contratantes, a vantagem do registro é a tranqüilidade de saber que, quando do cumprimento das obrigações referidas no contrato preliminar, a execução da obrigação de fazer poderá ser dirigida não apenas contra o devedor, mas em caráter absoluto.

Nos contratos de promessa de compra e venda a celeuma assume maior proporção, na medida em que o art. 1.418 do Código Civil encetou grave inquietação ao condicionar a titularidade do direito real à aquisição (obtida por meio do registro), para fins de exercício de ação de outorga de escritura definitiva de compra e venda contra o *vendedor* ou terceiros. Em

outras palavras, ao exigir o registro da promessa até mesmo para se adjudicar perante o promitente vendedor, o Código Civil fere a autoexecutoriedade do pré-contrato, pois inadvertidamente mistura a relação jurídica obrigacional *inter partes* com a relação real que envolve o titular da promessa registrada com o sujeito passivo universal, cujo objeto é o dever geral de abstenção. Pior, culmina na supressão da Súmula n. 239 do Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”

Pronunciando-se adequadamente sobre a matéria, o Conselho da Justiça Federal emitiu o Enunciado n. 95: “o direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário”.

Jurisprudência: Súmula n. 166, STF: É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937.

Súmula n. 167, STF: Não se aplica o regime do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito no Registro Imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro.

Súmula n. 412, STF: No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal por quem o deu, ou a sua restituição em dobro por quem o recebeu, exclui indenização maior a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo.

Súmula n. 76, STJ: A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor.

Locação. Ação de obrigação de fazer conexa com despejo por denúncia vazia. [...] Existindo a possibilidade de um documento ser tido como um contrato preliminar, nos termos do art. 462 do CC e, havendo resistência da locadora em firmar o contrato definitivo, tem a locatária o direito de exigir a celebração do definitivo, conforme estatui o art. 463 do CC e de se reconhecer que o contrato de locação estaria em vigor por prazo determinado, a ação de despejo por denúncia vazia seria improcedente, o que obstaria o despejo, de sorte que, presentes os *fumus bonijuris* e o *periculum in mora*, de se conceder à apelação excepcional efeito suspensivo. (TJSP, AI n. 1.173.691.005, rel. Paulo Ayrosa, j. 01.07.2008)

Ver também: STJ, REsp n. 424.543/ES, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.03.2003, *DJ* 31.03.2003, p. 217.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

CC/1916: sem correspondente.

Ao comentarmos o artigo precedente, observamos que a obrigação de fazer sucessiva aos contratos preliminares consiste em emissão de uma declaração de vontade por parte do contratante, autorizando o ingresso das partes no contrato definitivo. Havendo resistência injustificada à execução espontânea, o contratante lesado exercitará a pretensão de direito material por intermédio da tutela específica da obrigação de fazer, na qual o preceito cominatório

(*astreintes*) desempenhará uma função coercitiva indireta perante o devedor, constringendo-o a desempenhar a obrigação em juízo.

Porém, fracassando a modalidade coercitiva, aplica-se o art. 466-A do Código de Processo Civil, com o fito de imposição de execução direta, mediante a tutela sub-rogatória. Ou seja, sobejando perfeito o contrato preliminar no plano de validade, a vontade do magistrado substituirá a do devedor renitente, que injustificadamente a negou. A possibilidade de obtenção do suprimento judicial demonstra a fungibilidade da obrigação de fazer, e serve como título para a obtenção do registro definitivo de compra e venda nas sentenças originárias de contratos preliminares de promessa de compra e venda.

Como esclarece o próprio dispositivo, a execução específica não será viabilizada “se a isto se opuser a natureza da obrigação”. Cuida-se das obrigações *intuitu personae*, nas quais não se pode constranger o devedor ao fazer, sendo impossível ao juiz suprir a sua omissão.

Há que observar, no campo específico do compromisso de compra e venda, importante alteração legislativa que passou despercebida para muitos. O art. 41 da Lei n. 6.766/79 admite a transmissão da propriedade imobiliária unicamente em decorrência da averbação da quitação do contrato preliminar de compromisso, independentemente da celebração do contrato definitivo - escritura de compra e venda. Isto é, realizado o contrato preliminar e demonstrado o pagamento do preço, nada mais precisaria o adquirente providenciar, pois o negócio jurídico estaria completo.

A outro giro, a Lei n. 9.785/99 - objetivando a implantação de loteamentos para pessoas de baixa renda - introduziu na Lei n. 6.766/79 fundamental inovação no art. 26, § 6º: “Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação”. Da forma que foi inserida, a norma se aplica a qualquer tipo de aquisição de lotes em loteamentos e não apenas às destinadas a populações de baixa renda.

Portanto, em tais hipóteses, será dispensada a sentença de adjudicação compulsória, pois a averbação da quitação ao registro do contrato de compromisso será medida suficiente para a obtenção da propriedade. Aliás, dispensando-se a superfetação da segunda escritura, o contrato de compromisso perde a característica de contrato preliminar, pois só existirá uma manifestação de vontade dos contratantes. A nosso visio, cuida-se de excelente medida sob o ponto de vista econômico e jurídico. No aspecto econômico, evita o encarecimento despropositado da aquisição da propriedade imobiliária, eis que é afastada a duplicidade de atos de escrituração e registro. Na lógica jurídica, é de ver que, quando da assinatura do compromisso, o vendedor praticamente transferiu todo o conteúdo dominial para o comprador, sobrando-lhe apenas a obrigação de outorga de escritura. Assim, a entabulação de um segundo contrato sobeja despicenda, pois as faculdades da propriedade já se encontravam com o adquirente.

Note-se, contudo, que, pela dicção emprestada pelo Código Civil nos arts. 1.417 e 1.418, a promessa de compra e venda de imóveis não loteados prossegue na condição de contrato preliminar, sendo o seu registro apenas fato gerador de direito real à aquisição em coisa alheia, insuficiente para isoladamente proporcionar direito real de propriedade, aqui sendo mantida a necessidade de uma segunda manifestação de vontade, alicerçada na obrigação de emissão do instrumento definitivo de compra e venda.

Jurisprudência: Súmula n. 168, STF: Para os efeitos do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, admite-se a inscrição imobiliária do compromisso de compra e venda no curso da ação.

Súmula n. 413, STF: O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória quando reunidos os requisitos legais.

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Pacto preliminar. Inércia dos demandantes em efetuar o contrato definitivo. Ação objetivando a implementação do negócio jurídico [...]. *In casu*, observa-se que a parte autora cumpriu com todas as obrigações assumidas no pacto preliminar, sendo, portanto, injustificável a desídia da ré no que diz respeito ao firmamento do contrato principal. No caso de esgotamento de prazo, cabe ao juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, *ex vi* o art. 464 do Código Civil/2002. Manutenção do *decisum*. Recurso conhecido e desprovido. (TJRJ, Ap. cível n. 2005.001.24940, rel. Des. Ferdinando do Nascimento, j. 01.12.2005)

Ver também: STJ, REsp n. 205.835/SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 10.12.2002, *DJ* 24.02.2003, p. 236.

Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

CC/1916: sem correspondente.

A norma em apreciação remete as partes a uma opção subsidiária, qual seja a indenização por perdas e danos contra o estipulante que não deu execução ao contrato preliminar.

Cuida-se, conforme o exposto, de uma segunda possibilidade de atuação do credor, pois o sistema deseja precipuamente o adimplemento da obrigação, mesmo que o cumprimento se viabilize pela tutela específica. A noção tão contemporânea da efetividade do direito material indica que a obrigação nasce para ser cumprida e o ordenamento civil, pelo princípio da operabilidade, velará para que a relação obrigacional, como um processo, marche em direção ao seu término natural, sendo patológicas e excepcionais as hipóteses de inadimplemento e conseqüente pleito indenizatório.

Se toda a arquitetura do Código Civil de 2002 privilegia o adimplemento, a opção do art. 465 apenas será exercitada quando a natureza personalíssima da obrigação se opuser à tutela específica ou quando for o desejo do próprio credor a conversão da coisa devida em seu equivalente pecuniário, nos termos dos arts. 389 a 420 do Código Civil, que cuidam da responsabilidade contratual.

Tecnicamente, a parte lesada pelo inadimplemento propugnará pela resolução do contrato, conforme o indicado no art. 475 do Código Civil.

Caso o rompimento se verifique na fase das tratativas - negociações preliminares não se pode falar em responsabilidade contratual, mas em quebra ilegítima do princípio da boa-fé objetiva do contato social, pelo comportamento daquele que, injustificadamente, viola a confiança da contraparte mediante o desleal e abusivo exercício do direito de recesso.

Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

CC/1916: sem correspondente.

Os contratos preliminares se dividem em unilaterais ou bilaterais. Estes geram obrigações para ambas as partes, podendo uma exigir da outra o cumprimento do contrato definitivo (v. g., na promessa de compra e venda, o promissário comprador assume obrigação de pagar prestações - e o promitente vendedor, de fazer outorgar escritura definitiva). Já os con-

tratos unilaterais produzem obrigações para apenas uma das partes. Constitui exemplo de promessa unilateral a promessa de doação, figura controversa no direito pátrio.

Tradicional exemplo dessa modalidade é o contrato de opção - freqüente em negócios imobiliários pelo qual os contratantes deliberam que um deles exercitará preferência para a eventual celebração de um contrato. Enquanto uma das partes assume a obrigação de conceder a preferência, nas condições da declaração, a outra tem a liberdade de efetuar ou não o contrato, sendo suficiente que exerça o direito potestativo da preferência no prazo estipulado - que se converte, portanto, em prazo decadencial. Enfim, só uma das partes está adstrita à prestação de fazer. A outra é livre.

O artigo em exame aduz que, quando não houver prazo, o credor será cientificado por um termo razoável, aposto em notificação. Aliás, é um equívoco e uma contradição, em termos, utilizar a expressão “prazo indeterminado”, pois o vocábulo *prazo* já indica um tempo ou período determinado.

O mérito do dispositivo consiste em demonstrar que as obrigações são transitórias, na medida em que uma pessoa não pode se vincular ao poder da vontade alheia *ad eternum*. O termo vínculo expressa a ideia de cadeia, prisão. A relação obrigacional remete à ideia de liberdade que, inicialmente cedida em prol do êxito do projeto contratual, será recuperada pelo devedor com o adimplemento.

Por fim, não se pode confundir a promessa unilateral de contratar com a proposta do contrato a que alude o art. 427 do Código Civil. Na policitação, o proponente apenas realiza uma oferta, aguardando a aceitação ou a contraproposta do oblato. A proposta não gera obrigatoriedade em várias oportunidades (art. 428 do CC). Já a promessa unilateral é um contrato formado em que se concretizou a manifestação das vontades. Outrossim, a segurança jurídica do contrato preliminar, mesmo que unilateral, estende-se ao plano da sucessão *intestamentaria*, pois o contrato integra o acervo hereditário transmitido aos herdeiros do promitente (devedor) e do beneficiário (credor), ao contrário da proposta, que caducará com a morte do ofertante ou do destinatário.

Seção IX

Do Contrato com Pessoa a Declarar

Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.

CC/1916: sem correspondente.

O contrato com pessoa a declarar é aquele em que uma das partes se reserva a faculdade de designar uma outra pessoa que assuma a sua posição na relação contratual, como se o contrato fosse celebrado com esta última. Pela cláusula *electio amici*, uma das partes originárias pactua a sua substituição, comprometendo-se a outra parte a reconhecer o *amikus* como parceiro contratual. Ao tempo da escolha, o estipulante é substituído no polo da relação contratual em caráter *ex tunc*, como se jamais houvesse integrado a avença.

O objetivo do legislador ao inovar no tratamento da matéria consistiu justamente em excepcionar o princípio da relatividade contratual, demonstrando que o tráfego jurídico requer a circulação das obrigações e a celeridade na conclusão de negócios jurídicos. Ameniza-se o apego à personalidade dos contratos adiante da inevitável necessidade moderna de dinamismo na movimentação de créditos, sem que se reduza a sua segurança.

A grande área de incidência dessa figura contratual é a compra e venda. Pode surgir quando o terceiro deseja ocultar a sua identidade através da designação de um intermediário que

contrata em seu próprio nome, reservando-se a indicar o terceiro posteriormente, seja para evitar especulação, seja por razões pessoais de amizade ou inimizade com o vendedor. Igualmente, o promitente comprador que deseja revender rapidamente um imóvel poderá especular sobre o seu preço e encontrar um novo adquirente, assim como a agência de automóveis que deseja revender o carro usado que adquiriu do particular. Apesar do receio justificado da lesão ao fisco pela elisão da bitributação, nada impede a existência de mecanismos de controle com a exigência de um único tributo, acrescendo-se um valor pela nomeação do terceiro.

O contrato com pessoa a declarar é incompatível com as relações obrigacionais *intuitu personae*- por sua própria essência ou pela própria determinação das partes - por ser nestas insubstituível a pessoa de um dos contratantes. Exemplificando: em um contrato de doação, a determinação do donatário é imediata, assim como nos negócios jurídicos de direito de família é patente a infungibilidade dos partícipes.

Art. 468. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado.

Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato.

CC/1916: sem correspondente.

Além das indispensáveis capacidade e legitimação das partes ao tempo da contratação, a *electio amici* demanda certos requisitos de validade: a) a *electio* será pura e simples, de modo que o terceiro integre o contrato com situação jurídica igual à do contratante primitivo; b) a reserva da faculdade de escolha deve constar expressamente de cláusula contratual, sob pena de o negócio jurídico ser comum e restrito às partes, o que só permitiria um futuro trespasse da posição contratual pelo instituto da cessão; e c) a escolha e a aceitação do terceiro serão efetivadas e comunicadas à outra parte no prazo estipulado no contrato ou, na ausência de termo convencional, no decurso de cinco dias.

O artigo em comento cuida da *electio* como o ato em que é designada a pessoa nomeada em conformidade com a reserva constante do contrato. O poder do contratante de eleger o terceiro (*amicus*) é verdadeiro direito potestativo formativo, pois por meio de uma declaração de vontade o estipulante unilateralmente produzirá uma modificação jurídica consistente na criação de uma nova relação jurídica - entre o terceiro e a contraparte - e a desconstituição da relação originária. Por isso, a cláusula que constará da relação jurídica inicial ostentará os seguintes dizeres: “para si ou pessoa a nomear”.

Parece-nos impraticável uma escolha sucessiva, seja pelo contratante, seja pelo próprio *electus*. A reserva de nomear sucessiva deveria ser consubstanciada em cláusula contratual. Ademais, a aceitação é pura e simples, o que torna uma segunda escolha incompatível com os objetivos do contrato. Porém, nada impede uma segunda escolha por parte do contratante, quando dentro do prazo de indicação avençado o primeiro *electus* não aceita integrar o contrato. Ora, sendo o terceiro uma pessoa determinável, haverá a alternativa para o contratante de buscar outra pessoa para uma segunda indicação.

O parágrafo único do dispositivo informa que a eficácia da aceitação é sujeita à observância da mesma forma adotada para o contrato inaugural. Assim, se o contrato com pessoa a declarar se realizou por instrumento público, a solenidade essencial será igualmente observada quando da *electio*. Com efeito, a aceitação do terceiro é um ato posterior que complementarizará o contrato, formando um sentido de unidade que requer a identidade de formas. Mas, em sentido contrário, nada impede que a escolha seja realizada com solenidade mais rigorosa do que a dada para o contrato.

O legislador andou bem ao se referir à eficácia da aceitação, pois, diante da inobservância da forma, o contrato permanece válido entre as partes originárias, mas não produzirá efeitos para o *electus*.

Art. 469. A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado.

CC/1916: sem correspondente.

A escolha e a aceitação do terceiro implicam duas ordens de efeitos: a) cancela o negócio jurídico originário celebrado entre as partes; e b) constitui uma nova relação contratual agora entre um dos contratantes e o *electus* -, substituindo completamente a primeira contratação, que desaparece como se nunca houvesse se aperfeiçoado.

Destarte, a nomeação produz efeitos retroativos, pois o designante se retira sem deixar pistas. A escolha seria uma forma de condição resolutiva, pois é evento externo e incerto quanto à sua ocorrência, que, quando operada, produz a extinção da primeira contratação. A *electio* também é condição suspensiva de aquisição pelo terceiro, retroativamente ao nascimento do contrato. Aliás, como a condição - elemento accidental do negócio jurídico - atua na esfera da eficácia e não da validade, a recusa da aceitação pelo terceiro não comprometerá o negócio jurídico.

Esses dados indicam a fundamental distinção entre o contrato com pessoa a declarar e a cessão do contrato. Em comum a ambos, o nomeado adquire os direitos e as obrigações decorrentes do contrato. Porém, no modelo em estudo, havendo a aceitação do terceiro, a circulação da obrigação se verifica ao tempo da gênese do contrato, como se desde o seu nascimento a relação já tivesse sido estabelecida entre o contratante e o *electus*, sem nenhuma relação com o nomeante. Já a cessão do contrato é uma modalidade de transmissão da obrigação, produzida no momento intermediário entre o nascimento e a extinção da relação jurídica, ocorrendo a passagem da posição do cedente para o cessionário, com efeitos *ex nunc*, como verdadeira sucessão a título particular. O cessionário recebe o contrato do cedente. Já o *electus* nada recebe de quem o elege - pois não há transferência - mas recebe do contratante remanescente.

Art. 470.0 contrato será eficaz somente entre os contratantes originários:

I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la;

II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação.

CC/1916: sem correspondente.

Muito interessantes são os efeitos do contrato com pessoa a declarar. Enquanto não houver a escolha, o contrato se situa em estágio provisório de suspensão de eficácia real e obrigacional. Assim, na compra e venda, a propriedade remanescerá com o vendedor. Aquele que realizará a eventual indicação não poderá atuar, pois praticaria conduta incompatível com a vontade de designar o *amicus* - uma espécie de *venire contra factum proprium*. Excetuem-se, logicamente, os atos meramente conservatórios ou de administração temporária.

Mas, se o terceiro não for declarado, ou se declarado não aceitar o contrato, considerar-se-á este terminantemente realizado com o próprio contratante originário. Em suma, o contrato provisório se converte em definitivo, pois não haverá produção de efeitos para o terceiro. O legislador não foi feliz ao incluir no *caput* o advérbio *somente*, o que dá a impressão de que, sem o ingresso de um terceiro, a eficácia da relação torna-se parcial. Em verdade, a efi-

cácia é plena, não só entre os contraentes, mas com oponibilidade *erga omnes*, sobretudo nos contratos em que há transferência de propriedade.

Observe-se que não há identidade com o contrato preliminar (art. 462 do CC), em que a celebração objetiva a futura transmissão de propriedade. Aqui, em sentido diverso, o objetivo é um contrato futuro. Nada obstante, é possível a associação das duas figuras.

Elogiável é igualmente a ineficácia da indicação quando o terceiro nomeado era insolvente e a outra pessoa desconhecia tal fato no momento da indicação. O legislador desejou evitar fraudes e abuso do direito potestativo de escolha, acautelando aquele que se obrigaria a contratar com o *electus*.

Art. 471. Se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários.

CC/1916: sem correspondente.

Em princípio, poderia parecer que o legislador repetiu aqui o teor do artigo anterior (art. 470, II), ao tratar da insolvência do terceiro nomeado como causa de ineficácia relativa do contrato perante o *electus*, perpetuando-se a relação contratual entre as partes originárias.

Nada obstante, há uma distinção temporal. O preceito em comento concerne à verificação da insolvência ao momento da nomeação do terceiro, enquanto o art. 470 se refere à constatação da insolvência ainda na celebração do contrato com cláusula de pessoa a nomear, em período anterior à identificação do terceiro. Destarte, mesmo que a individualização ocorra tempos depois, a insolvência anterior e desconhecida pelo outro contratante é suficiente para afastar o nomeado da relação jurídica.

Em suma, a insolvência posterior é causa de ineficácia superveniente que se apresenta no momento em que o *electus* aceita a indicação, o que restringe os efeitos do contrato à pessoa do nomeante.

A norma também faz referência à ineficácia do contrato perante o terceiro que era incapaz ao tempo da nomeação. Como não há distinção entre incapacidade absoluta e relativa, seja qual for a sua medida, ela restringirá os efeitos do contrato aos contraentes primitivos. Apesar de a incapacidade ser causa de invalidade por nulidade (art. 166, II, do CC) ou anulabilidade (art. 171, I, do CC), na espécie restará afetado o plano de eficácia, pois a estrutura do contrato se mantém intacta, na medida em que são respeitados os requisitos do art. 104 do Código Civil, quando da sua elaboração.

CAPÍTULO II DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

Seção I **Do Distrato**

Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

CC/1916: art. 1.093.

O Capítulo II, do Título V, do Livro “Do Direito das Obrigações” trata da extinção do contrato em suas variadas formas. A relação jurídica originária pode ser suprimida por meio de distrato, resilição e resolução.

Em comum, as três situações se prendem a circunstâncias supervenientes à contratação, manifestando-se no bojo de relações constituídas sem desvios ou patologias. Diferem, portanto, das hipóteses de invalidade do contrato - por nulidade ou anulabilidade que violam o negócio jurídico em seu nascedouro, nos termos do art. 104 do Código Civil. Enfim, na tricotomia do negócio jurídico, a extinção do contrato não se localiza no campo da validade, mas sim da eficácia, pois acarreta a ineficácia superveniente de uma relação válida.

Por isso, o Código Civil de 2002 reserva o termo *rescisão* apenas para a desconstituição da obrigação por vício inerente ao próprio objeto da relação obrigacional, em relações jurídicas que nascem, portanto, de um vício material (vício redibitório) ou jurídico (evicção) em sua prestação. Assim como a invalidade, a rescisão se localiza na gênese da relação obrigacional - sem que com aquela se confunda enquanto a resolução, resilição e o distrato acometem uma relação originariamente perfeita, cuja perda de eficácia é superveniente. Isso explica a razão pela qual o legislador excluiu a rescisão quando do exame da extinção do contrato.

O art. 472 cuida do distrato. É negócio jurídico bilateral destinado à extinção contratual. De comum acordo as partes deliberam pelo término das relações obrigacionais. O distrato também pode ser considerado uma resilição bilateral, na qual as partes se valem da autonomia privada, retratando-se do acordo inicial. O distrato opera efeitos *ex nunc*, não se confundindo com a resolução, como veremos a seguir.

Há a necessidade de atender à mesma forma que a lei exigiu para a celebração do contrato. Portanto, tendo sido ele celebrado por instrumento público, assim se realizará o distrato, sob pena de invalidade (art. 166, IV, do CC). Outrossim, sendo realizado pela forma escrita, não haverá distrato oral. Porém, nada impede que, mesmo sendo celebrado o contrato sem solenidade, queiram as partes inseri-la por ocasião do distrato.

Ressalte-se ser possível a inserção de cláusula penal no distrato, com o objetivo de prevenir eventual infração às obrigações nele consubstanciadas.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 992.080.253.732, rel. Renato Sartorelli, j. 24.11.2009.

Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

CC/1916: sem correspondente.

Consiste a resilição unilateral no direito potestativo de um dos contratantes impor a extinção do contrato, sem que o outro possa a isso se opor, eis que esteja situado em posição de sujeição.

Não obstante a existência de dissenso doutrinário, o legislador adotou o vocábulo *denúncia* como sinônimo de resilição unilateral e procedimento pelo qual ela se comunica à outra parte. A nomenclatura legal será o ponto de partida do aplicador do modelo jurídico.

O direito à resilição é concretizado convencionalmente - mediante cláusula contratual -, inclusive com imposição de prazos decadenciais ao seu exercício (art. 211 do CC). Mas, em certos casos, a própria lei veicula o acesso à denúncia contratual, como na revogação do mandato pelo mandante (art. 682 do CC) ou em sua renúncia pelo mandatário (art. 688 do CC).

Nos contratos sem prazo, a denúncia é inerente aos pactos. No comodato, caso o comodatário seja interpelado e constituído em mora, a reintegração de posse poderá ser ajuizada, caso seja superado o prazo concedido pelo comodante sem que aquele tenha se retirado do

imóvel. Na prestação de serviços, o art. 599 do Código Civil utiliza inadequadamente o termo *resolver*, quando seria o caso de rescisão unilateral na falta de prazo estipulado em tais convenções. Nas relações trabalhistas, a rescisão unilateral é vislumbrada na concessão de aviso prévio ao empregado.

Interessante repositório de normas alusivas à rescisão unilateral é a lei de locações. Os arts. 4º, 6º, 7º e 8º da Lei n. 8.245/91 apresentam hipóteses de denúncia, seja por iniciativa do locatário (art. 4º), seja de ambos os contratantes (art. 6º), seja de terceiros estranhos inicialmente ao contrato (arts. 7º e 8º). Assim, diante da indeterminação temporal, o locador terá a ação de despejo, caso a denúncia seja recusada pelo locatário. Porém, se a iniciativa do rompimento partir do próprio locatário, bastará o aviso por escrito, sob pena de consignação judicial das chaves em caso de resistência do locador.

Nas relações de consumo também é permitida a inserção de cláusula de denúncia ou cancelamento unilateral pelo fornecedor em contratos de adesão, desde que igual direito seja conferido ao consumidor (art. 51, XI, do CDC). Interessante hipótese de rescisão unilateral é franqueada em favor do consumidor no prazo decadencial de sete dias a contar do recebimento de produtos ou serviços decorrentes de contratos praticados fora do estabelecimento do fornecedor. Trata-se de prazo de reflexão concedido ao consumidor, diante da pressão psicológica decorrente de meios de comunicação que interferem em sua privacidade (compra por telefone, fax, internet e outros meios).

O parágrafo único do art. 473 suspende a eficácia da rescisão unilateral nas hipóteses em que uma das partes tenha efetuado investimentos consideráveis por acreditar na estabilidade da relação contratual.

Aqui, há uma perceptível aplicação da teoria do abuso do direito, limitando o exercício ilegítimo de direitos potestativos (art. 187 do CC). Uma das funções do princípio da boa-fé objetiva é frear o exercício de condutas formalmente lícitas, mas materialmente antijurídicas, quando ultrapassem os limites éticos do sistema. Se, em princípio, ao contratante é franqueado o livre exercício do direito potestativo de rescisão unilateral, o ordenamento jurídico não pode permitir que tal atuação lese a legítima expectativa e a confiança da outra parte que acreditou na consistência da relação jurídica, a ponto de efetuar razoável dispêndio. Portanto, a denúncia surtirá efeitos a partir do momento em que seja ultrapassado o período mínimo para adequação da natureza do contrato ao importe dos investimentos.

Por fim, urge ressaltar que os efeitos do parágrafo único deste artigo repercutir-se-ão na seara do direito administrativo também, mormente pelo fato de estarem abarcadas no Código Civil normas de abrangência sobre todo o ordenamento jurídico.

É trivial à administração pública conferir, a título de permissão, obras que demandariam numerosos investimentos financeiros e operacionais por parte do prestador do serviço público, incompatíveis com o caráter de precariedade inerente à permissão. Em virtude do montante dos investimentos, o permissionário necessitaria do transcurso de um tempo razoável, a fim de reaver o capital investido e obter lucro com a atividade. Ocorre que, valendo-se propositalmente da precariedade da permissão, característica que a diferencia do contrato de concessão, a administração pública pode, atendendo a interesses sociais, revogar unilateralmente a permissão, sem necessidade de indenizar o permissionário. Essa nefasta prática, já criticada com vigor por Celso Antônio Bandeira de Mello, esbarra agora no substrato legal do artigo em comento, esculpido sob os auspícios da boa-fé objetiva, a tutelar a justa expectativa incutida no permissionário.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 7.155.969.800, rel. Roberto Mac Cracken, j. 24.01.2008; e TJMG, Ap. cível n. 1.0479.08.141828-3/001(1), rel. Otávio Portes, j. 05.08.2009.

Seção II

Da Cláusula Resolutiva

Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

CC/1916: sem correspondente.

O remédio resolutório é conseqüente do inadimplemento contratual de uma das partes. O contrato nasce perfeitamente equilibrado - há o sinalagma genético ao tempo de sua formação mas um evento ulterior introduz um desequilíbrio que gera a perda da situação de equivalência originária e implica desfazimento do negócio jurídico.

A resolução se prende aos contratos bilaterais, em que surge uma interdependência entre as prestações, pois toda a dinâmica da relação pressupõe a reciprocidade entre a prestação de uma parte e a contraprestação de outra. A importância da resolução consiste na possibilidade de corrigir o desequilíbrio superveniente, mediante o direito potestativo ao desfazimento da relação jurídica e o retorno à situação originária.

O art. 474 alude a duas espécies de resolução contratual: a cláusula resolutiva expressa e a cláusula resolutiva tácita.

A cláusula resolutiva expressa concerne a uma previsão contratual de imediata resolução em caso de inadimplemento da parte. Trata-se de direito negociai à resolução, contido na própria avença ou em documento posterior, que emana da inexecução de uma ou mais prestações.

A vantagem da inserção de tal cláusula reside na prévia estipulação do alcance da resolução quanto às prestações pretéritas, como no desfazimento imediato do contrato diante do inadimplemento, sem que necessite o lesado demonstrar em juízo a inutilidade da prestação (art. 395, parágrafo único, do CC). Cumprirá ao inadimplente o ônus de ingressar em juízo para provar que não houve o alegado descumprimento ou que a extinção se deu de forma abusiva.

Em regra, a resolução dissolve o contrato e retroage os contratantes ao *status quo*, com efeitos *ex tunc* como se o contrato jamais tivesse sido realizado. Mas nos casos de contratos de execução continuada ou periódica seria desaconselhável a ampla retroatividade. Daí a advertência do art. 128 do Código Civil, no sentido da manutenção da eficácia dos atos anteriores à resolução, preservando-se as situações pregressas já consolidadas de forma eficiente para ambas as partes, a não ser que elas, expressamente, tenham previsto a retroatividade dos efeitos.

Todavia, mesmo diante de uma cláusula resolutiva expressa, a parte inocente deverá demandar judicialmente o devedor para a obtenção de perdas e danos - ou a execução de cláusula penal compensatória (art. 410 do CC), pois a demanda indenizatória surge de pretensão independente e acessória à resolução, sendo certo que muitas vezes o lesado não fará jus a ela - como nas hipóteses de fortuito em que o descumprimento não será imputável ao devedor.

Não tendo sido estipulada a cláusula resolutiva expressa, subentende-se a existência de cláusula resolutiva implícita nos contratos bilaterais. Aqui, deverá o lesado inicialmente interpelar o devedor para que seja constituído em mora. Posteriormente, propugnará pela resolução contratual, eventualmente acrescida de perdas e danos. Em suma, o desfazimento do contrato é decorrente do trânsito em julgado da sentença.

Aliás, ao não repetir a redação do art. 119, parágrafo único, do Código de 1916, que fazia alusão à *condição resolutiva tácita*, o legislador do Código Civil de 2002 evolui tecnicamente ao adotar a expressão *cláusula resolutiva tácita*. Ora, se houvesse uma condição, a superveniência do evento acarretaria a resolução automática do contrato, dispensando a intervenção do magistrado.

Por fim, vale lembrar que o art. 54, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor permite a estipulação de cláusula resolutiva expressa nas relações de consumo, mas apenas como cláu-

sula alternativa, cabendo a escolha ao consumidor. Em outras palavras, na prática a opção entre a resolução e a manutenção do contrato caberá ao consumidor, sendo abusiva a cláusula que implique renúncia a esse direito (art. 51,1, do CDC).

Jurisprudência: [...] Contrato de fornecimento de gás liquefeito de petróleo vinculado ao comodato de vasilhames para armazenamento dos produtos. Cláusula resolutiva expressa constante no ajuste, que prevê sua rescisão em caso de descumprimento de alguma das obrigações assumidas, dispensa o ajuizamento de ação específica para resolução do contrato, que se opera de pleno direito, nos termos do art. 474 do CCB [...]. (TJRS, Ap. cível n. 70.017.704.362, rel. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 26.03.2009)

[...] 3 - Não sendo demonstrada a existência de cláusula resolutiva expressa, o contrato somente se resolve por interpelação judicial - art. 474 do Código Civil [...]. (TJMG, Ap. cível n. 1.0446.06.003414-2/001(1), rel. Wagner Wilson, j. 14.01.2009)

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

CC/1916: art. 1.092, parágrafo único.

O artigo em comento concede ao contratante fiel duas opções: poderá desconstituir a relação contratual por meio da ação resolutória ou insistir na tutela específica, postulando o cumprimento da prestação. Não há hierarquia entre as opções, cabendo a opção à parte lesada de acordo com os seus interesses. Todavia, não se tratando a resolução de matéria de ordem pública, poderão as partes contratualmente estipular a exclusão da eventual demanda de cumprimento ou a renúncia prévia à resolução, elidindo assim a alternatividade ora exposta.

Caso o inadimplente propugne pela tutela específica, poderá se servir do art. 461 do Código de Processo Civil para insistir no cumprimento de contratos consubstanciados em obrigações de fazer e não fazer, bem como do art. 461-A (introduzido pela Lei n. 10.444/2002) para a determinação das obrigações de dar coisa certa ou coisa incerta. Nas obrigações em dinheiro, as medidas poderão variar desde a execução por cumprimento da sentença (art. 475, I, do CPC), ou por título extrajudicial (art. 585 do CPC), passando pela ação monitória (art. 1.102-A do CPC) até a ação de cobrança, de acordo com a natureza do título que detém o credor.

Com efeito, cabe à parte lesada julgar se o inadimplemento gerou a inutilidade da prestação ou se, não obstante o descumprimento, ela ainda lhe é interessante. No primeiro caso, diante do inadimplemento absoluto restará apenas a demanda resolutória (art. 395, parágrafo único, do CC). Mas, se a prestação ainda for viável ao credor, a hipótese ainda é de mora, o que justifica a manutenção da relação contratual.

Aliás, esse é o significado do art. 410 do Código Civil, ao asseverar que a estipulação da cláusula penal compensatória é apenas uma alternativa em benefício do credor. Com efeito, além da resolução contratual cumulada com o pedido sucessivo de multa contratual (nos casos de inadimplemento imputável ao devedor), nada impedirá a adoção da opção pela ação de cumprimento, subsistindo o interesse na prestação.

É possível a cumulação das lides de cumprimento e de resolução de forma subsidiária. Caso a tutela específica se afigure inútil pelo fato de o réu não atender à condenação ou surgir o inadimplemento absoluto de forma superveniente, poderá o credor recorrer ao pedido subsidiário resolutório (art. 289 do CPC). Em princípio, não admitimos o inverso, ou seja, o ingresso da ação de resolução com subsidiariedade de cumprimento, eis que na ação principal o autor revela o desinteresse na prestação e a desconstituição da relação.

Tradicionalmente a doutrina não discutia a possibilidade de imposição de limites ao exercício de direitos subjetivos e potestativos. Porém, a doutrina do abuso do direito demonstra que o exercício do direito pode manifestar motivações ilegítimas e ofensivas à função para a qual ele fora concedido pelo ordenamento (art. 187 do CC). O *inadimplemento mínimo* impede a adoção do remédio resolutório em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor que não tenha suportado adimplir pequena parcela da obrigação. O desfazimento do contrato acarretaria sacrifício desproporcional comparativamente à sua manutenção, sendo coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção das prestações inadimplidas. Destarte, em tais situações de lesão ao princípio da boa-fé objetiva, é possível atender ao pedido subsidiário de cumprimento, evitando o sacrifício excessivo do devedor em face do pequeno vulto do débito.

A outro giro, discute-se hoje a teoria do *inadimplemento antecipado*. Em determinados contratos as partes fixam o momento para o cumprimento das prestações, mas as condutas praticadas por uma das partes revelam que fatalmente não será adimplente ao tempo conveniado. Nesses casos, adianta-se o remédio resolutório como uma espécie de antecipação do inadimplemento, concedendo ao prejudicado a possibilidade imediata de desconstituição da relação, em vez de aguardar pelo desenlace avisado e sofrer prejuízos ainda mais amplos.

Apesar de a parte final do artigo dispor acerca da incidência das perdas e danos em qualquer das duas opções, não podemos olvidar da autonomia entre o pleito resolutório e a demanda indenizatória. A primeira se prende à impossibilidade da prestação para o credor, já as perdas e danos resultam da conduta culposa do devedor (arts. 393 e 396 do CC). O inadimplemento não imputável ao devedor - como na hipótese do caso fortuito - afasta a indenização, excluindo da ação de resolução toda discussão acerca de danos emergentes e lucros cessantes, ou mesmo de cláusula penal prefixada pelas partes. Há uma tendência irrefreável de abolição da discussão de culpa na resolução contratual. A sua incidência se localiza nas demandas indenizatórias sucessivas.

Por último, cumpre ampliar o espectro de incidência da resolução contratual diante dos deveres anexos oriundos da imposição do princípio da boa-fé (art. 422 do CC). A lesão aos deveres laterais de proteção, cooperação e informação induz à chamada *violação positiva do contrato*, como modalidade autônoma de inadimplemento obrigacional, uma espécie de *tertium genus* ao lado da mora e do inadimplemento absoluto. Também conhecida como *adimplemento ruim* sua incidência é autônoma à questão do cumprimento da obrigação principal, pois mesmo diante do adimplemento da prestação poderá uma das partes violar a confiança do parceiro, frustrando os interesses gerais da relação. O descumprimento desses deveres oriundos da boa-fé provoca inadimplemento e o conseqüente acesso do prejudicado ao direito potestativo de resolução contratual.

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer a prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Jurisprudência: [...] De acordo com o art. 475 do Código Civil, a parte lesada pelo inadimplemento contratual, além de poder requerer a resolução do contrato, está autorizada a pleitear indenização por perdas e danos decorrentes da extinção prematura da avença [...]. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.05.858706-4/001(1), rel. Elpídio Donizetti, j. 17.02.2009)

Seção III

Da Exceção de Contrato não Cumprido

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Contratos bilaterais são aqueles em que ambas as partes possuem direitos e obrigações recíprocas, sendo contemporaneamente credores e devedores. Compra e venda e locação são exemplos de contratos em que uma das partes transfere a propriedade ou a posse de um bem em troca de um preço ajustado. As obrigações nascem unidas e assim deverão se manter durante a execução da relação contratual, preservando o contrato como um todo indivisível, no qual avulta a realização integral da relação.

Já os contratos unilaterais apenas exigem esforços de um dos contraentes, que assumirá obrigações perante o outro. Doação e comodato são contratos que ilustram a matéria. Todavia, acrescida de um encargo a doação (v. g. concedo-lhe uma casa com o encargo de gerenciar um orfanato por um ano), a dita modalidade transforma o contrato em bilateral, pois o donatário assume também a realização de uma obrigação.

Apenas não se pode incidir no comum equívoco de confundir o contrato bilateral com o negócio jurídico bilateral. Qualquer contrato será um negócio bilateral, que nada mais é que um encontro de manifestações de vontades destinadas à produção de efeitos jurídicos.

Uma das consequências da distinção entre contratos unilaterais e bilaterais concerne à possibilidade de nestes últimos ser facultada a uma das partes o manejo da *exceptio non adimpleti contractus*, pela qual cada um dos contraentes deverá respeitar o conjunto indivisível da relação a ponto de não poder reclamar a prestação do outro contratante sem que esteja disposto a executar a sua. A exceção não se aplica se no contrato bilateral houver prazos distintos para o cumprimento das obrigações (v. g., art. 491 do CC).

O fundamento do instituto reside na equidade. O sistema jurídico pretende que haja uma execução simultânea das obrigações. A boa-fé objetiva e a segurança do comércio jurídico demandam o respeito pelas obrigações assumidas de modo a unir o destino das duas obrigações, de forma que cada uma só será executada à medida que a outra também o seja. Trata-se de uma verdadeira situação de interdependência, que assegura não apenas o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna), mas satisfaz a ordem social que procura pelo adimplemento como imposição de justiça comutativa (função social externa).

A aplicação da exceção é a maneira de assegurar que as obrigações recíprocas se mantenham coesas, a fim de que uma das partes só possa ser compelida a prestar seu compromisso caso a outra proceda de igual modo. Note-se que, enquanto o descumprimento for temporário, a *exceptio* servirá como forma de pressão, hábil a compelir o devedor a executar sua obrigação, preservando a unidade indivisível do contrato, vista de maneira complexa e global, além de servir de garantia contra as consequências de uma inexecução definitiva. Todavia, constatando-se a impossibilidade total de cumprimento, deverá o credor lesado pleitear a resolução contratual pelo inadimplemento, desvinculando-se da relação obrigacional (art. 475 do CC).

Essa distinção entre a *exceptio* e a resolução demonstra a impropriedade de incluir aquele instituto no capítulo relativo à extinção do contrato (art. 472 do CC), pois a exceção de contrato não cumprido não é uma forma de desconstituição da obrigação, mas um modo de oposição temporária à exigibilidade do cumprimento da prestação.

Outrossim, a *exceptio* produz extensão de eficácia a terceiros, alcançando todos aqueles que no contrato substituam qualquer das partes (v. g., cessionário e credores). Vale dizer que se o objetivo contemporâneo do direito das obrigações é proteger a relação de forma global e sistêmica, a *exceptio* seria debilitada caso apenas pudesse ser invocada ao parceiro, mas não contra terceiros que penetram na relação sinalagmática.

Discutem-se atualmente os limites do exercício da *exceptio*. Em sede constitucional urge sempre precisar a proporcionalidade entre a inexecução da contraparte e o exercício da exceção. Será caracterizada como abuso do direito e, portanto, ato ilícito (art. 187 do CC) a conduta daquele que se recusa a cumprir sua obrigação em razão de um inadimplemento mínimo praticado pela contraparte. Assim, a alegação da *exceptio* acaba se convertendo em uma escusa indevida ao cumprimento do contrato.

O princípio da boa-fé objetiva pretende limitar o exercício de pretensões excessivas, não sendo razoável a recusa total da prestação diante de uma falta sem maior gravidade e desprezível do ponto de vista da economia do negócio jurídico. Portanto, se A deveria entregar cinco veículos a B, mas deixa de cumprir com a remessa de um dos automóveis, não pode B se recusar a pagar o todo, amparado na inexecução de um quinto da obrigação. Justo seria a recusa do pagamento na medida proporcional.

Cuida-se de uma demonstração normativa da aplicação da máxima *tu quoque* - não faça aos outros aquilo que não queira que façam a ti regra de ouro que impede a constituição desleal de direitos subjetivos. Com base na justiça contratual, será inadmissível o exercício de uma posição jurídica que não guarde proporcionalidade com o descumprimento anterior.

Enfim, a *exceptio non rite adimpleti contractus* (exceção de cumprimento parcial ou defeituoso) só se encontrará justificada perante um incumprimento relativo, no qual não se poderá compelir alguém a executar totalmente a sua obrigação quando não obtém o seu crédito de forma cabal. A saída está na mais perfeita adequação entre o que se cumpre e o que se pode exigir do outro contratante.

Ao contrário do ordenamento civil de Portugal, que dispõe como norma de ordem pública a impossibilidade de renúncia antecipada ao exercício da exceção (art. 428 do CC português), o direito pátrio não se manifesta sobre a viabilidade de as partes inserirem nas relações civis a cláusula *solve et repete*.

Portanto, o legislador permite que as partes possam dispor contratualmente da renúncia à *exceptio* mediante a inclusão da aludida cláusula em contratos paritários. Todavia, em sede de contratos de adesão, o art. 424 do Código Civil é taxativo ao impedir a elaboração de cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio - como a exceção de contrato não cumprido, ínsita aos contratos bilaterais.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 6.444.594.500, rel. Beretta da Silveira, j. 09.06.2009.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

CC/1916: art. 1.092, *caput*, 2ª parte.

Em princípio, aquele que deve cumprir a sua prestação primordialmente não pode alegar a *exceptio*, eis que inexistente o requisito de simultaneidade temporal. Assim, na promessa de compra e venda, o promissário comprador somente poderá pleitear a outorga da escritura definitiva do promitente vendedor quando pagar integralmente as prestações.

Todavia, tendo em vista a necessidade de manutenção da justiça contratual e a tutela da obrigação como um todo indivisível, poderá o contratante recusar a sua prestação primária em caso de insolvência ou redução das garantias de cumprimento pela contraparte. Certamente, incumbirá ao contratante inocente a demonstração da fragilidade da posição econômica da contraparte.

Com efeito, a redução da posição patrimonial do contratante impõe o vencimento antecipado das suas obrigações perante outros credores (art. 333 do CC) e praticamente inviabiliza as garantias daquele que teme praticar a sua prestação sem que possa no futuro receber a contraprestação. A saída para o impasse será a substituição ou reforço das garantias reais (hipoteca, penhor) ou pessoais (aval, fiança), restaurando-se o sinalagma rompido pelo risco do inadimplemento antecipado.

O dispositivo tangencia a chamada quebra antecipada do contrato, ou inadimplemento antecipado. Consiste na evidência de um dos contratantes implicitamente demonstrar, por meio de sua situação patrimonial, que descumprirá futuramente a prestação que lhe incumbe. Ou seja, a prestação a ser inadimplida ainda não é exigível pelo credor, mas provavelmente não será realizada ao seu tempo. O rompimento antecipado poderá ser pleiteado caso o contratante fragilizado não obtenha as novas garantias que lhe são exigidas. Poderá o credor, imediatamente, ajuizar ação de resolução com pedido de indenização ou executar a prestação da contraparte antes do prazo previsto, mediante a tutela específica das obrigações de dar, fazer ou não fazer (art. 461 do CPC).

Jurisprudência: TJSP, AI n. 992.090.880.616, rel. Dimas Rubens Fonseca, j. 25.08.2009.

Seção IV

Da Resolução por Onerosidade Excessiva

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

CC/1916: sem correspondente.

A teoria contratual contemporânea é alicerçada em quatro princípios: autonomia privada, boa-fé objetiva, função social do contrato e justiça contratual. A inserção no Código Civil da resolução por onerosidade excessiva atende ao princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios.

Podemos vislumbrar grande carga de justiça contratual em dois momentos: a) ao tempo da celebração do contrato, pela preservação do sinalagma genético da relação obrigacional, adotando-se o instituto da lesão (art. 157 do CC) como forma de combate à elevada desproporção entre as prestações; b) ao tempo da execução do contrato, assegurando-se o sinalagma funcional, que pode ser perturbado por acontecimentos extraordinários, que minam a corresponsabilidade das obrigações, instalando um dos contratantes em posição de onerosidade excessiva. O art. 478 cuida justamente dessa forma de intervenção do princípio da justiça contratual.

O Código Civil de 1916 não cogitava da onerosidade excessiva. Seguimos o modelo oitocentista do *pacta sunt servanda*, pelo qual as convenções eram leis entre as partes (art. 1.134 do Código francês de 1804) e o conteúdo contratual era intangível, exceto pelo mesmo consenso que a ela dera origem. Todavia, o Código Civil de 2002 mitiga a rigidez contratual ao adotar a teoria da imprevisão, desenvolvida na França após a I Grande Guerra Mundial, com o ressurgimento da cláusula medieval *rebus sic stantibus*.

A resolução contratual pela onerosidade excessiva requer a coexistência de três pressupostos:

a) Estipulação de um contrato de duração. Trata-se de contrato de execução continuada ou diferida no tempo. Na execução sucessiva as prestações se fracionam em periodicidade regular (v. g., arrendamento mercantil, empreitada, promessa de compra e venda). Destarte, não se aplica a teoria da imprevisão aos contratos instantâneos, nos quais há uma coincidência cronológica entre o tempo de celebração e a sua imediata execução (v. g. compra de alimentos em mercado).

b) Superveniência de acontecimento extraordinário que gere onerosidade excessiva para uma das partes. O contrato iniciou com respeito ao sinalagma genético, porém uma situação de desequilíbrio econômico irrompeu, transformando drasticamente o panorama contratual.

Perceba-se que não se trata de pequenas alterações - que já se inserem nos riscos ordinários das partes -, afinal em toda relação obrigacional pequenas perdas são naturais e se inserem na álea ordinária das partes. O fundamental é que o fato superveniente remeta um dos contratantes ao chamado limite do sacrifício, que corresponde a um brutal rompimento da equivalência originária do pacto.

A onerosidade excessiva é restrita ao campo dos contratos comutativos, consubstanciados no prévio conhecimento mútuo das prestações que serão executadas. Assim, afasta-se a sua incidência nos contratos aleatórios (arts. 458 e 459 do CC), em que incide uma incerteza quanto às prestações das partes - ou sobre a sua quantidade não sendo possível prever sobre qual delas recairá a álea.

c) O acontecimento extraordinário será qualificado por sua *inprevisibilidade*. A teoria da imprevisão é de cunho subjetivo, na medida em que a admissão da resolução contratual é condicionada à demonstração de que ao tempo da contratação havia total impossibilidade de as partes anteverem o evento extraordinário que conduziria uma delas à onerosidade excessiva, frustrando a justa expectativa no êxito do programa contratual.

Com efeito, a imprevisibilidade remete à teoria da vontade, pela qual o aspecto psicológico do declarante - e não o teor da declaração - determinará se o evento poderia ou não ser previsto e, assim, será determinado se o fato superveniente for fruto de sua negligência ou merecer intervenção do ordenamento jurídico.

Porém, o artigo em comento vai além da teoria da imprevisão. Para a resolução contratual exige-se que o fato superveniente acarrete não só enorme desvantagem para uma das partes como ainda extrema vantagem para a outra. A inclusão desse conceito jurídico indeterminado dificulta a aplicação do modelo jurídico, pois não é raro que a desgraça de uma das partes não corresponda ao enriquecimento injustificado da outra. Vale dizer que é frequente ouvir que um dos contratantes se arruinou em decorrência da onerosidade excessiva e a outra parte se manteve na mesma situação - ou até mesmo experimentou pequenas perdas -, mas é difícil que tenha obtido um ganho inversamente proporcional às perdas do parceiro contratual. Aliás, mesmo havendo ganho injustificado, há que lembrar a dificuldade da obtenção de provas em tal sentido.

Em sentido diverso, o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da base objetiva do negócio jurídico, dispensando a discussão sobre a previsibilidade do evento, sendo suficiente a alteração das circunstâncias mínimas que representam a finalidade do contrato.

Com efeito, o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, requer para a revisão contratual de relações alicerçadas em ofertas de produtos e serviços simplesmente a circunstância da onerosidade excessiva em detrimento do aspecto subjetivo da vontade do declarante. Nas relações consumeiristas é suficiente a constatação pelo juiz do desaparecimento dos fatores sociais e econômicos existentes ao tempo da contratação e indispensáveis à economia do negócio jurídico.

Por fim, andou bem a norma ao retroagir os efeitos da sentença à data da citação e não à da própria celebração do contrato, tendo em vista a ausência de motivação para que o desfazimento da obrigação alcance as finalidades comuns obtidas na época em que ainda não havia se manifestado a onerosidade excessiva. Ademais, há o ônus do interessado em promover a demanda resolutória, pois enquanto não o fizer, por mais que evidenciada a situação aflitiva, não será esse período de inércia coberto pelos efeitos retroativos da sentença desconstitutiva.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.004.723.003, rel. Felipe Ferreira, j.

10.03.2008.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil remeteu ao credor a opção pela revisão contratual, como forma de impedir a resolução contratual pela onerosidade excessiva.

A solução não nos parece a mais adequada. O princípio da conservação do negócio jurídico demanda que o ordenamento produza normas hábeis a preservar as relações obrigacionais e apenas em última instância desfazê-las. A resolução, portanto, deveria ser cogitada como segunda opção, aplicável às hipóteses em que o magistrado perceba a impossibilidade de reconstrução da justiça contratual, até mesmo quando o credor demonstre ser ele o prejudicado pela revisão.

No Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, V), a revisão contratual é regra, não exceção. A necessidade de proteção da parte vulnerável, mediante imposição de normas de ordem pública, requer rígida intervenção do sistema com o objetivo de resgate da comutatividade originária da relação de consumo.

Todavia, entendemos que a barreira imposta à imediata revisão contratual não é intransponível. As cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do CC) recepcionam o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I), indicando a inafastável cooperação nas relações privadas, para que o contrato possa alcançar a finalidade para a qual foi desenhado e não simplesmente resolvido.

Nosso sistema civil é móvel, o que possibilitará o ingresso das cláusulas gerais em outros setores do Código, oxigenando-o a partir de uma atividade integrativa judicial, que aplicará os valores constitucionais mais adequados à solução do caso. Assim, a rigidez das consequências dos arts. 478 e 479 será mitigada pela criação da solução que mais atenda à determinação das cláusulas gerais na concretude do evento. Doravante, o magistrado poderá rever a cláusula contratual, ajustando o seu conteúdo aos novos fatos, ou, se impraticável a correção, desconstituir a relação obrigacional que não se afigure passível de reequilíbrio.

Esse raciocínio também se aplica, em nosso juízo, à questão relativa à imprevisibilidade do evento gerador da onerosidade excessiva. Partindo da premissa contemporânea da obrigação como processo, envolvendo um conjunto de atos coordenados cuja finalidade é o adimplemento, é impraticável que se queira depositar na vontade inaugural do contrato todo o desenvolvimento futuro e progressivo da relação.

Mesmo os fatos previsíveis provocam desagregação na condução dos objetivos do contrato. Para tanto, a boa-fé objetiva indicará a necessidade do ajuste do pacto com a nova realidade econômica, assim como a função social do contrato demandará o resgate do equilíbrio das obrigações (função social interna), como forma de preservação de trocas úteis e justas no tecido social (função social externa). Tudo isso induz a uma aplicação retificadora dos referidos princípios e cláusulas gerais sobre a rigidez da teoria da imprevisão.

Já o art. 317 do Código Civil permite a correção do valor do pagamento também pela teoria da imprevisão, em face de desproporção manifesta com o valor da coisa adquirida, quando da execução da obrigação. Apesar de o dispositivo privilegiar a revisão, não se deve estabelecer relação de contradição com o art. 479. Em uma visão topográfica do Código Civil, o art. 319 se localiza no título do adimplemento das obrigações em geral, cabendo a sua aplicação a qualquer relação obrigacional que não tenha origem em relação contratual. A título de ilustração, citam-se a revisão de alimentos fixados em sentença ou a de lucros cessantes arbitrados como indenização por responsabilidade civil aquiliana.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

CC/1916: sem correspondente.

O presente dispositivo acatou a revisão contratual sobre contratos unilaterais. Trata-se de contratos cujas obrigações recaiam apenas sobre uma das partes. Apenas um dos contratantes é credor e o outro devedor. Como exemplo há os contratos de doação, mútuo, depósito e comodato.

Portanto, mesmo não existindo a figura do sinalagma, será permitido ao único contratante que assumiu obrigações a via da redução de sua prestação, com restabelecimento da justiça contratual. Com efeito, aquele que é onerado pelo contrato, sem que para tanto receba uma contraprestação, deverá contar com a pronta alteração do conteúdo contratual, excluindo-se a onerosidade excessiva.

TÍTULO VI DAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CONTRATO

CAPÍTULO I DA COMPRA E VENDA

Seção I Disposições Gerais

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

CC/1916: art. 1.122.

Com a edição do Código Civil de 2002 não houve alteração na sistemática do contrato de compra e venda. Reiterando o art. 1.122 do CC/1916 mantemo-nos filiados à concepção obrigacional da compra e venda, pela qual o acordo de vontades entre os contraentes não é suficiente para transmitir a propriedade, sendo necessária a tradição para a constituição de direitos reais sobre bens móveis (art. 1.267 do CC) e o registro para o aperfeiçoamento de direitos reais imobiliários (art. 1.245 do CC).

Nosso sistema seria uma espécie intermediária entre o sistema franco-italiano e o alemão. Aquele concebe a compra e venda como acordo translativo de propriedade, sendo suficiente o consenso. A fórmula germânica requer dois contratos autônomos e sucessivos: o primeiro estabelecendo obrigações intersubjetivas; o segundo, um negócio abstrato, dotado de eficácia real, aperfeiçoado perante o registro com a finalidade de expurgar os vícios do contrato originário, além de gerar propriedade. No Brasil, de forma eclética, o contrato consubstancia o consenso, porém será integrado pela tradição ou registro.

Certamente, mantém-se acesa grande polêmica instaurada pelo genial Darcy Bessone ao discordar da compra e venda como mera obrigação de dar. Para o insigne doutrinador, o registro apenas conclui o ato complexo de formação progressiva pela qual toda manifestação de transmissão do direito real já se exauriu no negócio jurídico. Vale dizer que o registro apenas concederia eficácia real à compra e venda, pois é desnecessária uma segunda manifestação de vontade do alienante, ao contrário do que se sucede no direito alemão. Com efeito, a

obrigação demanda uma futura atuação do devedor, todavia, com a emissão da escritura de compra e venda, o alienante não precisará praticar uma nova conduta, eis que toda a carga recairá sobre o adquirente, no sentido de promover unilateralmente o registro do título, concluindo o ato complexo com a chancela estatal.

Nada obstante, a doutrina pátria mantém a tese obrigacional da compra e venda como negócio jurídico bilateral, no qual a obrigação do alienante consiste na entrega da coisa, enquanto a prestação do adquirente se traduz no pagamento de um preço. Assim como a troca e a doação, trata-se de contrato translativo, funcionando como *título* ou *causa* enquanto a tradição e o registro são os *modos* de transmissão da propriedade. Portanto, se o alienante promover sucessivas vendas e o primeiro comprador não cuidar de promover o registro, aquele que levar o título ao cartório do registro imobiliário será o proprietário, cabendo ao comprador primitivo o mero ajuizamento de ação indenizatória perante o alienante.

A coisa, o preço e o consenso são pressupostos de existência do negócio, sem os quais não haverá a hipótese de incidência para que a compra e venda penetre no mundo jurídico. Há uma troca de bens por dinheiro - aliás, o que distingue a venda da permuta que em regra dispensa solenidades, excepcionando-se a imposição de forma pública para alienação de imóveis de valor superior a trinta salários-mínimos (art. 108 do CC).

Além da bilateralidade, a compra e venda é caracterizada como contrato oneroso, sendo de sua natureza a configuração de vantagens e sacrifícios recíprocos. Da onerosidade não decorre necessariamente a sua comutatividade, pois eventualmente se perfaz como contrato aleatório, em que ao menos uma das prestações é incerta ao tempo da contratação (art. 458 do CC). Mesmo nas relações civis, admite-se a forma da contratação pela adesão (art. 423 do CC), sendo passível de elaboração como contrato instantâneo - pagamento imediato (v. g., aquisição de chocolate em padaria) - ou como contrato de duração, com pactuação de pagamento diferido ou mediante execução sucessiva de diversas prestações periódicas.

Jurisprudência: [...] 3 - Destarte, de acordo com o art. 481 do CC pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. São três os elementos essenciais ao contrato de compra e venda: a coisa, o preço e o consentimento [...]. (TJRS, Ap. cível n. 70.032.623.357, rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 16.12.2009)

Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

CC/1916: art. 1.126.

Como exposto no tópico anterior, consenso, preço e coisa são os elementos constitutivos da compra e venda, quando constituída como negócio jurídico puro. Vale dizer: se pela autonomia privada as partes impõem a modalidade da condição (em princípio elemento acidental do negócio), a compra e venda se subordinará a um evento futuro e incerto. Tratando-se de condição suspensiva, enquanto não ocorrer o evento, há que cogitar apenas de um direito eventual, cuja eficácia é subordinada ao implemento da condição (art. 125 do CC). Contudo, cuidando-se de condição resolutiva (v. g., propriedade resolúvel), o evento futuro suprimirá a eficácia do negócio jurídico, preservando-se as situações constituídas quando se tratar de contrato de duração (art. 128 do CC).

a) Com relação ao objeto, podemos considerá-lo como bem ou coisa nos contratos de compra e venda? A relação entre bem e coisa é de gênero e espécie. O termo bem abrange objetos corpóreos e incorpóreos, suscetíveis de apropriação, abrangendo qualquer utilidade ma-

terial ou ideal. Já a coisa é o bem economicamente apreciável e tangível, posto que é suscetível de apropriação pelo homem. Daí nossa preferência pela utilização do termo *bem*.

O bem móvel ou imóvel e passível de alienação é todo aquele que não se encontre fora do comércio, seja ele corpóreo ou incorpóreo, apenas com a ressalva de se empregar o termo *cessão* para a definição do contrato transmissivo de propriedade imaterial e intangível. Certamente, há que tomar cuidado quanto aos requisitos de validade de qualquer negócio jurídico (art. 104 do CC), nulificando-se a venda em que o objeto seja indeterminado, ilícito ou impossível (art. 166, II, do CC). Exemplo típico de ilicitude seria a venda de herança de pessoa viva (art. 426 do CC), em que se cancelaria a própria unilateralidade, característica ínsita aos negócios jurídicos testamentários de transmissão de propriedade *mortis causa*.

b) O preço será necessariamente clausulado no contrato de compra e venda, traduzindo uma soma em dinheiro. Poderá inclusive o valor ser determinado por terceiro (art. 485 do CC). Não necessariamente precisa ser determinado, sendo bastante a sua determinabilidade, mediante parâmetros.

Fundamental para a precisa caracterização da compra e venda é a justiça do preço. O sinalagma genético demanda que ao tempo da constituição do contrato as prestações possuam um sentido de equivalência, sob pena de possível desconstituição, por anulabilidade, do negócio jurídico pela lesão (art. 171 do CC). Tratando-se a expressão “prestação manifestamente desproporcional” (art. 157 do CC) de conceito jurídico indeterminado, caberá ao magistrado preencher o desenho da norma, estipulando, nas circunstâncias do caso, qual é o sentido de desequilíbrio contratual frontalmente contrário ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Mesmo que ao tempo da gênese do contrato o preço respeite o princípio da justiça contratual, poderá eventualmente ocorrer o fenômeno da onerosidade excessiva (art. 478 do CC), com súbito sacrifício de uma das partes em razão da elevação imprevista do preço, estipulando o legislador a resolução contratual. Em outra passagem, observamos que a mobilidade das cláusulas gerais da função social (art. 421 do CC) e da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) permite que se afirme o princípio da conservação do negócio jurídico. Ou seja, a compra e venda poderá ser preservada pela modificação da cláusula com adequação do preço originário, no caso de lesão, ou pela revisão contratual mediante alteração do preço, tratando-se de onerosidade excessiva.

Observa-se que o legislador impôs como causa de invalidação do negócio dispositivo a inserção de cláusula que estipule o pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, eis que o adimplemento se dará em moeda corrente (arts. 315 e 318 do CC). Ou seja, nada impede que a obrigação contratual seja fixada em moeda estrangeira, desde que convertida para a moeda nacional ao momento do pagamento.

c) Por fim, o consenso está embutido na expressão “as partes *acordarem* no objeto e no preço” Quando do estudo da formação do contrato, percebemos que o acordo resulta da aceitação da proposta pelo oblato, ou da aquiescência, por qualquer um, da oferta ao público (art. 429 do CC). Do consenso resulta a obrigação do vendedor de transferir a propriedade do bem em contraposição à obrigação do comprador de entregar determinada soma em dinheiro.

O consentimento exige que cada um dos contraentes possua a capacidade de fato ou negociai, ou seja, a aptidão para contrair obrigações *de per si*. Não se olvide de que certas hipóteses de compra e venda exigem, além do pressuposto subjetivo da capacidade de gozo, a legitimação específica. Ou seja, na venda de ascendentes a descendentes, de condôminos a estranhos ao condomínio, ou de um dos cônjuges a terceiros, não é bastante a capacidade plena, sendo necessária a integração de terceiros ao negócio (demais descendentes, condôminos e outro cônjuge), a fim de que se conceda poder de disposição e a compra e venda se constitua validamente.

Jurisprudência: [...] Em face do disposto no artigo 482 do Código Civil, a compra e venda torna-se obrigatória, perfeita e acabada, uma vez acordado o objeto e o preço além

de transferida a coisa, pouco importando que o preço foi pago com título de crédito não honrado. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.097.530.000, rel. Orlando Pistoresi, j. 04.03.2009)

Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

CC/1916: sem correspondente.

O bem negociado poderá ser de existência atual ou futura. É bastante usual a alienação de imóveis em construção. Nos contratos aleatórios, é da própria essência do risco assumido por uma das partes a imposição de prestações que dependerão do acaso, seja pela sua exigibilidade (art. 458 do CC), seja pela própria quantidade da coisa, como na venda de coisa futura (v. g., compra de safra ou de mercadorias em bolsa com preço fixo).

Aliás, a parte final do dispositivo enuncia a ineficácia superveniente do negócio jurídico pela inexistência da coisa adquirida, com ressalva do contrato aleatório. No particular, caberá distinguir entre a *emptio spei* (art. 458 do CC) e a *emptio rei speratae* (art. 459 do CC). Caso a venda diga respeito à própria incerteza quanto à existência da coisa em si, o contrato é válido e o alienante receberá tudo aquilo que lhe fora prometido. Contudo, tratando-se de negócio aleatório referente à quantidade esperada (v. g., adquiero o que vier na sua rede de pescaria pelo valor x), caso nada venha, tratar-se-á de hipótese evidente de inexistência do negócio jurídico, com restituição de eventual adiantamento, na dicção do parágrafo único do art. 459 do Código Civil.

No mais, concedendo-se amplitude à letra da norma, pode-se ainda entender como *coisa futura* aquela que não é de titularidade do alienante ao tempo da conclusão do negócio jurídico, mas que, posteriormente adquirida pelo alienante, empresta eficácia superveniente ao negócio, como se o adquirente de boa-fé se convertesse em proprietário desde a data da tradição (art. 1.268, § 1º, do CC).

Jurisprudência: Venda de safra futura. Bens móveis por antecipação. A venda de frutos, de molde a manifestar o intuito de separação do objeto da venda em relação ao solo a que adere, impõe a consideração de que tais coisas tenham sido, pela manifestação de vontade das partes contratantes, antecipadamente mobilizadas. Se, no momento do ajuizamento do feito, já havia sido realizada a colheita, tem-se como acertada a decisão que nega aos frutos a natureza de pendentes. Agravo a que se nega provimento. (STJ, Ag. Reg. n. 174.406-0/SP, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 25.08.1998, DJ 23.11.1998)

Art. 484. Se a venda se realizar à vista de amostras, protótipos ou modelos, entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa as qualidades que a elas correspondem.

Parágrafo único. Prevalece a amostra, o protótipo ou o modelo, se houver contradição ou diferença com a maneira pela qual se descreveu a coisa no contrato.

CC/1916: art. 1.135.

O dispositivo trata da venda por amostragem. O Código Civil equiparou a venda à vista de amostras àquela efetuada com base na exposição de protótipos ou modelos. Enquanto a amostra é uma pequena porção daquilo que se deseja alienar (v. g., copo de suco), o protótipo é uma unidade de um bem que normalmente se encontra em exposição (v. g., aparelho de som em loja), enquanto o modelo é uma demonstração do objeto em dimensões reduzidas (v. g., módulo de armário de cozinha).

Em qualquer caso, incumbe ao alienante garantir a qualidade real do objeto correspondente às amostras, protótipos ou modelos. Trata-se de uma derivação do princípio da boa-fé objetiva, protegendo-se a confiança do adquirente e a legítima expectativa quanto às características do bem negociado. Nas relações civis, o déficit qualitativo do produto não significará vício redibitório se a insatisfação do adquirente não se ligar a um defeito da coisa capaz de torná-la inútil para o seu uso normal. Portanto, tratando-se de descompasso objetivamente apreciável de qualidade entre a amostra e o produto - normalmente de difícil constatação - poderá o adquirente pleitear a resolução contratual com base na violação do dever anexo de cooperação (art. 422 do CC).

Nesse sentido, feliz foi o legislador ao acrescentar o parágrafo único do art. 484, privilegiando a tutela do adquirente nas hipóteses que envolvam a contradição ou diferença entre a descrição contratual do bem e a amostra, protótipo ou modelo. Sem dúvida, o apelo visual do produto é o elemento que usualmente atrai a confiança do comprador e não as evidências técnicas, muitas vezes inacessíveis aos adquirentes leigos. Nas relações de consumo ligadas à aquisição de bens a distância, essa proteção é superior, pois o consumidor dispõe do prazo decadencial de reflexão de sete dias para exercer o direito potestativo de rescisão unilateral (art. 49 do CDC). Muitas vezes, a decisão do consumidor é pautada pelo desnível evidente entre o que lhe foi exibido e o que realmente adquiriu.

De certa forma, há uma aproximação com o Código de Defesa do Consumidor ao tratar da inadequação do produto que apresente disparidade com as indicações constantes do recipiente ou de mensagens publicitárias (art. 18 do CDC). Não se olvide de que toda informação ou publicidade suficientemente precisa - e aqui se inclui a oferta de amostras - obriga o fornecedor e integra o contrato (art. 30 do CDC). Pelas letras incisivas do parágrafo único, mesmo nas relações interprivadas, o adquirente poderá exigir a tutela específica da obrigação de dar, a fim de compelir o alienante à entrega de bem que seja compatível com a amostra, protótipo ou modelo, sendo nulas as cláusulas em contratos de adesão em que os alienantes excluam qualquer possibilidade de reclamação por eventuais disparidades entre a amostra e o produto final (art. 424 do CC).

Jurisprudência: [...] Em se tratando de compra e venda à vista de amostra, o vendedor, para fazer jus ao recebimento do valor avençado, deve garantir que a mercadoria entregue detém as mesmas características da amostra. Do contrário, o negócio jurídico não se aperfeiçoa, não havendo que se falar em contraprestação [...]. (TJMG, Ap. cível n. 1.0084.05.000520-0/001(1), rel. Elpídio Donizetti, j. 05.010.2006)

Art. 485. A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa.

CC/1916: art. 1.123.

É possível que os contratantes designem uma terceira pessoa que arbitrar o preço da compra e venda. Cuida-se de uma espécie de mandatário das partes, representante convencional que estipulará um valor justo para o negócio, tornando-se a sua valoração impositiva para as partes.

Apesar do silêncio do Código, parece-nos que o terceiro deverá apresentar capacidade de fato, pois dificilmente um incapaz conseguirá alcançar um preço que satisfaça os interesses das partes. Ademais, o terceiro estipulará o preço com base em uma avaliação condizente com o tempo do aperfeiçoamento do contrato e não de sua execução - que poderá se dar em período posterior com grandes variações exceto se houver cláusula expressa no particular.

Caso o mandatário se recuse a estimar o preço, a sanção será a ineficácia do negócio jurídico, salvo deliberação das partes pela eleição de outra pessoa para a fixação do preço. A nosso visto, não havendo pessoa designada para substituir o terceiro, tratar-se-á de hipótese de inexistência do negócio jurídico, diante da ausência de pressuposto para a própria formação do contrato.

A título ilustrativo, o Código Civil adotou solução diversa nas obrigações alternativas em que as partes deliberam que a opção será exercitada por terceiro. Caso o mandatário se recuse a escolher, será a eleição transferida ao próprio magistrado (art. 252, § 4º, do CC). É possível entender a diversidade de soluções, na medida em que, formuladas as obrigações alternativas, o contrato existe e vale. A escolha é apenas fator de eficácia, não impedindo que o juiz delibere na falta do terceiro designado.

Art. 486. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar.

CC/1916: art. 1.124.

Aqui o legislador demonstra que é desnecessária a determinação imediata do preço, posto que é possível que os valores em princípio sejam determináveis, submetida a fixação definitiva às oscilações da taxa de mercado ou da bolsa de valores.

Caso exista oscilação de cotações no dia ajustado, como medida equitativa prevalecerá o termo médio, aplicando-se analogicamente o parágrafo único do art. 488 do Código Civil.

Em sede de contratos aleatórios, é corriqueira a aquisição de *commodities*, em que os contraentes fixam os preços de mercado de determinada data como parâmetro para a aquisição de mercadorias (v. g., aquisição de x toneladas de soja, pelos valores do dia y).

Jurisprudência: Apelação. Ação de cobrança. Compra e venda de laranjas para industrialização de suco e posterior exportação. Cláusula contratual vinculando o preço final do produto à cotação da Bolsa de Mercadorias de Nova Iorque. Disposição contratual legítima, nos termos dos arts. 192 e 194 do CC e 1.124 do CC de 1916 (art. 486 do Código atual) [...]. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 929.241.009, rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 05.08.2008)

Art. 487. É lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação.

CC/1916: sem correspondente.

A inovação do Código Civil é facilmente explicada pela massificação do comércio jurídico e pela necessidade de setores da economia empregarem determinados índices que possam fielmente espelhar as alterações do cenário econômico, algo impensável no modelo recepcionado pelo Código Bevilacqua no início do século XX.

Hoje, os parâmetros fornecidos pelo governo federal, como o índice nacional de preços ao consumidor, são utilizados de forma corriqueira, respeitando-se prazos mínimos de variação de preços impostos pelas normas que disciplinam o Plano Real.

Aliás, o art. 316 do Código Civil defere às partes a previsão de aumento progressivo de prestações sucessivas nos contratos de execução sucessiva. As dívidas de valor que se atualizam permanentemente são objeto de cláusula de escala móvel.

Outra forma de fixação de preços em função de parâmetros é o tarifamento, no qual o poder público delimita valores com base em níveis de utilização de produtos ou serviços, ou mesmo em políticas públicas de abastecimento de gêneros de primeira necessidade.

Enfatize-se, por necessário, que é vedada pela Constituição Federal a contratação de índice vinculado ao salário-mínimo (art. 7º, IV), principalmente em se tratando de compra e venda formalizada por adesão, acarretando desvantagem excessiva ao contratante.

Jurisprudência: Compra e venda de quotas de sociedade Ltda. Cobrança. Assinaturas do contrato ocorreram na *vacatio legis* do Código Civil de 2002. Não há dúvida de que as partes estipularam correção monetária pelo IGPM pela Fundação Getúlio Vargas a partir da sexta parcela. O princípio do nominalismo importaria ofensa à boa-fé com enriquecimento sem causa. Descabe discussão sobre a correção monetária. Aplicabilidade do art. 486 e 487 do Código Civil de 2002. Tratando-se de contrato de aquisição de quotas sociais tem inteira aplicação o princípio do *pacta sunt servanda*. Não há que se falar entre conflito intertemporal de leis, entre o plano real e o Código Civil de 2002. Em contrato de transferência de quotas prevalece o índice constante do IGPM da Fundação Getúlio Vargas. Apelo desprovido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 3.960.754.000, rel. Ribeiro da Silva, j. 11.03.2009)

Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor.

Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo está intimamente ligado ao princípio da conservação do negócio jurídico. Em princípio, o contrato de compra e venda desprovido de preço é tido como inexistente. Porém, o legislador se preocupa com a função social dos contratos e com a finalidade de estímulo do tráfego jurídico, prescrevendo que as partes se sujeitarão ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor caso não exista tabelamento oficial do bem alienado.

Ou seja, três soluções sucessivas são possíveis: a) fixação de preço ou possibilidade de sua determinação; b) tabelamento oficial; e c) verificação do preço com base nos padrões negociais do vendedor.

A nosso visto, a aplicação da terceira solução finalidade da norma será somente viabilizada no caso de o alienante ser um tradicional fornecedor daquele bem, sob pena de não se encontrarem parâmetros razoáveis para a estipulação do preço. Outrossim, para além da habitualidade do comércio, há que verificar se o bem é normalmente comercializado no mercado ou se se trata de bem de natureza especial (v. g., carro antigo, obra de arte), casos em que a norma não será aplicada, pois o cálculo do valor é agregado por aspectos existenciais dos contratantes.

Porém, superadas tais premissas, havendo diversidade de juízos dos contratantes sobre o valor ideal, dispõe o parágrafo único que de forma salomônica prevalecerá o preço médio.

Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.

CC/1916: art. 1.125.

A norma do art. 489 é mais uma das emanções da tutela da boa-fé e do princípio que impede o enriquecimento injustificado. Uma das características do preço é a sua certeza. Portanto, será taxado de inválido por nulidade aquele contrato em que se incluir cláusula de direito potestativo de fixação unilateral de preço.

Indubitavelmente, reveste-se de pura arbitrariedade a cláusula que determina expressões como “o preço será fixado conforme o interesse do comprador”, ou “o alienante determinará o valor a ser pago”, sob pena de aperfeiçoamento de contrato com valores excessivos ou aviltantes (aliás, no preço irrisório nem há propriamente uma venda), dependendo de quem seja o titular do direito potestativo.

O abuso do exercício do direito potestativo na determinação do preço é também um ato ilícito (art. 187 do CC), ofendendo manifestamente a própria função social para a qual a compra e venda foi realizada.

Aliás, o art. 122 do Código Civil inclui entre as condições proibidas “as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

Porém, quando o policitante (ofertante) impõe um valor para a sua oferta, não há que cogitar de arbitrariedade. Caso o oblato manifeste a sua aceitação (expressa ou tácita), formando-se o consentimento, vincula-se o vendedor aos termos da proposta (arts. 427 e 429 do CC), tornando-se aquele preço uma determinação conjunta dos contratantes, não mais uma simples oferta. Aperfeiçoado o contrato, torna-se impraticável a alteração unilateral do preço, exceto nas já comentadas hipóteses de lesão e onerosidade excessiva pela quebra do princípio da justiça contratual.

Jurisprudência: Ação de cobrança. Contrato. Venda de produto e locação de equipamento. Desequilíbrio contratual. Constatação. Indevida é a cobrança do preço integral de equipamento que não foi vendido, mas apenas alugado, bem como nula é a cláusula contratual, pela qual a empresa fornecedora impõe à contratante preço expressivamente superior ao da concorrência, daí a necessidade de, nos termos do art. 489 do Código Civil, se coibir que referida cláusula, geradora do desequilíbrio, produza qualquer efeito. (TJMG, Ap. cível n. 1.0145.07.400062-4/001(1), rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes, rel. 19.08.2008)

Art. 490. Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição.

CC/1916: art. 1.129.

Quando nada dispuserem as partes a respeito das despesas inerentes à compra e venda, o Código supletivamente distribui as mesmas entre o alienante e o adquirente da seguinte maneira: as despesas de escrituração e registro incumbem ao comprador. Cuidando-se de bem imóvel, tais gastos são acrescidos de certidões, emolumentos e do ITBI. As despesas do vendedor serão logicamente restritas à tradição de bens móveis, no que concerne aos gastos com embalagem e transporte da coisa. Todavia, se o comprador determinar que a coisa seja levada a lugar diverso, o transporte será convencionado de outra forma.

Nos contratos típicos, as prestações principais são aquelas que definem o tipo da relação. Na compra e venda: a entrega da coisa vendida, por parte do vendedor, e a entrega do preço, pelo comprador. O dispositivo, todavia, enumera alguns dos chamados deveres secundários ou acessórios da prestação principal, os quais se destinam a assegurar a perfeita realização da compra e venda, sendo visualizados de forma mais intensa naqueles contratos em que a coisa não é imediatamente entregue ao comprador.

Jurisprudência: [...] Na ausência de pactuação em contrário, as despesas com escritura e registro ficarão a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição (art. 490 do CC). Inexistindo cláusula expressa disciplinando a quem competiria as despesas com a averbação de construção, compete ao comprador tal ônus. Recurso provido. (TJRS, Recurso cível a 71.000.664.623, rel. Eugênio Facchini Neto, j. 10.05.2005)

Art. 491. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço.

CC/1916: art. 1.130.

O dispositivo em comento concerne ao plano de eficácia dos contratos de compra e venda, subordinando a sua execução a conseqüências distintas, à medida que a venda se der nas modalidades à vista ou a crédito.

Nas vendas a crédito primeiramente se verifica a entrega da coisa e sucessivamente o pagamento do preço. Essa é a prática no comércio, sendo apenas excetuada quando for da própria natureza a tradição do bem após o adimplemento integral como no contrato de compra e venda com reserva de domínio ou nas hipóteses em que seja temerária a entrega da coisa pelo fato de o comprador cair em insolvência (art. 495 do CC).

Porém, nas compras à vista, as prestações do vendedor e comprador são interligadas e concomitantes. Daí, como derivação da *exceptio non adimpleti contractus*, a entrega da coisa sobeja condicionada ao pagamento. Aliás, na venda de bens imóveis a quitação é concedida no próprio instrumento.

Conforme já abordado em passagem anterior, o fundamento da exceção do contrato não cumprido reside na equidade. O ordenamento deseja a execução simultânea das obrigações. A boa-fé objetiva e a segurança do comércio jurídico requerem fidelidade às prestações assumidas de modo a unir o destino das duas obrigações, de forma que cada uma só será executada à medida que a outra também o seja. Isso assegura não somente o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna) como também satisfaz a ordem social que procura pelo adimplemento como imposição de justiça comutativa (função social externa).

Jurisprudência: [...] Considerando que a propriedade de um bem móvel se dá com a tradição e que esta não se operou, pode o vendedor reter o bem até o pagamento firmado na compra e venda como é permitido pelo art. 491 do Código Civil brasileiro. Recurso provido. (TJMG, Ap. cível n. 1.0701.07.194232-3/001(1), rel. Tibúrcio Marques, j. 10.09.2009)

Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

§ 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste.

§ 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados.

CC/1916: art. 1.127.

O artigo trata da distribuição dos riscos pela perda ou deterioração da coisa. Sabemos que, em nosso ordenamento, a transferência da propriedade mobiliária requer a tradição (art. 1.267 do CC), enquanto a passagem da propriedade imobiliária demanda o registro (art. 1.245 do CC). Assim, no intervalo que separa a contratação da tradição - disponibilização da coisa ao comprador-, o negócio jurídico opera efeitos de ordem meramente obrigacionais e os riscos da coisa serão imputados ao alienante pelo fato de ainda manter a condição de proprietário, aplicando-se o brocardo *res perit domino*. Já o comprador suportará os riscos do preço em relação ao bem alienado.

A regra em enfoque é de grande relevo para a compreensão de todos os fenômenos ligados à perda total ou parcial do bem na compra e venda, apreciados no estudo das obrigações de dar coisa certa (arts. 233 a 242 do CC). Aliás, é enfático o art. 237 ao dispor que “até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos”

Se a passagem dos riscos para o comprador só ocorre no momento em que o bem é colocado à sua disposição, tratando-se de bens que se recebem pesando, mediando ou assinando, no momento em que forem postos a serviço do adquirente, transferem-se os riscos pelo fortuito (§ 1º).

O § 2º do art. 492 evidencia o agravamento da responsabilidade do credor pelo fato de incorrer em mora quanto ao recebimento do bem. A mora do credor se aperfeiçoa quando injustificadamente se recusa a receber o objeto no tempo, lugar e modo convencionados (art. 394 do CC). Destarte, a imotivada rejeição gera para ele a assunção dos riscos pelo perecimento da coisa. O devedor não mais responde pela integridade do objeto e, se ocorre a sua impossibilidade, por ela não mais responde. A norma reitera o exposto no art. 400 do Código Civil, que, na *mora accipiendi*, subtrai ao devedor (alienante) isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa.

Como o dispositivo nada menciona acerca da mora do vendedor no sentido de se recusar a entregar a coisa nas condições pactuadas, devemos aplicar o art. 399 do Código Civil, que estende a responsabilidade do vendedor para os casos do fortuito, excluindo-se os casos em que o dano à coisa sobreviria mesmo se a obrigação fosse tempestivamente cumprida.

Jurisprudência: [...] Em matéria de responsabilidade civil pelos riscos da coisa, em obrigação de dar coisa certa, vigora o princípio do *res peret domino*. Assim, em se tratando de compra e venda de gado para engorda e abate, a morte de animal ocorrida após a tradição, e sem culpa do vendedor, implica prejuízo do adquirente. Inteligência do art. 234, combinado com o art. 492, *caput* e parágrafos, do CC/02. Apelação não provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.028.503.571, rel. Liege Puricelli Pires, j. 17.09.2009)

Art. 493. A tradição da coisa vendida, na falta de estipulação expressa, dar-se-á no lugar onde ela se encontrava, ao tempo da venda.

CC/1916: sem correspondente.

Trata-se de mais uma norma dispositiva concebida pelo legislador de 2002. Caso as partes nada tenham ajustado no tocante ao local da tradição do bem móvel, a transmissão da propriedade se verificará no local em que o bem se encontrava quando da contratação. Assim, comprador e vendedor podem ajustar o local de pagamento (tradição), gerando uma obrigação quesível (tradição no domicílio do devedor) ou portátil (tradição no domicílio do credor), conforme determine a autonomia privada.

Evidentemente a norma não se aplica aos bens imóveis - pois sempre se encontram no mesmo local -, não havendo possibilidade de pactuar local de cumprimento diverso, além da imposição do art. 328 do Código Civil: “se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde está situado o bem”.

Art. 494. Se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se das instruções dele se afastar o vendedor.

CC/1916: art. 1.128.

A partir do momento em que o dispositivo responsabiliza o comprador pelos riscos da coisa quando entregue por ordem dele em local diverso, surge a presunção de que já houve a tradição do objeto, excepcionando-se a regra geral do *caput* do art. 492. Caso contrário, os riscos continuariam a recair sobre o alienante.

O bem será entregue ao transportador a ser indicado pelo comprador, que seguirá as suas instruções. Caso o vendedor não respeite as aludidas instruções, remanescerá a sua responsabilidade, pois se tornou uma espécie de mandatário do comprador.

Aliás, mesmo que não existam instruções e o transportador seja designado pelo próprio vendedor, o comprador se responsabilizará pelo perecimento pelo simples fato de expedir ordem para entrega em local diverso exceto se comprovada a má-fé do vendedor.

Há que enfatizar a responsabilidade do transportador pelos riscos da perda da coisa, conforme a disciplina dos arts. 743 a 756 do Código Civil, especialmente o art. 750, ao dispor que “a responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado”.

Art. 495. Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado.

CC/1916: art. 1.131.

Na esfera patrimonial, os dois grandes riscos à incolumidade financeira do credor são o inadimplemento e a insolvência. O risco do inadimplemento pode ser prevenido mediante a imposição de cláusula penal ou arras. Quanto à insolvência - passivo superando ativo do devedor -, deverá o credor se cercar de garantias reais (v. hipoteca, penhor) ou pessoais (aval, fiança) hábeis à diluição dos efeitos deletérios decorrentes da situação débil do devedor.

O art. 495 prevê para as vendas a crédito a suspensão da entrega da coisa na hipótese de insolvência do devedor, até que eventual caução real ou pessoal seja concedida como garantia de pagamento. Note-se que a insolvência aqui aludida não é aquela decorrente de decisão judicial, mas da constatação efetiva da realidade patrimonial do devedor (art. 748 do CPC).

Não havia necessidade de edição dessa norma, pois o já aludido art. 477 faculta ao vendedor a *exceptio non adimpleti*. O dispositivo tangencia a chamada quebra antecipada do contrato, ou inadimplemento antecipado. Consiste na evidência de um dos contratantes implicitamente demonstrar, por meio de sua situação patrimonial, que descumprirá futuramente a prestação que lhe incumbe. Ou seja, a prestação a ser inadimplida ainda não é exigível pelo vendedor, mas provavelmente não será realizada a seu tempo. O rompimento antecipado poderá ser pleiteado caso o contratante fragilizado não obtenha as novas garantias que lhe são exigidas. Enquanto isso não ocorre, caberá unicamente ao vendedor sobrestar na entrega da coisa.

Jurisprudência: Promessa de compra e venda. Resolução. Restituição. Na resolução do contrato promovida pela promitente vendedora por inadimplemento da promissária compradora, as partes devem ser restituídas à situação anterior, com devolução do bem e do preço pago, garantido o direito de retenção pela vendedora de certo valor, a título de indenização pelo dano. Recurso conhecido em parte e provido. (STJ, REsp n. 358.444/PR, Proc. n. 2001/0131843-2, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 26.03.2002, DJ 20.05.2002, p. 154)

Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

CC/1916: art. 1.132.

Na vigência do CC/1916, a venda do ascendente ao descendente sem o consentimento dos demais descendentes implicava nulidade. O dispositivo em apreço considera que o ato é passível de invalidação, mas por uma sanção diversa: a anulabilidade.

Nulidade e anulabilidade são espécies do gênero invalidade: aquela, mais grave, atingindo norma cogente, acautelando interesses de ordem pública. Já a anulabilidade é uma sanção à lesão a interesses particulares, visados em normas dispositivas. A conveniência do legislador ditará quais são as hipóteses de nulidade e anulabilidade. No atual Código Civil, outras hipóteses até então sancionadas como nulas se tornaram meramente anuláveis, como a previsão do casamento celebrado por autoridade incompetente (art. 1.550, VI). *A contrario sensu*, casos de anulabilidade se converteram em hipóteses de nulidade, como a simulação (art. 167 do CC).

Na espécie, parece-nos que andou bem o legislador. A alienação do ascendente a um descendente sem que exista o consentimento dos outros é uma situação que atende exclusivamente aos interesses patrimoniais da família, sendo excessiva a imposição da nulidade.

Em comparação ao negócio nulo, as conseqüências mais evidentes do novo regime de anulabilidade seriam as seguintes: a) possibilidade de ratificação do ato pelos familiares, por posterior assentimento (art. 176 do CC); b) imposição de prazo decadencial de dois anos para o exercício do direito potestativo de desconstituição do negócio jurídico de compra e venda, a contar da data do contrato (art. 179 do CC). Essa nova previsão legal retirou, inclusive, a eficácia da Súmula n. 494 do STF; c) impossibilidade de constatação do vício pelo juiz ou Ministério Público de ofício, havendo necessidade de ajuizamento de ação própria pelos interessados (demais descendentes e cônjuge) para a anulação do contrato (art. 168 do CC); e d) a sentença produzirá efeitos *ex tunc*, desconstituindo-se retroativamente todos os efeitos transitórios até então produzidos (art. 182 do CC).

A outro giro, a finalidade da norma é o acautelamento das legítimas dos herdeiros necessários. Descendentes podem praticar negócios jurídicos de doação e compra e venda com ascendentes. A doação dispensa o consentimento dos demais descendentes, pois o controle de qualquer liberalidade apenas ocorrerá após a morte do doador por meio da colação (art. 2.003 do CC), restaurando-se a igualdade das legítimas dos herdeiros necessários.

Porém, pelo fato de a compra e venda não estar submetida à colação, faz-se necessária a autorização dos demais descendentes, justamente para que possam eles controlar eventuais artifícios e simulacros capazes de mascarar doações a um descendente em detrimento de outros.

Outra novidade é a necessidade de outorga do cônjuge do doador junto à dos descendentes. A explicação é singela: à medida que o cônjuge se converte em herdeiro necessário (art. 1.845 do CC), também não poderá ser privado da legítima, exceto por deserdação (art. 1.961 do CC). Como esclarece o parágrafo único, excepciona-se o regime da separação obrigatória, no qual o cônjuge jamais concorrerá com os descendentes em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária. Ele sempre disputará a segunda colocação com os ascendentes (art. 1.829 do CC).

Poder-se-ia indagar a razão pela qual não se dispensou também o consentimento do cônjuge no regime da separação convencional de bens, observando-se a fórmula do art. 1.687, que excluiu a necessidade de outorga no aludido regime de bens. Todavia, pensamos que o legislador foi coerente com o aspecto sucessório, no qual o cônjuge, no regime da separação convencional, sempre será herdeiro em primeiro lugar na ordem de vocação, ao lado dos descendentes (art. 1.829,1, do CC).

Apesar da omissão do dispositivo, não raramente o ascendente procurará praticar uma compra e venda com outras pessoas ligadas ao descendente (v. sogro, nora). Nesses casos, parece-nos igualmente necessário o consentimento dos demais descendentes e cônjuge, sob pena de se inferir uma simulação através de venda a interposta pessoa, nos termos do art. 167, § 1º, I, do Código Civil.

Eventual doação a qualquer pessoa que não seja descendente ou cônjuge (art. 544 do CC) não será tida como adiantamento de legítima, porém uma simples doação que será reputada como perfeita se não exceder a metade disponível no momento da liberalidade, caso em que haverá a nulidade do excesso (art. 549 do CC).

O dispositivo também não enuncia as consequências da recusa da outorga pelos outros descendentes e cônjuge. Acreditamos que se aplica aqui o mesmo resultado do art. 1.648 do Código Civil. Vale dizer que o magistrado suprirá a outorga quando a denegação for privada de motivação justificada, havendo evidências da boa-fé dos contratantes. É uma forma de controle do abuso do direito potestativo do suprimimento, preservando a função econômica e social do negócio jurídico.

Jurisprudência: STJ, REsp n. 725.032, 4ª T., rel. Min. Helio Ouaglia Barbosa, j. 21.09.2006, *DJ* 13.11.2006.

Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

III - pelos juizes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, júízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito.

CC/1916: arts. 1.133 e 1.134.

O artigo em exame enuncia cinco situações em que o negócio jurídico compra e venda será sancionado como nulo pela ausência de legitimação para a sua prática.

A capacidade de fato é o elemento tradicional de validade para a prática de negócios jurídicos em sentido genérico. Permite-nos adquirir direitos e contrair obrigações pessoalmente, sem a necessidade de interposição de uma terceira pessoa (curador ou tutor).

Nada obstante, para a prática de determinados negócios, a capacidade de gozo é insuficiente à validação do ato, sendo necessária uma especial legitimação para que o titular possua poder de disposição sobre os interesses em jogo. Normalmente, o legislador demanda a legitimação para proibir a prática de negócios jurídicos entre determinadas pessoas, com a finalidade de proteger os próprios contratantes e terceiros.

Especificamente no contrato de compra e venda, certas pessoas são livres para praticar negócios jurídicos com qualquer um na sociedade, exceto com determinadas pessoas cujos interesses éticos ou patrimoniais podem ser conflitantes. A autonomia privada é limitada em razão de interesses funcionalizados à ordem pública.

Nas hipóteses que serão examinadas a seguir, a proibição de compra e venda abrange as aquisições em hasta pública. Apesar de a arrematação de bens em execução não ser considerada propriamente uma alienação, mas um ato de expropriação estatal, é nela que se verifi-

cariam as hipóteses mais comuns de desrespeito à necessária isenção que se demanda de todos aqueles a quem se refere o dispositivo.

O inciso I veda a aquisição por tutores, curadores, testamentários e administradores de bens confiados à sua guarda ou administração. Seria constrangedor que o sistema permitisse que os bens de incapazes fossem adquiridos por seus representantes, sob pena de vulneração da própria essência de tais institutos protetivos. A vedação é inferida ainda dos arts. 1.749, I, e 1.781 do Código Civil. A situação se estende para todos aqueles que têm bens administrados por terceiros, mesmo capazes, pois há uma evidente colisão de interesses em qualquer forma de compra e venda do patrimônio que se propôs o representante a acautelar. Contudo, não se aplica o dispositivo a uma eventual compra e venda entre mandante e mandatário, tratando-se de representação convencional, a teor da Súmula n. 165, do Supremo Tribunal Federal.

Os incisos II e III retratam hipóteses semelhantes, quais sejam os servidores públicos de qualquer dos poderes, inclusive do Judiciário, além dos magistrados, que não poderão adquirir bens que estejam sob a sua esfera administrativa imediata. Qualquer entendimento contrário macularia a tutela da *res* pública e colocaria sob suspeita a necessária isenção que se exige de todos os agentes que exercem atividades públicas, em qualquer nível.

O inciso IV revela salutar inovação ao coibir a aquisição por leiloeiros e prepostos dos bens de cuja venda estejam encarregados. Essas pessoas são colaboradoras da atividade judiciária, determinando a diretriz da eticidade que lhes sejam estendidas as mesmas vedações que atingem aqueles arrolados nos dois incisos anteriores.

Todas as proibições enfatizadas nos quatro incisos se estendem à cessão de crédito (parágrafo único). Não há dificuldades em compreender a correção da norma. A cessão se aproxima da compra e venda, pois o cedente transfere onerosa (venda) ou gratuitamente (doação) o seu crédito contra o cedido, tornando-se o cessionário o novo proprietário do crédito. Aqui se aplica o art. 286 do Código Civil, que impede a cessão quando assim o opuser a lei. Exemplificando: é impraticável a cessão de direitos hereditários pelo juiz com relação a um processo de inventário que está em tramitação na vara que preside.

Tendo em vista o nítido interesse de preservação da segurança jurídica que justifica a edição da norma, não podemos concordar com a restrição das hipóteses ao *numerus clausus*, com base em interpretação restritiva. Nossa interpretação é extensiva, alcançando a vedação qualquer forma de aquisição que envolva bens confiados à guarda e à administração de terceiros.

Por fim, todo o cuidado será pouco para a prevenção de condutas simulatórias que pretendam atingir vantagens econômicas por meio da prática dos aludidos negócios por pessoas interpostas, oferecendo-se uma aparência que não corresponde à verdade. Não raramente surge a pessoa do testa-de-ferro para substituir na compra e venda aquele que é privado da prática do referido negócio jurídico. A nulidade é a sanção para tais condutas (art. 167, § 1º, do CC).

Jurisprudência: [...] A aquisição de bens pertencentes ao mandante, pelo mandatário e administrador, é expressamente vedada pela lei (arts. 1.133 do Código Civil de 1916 e 497 do novel diploma legal), sob pena de nulidade absoluta do negócio. Recurso improvido. (TJRS, Ap. cível n. 70.023.876.535, rel. Claudir Fidelis Faccenda, j. 10.07.2008)

Art. 498. A proibição contida no inciso III do artigo antecedente, não compreende os casos de compra e venda ou cessão entre co-herdeiros, ou em pagamento de dívida, ou para garantia de bens já pertencentes a pessoas designadas no referido inciso.

O objetivo da norma é afastar a rigidez do artigo precedente em determinadas situações em que a aquisição é realizada pelo servidor público da Justiça, mas sem nenhum conflito de interesses com o *munus que exercita*.

Cuida-se de três hipóteses perfeitamente compreensíveis nas quais a atividade pública não contamina a defesa das prerrogativas privadas dos ditos servidores: a) casos em que o servidor do Judiciário ou o magistrado são herdeiros e desejam adquirir cotas dos demais herdeiros (cessão) ou bens individualizados (compra e venda); b) hipóteses em que os servidores são credores em processo de execução e pretendam adjudicar bens em hasta pública como forma de pagamento dos débitos, ou os recebem em dação em pagamento; e c) por fim, poderão remir execuções a fim de proteger bens dados em garantia real em favor de terceiros que se tornaram inadimplentes.

Art. 499. É lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão.

CC/1916: sem correspondente.

A partir do instante em que se rompe com o sistema privado patriarcal no qual a esposa era hipossuficiente e relativamente incapaz (até a edição do Estatuto da Mulher Casada de 1962), nada impede que duas pessoas iguais em direitos e obrigações possam manejar a sua autonomia privada e praticar o negócio jurídico de compra e venda com relação a todos os bens excluídos da comunhão.

Destarte, no regime da comunhão universal de bens não se cogitará em regra da compra e venda, pois, sendo o patrimônio total comum, não poderia o cônjuge adquirir aquilo que já lhe pertencesse em frações abstratas, nas quais cada comunheiro já poderia agir sobre o todo. Excepcionalmente, é possível a aquisição dos bens elencados no art. 1.668 do Código Civil. A título ilustrativo, o marido pode comprar da esposa os bens que ela recebeu da herança paterna com cláusula de incomunicabilidade.

No regime legal da comunhão parcial, a aquisição é possível sobre todos os bens que não se incluam nos aquestos. Estes são os bens adquiridos a título oneroso após o matrimônio (art. 1.658 do CC). Será livre a aquisição onerosa por qualquer dos cônjuges dos bens excluídos do acervo comum.

Já no regime de separação de bens há absoluta liberdade de aquisição de patrimônio pelos cônjuges, como se denota da leitura do art. 1.687 do CC.

No novel regime da participação final nos aquestos, um cônjuge não poderá adquirir do outro todos aqueles bens que foram obtidos pelo esforço do casal após o matrimônio (art. 1.672 do CC). Já aqueles adquiridos isoladamente por qualquer dos cônjuges, mesmo que a título oneroso, pertencem ao patrimônio particular do cônjuge e podem ser objeto de alienação ao outro cônjuge (art. 1.673 do CC).

Jurisprudência: Venda e compra de bens comuns que companheiros celebram. Proibição (art. 499, do CC). Negócio jurídico *contra iegem*. Nulidade mantida. Não provimento. (TJSP, Ap. cível n. 5.830.324.300, rel. Enio Zuliani, j. 17.09.2009)

Ver também: STJ, REsp n. 260.462/PR, Proc. n. 2000/0051074-2, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.04.2001, DJ 11.06.2001, p. 205). (RBDF10/70, RDR 20/363)

Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não

sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.

§ 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.

§ 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso.

§ 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda *ad corpus*.

CC/1916: art. 1.136.

O *caput* do artigo se refere à alienação onerosa de bens imóveis - terrenos - pela sua medida de extensão, com precisa determinação da área vendida. Trata-se da venda *ad mensuram* (conforme a medida). Caso a medida real seja inferior àquela noticiada pelo vendedor quando da contratação, poderá o comprador exigir a complementação da área, a fim de obter a diferença entre o que lhe fora prometido e o efetivamente alienado. A *actio ex empto* é uma ação real que segue o rito comum.

Todavia, em certas circunstâncias a complementação não será viabilizada, eis que a área do imóvel terminou ou o excedente é de titularidade de outra pessoa. Nesses casos, abrem-se duas alternativas subsidiárias ao comprador: poderá exercer o direito potestativo à resolução contratual com a devolução de todas as quantias pagas, além de indenização pelos danos decorrentes do negócio, ou então pleitear o abatimento proporcional no preço, mantendo o negócio jurídico sobre a área a menor.

Porém, se a falta de adequação entre as medidas originárias e a medição realizada posteriormente concluir pelo excesso de área do terreno, sendo provado que o equívoco foi proveniente de ignorância acerca do tamanho real do terreno, surgirão duas medidas alternativas ao alvedrio do comprador: poderá complementar o preço ou devolver o excesso. Ou seja, não se cogita de invalidação por erro, pois o ordenamento jurídico deseja a preservação do negócio. Cuida-se de inovação significativa, eis que no regime anterior o vendedor nada recebia, prevalecendo o enriquecimento injustificado.

Prosseguindo, o § 3º trata da venda *ad corpus* (de corpo inteiro). Aqui a metragem é dada de forma meramente enunciativa, pois o bem lhe foi vendido como área certa e precisamente individualizada por marcos geográficos e confrontações. Exemplificando: A vende uma fazenda a B anunciando que se trata de uma “área de 300 alqueires, confrontando os terrenos do Sr. Pedro da Silva e o córrego dos Macacos”. As confrontações sinalizadas demonstram o que se quis realmente alienar. Portanto, caberá ao magistrado interpretar as cláusulas dúbias com recurso aos métodos dos arts. 112 e 113 do Código Civil.

Voltando à venda *ad mensuram*, preservando-se o que já expressava o Código Civil de 1916, o legislador entendeu que uma diferença de medição que acuse uma área menor de no máximo um vinte avos da área total não será motivo para a adoção das medidas expostas no *caput* presumindo-se que a menção à metragem no corpo do contrato foi meramente enunciativa. Assim, se A vende a B uma área de 500 hectares e a real dimensão do terreno é de 475 hectares, o inadimplemento mínimo não justificaria a adoção de medidas judiciais desproporcionais.

De qualquer forma, é nítido que a diferença inferior a 5% da área total gere uma presunção de que a venda foi *ad corpus*. Todavia, inovando com relação ao Código Bevilacqua, a presunção não é mais absoluta, e sim, relativa. Com efeito, poderá o comprador provar que, se fosse devidamente informado sobre a área do terreno, não teria realizado o negócio jurí-

dico. Parece-nos que a solução é sábia, haja vista acautelar a boa-fé do comprador que precisava de uma área específica para realizar determinado investimento e possui condições de provar que mesmo uma pequena diferença é fundamental naquela situação. O legislador, mais uma vez, adotou a diretriz da concretude, para retratar a pessoa em suas circunstâncias, buscando considerá-la em seu contexto e realidade específica.

O art. 500, tanto no que tange à venda *ad mensuram* como à *ad corpus*, não se aplica às alienações em hasta pública. De acordo com a doutrina, a garantia em arrematações e adjudicações seria restrita ao fenômeno da evicção (art. 447 do CC), pois nas vendas de terrenos com alterações de dimensões incidiria regime semelhante ao dos vícios redibitórios, mas normatizado por disciplina especial.

Todavia, poderíamos indagar se o art. 500 aplicar-se-ia às alienações em hasta pública. Entendemos que sim, a despeito da larga publicidade existente ao redor da hasta pública, permitindo ao interessado, inclusive, a feitura de um minucioso exame do bem antes da venda, diminuindo consideravelmente a possibilidade de o vício do imóvel permanecer oculto. Não obstante o silêncio do legislador no que tange ao art. 447 do Código Civil, aduzindo tão somente a evicção, imperiosa se faz uma interpretação ampliativa, a fim de abarcarmos o vício redibitório. De fato, justamente em virtude da ampla publicidade da hasta pública, existe uma presunção de conhecimento do comprador quanto às reais dimensões do imóvel. Mas trata-se de uma presunção relativa. Ao adquirente, no caso concreto, incumbe o ônus probatório do desconhecimento das dimensões do terreno. É da alçada do poder público, tendo como norte os princípios da legalidade, publicidade e moralidade, praticar atos condizentes com a realidade, a fim de preservar a segurança das relações jurídicas realizadas com particulares.

Jurisprudência: Apelação cível. Compra e venda de imóvel. Área a menor da indicada no instrumento particular de compra e venda. Venda na modalidade prevista no art. 500, *caput*, do CC. Prova pericial que aponta para a existência de vício. No caso, ante a impossibilidade de complementação da área a restituição de valor correspondente a parte faltante é medida que se impõe. Art. 500 do CC. Precedentes jurisprudenciais. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.026.990.622, rel. Glênio José Wasserstein Hekman, j. 13.05.2009)

TJMG, Ap. cível n. 1.0116.07.013175-4/001(1), rel. Domingos Coelho, j. 06.05.2009.

TJMG, Ap. cível n. 1.0543.07.000969-0/001(1), rel. Célio Cesar paduani, j. 05.06.2008.

Art. 501. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título.

Parágrafo único. Se houver atraso na imissão de posse no imóvel, atribuível ao alienante, a partir dela fluirá o prazo de decadência.

CC/1916: sem correspondente.

Respeitando a diretriz da operabilidade, em que se apresentam os prazos de prescrição situados nos arts. 205 e 206 do Código Civil e os prazos decadenciais espalhados por todo o corpo do diploma, o legislador enfoca um novo prazo de decadência: um ano a contar do registro da compra e venda. Trata-se da perda pelo comprador do direito potestativo de exigir a complementação da área, da resolução contratual e do abatimento do preço. O mesmo pra-

zo de caducidade é fatal para o comprador optar entre a complementação do preço e a devolução do excesso nas hipóteses de aquisição *ad mensuram* a maior.

O parágrafo único disciplina que o início da contagem do prazo decadencial será transferido para a data da imissão de posse pelo comprador quando o vendedor for o responsável pela demora na entrega da coisa àquele que adquiriu e já havia registrado a propriedade. Cuida-se de hipótese de impedimento ao curso da decadência (art. 207 do CC), de claro cunho eticizante, pois o proprietário só poderá conhecer as reais dimensões do imóvel a partir do momento em que ingressar em sua posse.

Jurisprudência: TJMG, Ap. cível n. 1.0702.05.220317-2/001(1), rel. Evangelina Castilho Duarte, j. 05.11.2009.

Art. 502. O vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo é um consectário lógico da própria posição dos contratantes diante da compra e venda: antes da tradição ou do registro a propriedade é do vendedor; após, transfere-se ao comprador (arts. 1.245 e 1.267 do CC). Assim, é natural que todos os débitos que onerem os bens móveis e imóveis sejam de exclusiva responsabilidade do seu titular. Nada obstante, a ressalva do *caput* indica que os contraentes podem dispor da norma, convencionando uma forma diversa de distribuição dos débitos, capaz de melhor atender aos seus interesses particulares.

Existe uma categoria que não se enquadra perfeitamente entre os direitos reais e os direitos obrigacionais. São as obrigações *propter rem* ou obrigações mistas. Como diz a própria denominação, são obrigações que recaem sobre uma pessoa pelo fato de ser titular de um direito real, sendo transferidas imediatamente a quem quer que lhes suceda nessa posição. Daí também serem conhecidas como obrigações ambulatorias. Adimplir o imposto predial urbano, imposto territorial rural, imposto de propriedade de veículos e o condomínio do prédio é uma obrigação que recai sobre o titular da propriedade. Todavia, em caso de tradição do bem móvel ou registro do bem imóvel, eventuais débitos anteriores recairão sobre o novo proprietário, pois as ditas obrigações incidem sobre a coisa em si e não sobre as pessoas que contraíram os débitos. Certamente haverá o direito de regresso perante o alienante sobre os valores relativos ao período anterior à tradição.

Aliás, a nosso visto, caso o comprador entre na posse efetiva do imóvel e esse fato seja de conhecimento dos demais condôminos, assumirá os débitos condominiais mesmo que não tenha efetivado o registro. Não seria justo manter a responsabilidade do vendedor - que já transferiu todas as faculdades da propriedade ao comprador - simplesmente em razão da recusa do comprador de se desincumbir do ônus do registro.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 6.744.314.200, rel. Maia Cunha, j. 12.11.2009.

Art. 503. Nas coisas vendidas conjuntamente, o defeito oculto de uma não autoriza a rejeição de todas.

CC/1916: art. 1.138.

A expressão “coisas vendidas conjuntamente” pode ser entendida de duas formas: isoladamente ou em conexão com o restante da norma. Vista isoladamente, traduziria a impossi-

bilidade de aplicação do modelo do vício redibitório para qualquer situação em que uma pessoa compra vários bens conjuntamente quando singularmente poderiam ser adquiridos de forma separada. Assim, se alguém compra trinta garrafas de vinho e uma delas é visivelmente imprópria para o consumo, somente aquela será rejeitada e não as demais.

A interpretação não é equivocada, até mesmo pelo fato de o vício não desvalorizar ou inutilizar os demais objetos que foram adquiridos na mesma ocasião. Contudo, parece-nos que o legislador quis se referir aos bens alienados em conjunto como universalidades.

A universalidade do direito é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotado de valor econômico (art. 91 do CC), como a cessão de herança (art. 1.793 do CC). Já a universalidade de fato é um conjunto de bens homogêneos e indivisíveis pela sua própria natureza econômica (art. 258 do CC). Seria o caso da aquisição de um rebanho ou de uma biblioteca.

Em todos esses casos, a causa da compra e venda está ligada ao conjunto de bens e não individualmente a cada um dos objetos que compõem o acervo. A aquisição conjunta da universalidade não se deu acidentalmente, mas é a própria razão determinante do negócio jurídico, que provavelmente não se realizaria caso os objetos fossem fracionados.

Essa interpretação se coaduna com a vedação da parte final do dispositivo à reclamação pelos vícios redibitórios. Com efeito, o vendedor garantirá a existência da universalidade, mas não a qualidade jurídica ou material de cada um dos objetos que integram o conjunto, inexistindo garantia contra a evicção ou vícios redibitórios.

Contudo, se os bens defeituosos se avultam ou se o vício de um deles provoca efetivamente uma depreciação significativa do conjunto, entendemos que poderá o comprador rescindir o negócio jurídico com base na ação redibitória ou postular o abatimento do preço (ação *quantum minoris*) sob pena de lesão ao princípio da proporcionalidade. De fato, sendo a razão da compra a própria importância do conjunto, caso os vícios se mostrem substanciais, toda a finalidade do negócio será desvirtuada.

Jurisprudência: Resolução do contrato. Contratos coligados. Inadimplemento de um deles. Celebrados dois contratos coligados, um principal e outro secundário, o primeiro tendo por objeto um lote com casa de moradia e o segundo versando sobre dois lotes contíguos, para área de lazer, a falta de pagamento integral do preço desse segundo contrato pode levar à sua resolução, conservando-se o principal, cujo preço foi integralmente pago (STJ, REsp n. 337.040/AM, Proc. n. 2001/0091740-1, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.05.2002, DJ 01.07.2002, p. 347). (RJADCOAS 43/26)

Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço.

CC/1916: art. 1.139.

Qualquer condômino pode alienar a sua parte ideal da propriedade, tendo em vista a sua condição de exclusiva titularidade de uma fração ideal da coisa, que lhe permite agir soberanamente. Mesmo nos bens indivisíveis, essa faculdade de disposição é preservada, eis que a propriedade sobre uma parte abstrata concede ao titular o poder de exercer todas as prerro-

gativas compatíveis com a indivisão, apenas com a inerente limitação quanto à posse, uso e gozo da coisa (art. 1.314, parágrafo único, do CC).

Todavia, ao conceder aos demais condôminos o direito de preferência para o ato da venda da fração ideal, o legislador pretendeu conciliar os objetivos particulares do vendedor com os da comunidade de coproprietários. Certamente será mais cômodo manter a propriedade entre os titulares originários, evitando desentendimentos com a entrada de um estranho no grupo. Os consortes serão interpelados para o exercício da preferência.

Entretanto, vulnerado o direito de preferência, adiante da imediata alienação do bem ao terceiro adquirente, sobejará aos condôminos prejudicados o exercício do direito potestativo à adjudicação da fração alienada, sendo suficiente o depósito do valor correspondente ao preço da venda, no prazo decadencial de cento e oitenta dias. Nesse prazo a propriedade adquirida pelo terceiro terá natureza resolúvel, pois estará sujeita à atuação dos demais condôminos (art. 1.359 do CC).

Caso dois ou mais condôminos ofereçam o preço ajustado, prevalecerá a aquisição em favor daquele que preencher os requisitos sucessivos descritos no parágrafo único do artigo. Caso nenhum dos licitantes possua vantagens sobre os outros, a solução do legislador será a aquisição equitativa por todos os interessados que realizarem o depósito, provocando a ampliação do condomínio.

O art. 1.112, V, do Código de Processo Civil regula a ação do condômino que deseja vender a sua fração ideal facultando o exercício, antes da venda, do direito de preferência. Nesse procedimento especial de jurisdição voluntária, as mesmas regras quanto ao exercício da preferência são respeitadas (art. 1.118 do CPC).

Considerando a natureza da herança de bem indivisível (art. 1.791, parágrafo único), o Código Civil de 2002 dirimiu antiga controvérsia e se posicionou abertamente pela necessidade de concessão de direito de preferência ao co-herdeiro em caso de cessão de direitos hereditários, com fixação de prazo decadencial de cento e oitenta dias para o exercício do direito potestativo à desconstituição do negócio jurídico (arts. 1.794 e 1.795 do CC).

Por fim, insta acentuar que o Código nada especifica sobre a espécie de invalidade do ato resultante da alienação do imóvel a terceiro sem a observância do direito de preferência. A nosso aviso, cuida-se de anulabilidade, pois o negócio jurídico será objeto de ação desconstitutiva, de iniciativa exclusiva dos demais condôminos, com fixação de prazo decadencial sob pena de sanção do vício.

Contudo, há aqueles que defendem a existência de um *tertium genus*, intermediário entre a nulidade e a anulabilidade, que seria a nulidade relativa. Com base na antiga lição de Gondim Filho, defende-se que seria ela uma infração à norma de ordem cogente, em relação à qual só estariam legitimadas para atacar o ato determinadas pessoas indicadas pela norma, em prazo decadencial fixado em lei. A lição se adaptaria à hipótese em apreço, pois temos uma norma cogente de caráter impositivo ao proprietário, que adota a expressão “não pode”. Seria algo distinto da anulabilidade, que não se refere a normas imperativas, mas somente àquelas de natureza dispositiva.

Apesar de estarmos diante de uma norma imperativa - pois o proprietário deverá seguir a exigência do legislador penso que não há a menor necessidade de recorrer a uma nova espécie de invalidade para qualificar situações que não se adaptem totalmente aos quadros teóricos da nulidade e da anulabilidade. Ora, utilize-se a nomenclatura nulidade relativa ou anulabilidade e as conseqüências serão as mesmas e sempre distintas daquelas atribuíveis à nulidade. Por isso, adotando a diretriz da operabilidade, tão cara a Miguel Reale, só haverá necessidade de construção de teorias e contribuições doutrinárias que possuam efetividade e vigor para a solução das demandas reais da sociedade. Qualquer raciocínio que se mantenha no plano das abstrações não poderá ser referendado pelo sistema.

Jurisprudência: Apelação cível. Ação de preempção. Condomínio. Imóvel rural passível de divisão. Inaplicabilidade do art. 504 do CC/02. Improcedência do pedido. Sentença confirmada. Se o imóvel rural em condomínio é passível de divisão entre os condôminos em frações de área superior ao módulo rural da região, inexistente direito de preferência com fundamento no disposto no art. 504 do Código Civil de 2002. Para o exercício do direito de preferência o condômino deve provar que reúne três requisitos: reclamação dentro do prazo legal, o depósito do preço e a indivisibilidade do imóvel, conforme determina o art. 504 do CC/02. Área alienada a terceiro superior ao módulo da região. Recurso improvido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.017.116.450, rel. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 12.03.2009)

Seção II

Das Cláusulas Especiais à Compra e Venda

Subseção I

Da Retrovenda

Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

CC/1916: arts. 1.140 e 1.141.

O negócio jurídico da compra e venda possui vastíssimo campo de aplicação, não apenas pelo fato de ser o modo mais democrático de realização do tráfego jurídico em qualquer estrato social, mas também por possibilitar a conjugação de cláusulas especiais que flexibilizam o contrato sem sacrificar a sua natureza bilateral e onerosa.

Dentre as cláusulas especiais, uma das mais ricas é a de retrovenda. Cuida-se de pacto adjeto à compra e venda, pelo qual vendedor e comprador estipulam que aquele possuirá o direito potestativo de recobrar a propriedade em certo prazo, sujeitando o adquirente a tanto, desde que deposite o preço acrescido de despesas realizadas pelo comprador.

Destarte, o núcleo da retrovenda é exatamente o direito potestativo, o poder do comprador de submeter o vendedor ao exercício unilateral da desconstituição do negócio jurídico, sem que possa a isso se opor. Basta que o direito seja exercitado no prazo decadencial e fatal de três anos, a contar do registro do título aquisitivo da propriedade imóvel. Ademais, não havendo um novo contrato de compra e venda, mas apenas um desfazimento do anterior, não se pode questionar de hipótese de incidência de imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI).

Note-se que o prazo decadencial descrito na norma é o máximo, nada impedindo que as partes convençam um período inferior, observando-se o disposto no art. 211 do Código Civil. Aliás, seria ofensivo ao direito de propriedade permitir a convenção de prazo maior, diante da insegurança que a cláusula provocaria nas relações patrimoniais do proprietário e de terceiros que com ele negociem. Caso as partes silenciem quanto ao prazo, a qualquer momento poderá ser exercitada a retratação mediante interpelação do comprador, mas com a devida atenção à observação do parágrafo único do art. 473 do Código Civil, a fim de evitar o abusivo exercício do direito potestativo que seja lesivo à economia do contrato e à sua função social.

A retrovenda é, *a priori*, uma nítida manifestação do princípio da autonomia privada, pois só nos negócios jurídicos as partes podem inserir elementos acidentais (termo, condição e encargo) a ponto de inovar dentro dos limites impostos pelo sistema.

Todavia, atualmente a autonomia privada é ponderada com princípios como o da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Na espécie, isso implica a impossibilidade de o ordenamento ser complacente com a cláusula de retrovenda que seja utilizada como modo de garantia de um mutuante contra o mutuário diante do eventual inadimplemento da obrigação.

Em outras palavras, o Código Civil veda a cláusula comissória (arts. 1.365 e 1.428 do CC), que permitiria ao credor ficar com o bem dado em garantia em caso de inexecução da obrigação ao tempo do vencimento. A norma possui evidente aspecto ético, pois impede a usura. A título ilustrativo, caso a dívida fosse de trinta mil reais, a cláusula comissória permitiria ao credor adjudicar um imóvel de cem mil reais diante do inadimplemento.

Portanto, a retrovenda serviria como acordo simulatório, no qual o negócio jurídico compra e venda seria uma fachada para encobrir a real causa da contratação: a garantia ilícita de um empréstimo. A sanção para a simulação será a nulidade do negócio, nos termos do art. 167 do Código Civil.

Jurisprudência: A cláusula de retrovenda consiste no direito conferido ao vendedor de bem imóvel de ter restituído o domínio da coisa alienada, desde que, dentro de determinado prazo decadencial - limitado ao máximo de três anos restitua o preço recebido e reembolse o comprador das despesas. (TJMG, Ap. cível n. 1.0003.04.010945-0/003(1), rel. Elpídio Donizetti, j. 24.06.2008)

Ver também: STJ, REsp n. 260.923/SP, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 07.10.2003, DJ 20.10.2003, p. 277.

Art. 506. Se o comprador se recusar a receber as quantias a que faz jus, o vendedor, para exercer o direito de resgate, as depositará judicialmente.

Parágrafo único. Verificada a insuficiência do depósito judicial, não será o vendedor restituído no domínio da coisa, até e enquanto não for integralmente pago o comprador.

CC/1916: sem correspondente.

A recusa do vendedor em se submeter à desconstituição da compra e venda permite que o comprador proponha ação de consignação em pagamento, a fim de exercer o direito potestativo de resgate.

No particular, entendemos que houve um lapso do legislador ao não permitir o depósito em estabelecimento bancário da quantia devida, como permite o art. 334 do Código Civil e o art. 890, § 1º, do Código de Processo Civil.

Já o parágrafo único disserta sobre o óbvio. Se a recusa do comprador em receber é justificada, pelo fato de a quantia oferecida não exaurir suas despesas - inserindo-se aquelas elencadas na parte final do art. 505 o vendedor somente poderá adjudicar a coisa quando complementar o preço, seguindo os trâmites do art. 899 do Código de Processo Civil.

Jurisprudência: Processo civil. Consignação em pagamento. Ação de consignação em pagamento proposta para, nos termos de cláusula de retrovenda, devolver ao comprador a parte do preço já paga. Despesas correlatas ao negócio desconhecidas do autor na data da propositura da ação. Direito à complementação do depósito. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 206.124/RJ, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 02.10.2001, DJ 05.11.2001, p. 108)

Art. 507.0 direito de retrato, que é cessível e transmissível a herdeiros e legatários, poderá ser exercido contra o terceiro adquirente.

CC/1916: art. 1.142.

O dispositivo em comento possui grande abrangência, pois relata a eficácia real da retrovenda, tanto em nível de sucessão *inter vivos* como em *causa mortis*, seja pelo ângulo do vendedor, seja pelo do comprador.

Quanto à titularidade para o exercício do direito potestativo, observa-se não se tratar de direito personalíssimo, sendo objeto de cessão a terceiros por negócio jurídico gratuito ou oneroso, além de transmissível aos herdeiros e legatários em razão de sucessão legítima ou testamentária.

Aliás, tratando-se o sucessor de absolutamente incapaz, suspende-se a contagem do prazo decadencial, como expressamente veicula o art. 208 do Código Civil - ao fazer remissão ao art. 198,1, do mesmo Código.

Mais importante. Pelo fato de a compra e venda ser registrada no ofício imobiliário, qualquer adquirente do imóvel se sujeitará à eventual e futura adjudicação do bem por parte do vendedor ou sucessores, no prazo decadencial legal ou convencional.

O registro provoca o direito de seqüela contra quem quer que esteja na posição de proprietário. Certamente o proprietário não poderá alegar a boa-fé subjetiva, pois o registro acarreta a indispensável publicidade do ato. Daí, quando ocorrer a resolução da propriedade, a retrovenda operará efeitos *ex tunc* desconstituindo-se todos os direitos reais concedidos no período (art. 1.359 do CC).

Apesar da existência de dissídio doutrinário, não consideramos a retrovenda como direito real. Trata-se de mero direito obrigacional, que gera uma obrigação ao proprietário de restituir, caso provocado o direito potestativo de retratação. Os direitos reais no Código Civil de 2002 são aqueles taxativamente elencados no art. 1.225. Em verdade, o pacto adjeto de retrovenda produz um direito obrigacional com eficácia real, assim como o direito de preferência em favor do locatário que averba o contrato de locação no registro imobiliário, tornando a prelação oponível em face de eventuais adquirentes (art. 33 da Lei n. 8.245/91).

Art. 508. Se a duas ou mais pessoas couber o direito de retrato sobre o mesmo imóvel, e só uma o exercer, poderá o comprador intimar as outras para nele acordarem, prevalecendo o pacto em favor de quem haja efetuado o depósito, contanto que seja integral.

CC/1916: art. 1.143, *caput*.

O Código Civil adotou aqui posição oposta à da legislação revogada. Entendia-se anteriormente que, se a compra e venda com cláusula de retrovenda fosse pactuada por vendedores condôminos e apenas um deles tivesse interesse em readquirir a coisa posteriormente, caducaria o direito de todos (art. 1.143, § 1º, do CC/1916).

A solução era equivocada, pois não se pode conceber um direito potestativo pela “metade”, ou seja, que dependa da atuação de um terceiro para a sua efetivação, uma vez que deixaria de ter essa característica e se tornaria um direito subjetivo como outro qualquer, em que se pede uma conduta de outrem.

Assim, foi feliz e técnico o legislador ao preconizar que, por medida de cautela, poderá o comprador convocar os demais condôminos quando apenas um deles exercer o direito de retrato. A retrovenda prevalecerá em favor daquele condômino que efetue o depósito integral,

isto é, pague o preço acrescido das despesas do comprador. Contudo, não sendo realizado o pagamento integral por nenhum dos condôminos, caducará o direito comum ao resgate.

O condomínio poderá também surgir quando o vendedor for apenas um proprietário, que venha a falecer ao curso do prazo de recompra ou que tenha cedido o direito de retratação a duas ou mais pessoas, como permite o art. 507 do Código Civil.

Caso todos os vendedores concordem na divisão do preço, a retrovenda acarretará o nascimento de um condomínio, seja o bem divisível, seja indivisível.

Subseção II

Da Venda a Contento e da Sujeita a Prova

Art. 509. A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado.

CC/1916: art. 1.144.

A Subseção II - relativa às cláusulas especiais de compra e venda - traz inovação ao inserir na disciplina da venda a contento o pacto de venda sujeita a prova.

O artigo ora enfocado dispõe sobre a tradicional venda a contento *{pactum displicentiae}*, caracterizada pela subordinação a uma condição suspensiva, qual seja aquela em que o comprador aprecia as qualidades da coisa que lhe foi entregue. Temos então uma situação em que o vendedor se sujeitará a um evento futuro e incerto, que se relaciona ao puro arbítrio do comprador, excepcionando-se aqui a proibição às condições puramente potestativas (art. 122 do CC). Com efeito, a devolução do bem não se prende em nenhum momento a uma apreciação objetiva acerca das características materiais da coisa, mas simplesmente ao desejo do comprador. Nesse ponto discordamos daqueles que acreditam se tratar de cláusula simplesmente potestativa e não meramente potestativa, pois o arbítrio não seria ilimitado. Muito pelo contrário, temos que a opção do comprador poderá se basear em um simples capricho sem que se possa questionar tal aspecto subjetivo.

O comprador não é proprietário, porém mero titular de um direito eventual, portanto dele não se exigirá nenhuma espécie de pagamento até que se decida adquirir o bem. Todavia, poderá reclamar a entrega da coisa, pois sem a posse direta do objeto não terá condições de avaliar se o negócio jurídico se lhe mostra satisfatório.

Não se olvide de que a cláusula será expressa no contrato, caso contrário não se poderá presumir que o comprador apenas adquiriu para experimentar. Já nas relações de consumo, em que a compra ocorre fora do domicílio do fornecedor, o consumidor exercerá o direito de arrependimento no prazo de reflexão de sete dias (art. 49 do CDC). Ao contrário do exposto no Código Civil, a devolução não decorre da autonomia privada, mas da tutela ao vulnerável que adquire bens por meio de pressão psicológica, sem a necessária ponderação acerca da real utilidade da compra. Outrossim, no Código de Defesa do Consumidor a aquisição não se faz por condição suspensiva; ela é perfeita e acabada, mas subordina-se ao direito potestativo de rescisão unilateral (art. 473 do CC).

Diversamente do Código Civil de 1916, a norma em apreciação silencia no que concerne à possibilidade de a venda a contento ser realizada mediante cláusula resolutiva para o comprador. Entendemos que nada impede a fixação da resolução, com base na autonomia privada das partes, eis que não há proibição expressa da norma ou ofensa à ordem pública.

Jurisprudência: Ação de rescisão contratual e de indenização por perdas e danos. Contrato de compra e venda de trigo. Prática comercial que demonstra tratar-se de venda a contento. Exigência, para sua concretização, da aceitação do produto pela compradora, após exame da carga-amostra. Rejeição da mercadoria por não se enquadrar nos padrões técnicos exigidos por essa. Comunicação à corretora que intermediou o negócio. Contrato não perfectibilizado. Sentença de improcedência mantida. Apelo desprovido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.002.545.820, rel. Rubem Duarte, j. 05.11.2003)

Art. 510. Também a venda sujeita a prova presume-se feita sob a condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina.

CC/1916: sem correspondente.

A inovação do legislador nesse ponto foi a criação da cláusula de “venda sujeita a prova” Aqui, a eficácia do negócio jurídico compra e venda se subordinará à objetiva constatação das qualidades que foram asseguradas pelo vendedor. Difere, portanto, da venda a contento, em que a satisfação do comprador é avaliada em nível subjetivo, da estima pela coisa.

Mas a distinção não pára por aí. Na medida em que o desagrado do comprador se prende à própria desconformidade externa entre o que se prometeu e o que se pretende adquirir realmente, pergunta-se se o comprador deverá provar a existência do alegado déficit qualitativo. Parece-nos que a resposta é positiva, caso contrário cairíamos nas mesmas consequências da venda a contento, ou seja, do arbítrio do comprador. Em outras palavras, a condição suspensiva da compra é sujeita à demonstração da veracidade das alegações do comprador, sob pena de ser levada à apreciação do magistrado para os fins do art. 335 do Código de Processo Civil.

Caso o desnível qualitativo seja oculto, deverá o comprador se socorrer das normas relativas aos vícios redibitórios (arts. 441 a 446 do CC).

Art. 511. Em ambos os casos, as obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la.

CC/1916: art. 1.145.

O dispositivo é de índole meramente explicativa. Evidentemente, se na venda a contento e na sujeita à prova o comprador é mero titular de direito eventual em razão da condição suspensiva (art. 125 do CC), a eficácia aquisitiva se sujeita ao evento futuro e incerto do contentamento com o bem ou da constatação de suas virtudes materiais.

Enquanto a condição não se verifica, o comprador é mero comodatário, pois surge apenas um desdobramento da posse: a posse indireta se mantém com o vendedor - ainda remanescente na posição de proprietário - e a posse direta é transferida ao comprador, em virtude de uma relação de direito obrigacional.

Caso o comprador não queira adquirir a coisa, sua obrigação consistirá na devolução imediata, sob pena de conversão da posse em injusta - pela precariedade se, interpelado pelo vendedor, recusar-se a restituir no prazo assinalado. Diante do esbulho, a saída será o ajuizamento da ação de reintegração de posse.

Todavia, a parte final do dispositivo se refere à manifestação do comprador em aceitar a coisa. Qual a natureza de tal manifestação? A nosso visto, normalmente será expressa, mas ad-

mite a forma tácita, como pelo pagamento do preço ou a prática de qualquer comportamento concludente ou socialmente típico que demonstre a sua satisfação com a aquisição.

Art. 512. Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito de intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável.

CC/1916: art. 1.147.

Tanto na venda a contento como na venda sujeita a prova, o Código Civil abdicou da possibilidade de fixar prazos decadenciais ao exercício do direito potestativo de restituição da coisa.

Duas soluções se impõem. Primeiro, as partes ajustam prazo convencional de decadência. Superado o lapso temporal, a compra e venda se aperfeiçoa em caráter definitivo. Segundo, não havendo fixação de prazo pelas partes, o vendedor deverá interpelar o comprador - judicial ou extrajudicialmente - para o exercício da opção, assinalando prazo para manifestação, sob pena de, no silêncio, concretizar-se a compra e venda. Cuida-se de uma forma de aceitação presumida da compra e venda.

Nada obstante ser conhecida a regra que disciplina a satisfação imediata do credor nos contratos sem prazo (art. 331 do CC), há casos em que se demanda um prazo tácito (art. 134 do CC), quando suas próprias particularidades evidenciarem a necessidade de um período para o cumprimento da obrigação. Aqui estamos diante de tais situações, pois seria abusiva a conduta do vendedor em exigir imediatamente o adimplemento, sem que ao comprador seja concedido tempo razoável - mediante interpelação - para constatar as qualidades da coisa possuída.

Jurisprudência: Na venda a contento, se no próprio contrato não ficou estabelecido prazo para aceitação do negócio pelo comprador, é necessária a sua interpelação para os fins constantes do art. 1.147 do Código Civil. (RT 445/180)

Subseção

Da Preempção ou Preferência

Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.

Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel.

CC/1916: art. 1.149.

A preempção ou preferência é uma espécie de pacto adjeto à compra e venda, que assegura ao vendedor o direito de prelação, em igualdade de condições com terceiros, caso o comprador do bem móvel ou imóvel queira futuramente vendê-lo ou dá-lo em pagamento.

Aproxima-se da retrovenda, mas sem extremado rigor, pois não submete o comprador ao poder de recompra do vendedor, mas somente obriga aquele a lhe conceder preferência caso tenha o desejo de vender a coisa a terceiros. Ademais, na retrovenda a opção pela recompra gera a resolução da propriedade, enquanto no direito de preferência surge uma nova aquisição.

Aliás, cremos que não existe condição suspensiva ou resolutiva nesse instituto. O negócio é perfeito e acabado, mas o comprador realiza uma promessa unilateral de contratar (art.

466 do CC), em que surgem dois requisitos determinantes: o desejo do comprador de vender (condição resolutiva) e a vontade do vendedor de recomprar (condição suspensiva). Faltando uma delas, não se concretiza a cláusula.

O artigo em comento impõe ao comprador a obrigação de franquear a coisa ao vendedor para que ofereça, se quiser, igual preço e idênticas condições àquelas dispensadas por terceiro. A notificação consubstanciará somente o valor e as vantagens oferecidas pelo terceiro (art. 518 do CC).

O parágrafo único concebeu um prazo decadencial de 180 dias para bens móveis (contados da tradição) e de dois anos para imóveis (a contar do registro) para o exercício do direito de preferência. Superado esse prazo, o comprador ficará livre para vender a quem bem entender, sucumbindo a prelação. Nada impede que as partes ajustem prazo decadencial convencional inferior ao descrito na norma.

A outro giro, infere-se da leitura do artigo que a preempção não poderá ser utilizada em outro negócio jurídico a não ser a compra e venda e como modo indireto de adimplemento na dação em pagamento. Apesar de usualmente cogitarmos de bem imóvel, não há restrições à prelação de bens móveis e também incorpóreos.

Jurisprudência: O direito de preempção é de natureza pessoal, segundo a disciplina geral do Código Civil, de modo que, em caso de descumprimento da cláusula que o estabelece, tem a parte lesada a possibilidade de simplesmente obter indenização da parte infratora. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.153.278.005, rel. Antônio Rigolin, j. 01.07.2008)

Ver também: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.265.795.009, rel. Dyrceu Cintra, j. 25.06.2009; e TJMG, AI n. 2.0000.00.497196-4/000(1), rel. José Affonso da Costa Cortes, j. 30.06.2005.

Art. 514. O vendedor pode também exercer o seu direito de prelação, intimando o comprador, quando lhe constar que este vai vender a coisa.

CC/1916: art. 1.151.

Assim como o comprador fica obrigado a oferecer a coisa ao vendedor quando desejar negociá-la, caberá ao vendedor que desconfie da intenção do comprador em vender e exercer o direito de prelação, intimando o comprador para lhe conceder o direito de preferência.

Se realmente existia o intuito de vender - que pode ser aferido por diversas maneiras, o comprador, quando intimado -, não mais poderá desistir de oferecer a coisa ao vendedor, sob pena de ser condenado a indenizar pelo abuso do direito na modalidade do *venire contra factum proprium*, eis que a conduta ativa de oferecer a coisa a terceiros, que atraiu a legítima confiança do vendedor na possibilidade de recompra, foi traída pela segunda conduta, na qual o comprador retirou a proposta injustificadamente. Trata-se de evidente afronta ao princípio da boa-fé objetiva, tutelada como ato ilícito pelo art. 187 do CC.

Art. 515. Aquele que exerce a preferência está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o ajustado.

CC/1916: art. 1.155.

O artigo especifica que, além da vontade do comprador de vender e do vendedor de comprar, essencial é que se mantenha uma paridade entre as posições do terceiro e do ven-

dedor, de modo que este só tenha êxito na recompra em caso de oferecer idênticas condições de pagamento, tanto nos valores como nos prazos e demais vantagens que são oferecidas ao comprador.

Uma primeira leitura da parte final do dispositivo poderia gerar contradições. As expressões "preço encontrado" e "preço ajustado" podem não significar a mesma coisa. A primeira expressão dá a ideia de equivalência entre o que oferecem o vendedor e o terceiro. Porém, "preço ajustado" poderia exprimir aquilo que comprador e vendedor fixaram como preço de recompra, independentemente de qualquer oferta de terceiros.

Contudo, tal interpretação literal não resiste à finalidade do instituto, que pretende resguardar a preferência, termo que sempre traz uma ideia de comparação com outro, jamais de exclusão. Outrossim, a ideia do "tanto por tanto" que encerra o art. 513 demonstra que sempre será observada a paridade entre o terceiro e o vendedor.

Por fim, a referência direta ao pagamento de um preço afasta a possibilidade de admissão do direito de preferência nos contratos de troca e permuta, que se aproxima do direito na venda, mas dispensa o pressuposto do preço.

Jurisprudência: Preempção. Exercício do direito. Distinção entre preço para depósito e preço para pagamento. Na venda de imóvel vinculado ao instituto jurídico da preempção, o preço a ser depositado pelo comprador, quando afrontado, corresponderá ao valor do bem conforme a oferta. Para efeito de conceituação, distingue-se depósito do preço como manifestação da preferência na pré-compra e pagamento do preço na compra e venda definitiva, nesta incluindo-se os acessórios ao preço e a correção monetária do valor do depósito. (STJ, REsp n. 2.223/RS, 3ª T., rel. Min. Gueiros Leite, j. 14.08.1990, DJ 01.10.1990)

Art. 516. Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor.

CC/1916: art. 1.153.

Se as partes não ajustarem prazo convencional de decadência e houver intenção do comprador em vender a coisa antes do tempo fixado no parágrafo único do art. 513, deverá ele notificar o vendedor com a concessão de prazo para exercício da preferência de três dias, se móvel, ou sessenta dias, se imóvel. Giso não exista manifestação nesses prazos, subentende-se a renúncia ao direito.

Esses prazos são os que a lei entendeu como razoáveis, oferecendo-os supletivamente em caso de a interpelação do comprador ao vendedor não assinalar termos mais amplos ou mais restritos. Contudo, se o vendedor demonstrar, pelas peculiaridades do caso, que a complexidade da proposta demanda maior tempo para o exercício da prelação, poderá o magistrado reputar como abusiva a interpelação que conceda prazo exíguo.

Art. 517. Quando o direito de preempção for estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só pode ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem ele toque, perder ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita.

CC/1916: art. 1.154.

Caso a coisa tenha sido vendida por condôminos com cláusula de preempção, provavelmente a dita preferência tocará a todos. Nesse caso, se um ou alguns não manifestam o desejo de comprar o bem, veda-se a um dos condôminos a aquisição de apenas uma parte do bem divisível ou de uma fração ideal do bem indivisível, pois a lei impõe uma indivisibilidade atendendo à própria razão determinante do negócio jurídico (art. 258 do CC).

Em outras palavras, se A, B e C vendem um terreno a D e, ao tempo em que este deseja vender o imóvel ao terceiro E, por RS 90.000,00, apenas o condômino A manifesta o desejo de exercitar a preferência, não será lícito que A adquira apenas um terço do terreno, pois privará D de realizar um negócio jurídico sobre a totalidade do imóvel com E.

Mas, se o condômino A, isoladamente, exercitar o direito de preferência sobre o total do imóvel, será bem-sucedido em sua empreitada, com arrimo na permissão da parte final do dispositivo. Enfim, não se admite a prelação parcial por qualquer dos condôminos, somente a prelação total. Hipótese distinta se dá quando o comprador tenha adquirido cotas dos vendedores; nesse caso, o vendedor poderá comprar a sua parte e não necessariamente o imóvel.

Art. 518. Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé.

CC/1916: art. 1.156.

Essa norma desperta polêmica. Ao contrário do que se observa no pacto de retrovenda (art. 505 do CC), na venda de fração ideal de bem indivisível em condomínio (art. 504 do CC) e na locação (art. 33 da Lei n. 8.245/91), a inobservância do direito de preferência por parte do comprador não outorga ao vendedor o poder de desfazer o negócio jurídico mediante o depósito da quantia paga pelo terceiro.

Mantendo a solução do Código Bevilacqua, optou o legislador por responsabilizar o comprador por perdas e danos, no prazo prescricional do art. 205 do Código Civil, porém sem o desfazimento da compra e venda lesiva ao direito de preempção. Em termos doutrinários, vê-se que a opção da lei foi contemplar o pacto de preempção com efeitos meramente obrigacionais e restritos a comprador e vendedor, sem alcançar terceiros. Trata-se de hipótese contrária àquelas elencadas no tópico pregresso, em que as relações contratuais possuem eficácia real - mesmo que não sejam direitos reais em razão de sua oponibilidade *erga omnes*.

A única novidade é a permissão para acionar o adquirente com solidariedade passiva com o comprador, caso tenha procedido de má-fé, ou seja, caso sabidamente tivesse noção da existência da cláusula e mesmo assim praticasse o negócio jurídico. Aliás, em sede de bens imóveis, o registro do contrato e a publicidade da cláusula de preempção geram presunção absoluta de má-fé.

A nosso visto, mesmo diante do silêncio do Código Civil, será possível o comprador adjudicar a coisa no caso de demonstração da alienação a terceiro com ciência da existência da cláusula por parte deste. Trata-se de uma concretização do princípio da função social externa do contrato (art. 421 do CC), que impede uma pessoa de ofender, conscientemente, um contrato do qual não faça parte, sabotando a sua normal execução.

O terceiro lesa o contrato entre comprador e vendedor quando, conhecedor da cláusula de preempção, simplesmente a ignora e realiza um novo contrato com o comprador. Em suma, a sociedade não pode se portar de modo a ignorar a existência de contratos firmados. Isso explica uma tendência em prestigiar a oponibilidade *erga omnes* das relações contratuais, com a imposição de um dever genérico de abstenção por parte de terceiros da prática de relações contratuais que possam afetar a segurança e a certeza dos contratos estabelecidos.

Não se trata aqui de revogar a tradicional relatividade dos contratos, pois os seus efeitos obrigacionais compreendem apenas os seus protagonistas, mas de atenuar os seus efeitos perante a coletividade, prestigiando-se uma oponibilidade geral, à maneira pela qual tradicionalmente vislumbramos nos direitos reais.

Assim, sendo a função social uma cláusula geral, na qual o magistrado delibera pelas consequências mais adequadas à concretude do caso, sua mobilidade permitirá que seja oxigenado o rigor do art. 518 e que se obtenha a invalidação do segundo contrato caso o vendedor tenha ciência da alienação e deposite o preço em iguais condições. Não se olvide de que a cláusula geral é norma de ordem pública, sendo aplicável de ofício pelo magistrado (art. 2.035, parágrafo único, do CC).

Jurisprudência: I - Restando impossível a adjudicação, mercê da insuficiência do depósito efetuado, que não corresponderia ao preço pago pelo adquirente, já não assistia ao autor a possibilidade em postular a anulação da compra e venda, considerando que, somente na qualidade de condômino, invocando direito de preferência, restara intitulado a deduzir a pretensão anulatória. (STJ, REsp n. 174.080/BA, Proc. n. 1998/0033213-8, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.10.1999, *DJ* 13.12.1999, p. 153)

Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

CC/1916: art. 1.150.

Aqui o Código Civil cuida do interessantíssimo tema da retrocessão. Traduz-se no dever do poder público de colocar à disposição do expropriado o imóvel que fora desapropriado, nos casos em que não se lhe concedeu a finalidade visada pela necessidade ou utilidade pública ou do interesse social.

Cuida-se de sanção dirigida à administração pública como consequência da recusa em atender à especial vinculação do bem expropriado. O bem será oferecido ao particular, a fim de que delibere acerca da recompra pelo preço atual da coisa.

Contudo, o artigo em análise é claro ao afirmar que, mesmo não tendo sido concedida a destinação originária, se ficar provada a sua utilização em qualquer obra ou serviço público, restará inviabilizada a possibilidade de retrocessão (v. g. substituir a construção da creche por um posto de saúde), pois fica mantido o motivo superior que justificou o ato. Ou seja, a retrocessão requer a tredestinação ilícita, isto é, o desvio de poder que conduz o bem a uma finalidade contrária à do interesse público ou a sua transferência a terceiro, denotando a desistência na desapropriação.

Ao contrário do disciplinado nos artigos anteriores, cuida-se de hipótese de direito de preferência legal e não convencional. Ademais, não se indeniza o prejuízo somente com perdas e danos (art. 518 do CC), mas com a própria reaquisição da propriedade em razão do desinteresse superveniente do expropriante.

Ninguém pode duvidar da manutenção da retrocessão no direito vigente. Apesar de não ser inserida na Lei de Desapropriações (Decreto-lei n. 3.365/41), mantém-se no Código Civil, que é o local adequado para tratar de um modelo do direito privado. Não se olvide de que a desapropriação é a máxima restrição ao direito de propriedade, sendo apenas justificada pela função social que lhe é inerente (art. 5º, XXII, XXIII e XXIV, da CF). Portanto, nada mais natural que a possibilidade de retorno do bem imóvel ao proprietário quando é frustrada a finalidade pública para a qual se pretendeu dirigir o bem.

A retrocessão é direito real ou obrigacional?

Pela própria estrutura da retrocessão, ela não se acomoda perfeitamente nem a um nem a outro setor. Assume aspectos obrigacionais por se situar no campo do direito de preferência, matéria alusiva aos contratos, relações de cunho obrigacional. Todavia, não sendo concedida nenhuma finalidade pública ao bem, o expropriado não receberá uma indenização - o que ocorreria em sede obrigacional, mas poderá postular a ação de preferência (não a reivindicatória), reavendo a coisa para si. Porém, isso não convola a retrocessão em direito real, podendo-se admitir uma eficácia real do direito obrigacional, pois a desapropriação geraria uma espécie de propriedade resolúvel do poder público, condicionada à satisfação do interesse público.

Jurisprudência: A simples omissão de a Administração dar ao imóvel o destino declarado no ato de desapropriação não implica, por si só, a retrocessão prevista no art. 519 do CO 02, cabendo examinar as circunstâncias que envolveram a inércia e a atualidade do interesse público. No caso concreto, dificuldades financeiras conjunturais impediram a realização da obra, revelando a subsistência do interesse de a Administração realizá-la as sucessivas previsões orçamentárias. (TJRS, Ap. cível n. 70.009.651.472, rel. Araken de Assis, j. 20.10.2004)

Ver também: STJ, REsp n. 819.772, 1ª T., rel. Francisco Falcão, j. 29.06.2006, *DJ* 30.11.2006; TJRS, Ap. e Reexame Necessário n. 70.006.299.846, rel. Araken de Assis, j. 15.10.2003; TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.393303-1/000(1), rel. Eduardo Marine da Cunha, j. 08.05.2003.

Art. 520. O direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros.

CC/1916: art. 1.157.

Aqui se vê que o direito de preferência é *intuitu personae* e não se transmite aos herdeiros do vendedor. Ademais, não pode ser objeto de cessão por negócio jurídico *inter vivos*. A morte do vendedor é o termo da preempção, exceto se foi instituído em favor de duas ou mais pessoas - como na venda de bem em condomínio -, quando somente se extinguirá com a morte do último vendedor, adiante da indivisibilidade da obrigação.

Vê-se que o mesmo fenômeno não ocorre na retrovenda, pois o direito de retrato é cessível e transmissível a herdeiros e legatários do vendedor, a teor do art. 507 do Código Civil.

Subseção IV

Da Venda com Reserva de Domínio

Art. 521. Na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago.

CC/1916: sem correspondente.

A modalidade da reserva de domínio consiste em pacto adjeto à compra e venda, em que o vendedor mantém consigo a propriedade da coisa móvel sob a condição suspensiva do pagamento integral das prestações pelo comprador.

A reserva de domínio é usualmente empregada no comércio, em vendas a prestação, nas quais o vendedor utiliza o mecanismo como garantia de adimplemento, eis que a transferência da propriedade é postergada do momento da tradição para o tempo da quitação. Nada impede, contudo, que a venda seja realizada com base em única prestação, em época posterior à contratação (v. g., compra de televisor com pagamento do preço em noventa dias após o contrato).

Estruturalmente, o aludido negócio jurídico propicia o desdobramento da posse - posse direta para o comprador e indireta para o vendedor, ainda proprietário -, bem como evidencia uma espécie de propriedade resolúvel, na qual o implemento da condição suspensiva do pagamento (evento futuro e incerto) permitirá a transferência da propriedade da coisa móvel. A condição não se prende à transferência da posse (tradição), mas da propriedade.

A reserva de domínio se aproxima do modelo da propriedade fiduciária (arts. 1.361 a 1.368 do CC), como espécies de negócio fiduciário. O desdobramento da posse e a propriedade condicional são comuns a ambas, bem como o desiderato de propiciar a circulação massiva de propriedade mobiliária.

Todavia, algumas distinções são evidentes. A propriedade fiduciária gera a imediata transferência da propriedade do fiduciante (alienante) ao credor fiduciário (adquirente), como premissa para que o vendedor possa imediatamente receber o preço e se satisfazer. Ou seja, o vendedor não integra a relação jurídica de direito real, restringindo-se o negócio fiduciário ao comprador e ao financiador, que recebe a propriedade resolúvel da coisa móvel como garantia do pagamento realizado ao vendedor. Já na reserva de domínio, a relação jurídica se circunscreve a vendedor e comprador, pois o próprio alienante realiza o financiamento da aquisição em prestações, subordinando-se a passagem da propriedade a uma condição suspensiva.

Ademais, há previsão legal de propriedade fiduciária imobiliária (Lei n. 9.514/97), sendo certo que a reserva de domínio abrange apenas os bens móveis. Se anteriormente a propriedade fiduciária era reservada a instituições financeiras, hoje o art. 1.361 do Código Civil não opera mais ressalvas quanto à legitimidade para o negócio, aproximando-a da reserva de domínio, aberta para qualquer pessoa física ou jurídica. Por fim, nem se cogite de qualquer discussão acerca de eventual prisão civil na venda com reserva de domínio, pois o comprador não é qualificado como depositário, excluindo-se a aplicação do art. 652 do Código Civil em caso de inadimplemento.

Há também certa proximidade entre a reserva de domínio e o arrendamento mercantil. O *leasing* consiste em um contrato misto, envolvendo as figuras da locação, mútuo e compra e venda. O arrendante loca o bem móvel ao arrendatário, exercendo este a posse direta da coisa mediante pagamento de prestações que objetivam amortizar o empréstimo para a compra do bem pelo arrendador. Ao tempo do adimplemento surgirão três opções para o arrendatário: restituir o bem, sem devolução das prestações; renovar a locação, frequentemente com substituição por outro bem móvel mais moderno; adquirir a propriedade da coisa através do pagamento de um valor residual.

Em comum com a reserva de domínio é o fato de ambos tratarem de relações envolvendo direitos obrigacionais com imediata transferência da posse direta ao comprador para fins de fruição da coisa. Porém, no *leasing* a retribuição auferida pelo arrendador mantém a natureza de aluguel, enquanto na reserva de domínio o pagamento de prestações consiste em amortização da compra pelo valor do bem, o que dispensa a existência de um valor residual ao tempo da integralização do preço.

Jurisprudência: Dá-se a reserva de domínio quando o vendedor reserva para si a propriedade da coisa alienada até que se realize o pagamento integral do preço (C. Civil, artigo 521). Portanto, não tem o comprador mais do que a posse da *res vendita*; a aquisição do domínio subordina-se à solução da última prestação. (TJRS, Ap. cível n. 70.018.212.670, rel. Genaro José Baroni Borges, j. 21.03.2007)

Art. 522. A cláusula de reserva de domínio será estipulada por escrito e depende de registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros.

A reserva de domínio demanda formalidades. A forma escrita é requisito de validade do negócio jurídico, a teor do exposto no art. 104, III, do Código Civil, sob pena de nulidade contratual (art. 166, IV, do CC). Enquanto quase toda venda de bem móvel se basta com a forma verbal seguida da tradição, a reserva de domínio requer instrumento público ou particular, seja qual for o valor do bem.

Ademais, o registro no cartório de títulos e documentos (art. 129, item 5º, da LRP) é fundamental para gerar eficácia da reserva de domínio perante terceiros no que concerne aos bens móveis em geral. Tratando-se de veículos, assim como se observa na propriedade fiduciária e no arrendamento mercantil, caberá a anotação do gravame no certificado de registro do veículo (CRV), sob pena de inoponibilidade do contrato perante terceiros que adquiram o bem sem que tenha sido preenchido o requisito de publicidade do contrato (Súmula n. 92 do STJ). Ou seja, a ausência do registro não opera negativamente no plano de validade, mas é fator de ineficácia relativa da relação obrigacional perante terceiros de boa-fé.

O registro também é importante para converter a coisa móvel em patrimônio em afetação. Vale dizer que, apesar de a propriedade remanescer com o vendedor até o pagamento, não servirá aos seus credores como garantia de débitos, pois a coisa já se encontra afetada ao direito eventual do comprador, que poderá exercer atos conservatórios contra terceiros que efetuem constrições sobre o bem (art. 130 do CC), desde que tenha sido promovido o registro.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 992.070.539.927, j. 19.10.2009; e TJMG, Ap. cível n. 1.0342.04.050446-2/001(1), rel. Tarcísio Martins Costa, j. 25.08.2009.

Art. 523. Não pode ser objeto de venda com reserva de domínio a coisa insuscetível de caracterização perfeita, para estremá-la de outras congêneres. Na dúvida, decide-se a favor do terceiro adquirente de boa-fé.

CC/1916: sem correspondente.

Quando o legislador utiliza a expressão “caracterização perfeita” para qualificar o bem objeto da venda com reserva de domínio, procura ressaltar ser fundamental a natureza infungível da coisa adquirida. Ou seja, o negócio jurídico inevitavelmente será realizado com a entrega de coisa que não possa ser substituída por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade (art. 85 do CC), devendo ser identificada e especializada em seus atributos essenciais. Excluem-se os bens consumíveis, obviamente pelo seu próprio atributo de autodestruição.

O requisito da infungibilidade é determinado por algumas razões: a) propicia o registro do bem no cartório de títulos e documentos; b) permite a localização e recuperação da coisa em caso de inadimplemento do comprador, por causa de sua perfeita identificação; e c) facilita o tráfego jurídico do bem, pois permitirá sucessivas tradições da coisa com base em sua singularidade.

A parte derradeira do artigo em comento será de escassa aplicação, afinal dificilmente se efetivará registro de bem fungível. Nesse caso, o terceiro adquirente será beneficiado pela boa-fé diante da impossibilidade do vendedor de precisar as qualidades exatas da coisa que foi transferida ao terceiro pelo comprador.

Jurisprudência: Pressuposto necessário para validade e eficácia da cláusula de reserva de domínio no contrato de compra e venda e que se refira ela apenas às coisas vendidas, perfeitamente identificadas, resultando nula e sem nenhum efeito se abranger bens de propriedade do comprador. (TAMG, Ap. cível n. 253.011-4, 1ª Câm. Cível, j. 24.03.1998)

Art. 524. A transferência de propriedade ao comprador dá-se no momento em que o preço esteja integralmente pago. Todavia, pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue.

CC/1916: sem correspondente.

O adimplemento é o marco para a passagem da propriedade do vendedor ao comprador. Com a entrega da última prestação, transfere-se *ope legis* o domínio, que antes era reservado ao vendedor. Cancela-se o registro no cartório de títulos e documentos ou no órgão de trânsito à vista do instrumento de quitação.

A condição suspensiva do pagamento não impede, todavia, que ciese o tempo da contratação ocorra a tradição, eis que o comprador receberá a posse direta da coisa. Com a tradição, também se transferem os riscos da coisa ao comprador, mesmo ainda não sendo o proprietário. Isto é, aplica-se o art. 492 do Código Civil mesmo quando da tradição não decorra a aquisição do direito real sobre coisa móvel, excepcionando-se o princípio *res perito domino*, tradicionalmente aplicável às obrigações de dar coisa certa (art. 237 do CC). A regra se justifica pelo fato de o comprador possuir a coisa sob a condição do pagamento, daí a necessidade de preservação da integridade e do valor do objeto, sob pena de a garantia do vendedor ser inócua.

Enfim, a assunção dos riscos pela perda ou deterioração da coisa pelo comprador implica o fato de manter a obrigação de pagar a integralidade do preço mesmo que a coisa se perca na fase da execução do contrato.

O dispositivo em comento se refere à transferência dos riscos materiais do objeto, alusivos à sua configuração física. Nada obstante, a eventual discussão sobre a perda jurídica do bem ficará a cargo do vendedor, não podendo o comprador ser onerado pelos riscos da evicção da coisa que não lhe pertence. Caso a titularidade seja reclamada pelo terceiro, caberá ao comprador pleitear a devolução dos valores pagos ao vendedor.

Outrossim, na hipótese de alienação irregular da coisa pelo comprador, a defesa da propriedade pelo vendedor se efetivará mediante oposição de embargos de terceiro, à luz do art. 1.046 do Código de Processo Civil.

Jurisprudência: Venda com reserva de domínio, em que o vendedor da coisa móvel reserva para si a propriedade até que o preço ajustado seja integralmente pago. Tendo ocorrido jurídica e formalmente a transferência do poder de direção sobre a coisa, é incabível a presunção de responsabilidade do proprietário. Art. 524 do NCC: o comprador responde pelos riscos da coisa desde a entrega do bem. (TJRS, Ap. cível n. 70.016.531.816, rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, j. 21.12.2006)

Art. 525. O vendedor somente poderá executar a cláusula de reserva de domínio após constituir o comprador em mora, mediante protesto do título ou interpelação judicial.

CC/1916: sem correspondente.

Tradicionalmente, nos contratos celebrados com termo o devedor se submete à mora *ex re*, isto é, a mora é automática pelo simples risco do inadimplemento da obrigação na data avençada. Contudo, em determinadas hipóteses estabelecidas pelo legislador, a constituição em mora do devedor será fundamental para a obtenção de finalidades materiais e processuais pelo comprador. É o caso do contrato de alienação fiduciária, pois, segundo o art. 3º do Decreto-lei n. 911/69, a comprovação da mora é pressuposto ao ajuizamento da ação de busca e apreensão do bem.

Para a execução da cláusula de reserva de domínio, a constituição do devedor em mora é imprescindível. Perceba-se que a finalidade da norma não foi converter a mora *ex re* em *ex persona*, pois as consequências pecuniárias listadas no art. 395 do Código Civil são imediatas para o comprador em atraso (v. g., juros de mora), mas garantir que as pretensões exercitadas contra este sejam devidamente comprovadas pelo vendedor em seus fundamentos.

Nesse ponto constatamos sensível evolução do ordenamento, comparativamente ao antes sugerido pelo art. 1.071 do Código de Processo Civil. O legislador de 1973 enfatizou que somente o protesto do título executivo seria capaz de comprovar a mora. Agora, o legislador de 2002 inova substancialmente ao permitir, ao lado do protesto, a opção pela interpelação judicial, mesmo já sendo possuidor de título executivo.

Todavia, pela insegurança e precariedade do meio empregado, a interpelação extrajudicial (carta remetida pelo cartório de títulos e documentos) aqui não é permitida, em sentido contrário ao preconizado pelo parágrafo único do art. 397 do Código Civil.

Jurisprudência: Ação de rescisão contratual. Venda com reserva de domínio. Pedido de liminar para reintegração na posse do bem. Indeferimento. Notificação dos devedores por telegrama. Mora não caracterizada. Exigência legal de que a constituição da mora seja feita mediante protesto do título ou interpelação judicial (art. 525, CC). Formalidade que tem por intuito dar segurança ao ato praticado, resguardando os direitos do devedor, tendo em vista as graves consequências da caracterização da mora. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 1.259.553.000, rel. Gomes Varjão, j. 06.04.2009)

Art. 526. Verificada a mora do comprador, poderá o vendedor mover contra ele a competente ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido; ou poderá recuperar a posse da coisa vendida.

CC/1916: sem correspondente.

O ordenamento concedeu duas vias alternativas ao exercício da pretensão de direito material do vendedor cujo direito subjetivo à prestação é resistido pelo comprador.

Constituído o comprador em mora, poderá o vendedor exercer a ação de cobrança sobre as prestações vencidas e vincendas. O art. 1.070 do Código de Processo Civil já fazia referência a ela, sendo possível o ajuizamento da ação executiva (por quantia certa art. 646 do CPC) se o crédito for representado por título executivo judicial.

O inadimplemento provocará o vencimento antecipado do débito, sendo lícito exigir do comprador o saldo devedor em aberto, além das despesas e prestações vincendas, para fins de cancelamento da reserva de domínio e consolidação da propriedade com o comprador que purgue a mora e integralize o valor do bem. Ou seja, a mora sanciona o comprador com a perda do benefício do prazo (art. 133 do CC).

Contudo, como titular de um direito potestativo, poderá o vendedor optar pela desconstituição do negócio jurídico por meio da recuperação da coisa vendida. Será impraticável a cumulação sucessiva de pedidos, diante da evidente incompatibilidade. Porém, é lícita a cumulação subsidiária na qual o pedido principal seja o de cobrança das prestações e, na impossibilidade, o de recuperação da coisa. Ou seja, primeiro o vendedor demanda pela tutela específica da obrigação de dar quantia certa e, frustrado o intento, promove a resolução contratual pelo inadimplemento com a devolução da coisa. Certamente, a inversão da ordem de pedidos é incompatível com o intuito da postulação primária de recuperação da coisa, pois já anuncia o credor a inutilidade da prestação em decorrência da mora, pelo inadimplemento absoluto (art. 395, parágrafo único, do CC).

A fim de evitar o abuso do vendedor no exercício do direito potestativo pelas duas opções, será permitido ao magistrado qualificar como ilícita a conduta do credor (art. 187 do CC) que demanda o devedor no sentido da restituição do bem diante do inadimplemento mínimo. Há uma evidente lesão ao princípio da boa-fé, na medida em que retirar o bem do devedor quando houve o adimplemento substancial configura atuação desproporcional do direito, em desrespeito ao ideal de cooperação com o parceiro contratual que pede adequação nos meios de obtenção do crédito. Igualmente abusiva será a conduta do vendedor que pleiteia o vencimento antecipado das obrigações em razão da mora ao início do cumprimento do contrato. Nesse caso, mais razoável seria demandar pela própria restituição do bem, medida menos gravosa para o comprador.

Jurisprudência: Ação de apreensão e depósito. Compra e venda com reserva de domínio. [...] Verificada a mora do comprador, é juridicamente possível o ajuizamento de ação de apreensão e depósito pelo vendedor, com o objetivo de reaver a posse do bem, nos termos do artigo 526 do Código Civil/2002. (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.436888-5/000(1), rel. Heloísa Combat, j. 17.06.2004)

Art. 527. Na segunda hipótese do artigo antecedente, é facultado ao vendedor reter as prestações pagas até o necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que de direito lhe for devido. O excedente será devolvido ao comprador; e o que faltar lhe será cobrado, tudo na forma da lei processual.

CC/1916: sem correspondente.

Caso o vendedor delibere pela restituição do bem com a extinção da relação contratual, deverá se socorrer do Judiciário, pois a norma não permite a autoexecutoriedade nessas hipóteses ao contrário do que preconiza o art. 249, parágrafo único, para as obrigações de fazer.

Admite-se a retenção de valores pagos pelo comprador, desde que suficientes para compensar o vendedor da depreciação do valor do bem restituído, acrescido das despesas enfrentadas para a recuperação do objeto, além de outros valores sugeridos pelo contrato como penalidades para o inadimplemento (v. g., cláusula penal).

Certamente, se houver valorização da coisa no período que se seguiu à tradição, tais acréscimos serão necessariamente compensados dos demais valores a que faz jus o vendedor. Após determinar todo o *quantum* a que correspondem os referidos valores, o magistrado precisará aquilo que será restituído ao comprador. Mas, se nada houver a restituir e os prejuízos excederem as prestações retidas, o restante do saldo devedor será obtido pela via da cobrança, variando a ação conforme a natureza do título do vendedor.

O art. 1.071 do CPC determina em seus quatro parágrafos o procedimento para a recuperação da coisa vendida. Nas relações de consumo, haverá o cuidado de afastar cláusulas de decaimento, que determinem a perda total das prestações pagas (art. 53 do CDC).

Outrossim, pelo fato de a cláusula de reserva de domínio não ser impeditiva da venda da coisa pelo comprador a um terceiro, em caso de inadimplemento poderá o vendedor se voltar contra este através da ação de recuperação da coisa, diante da publicidade e oponibilidade do registro a terceiros.

Jurisprudência: Compra e venda com reserva de domínio. Bem recuperado pela vendedora em anterior ação de busca e apreensão. Demanda atual com pedido de devolução de parcelas pagas em razão da devolução do bem. Procedência parcial. Sentença que aplicou corretamente o disposto nos artigos 526 e 527 do atual Código Civil e art. 1.071, § 3º, do Código de Processo Civil. Restituição das parcelas pagas pelo comprador até a apreensão do

bem, mas com desconto decorrente da desvalorização e do desgaste do bem e, ainda, do tempo de sua utilização pelo comprador. Depreciação adequadamente fixada em 30%, não só pela revenda pela vendedora de bem agora usado e pelas despesas tidas na anterior ação de busca e apreensão. Apelação da ré e recurso adesivo da autora não providos. (TJSP Ap. cível c/ revisão n. 1.091.960.008, rel. Romeu Ricupero, j. 17.01.2008)

Art. 528. Se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de qualquer outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato.

CC/1916: sem correspondente.

Objetivando a expansão da reserva de domínio, a norma em comento admite a intervenção de uma instituição financeira, que adiantará o pagamento integral ao vendedor. Portanto, formam-se duas relações jurídicas concomitantes: entre vendedor e comprador; entre vendedor e instituição financeira. Esta se sub-rogará na posição do vendedor, a fim de cobrar as prestações do comprador, na forma do art. 347,1, do Código Civil. Vale dizer: as garantias e os privilégios do vendedor serão transferidos à instituição financeira para que possa reaver os valores que adiantou àquele.

Note-se que o vendedor mantém a posição de proprietário sob condição suspensiva, não sendo a titularidade transferida à instituição financeira. Caso isso ocorresse, seria desvirtuada a natureza dessa modalidade de compra e venda, que se converteria em uma propriedade fiduciária, de natureza resolúvel.

Na parte final do dispositivo, alerta-se sobre a necessidade de cientificação por escrito do comprador como requisito de eficácia da sub-rogação contra ele, além da indispensável menção à operação com a instituição financeira no cartório de títulos e documentos, ou no certificado de registro do veículo.

Subseção V

Da Venda sobre Documentos

Art. 529. Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos.

Parágrafo único. Achando-se a documentação em ordem, não pode o comprador recusar o pagamento, a pretexto de defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, salvo se o defeito já houver sido comprovado.

CC/1916: sem correspondente.

A venda sobre documentos, também chamada de venda contra documentos, é uma espécie de tradição simbólica (v. g., entrega de chaves na venda do apartamento). Com efeito, substitui-se a entrega do objeto pela tradição de documentos que representem a coisa.

Pelo fato de o vendedor cumprir a obrigação com a entrega da documentação representativa da mercadoria, já poderá exigir do comprador o pagamento. Cuida-se de modalidade de compra e venda que não estava elencada no Código de 1916, pelo simples fato de estar associada a uma fase mais recente de celeridade na circulação de créditos, sobretudo em sede

de relações internacionais, em que a entrega de documentos é imediata, podendo substituir com certa segurança a longa espera pela chegada das mercadorias.

Nas vendas internacionais, as mercadorias são transportadas entre Estados diversos, submetendo-se a leis uniformes, contratos de adesão e formulários com terminologia própria (como as cláusulas CIF e FOB). O desenvolvimento do contrato demanda não só a expedição de documentação como a emissão de guias e vistos de autoridades. Não se olvide da realização de um contrato de câmbio, além do recolhimento de tributos e emolumentos, promovendo-se assim o embarque e transporte das mercadorias.

Como explica o parágrafo único, se o comprador verificar a exatidão dos documentos, presume-se a adequação entre a descrição dos objetos e as suas reais características. O cuidado com a correção da documentação se explica pela considerável redução da abrangência da teoria dos vícios redibitórios, sendo em regra inviável a discussão sobre a qualidade da coisa, exceto no tocante a vícios aparentes, ostensivos.

Jurisprudência: TRF, 4ª Região, AI n. 2004.04.010.055.581, rel. João Surreaux Chagas, j. 26.10.2004.

Art. 530. Não havendo estipulação em contrário, o pagamento deve ser efetuado na data e no lugar da entrega dos documentos.

CC/1916: sem correspondente.

Quando estudamos a teoria do pagamento no direito das obrigações, aprendemos que a regra geral torna as dívidas quesíveis, ou seja, o pagamento se realiza no domicílio do devedor (art. 327 do CC). Contudo, a regra é derogada quando as partes convencionam diversamente (dívidas portáteis), ou quando as circunstâncias do caso e a própria lei indicarem outro local de adimplemento.

Na espécie, a lei concebe uma regra supletiva acerca do local do pagamento, como aquele em que são entregues os documentos. Segue a norma do art. 9º da LICC, que estabelece o *locus regis actum*. Porém, a regra é suprável desde que as partes estabeleçam local diverso, como o domicílio de qualquer uma das partes.

Mas não é só isso. A mesma regra também estabelece como tempo de pagamento aquele que coincida com a entrega dos documentos. Por isso é adequada a denominação de *venda contra documentos*. Mas também se cuida de norma dispositiva, pois é lícito que as partes convencionem outro momento para o pagamento.

Art. 531. Se entre os documentos entregues ao comprador figurar apólice de seguro que cubra os riscos do transporte, correm estes à conta do comprador, salvo se, ao ser concluído o contrato, tivesse o vendedor ciência da perda ou avaria da coisa.

CC/1916: sem correspondente.

Em princípio, na compra e venda os riscos pela perda ou destruição da coisa pertencem ao vendedor, antes da tradição (art. 492 do CC). Mesmo tendo havido a entrega dos documentos, o vendedor só se escusa de responsabilidade quando a coisa for entregue ao comprador. Nos contratos de venda internacionais, há um necessário intercâmbio com contratos de transporte e seguro. Assim, se houver apólice de seguro, o risco recairá sobre o comprador, devendo arcar com o pagamento do prêmio, como interessado imediato nas mercadorias e beneficiário do seguro (sub-rogação) em caso de sinistro.

Contudo, os riscos incidirão sobre o vendedor se agiu de má-fé quando já conhecia a perda ou avaria da coisa. É uma aplicação da regra de ouro do *tu quoque*, pois quem viola uma norma não pode por ela ser beneficiado.

Art. 532. Estipulado o pagamento por intermédio de estabelecimento bancário, caberá a este efetuar-lo contra a entrega dos documentos, sem obrigação de verificar a coisa vendida, pela qual não responde.

Parágrafo único. Nesse caso, somente após a recusa do estabelecimento bancário a efetuar o pagamento, poderá o vendedor pretendê-lo, diretamente do comprador.

CC/1916: sem correspondente.

O pagamento através de estabelecimento bancário é uma constante em matéria de contratos internacionais de compra e venda. A instituição financeira intermedeia o negócio jurídico e realiza o pagamento contra a entrega da documentação. O contrato de crédito documentário é um pacto acessório à compra e venda por documentos. Vale dizer que a tarefa do banco é verificar a regularidade da documentação que lhe foi confiada pelo vendedor para, em seguida, pagar o preço, pois o comprador confiará na exatidão dos papéis.

Aliás, o contrato de crédito documentário é definido como o acordo pelo qual o banco (nomeado emissor), a requerimento e de conformidade com as instruções do seu cliente (ordenante), compromete-se a efetuar o pagamento a um terceiro (beneficiário) contra a entrega de documentos representativos das mercadorias objeto da operação concluída entre eles.

Todavia, não incumbe ao banco examinar ou mesmo garantir a qualidade das mercadorias, pois sua responsabilidade perante o comprador se limita à autenticação da correção da documentação, na qualidade de mero intermediário que garantirá o bom termo da negociação.

Ocasionalmente» se o banco se negar a efetuar o pagamento, independentemente da motivação, poderá o vendedor se dirigir diretamente ao comprador. Claro que essa exigência só vingará após a tradição e aprovação da documentação.

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Contrato de crédito documentário. Cancelamento de pagamento. O banco intermediário, mesmo com a obrigação de examinar a documentação necessária à liberação do crédito, não pode responder por omissões e inadequações apresentadas pela exportadora. Disponibilidade de prazo para exame de documentos, impossibilidade de complementação após o período para a entrega, com a falta de peça essencial. Cancelamento pelo banco creditante, responsabilidade que não se transfere ao intermediário. Inexistência de ato ilícito, decorrente de culpa, não identificando a obrigação de indenizar. Ação improcedente. Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 598.036.762, 3ª Câm. Cível, rel. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 14.05.1998)

CAPÍTULO II

DA TROCA OU PERMUTA

Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:

I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

CC/1916: art. 1.164.

A troca é o primeiro contrato de que se tem notícia. As antigas civilizações permutavam mercadorias que lhes pertenciam em abundância por outras que eram escassas. O escambo deixou de ser a regra quando surgiu a moeda, determinando a gênese do contrato de compra e venda.

Assim, consiste a troca em um contrato bilateral e oneroso, pelo qual as partes transferem, reciprocamente, quaisquer objetos diversos do dinheiro. As coisas permutadas podem ser heterogêneas: móveis por imóveis; uma universalidade por outra; coisa atual por coisa futura; coisa certa por coisa aleatória, na existência ou na quantidade. Enfim, inúmeras possibilidades.

Ambas as partes possuem obrigações recíprocas» com sacrifícios e vantagens comuns. O objetivo da aquisição e transferência de coisas equivalentes é o mesmo do da compra e venda, diferenciando-se no que diz respeito à inexistência de um preço. Em comum, pretende-se adquirir propriedade móvel ou imóvel, através da posterior tradição ou registro do título.

A permuta não se converte em compra e venda pelo fato de uma das partes complementar com dinheiro o bem que concede em troca, a fim de alcançar equivalência no negócio jurídico. Ou seja, se A entrega uma bicicleta e mais R\$ 100,00 para B em troca de outra bicicleta de valor superior e avaliada em R\$ 500,00, vê-se que o fator predominante foi o valor da coisa trocada, de R\$ 400,00. O dinheiro entrou como torna ou reposição. Porém, se a parcela em dinheiro fosse predominante, o contrato seria de compra e venda.

A grande semelhança entre a permuta e a compra e venda justifica a menção do *caput* do artigo acerca da aplicação das disposições de uma a outra, com algumas modificações. Assim, aplica-se a garantia pelos vícios redibitórios e evicção, com algumas singularidades. No caso de vícios ocultos, a única opção do prejudicado será a ação redibitória (rescisória), sendo impraticável o abatimento de um preço que não existe (*quantum minoris*). Já na evicção, como em qualquer contrato oneroso (art. 447 do CC), o prejudicado terá direito à restituição da coisa e não do preço, que não existe. Porém, além da devolução do objeto, reclamará as despesas de contratação e outras relativas às perdas e danos.

Antes de comentarmos os incisos do art. 533, convém ressaltar a existência de outras distinções com a compra e venda. Assim, a permuta entre cônjuges será admitida sobre todos os bens particulares de cada um, excluindo-se todos aqueles que ingressem na comunhão, pois não há sentido em permutar aquilo que já é de titularidade de ambos. Exemplificando: haverá permuta na comunhão universal quanto aos bens doados ou herdados por um dos cônjuges com cláusula de incomunicabilidade (art. 1.668 do CC). A permuta entre bens imóveis cujo valor seja estimado em quantia superior à estipulada no art. 108 do Código Civil será procedida pela solenidade da escritura pública. Já a permuta de fração ideal de bem em coisa indivisível demandará a concessão de direito de preferência aos demais condôminos, respeitando-se os requisitos do art. 504 do Código Civil.

A ressalva do inciso I, quanto à repartição proporcional de despesas com a troca entre os permutantes, é de ordem dispositiva. É possível que as partes ajustem em contrário, determinando que sobre um deles incida toda e qualquer despesa com a permuta. Aqui o legislador diferenciou o tratamento daquele que é dado na compra e venda, pois o art. 490 também disciplina supletivamente a matéria, mas de modo a distribuir as despesas de escritura e registro (comprador) e as da tradição (vendedor).

Já o inciso II remete o leitor ao nosso comentário ao art. 496 do Código Civil, acerca da compra e venda de ascendentes a descendentes, como forma de proteção da legítima dos herdeiros necessários. Aqui, o consentimento dos outros descendentes e do cônjuge se prende à desigualdade dos valores dos bens permutados (v. g., troca de um apartamento do pai no valor de R\$ 300.000,00 por uma tela pertencente ao filho avaliada em R\$ 30.000,00).

Se não houver disparidade de valores, não se cogitará da invalidade do contrato. Entende-se o conceito jurídico indeterminado “valores desiguais” pela percepção do magistrado do que exceda ao razoável, ao proporcional, dentro de uma permuta entre pessoas com um vín-

culo afetivo próximo. Afinal, dificilmente uma troca entre dois bens gera uma perfeita equivalência valorativa entre os objetos do escambo.

A ausência de consentimento, aliada à desproporção de valores, gera a anulabilidade do negócio jurídico, sujeita ao exercício do direito potestativo em ação privativa dos aludidos interessados no prazo decadencial bienal (art 179 do CC). Superado o prazo fatal, a decadência será reconhecida de ofício pelo magistrado, na dicção do art. 210 do Código Civil.

O aludido prazo decadencial terá como termo inicial a data da conclusão do negócio jurídico, a teor do art. 171 do Código Civil. Todavia, se houver prejuízo aos demais descendentes, em simetria ao ato de doação, qualquer permuta cujos valores não mantenham reciprocidade será passível de colação (art. 2.002 do CC) ao tempo da abertura da sucessão.

Jurisprudência: Mesmo tratando-se de contrato de permuta, diante da expressa determinação legal (art. 533 do CC), todas as normas da compra e venda aplicam-se à troca, inclusive a Súmula 308 do STJ. (TJMG, Ap. cível n. 1.0702.07.363825-7/001(1), rel. Tibúrcio Marques, j. 04.06.2009)

CAPÍTULO III DO CONTRATO ESTIMATÓRIO

Art. 534. Pelo contrato estimatário, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada.

CC/1916: sem correspondente.

De forma pioneira, o Código Civil de 2002 trata do contrato estimatário, inserindo-o entre os contratos típicos. Mas, havia muito, a sociedade brasileira já o tinha como um contrato nominado, também conhecido como contrato de venda em consignação, comumente empregado na atividade mercantil. O consignante entrega bens móveis ao consignatário, que então fica autorizado a vendê-los, pagando ao consignante o valor ajustado. Abre-se ao consignatário a possibilidade de restituição de mercadorias caso não sejam comercializadas.

Aliás, o Enunciado n. 32 do Conselho da Justiça Federal bem descreve o modelo contratual: “no contrato estimatário, o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou a sua restituição ao final do prazo ajustado”

Vê-se que surge uma espécie de obrigação alternativa cuja opção é concedida ao consignatário. Poderá vender a coisa e repassar o preço ajustado ao consignante ou então, simplesmente, restituí-la. Caso delibere por pagar o preço ao consignante, não necessariamente o valor deve ser obtido em uma venda a terceiros, pois nada impede ao consignatário ficar com a coisa para si ou presentear a terceiros, arcando com o preço devido ao consignante.

Aliás, diferencia-se a consignação do mandato justamente pelo fato de o consignatário agir na defesa de seus próprios interesses, realizando a venda da coisa móvel como se fosse sua, algo impensável se cogitássemos do formalismo da alienação de bens imóveis. Difere da comissão ou corretagem, pois o consignatário não é um mero intermediário ou preposto, basta perceber que o consignante não se relaciona com aquele que eventualmente adquira o bem das mãos do consignatário. Enfim, esse contrato foi inserido no Código como modalidade autônoma e assim deverá ser visto pela doutrina.

Isso explica a razão do nome “contrato estimatário”. O preço é estimado pelo consignante, em confiança na pessoa do consignatário, eis que não é da sua alçada a ciência ou o controle acerca do real preço de venda do bem a terceiros.

Se em princípio consignante e consignatário ajustam um prazo para o exercício da opção, também será possível a elaboração do contrato sem termo, aplicando-se as disposições relativas à mora *ex persona* (art. 397, parágrafo único, do CC) caso o consignatário não exerça nenhuma das opções no prazo assinalado na interpelação.

Em sede de relações de consumo, se o consignante for um fornecedor de produtos, mesmo não havendo relação contratual direta com aquele que adquiriu do consignatário, responderá pelos vícios e fatos do produto (arts. 12 e 18 do CDC).

Jurisprudência: Direito comercial. Falência. Pedido de restituição de dinheiro. Alienação de mercadorias recebidas em consignação antes da quebra. Contabilização indevida pela falência do valor equivalente às mercadorias. Dever da massa restituir ou as mercadorias ou o equivalente em dinheiro. Súmula 417 do STF. O que caracteriza o contrato de venda em consignação, também denominado pela doutrina e pelo atual Código Civil (arts. 534 a 537) de contrato estimatório, é que a propriedade da coisa entregue para venda não é transferida ao consignatário e que, após recebida a coisa, o consignatário assume uma obrigação alternativa de restituir a coisa ou pagar o preço dela ao consignante. Os riscos são do consignatário, que suporta a perda ou deterioração da coisa, não se exonerando da obrigação de pagar o preço, ainda que a restituição se impossibilite sem culpa sua. Se o consignatário vendeu as mercadorias entregues antes da decretação da sua falência e recebeu o dinheiro da venda, inclusive contabilizando-o indevidamente, deve devolver o valor devidamente corrigido ao consignante. Incidência da Súmula n. 417 do STF. A arrecadação da coisa não é fator de obstaculização do pedido de restituição em dinheiro quando a alienação da mercadoria é feita pelo comerciante anteriormente à decretação da sua quebra. Recurso especial ao qual se nega provimento. (STJ, REsp n. 710658, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.09.2005, DJ 26.09.2005)

Art. 535.0 consignatário não se exonera da obrigação de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável.

CC/1916: sem correspondente.

O contrato estimatório não é tratado como uma modalidade especial de compra e venda, porém como contrato autônomo, pois a tradição da coisa móvel não opera a transmissão da propriedade, que remanesce em poder do consignante. Aliás, raciocínio contrário transformaria o consignatário em mero revendedor de uma coisa que já é sua, sem possibilidade de adimplir a obrigação mediante a sua restituição.

Por isso, ao contrário da compra e venda - contrato consensual -, o contrato estimatório é de natureza real, exigindo não só o consenso das partes como a entrega da coisa para se aperfeiçoar. Só terá efetividade a relação jurídica a partir do instante em que o bem se encontrar disponibilizado ao consignatário, tal como nos contratos de depósito e comodato. Com a tradição, surge a obrigação alternativa do consignatário.

Enfatize-se que, com a transmissão da posse direta, o consignatário assume o risco pela destruição ou perda dos objetos consignados. Em outras palavras, mesmo não sendo proprietário, pelo fato de receber a guarda da coisa para o exercício de uma atividade de seu estrito interesse, assumirá a responsabilidade objetiva da coisa perante o consignante, na modalidade do risco agravo (integral), eis que não será exonerado nem mesmo pelo fortuito. Enfim, trata-se de norma cogente, eis que as partes não podem lhe dar configuração diversa.

Porém, lembre-se de que, mesmo sendo dispensado o nexa causai no tocante ao fortuito (k g, colisão de veículos que destruiu mercadorias) ou pelo fato de terceiro (v. g., vizinho

do consignatário que destruiu mercadorias), será possível a exoneração do consignatário com base em alegação de responsabilidade do próprio consignante, em virtude de vícios já existentes ao tempo da entrega dos objetos, como bem reforça o art. 931 do Código Civil.

Art. 536. A coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou seqüestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo mais uma vez reforça o argumento da manutenção da titularidade dos bens móveis em poder do consignante enquanto não for exercitada a opção de pagamento do preço estimado ou restituição das mercadorias.

Se, durante o período em que as coisas estiverem na posse direta do consignatário, este sofrer processo executivo, será vedado ao credor efetuar qualquer tipo de constrição judicial sobre as mercadorias, v. g., penhora, seqüestro. Como consequência da intangibilidade do objeto, deverá o consignante opor embargos de terceiro para excluir a medida constritiva dos bens que lhe pertençam (art. 1.046 do CPC).

Nada obstante, na qualidade de credores do consignatário, poderão os exequentes oferecer o valor estimado ao consignante, convalidando o ato da penhora ou do seqüestro, mediante a sub-rogação legal (art. 346, III, do CC). Caso o consignante recuse injustificadamente a oferta, será aberta aos terceiros interessados a via da consignação (art. 304 do CC).

Se os credores do consignatário não adotarem tais medidas, a única forma de preservar a constrição sobre as mercadorias estará condicionada ao fato de o consignatário adquirir para si os bens, efetuando o pagamento integral estimado pelo consignante.

Art. 537. O consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo em exame descreve um traço marcante do contrato estimatório: a disponibilização da coisa ao consignatário.

Isto é, apesar de a propriedade remanescer em poder do consignante, o consignatário poderá vender a coisa a qualquer um, por qualquer preço, mesmo que inferior ao valor estimado, sem que tenha de prestar contas ou pedir autorização ao consignante.

Daí, no período ajustado ao exercício da opção de venda ou restituição, será vedado ao consignante qualquer ato que implique disposição do bem. Ou seja, mantém-se proprietário, mas sofrendo severas limitações, posto que será privado do exercício temporário das faculdades de usar, fruir e dispor da coisa. A irrestrita disponibilidade da coisa pelo consignatário é fundamental para a realização do objetivo negociai.

Portanto, não poderá o consignante realizar negócios jurídicos atributivos de propriedade ou posse a terceiros, sob pena de lesar não só a finalidade do contrato de consignação, como também a confiança e legítima expectativa do consignatário quanto ao adimplemento da obrigação. Temos aqui mais uma emanção do princípio da boa-fé objetiva como padrão de conduta honesto e leal para com o parceiro contratual.

Jurisprudência: TJMG, Ap. cível n. 1.0024.07.448655-6/001(1), rel. Osmando Almeida, j. 22.04.2008.

CAPÍTULO IV DA DOAÇÃO

Seção I *Disposições Gerais*

Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

CC/1916: art. 1.165.

Mantendo a opção legislativa do Código Civil de 1916, o legislador atual definiu a doação expressamente como contrato, ou seja, negócio jurídico bilateral resultante do consenso entre doador e donatário acerca de uma liberalidade que resulta na transferência de um patrimônio, bens ou vantagens.

Correta a percepção do Código Civil com base na concepção contratualista alemã, pois, ao contrário do negócio jurídico testamento, o aperfeiçoamento da doação requer o acordo de vontades com a aceitação do donatário. Aliás, comparando a letra do art. 538 com a dicção do antigo art. 1.165 do Código Bevilacqua, vê-se acertada a supressão da parte final, “que os aceita”, eis que tal expressão se torna redundante na medida em que o próprio dispositivo define a doação como um contrato, sendo o consenso um pressuposto de existência.

Frise-se, porém, que nem toda liberalidade resultante de um ato jurídico se monopoliza no contrato de doação. Aqui não se ajusta a figura da “doação indireta”. A remissão (negócio bilateral) e a renúncia (negócio unilateral) provocam atribuições patrimoniais gratuitas em benefício de devedores ou outras pessoas. Contudo, apenas na doação localizamos o deslocamento de um bem de um patrimônio a outro, gerando o justificado empobrecimento do doador e correlativo enriquecimento do donatário. Nas duas figuras citadas não se percebe aquela transferência que acarreta o empobrecimento. Aliás, daí é possível perceber a distância entre a renúncia e a cessão gratuita de herança. Na primeira, o renunciante abdica de um patrimônio que não lhe pertence em prol do acervo hereditário (apenas um fato gerador tributário); na cessão, o cedente aceita a herança e, em seguida, transfere-a gratuitamente a um ou mais herdeiros ou terceiros, gerando o seu empobrecimento pela disponibilização de bens que já lhe pertenciam.

Destarte, o *animus donandi* requer a intenção de transferir a propriedade sem nenhuma contraprestação ou atribuição patrimonial. Também se afastam da doação os atos de cortesia, como o gesto de presentear amigos por ocasiões especiais. Esses costumes sociais se excluem do âmbito maior de uma doação. De qualquer maneira, é fundamental frisar que não há que investigar os motivos da doação. Ou seja, se a liberalidade decorreu de uma atitude despojada do doador ou de uma vaidade apenas com efeitos promocionais. A reserva mental não gera significado jurídico em nosso ordenamento, exceto quando conhecida pela outra parte (art. 110 do CC).

Será difícil perquirir o *animus donandi* em contratos tidos como “doações mistas”. São situações em que há o pagamento de um preço bem superior ao valor do que está sendo adquirido (v. g, adquirir apartamento de R\$ 50.000,00 por R\$ 150.000,00), sem que o excesso decorra de uma lesão ou qualquer vício de consentimento, mas sim de uma liberalidade. Para saber se o negócio se cuida de uma doação ou de uma compra e venda, será imprescindível aferir a proporção da liberalidade e da contraprestação na espécie, buscando-se aquela que tenha sentido dominante, para então caracterizar o contrato e as normas que serão seguidas no tocante à evicção, vícios redibitórios e outras conseqüências próprias de cada instituto.

Não obstante a caracterização como negócio jurídico bilateral ínsita a qualquer contrato, a doação é um contrato unilateral, pois gera obrigações apenas para uma das partes, o doador. Também é um contrato gratuito, eis que todos os sacrifícios recaem sobre a pessoa do doador, na medida em que o donatário apenas obtém vantagens. Por fim, é um contrato consensual, dispensando-se a entrega do bem para o seu aperfeiçoamento, sendo suficiente o acordo de vontades. A tradição e o registro do título funcionam como modos aquisitivos do direito real de propriedade (arts. 1.226 e 1.227 do CC).

Jurisprudência: Segundo disposição do artigo 538 do Código Civil, considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. Na espécie, todavia, considerando que a doação não teve cunho benéfico, mas foi feita no cumprimento de cláusula contratual imposta pela parte requerida, desapareceu o *animus donandi*, prevalecendo o caráter potestativo do ato [...]. (TJRS, Ap. cível n. 70.021.426.614, rel. Paulo Augusto Monte Lopes, j. 10.10.2007)

Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

CC/1916: art. 1.166.

Aqui o legislador cuida da doação sob a forma da aceitação presumida pelo donatário. Tratando-se de doação pura, sendo fixado um prazo para declarar a sua aceitação, o seu silêncio será qualificado como anuência à liberalidade.

Certamente, o nascimento do contrato requer a demonstração da ciência da existência do prazo pelo donatário. Outrossim, enquanto o donatário não se manifestar, é possível que dentro do prazo assinalado possa o doador revogar a liberalidade. Aliás, se o doador falecer dentro do prazo, o óbito não impedirá que o donatário aceite, pois o primeiro já havia manifestado a vontade de realizar a liberalidade, sem que tivesse retirado a proposta.

Relativamente à doação com encargo (modal), somente se admite a aceitação pela maneira expressa, manifestada de forma escrita, verbal ou por um comportamento concludente socialmente típico (v. g, sinal afirmativo com o polegar). Na doação modal, o silêncio provoca a recusa da doação.

Por fim, é fundamental frisar que o dispositivo se aplica tão somente à aceitação do donatário capaz. As doações em favor de nascituros (art. 542 do CC), incapazes (art. 543 do CC), filhos não concebidos (art. 546 do CC) e entidades futuras (art. 554 do CC) são apartadas da figura em estudo, na medida em que as pessoas capazes possuem liberdade para avaliar se a doação efetivamente lhes beneficia, ou poderá não ser realmente vantajosa subjetiva ou objetivamente. Cuida-se de motivos pessoais, repita-se, não aferíveis pelo sistema.

Jurisprudência: É parte legítima para figurar no polo ativo da demanda aquele que celebrou acordo judicialmente homologado, visando doação de imóvel aos filhos, com cláusula de usufruto em seu favor, sem a necessidade dos donatários integrarem a lide, uma vez que não são obrigados, sequer, a aceitar a doação, consoante art. 539 do CC/02. (TJMG, Ap. cível n. 1.0596.05.028349-5/001(1), rel. Afrânio Vilela, j. 18.04.2007)

Ver também: STJ, REsp n. 12.462-0/MT, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 11.10.1993.

Art. 540. A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto.

CC/1916: art. 1.167.

Em princípio, a doação será pura e simples, pois a liberalidade não estará sujeita aos elementos acidentais do termo, condição e encargo. Explica-se: o que distingue o negócio jurídico do ato jurídico lícito (art. 185 do CC) é justamente a presença da autonomia privada no primeiro, concedendo à vontade humana a possibilidade de criar os efeitos desejados ao ato, nos limites dados pelo ordenamento. Isso permite ao doador restringir a eficácia da liberalidade por modalidades de doações, sem prejudicar a validade do negócio jurídico, posto que são atendidos os seus elementos essenciais (art. 104 do CC).

Para além de tais hipóteses, é possível que o doador queira justificar o motivo da liberalidade. Cuida-se da doação contemplativa, enunciada na primeira parte do dispositivo. Portanto, poderá o doador anunciar que a doação decorre do fato de o donatário ser o melhor aluno da classe e merecer um incentivo em seus estudos.

A segunda parte da norma ressalva a chamada *doação remuneratória*. Aqui a liberalidade se conecta com serviços prestados anteriormente pelo donatário ao doador. O serviço poderá ser caracterizado como aquele em que normalmente haveria cobrança de valores (v. g., cirurgia realizada por amigo do paciente) ou por conduta que pela essência não possua patrimonialidade (v. g., aconselhamento afetivo). Em qualquer caso, aproxima-se das obrigações naturais em que há um débito moral, mas inexistente responsabilidade. Ou seja, podem ser pagas pelo devedor, mas não são exigíveis pelo credor (art. 882 do CC).

A parte derradeira do art. 540 é dedicada ao exame da doação com encargo ou modal (onerosa). Diversamente ao termo e à condição, salvo ressalva expressa, o encargo não suspende a aquisição ou o exercício do direito (art. 136 do CC). Quando o modo é inserido no contrato, perde a condição de elemento acidental e converte-se em elemento essencial do negócio jurídico. Com efeito, o seu descumprimento provoca a ineficácia superveniente do negócio jurídico por resilição unilateral ou resolução por inadimplemento (art. 555 do CC).

O encargo é uma restrição à liberalidade, pois não implica uma contraprestação do donatário ao doador (o que causaria o desvirtuamento do negócio), mas a imposição de um pequeno sacrifício ao donatário. Exemplificando: A destina gratuitamente um apartamento a B com o encargo de este auxiliar as obras de caridade da igreja local. A matéria será mais bem tratada no art. 553.

É muito importante operar a distinção entre a doação gratuita e a onerosa pelas várias conseqüências que as separam (v. g., possibilidade de discussão de vícios redibitórios na doação modal, art. 441, parágrafo único, do CC).

Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.

CC/1916: art. 1.168.

O *caput* do artigo demonstra que a doação é contrato formal, não sendo aperfeiçoado apenas por manifestação verbal, sendo indispensável a forma escrita, como de substância do ato, sob pena de invalidação por nulidade da doação que lese o ora preceituado (art. 166, V, do CC).

A forma escrita será da essência da doação de bens móveis, exceto no tocante a bens de pequeno valor, em que excepcionalmente se admitirá a forma verbal pela própria exigência de dinamicidade no tráfego jurídico. Justamente por isso, qualquer outro negócio jurídico que envolva a transmissão da posse ou propriedade de bens móveis de pequeno valor será realizado por escrito, sob pena de se presumir a doação na ausência de retribuição imediata (v. g., penhor, locação).

A chamada *doação manual* torna o contrato real, pois a tradição se torna elemento apto à própria configuração do contrato. Como a expressão *pequeno valor* é um conceito jurídico indeterminado, interpretar-se-á o seu significado à luz da diretriz da concretude. Ou seja, as circunstâncias do caso e as condições econômicas das partes determinarão o critério de razoabilidade para aferir se é ou não possível dispensar a forma escrita.

Tratando-se de doação de bens imóveis, aplica-se o art. 108 do Código Civil, impondo o teto de trinta salários-mínimos como limite para a válida realização de uma doação por instrumento particular. Acima de tal valor, a escritura pública é de forma *ad substantiam*.

Jurisprudência: Embargantes que alegam que o imóvel objeto da constrição lhe fora transferido por meio de doação. Liberalidade que exige contrato solene (por instrumento público ou particular aperfeiçoado com a transcrição no registro de imóveis). Inteligência dos artigos 541 e 1.245, *caput*, ambos do Código Civil. (TJSP, Ap. cível n. 7.302.494.300, rel. Maia Rocha, j. 01.12.2008)

Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

CC/1916: art. 1.169.

O nascituro já possui direitos da personalidade, como atributo inerente a qualquer ser humano, desde a concepção. Porém, é carecedor de capacidade de direito, atributo apenas concedido àqueles que já nasceram com vida.

Ocorre que o direito eventual que lhe assiste para a aquisição de direitos patrimoniais (extensivo à transmissão *causa mortis*, art. 1.798 do CC) é suficiente para permitir a validade do negócio jurídico de doação em período anterior ao nascimento, mas posterior à concepção.

Contudo, apesar de válido o negócio jurídico, a condição suspensiva do nascimento com vida provoca a ineficácia temporal do contrato (art. 125 do CC), ao aguardo do evento futuro e incerto. Como não se pode falar em invalidade superveniente pois o negócio nasce válido ou inválido, o nascimento sem vida provoca a definitiva ineficácia do negócio jurídico. Só se cogitará de invalidade caso a doação tenha sido realizada sem que a concepção realmente tivesse ocorrido. A nulidade resultará da impossibilidade do objeto do contrato (art. 166, II, do CC).

A menção à aceitação do representante legal significa que a anuência deste se insere no plano de validade. Ou seja, sem a concordância do curador do nascituro, mesmo que o nascimento se produza com vida, não haverá a doação pela falta da representação.

Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

CC/1916: art. 1.170.

O Código Civil de 2002 inovou substancialmente com essa regra. Agora, dispensa-se a aceitação do absolutamente incapaz nas doações puras, posto serem elas realizadas em seu benefício exclusivo.

Quer dizer, não se trata de aceitação presumida ou ficta do incapaz. Simplesmente se aperfeiçoa a doação com a tradição do bem ao incapaz e com o registro da escritura de doação do bem imóvel, sem a participação do absolutamente incapaz e de seu representante legal. O consentimento do incapaz deixa de ser elemento integrativo do contrato.

Certamente, em se tratando de doação em prol de incapaz com encargo, a necessidade de aceitação através do representante será imperiosa, pois o modo produz obrigações para aquele. Mesmo na doação pura, provado ao juiz pelo representante que a liberalidade é desvantajosa ao incapaz, será ela reputada como ineficaz perante este.

Jurisprudência: [...] Doação pura e simples de imóvel com cláusula de reserva de usufruto. Revogação da doação. Alegação de que o contrato não se consumou, em face da falta de aceitação dos donatários (menores), viabilizando a revogação. Improcedência. Aceitação pelos representantes legais. Doação pura dispensando a aceitação quando o donatário for absolutamente incapaz (artigo 543 do CC/02), restando plenamente válido o ato de liberalidade. Não há encargo ao donatário decorrente da reserva, não se tratando de condição ou motivação extraordinária a ser cumprida pelos donatários. Ação improcedente. Apelação conhecida e desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.598.080, rel. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 18.05.2006)

Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

CC/1916: art. 1.171.

A norma possui conexão com o direito de família e sucessões. Ascendente, descendente e cônjuge são herdeiros necessários (art. 1.845 do CC), pertencendo-lhes de pleno direito a legítima, como metade indisponível do patrimônio do *de cujas*.

A fim de evitar qualquer ofensa à necessária igualdade entre os herdeiros necessários, o legislador ressalta que qualquer doação de um ascendente a um descendente ou de um cônjuge a outro será considerada adiantamento da legítima, por ínfimo que seja o valor. A colação será a forma de o sucessor favorecido conferir o que lhe foi adiantado em vida, com o que o falecido deixou de patrimônio, repondo-se a igualdade das legítimas dos herdeiros reservatários (art. 2.003 do CC).

Com relação às doações de ascendentes em prol de um ou alguns descendentes, excluem-se os gastos ordinários com educação, saúde e outras despesas essenciais para o beneficiado (art. 2.010 do CC), bem como as doações remuneratórias (art. 2.011 do CC) e as doações em que se dispensou a colação no próprio título da liberalidade ou em testamento, desde que não excedam a metade disponível (arts. 2.005 e 2.006 do CC).

Outrossim, o termo “descendente” apenas abrange liberalidades em prol daquele que estiver na ordem de vocação hereditária em condições de suceder por direito próprio ou por direito de representação. Exemplificando, não haverá colação quando a doação foi feita a um neto, quando todos os filhos eram vivos.

Porém, as doações de descendentes a qualquer dos ascendentes não se incluem na norma. Ou seja, tudo aquilo que uma pessoa doa a alguém que não seja o descendente ou o cônjuge será passível de controle somente quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (art. 549 do CC). Em suma, haverá a redução de doações inoficiosas, mas não a colação.

Quanto aos cônjuges, a doação de um ao outro só acarretará adiantamento da legítima no que disser respeito aos bens particulares de cada cônjuge, pois nos bens comuns os cônjuges não são herdeiros reciprocamente. Assim, no regime da separação absoluta, todos os

bens são particulares e qualquer liberalidade será colacionada. Já nos demais regimes, será necessário aferir a divisão entre bens comuns e particulares.

O regime da doação entre familiares é distinto daquele aplicado à compra e venda. Nesta, a venda de ascendente a descendente é anulável quando não conta com o consentimento dos outros descendentes e cônjuge. Já na doação, o consentimento dos descendentes é despiendo para fins de aferição do plano de validade, haja vista que qualquer controle apenas será exercitado ao tempo da abertura da sucessão.

Jurisprudência: A doação realizada pelos pais aos filhos, com exclusão de um ou mais herdeiros, é válida e independe do consentimento de todos os descendentes, configurando-se adiantamento de legítima, cabendo aos prejudicados, tão somente, ao ensejo da abertura da sucessão, postular pela redução dessa liberalidade até complementar a legítima, desde que ultrapasse a metade disponível. (TJMG, Ap. cível n. 1.0106.06.023157-3/001(1), rel. Tarcísio Martins Costa, j. 22.07.2008)

Art. 545. A doação em forma de subvenção periódica ao beneficiado extingue-se morrendo o doador, salvo se este outra coisa dispuser, mas não poderá ultrapassar a vida do donatário.

CC/1916: art. 1.172.

Aqui a liberalidade não se caracteriza mediante a entrega de um bem móvel ou imóvel ao donatário, mas pelo fato de o doador contrair a obrigação de periodicamente contribuir com determinada quantia em dinheiro em favor de uma instituição ou uma pessoa física.

Normalmente, a finalidade do doador é auxiliar o beneficiário a cumprir as suas finalidades, como a realização de curso superior, ou facilitar a entidade assistencial na realização dos seus trabalhos sociais. Sendo a subvenção uma espécie de doação que se protraí no tempo, não poderá ser arbitrariamente suprimida, sob pena de comprometimento dos objetivos do beneficiado.

O termo para a subvenção é a morte do doador, pois a conveniência da liberalidade não pode ser transposta aos herdeiros, a não ser que assim o deseje o doador em ato de última vontade, desde que as forças da herança possam suportar o encargo. Caso os herdeiros decidam prosseguir com a subvenção, apesar da ausência de instruções do falecido, consistirá a conduta em uma nova doação.

O Código Civil inovou a matéria ao disciplinar na parte derradeira da norma que a subvenção não ultrapassará a vida do donatário, realçando o caráter *intuitu personae* da doação. Sendo o donatário pessoa jurídica, sugere-se que o limite temporal seja o cancelamento de seu registro ou, se a doação perdurar, o decurso de trinta anos, em similitude ao usufruto (art. 1.410, III, do CC).

Art. 546. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

CC/1916: art. 1.173.

A doação feita em contemplação de casamento futuro é uma espécie de doação condicional. A liberalidade tem a eficácia paralisada até que se realize a condição suspensiva do matrimônio com a pessoa indicada no título. Vale dizer que não se trata de uma doação con-

dicional submetida ao evento futuro e incerto de alguém casar com qualquer pessoa, mas da exata determinação daquele que será o outro nubente, como motivo da liberalidade.

De forma semelhante à observada na doação em prol de absolutamente incapazes (art. 543 do CC), o legislador dispensou a aceitação do donatário, sem retirar a condição contratual do negócio jurídico. Ou seja, afasta-se o tradicional binômio proposta/aceitação, pois há a presunção de que toda doação visa a beneficiar o outro cônjuge.

O contrato poderá envolver os próprios nubentes - portanto, requerendo o termo *a quo* do noivado e o terceiro que preste a doação a um dos nubentes ou a ambos, ou mesmo em favor da prole que vier do casal.

Quando se tratar de doação entre os nubentes, realizar-se-á por escritura pública, no pacto antenupcial, sob pena de invalidade (art. 1.653 do CC). Em sendo beneficiada a prole futura e ainda não concebida, a eficácia do ato se sujeita indefinidamente ao nascimento com vida do primeiro filho do casal. Indefinidamente até o período em que as chances da gravidez se esvaem, momento em que haverá a devolução do bem ao doador. Parece-nos que a expressão “houverem um do outro” exclui a liberalidade aos filhos adotivos, apesar da isonomia constitucional, salvo expressa referência do doador quanto a essa possibilidade.

Por fim, parece-nos atentar contra a cláusula geral da comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC) a possibilidade de o terceiro contemplar um dos futuros cônjuges com a escolha de um parceiro sob a promessa de um benefício patrimonial. Sendo a família contemporânea formada pelo afeto e vínculo existencial baseado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), haveria uma patrimonialização da autonomia privada do nubente que guiasse a sua escolha por critérios financeiros, desvirtuando a lógica que informa qualquer entidade familiar, à luz do art. 226 da Constituição Federal.

Art. 547. O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário.

Parágrafo único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro.

CC/1916: art. 1.174.

A doação com cláusula de reversão é uma espécie de doação sob propriedade resolúvel, pois o donatário adquire a propriedade da coisa, sendo ela subordinada à condição resolutiva de o donatário falecer antes do doador. Tratar-se-ia de termo se fosse subordinada ao evento certo da morte, mas exige ainda que esta se dê em período anterior ao passamento do doador (evento incerto).

Essa modalidade de doação atende aos interesses de quem deseja doar com cunho *intuitu personae*, evitando que após a morte do donatário os bens doados sejam distribuídos entre os seus sucessores. O doador se converte em princípio e fim da doação. A mesma cláusula de reversão pode ser concebida na doação em prol de pessoa jurídica, subordinando-se o retorno do bem doado ao cancelamento de seu estatuto, antes da morte do doador.

Certamente poderá o donatário alienar os bens recebidos graciosamente, pois não há cláusula de inalienabilidade. Mas, diante da publicidade do registro do instrumento, o eventual adquirente do bem será sujeito passivo de ação reivindicatória após o óbito do alienante, na medida em que a resolução da propriedade conduz à extinção dos direitos reais concedidos pelo proprietário, volvendo ao doador isenta de ônus e restrições (art. 1.359 do CC).

No Código Civil de 1916 nada impedia que a cláusula de reversão beneficiasse terceira pessoa. Exemplificando: A realiza doação em prol de B, asseverando que, com o seu óbito, a coisa seria destinada a C. O parágrafo único do artigo em comento proibiu tal prática. Agiu corretamente o legislador, pois se tratava de uma modalidade de fideicomisso *inter vivos*, mo-

delo apenas viável na substituição testamentária, hoje restrita em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador (art. 1.952 do CC).

Se houver a comoriência (art. 8º do CC), exclui-se qualquer relação entre doador e donatário, sendo os bens atribuídos ao donatário transmitidos a seus sucessores.

Por fim, cumpre admitir a possibilidade de prefixação pelo doador de outro evento futuro como marco para a reversão, anterior ao óbito do donatário. Assim como é viável estipular doação sob condição suspensiva, resolutiva e encargo, não encontramos razão para a autonomia privada desenhar a modalidade do termo para a doação.

Jurisprudência: Cláusula de reversão. Condição resolutiva. Prescrição. Em se tratando de doação em encargo - *donatio sub modo* - com cláusula de reversão, ocorre a condição resolutiva com o descumprimento da obrigação consubstanciada no encargo, retornando o bem ao domínio do doador. A inexecução do encargo - causa *non secuta* - dá ensejo à reversão do bem em razão da condição resolutiva, o que não se confunde com revogação de doação, não se aplicando, portanto, a regra de prescrição contida no art. 178,1, do CC. (TRF, 1ª Região, Ap. cível n. 92.01.25241-2/MG, 3ª T., rel. Juiz Vicente Leal, j. 28.02.1994, DJ 14.04.1994)

Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

CC/1916: art. 1.175.

A norma possui forte conteúdo ético, pois impede que o ser humano seja privado do chamado “patrimônio mínimo”, ou seja, de um mínimo de bens de onde possa extrair rendas ou alimentos imprescindíveis à sua sobrevivência.

A vedação à prodigalidade é uma aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), eis que abaixo de certo patamar material a pessoa perde a sua dignidade e se torna uma coisa, é reificada e instrumentalizada.

Há uma tendência no Estado Democrático de Direito de conceber hipóteses análogas a essa, como na impenhorabilidade do bem de família (Lei n. 8.009/90) e na impossibilidade de a reparação do dano atingir o patrimônio mínimo do incapaz e de seus responsáveis (art. 928 do CC).

Em suma, a vedação à doação universal é uma forma de tutelar a sobrevivência do doador que não mede as consequências futuras de suas liberalidades. Lembre-se de que a dignidade não é um conceito pessoal, porém social, e envolve uma noção de solidariedade.

A doação universal será facultada em três ocasiões: quando houver reserva de parte do patrimônio que lhe assegure renda; mesmo não havendo reserva, a existência de fontes alternativas de renda que prestigiem o mínimo essencial (v. g., salário, pensão); ou, mesmo se fixado o encargo do donatário, este fornecer ao doador os alimentos indispensáveis. Normalmente, a reserva parcial do patrimônio é consequência do usufruto de parcela dos bens em prol do doador, que obterá a renda necessária à sua sobrevivência. Com a morte do doador é extinto o usufruto, consolidando-se a propriedade plena dos donatários.

A nulidade textual do dispositivo (art. 166, VII, do CC) será aferida na diretriz da concretude. Em cada circunstância será aferido o limite entre o possível e o vedado em termos de disponibilidade patrimonial, perquirindo-se as circunstâncias econômicas do doador.

Jurisprudência: Doação. Artigo 548, CC. Comprovação de existência de renda suficiente à subsistência do doador. Improcedência. A doação sem reserva de bens somente é nula se o doador não possuía, à época da doação, renda suficiente à sua manutenção. (TJMG, Ap. cível n. 1.0220.07.006495-5/001(1), rel. José Affonso da Costa Côrtes, j. 16.07.2009)

Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

CC/1916: art. 1.176.

Enquanto o dispositivo precedente acautelava os direitos da personalidade do doador, a presente norma objetiva preservar a expectativa patrimonial dos herdeiros necessários do doador, evitando a doação inoficiosa.

A doação inoficiosa consiste em todas as liberalidades que ultrapassem a metade disponível do doador ao tempo da liberalidade. Qualquer alienação gratuita que alcance a metade indisponível dos herdeiros necessários será passível de nulificação por esses interessados - descendentes, ascendentes e cônjuge -, eis que eles detêm de pleno direito à legítima (arts. 1.789 e 1.846 do CC).

O fundamento da proteção da legítima é um encontro entre a autonomia privada e a solidariedade familiar. O primeiro princípio se desenvolve na possibilidade de o doador ou testador determinar o destino da metade disponível. O segundo, na proteção da família, visando ao bem comum.

Ora, se ao tempo da morte são redutíveis as disposições testamentárias que excedam a metade disponível (art. 1.967 do CC), simetricamente não se poderá alcançar tal excesso mediante doações, eis que a tutela da metade indisponível dos herdeiros necessários já existe em vida do doador e não apenas para o tempo de seu óbito.

Perceba-se que a nulidade alcança apenas a derradeira doação, em que houve o excesso, e não as doações anteriores que se encontravam no limite das legítimas. Portanto, se A possuía R\$ 100.000,00 e realizou uma primeira doação a B de R\$ 20.000,00, uma segunda doação a C de R\$ 30.000,00 e uma terceira doação em prol de D, no valor de R\$ 10.000,00, apenas a última será nulificada, preservando-se as anteriores em que não há necessidade de redução. Eventuais variações patrimoniais a maior ou a menor posteriores à liberalidade não validam o que é inválido ou invalidam o válido. Fundamental é a aferição do valor do patrimônio contemporâneo a cada ato dispositivo, servindo o art. 2.007 e parágrafos como guia para a exata apreciação da temática.

Havendo um único herdeiro necessário, aplica-se o dispositivo em toda a sua intensidade. Certamente, excluiríamos os bens doados antes do surgimento desse herdeiro, bem como as doações remuneratórias e onerosas.

O sistema da vedação às doações inoficiosas apenas não se aplica quando a liberalidade é realizada por ascendentes a descendentes e entre cônjuges, no patrimônio particular de cada um. Incide nessas hipóteses, qualquer que seja o valor da doação com relação ao patrimônio, o regramento do adiantamento da legítima e posterior colação, conforme o observado no art. 544 do Código Civil.

Por fim, a ação de redução das doações inoficiosas poderá ser ajuizada em vida. Equivocam-se os que pensam se tratar de discussão sobre herança de pessoa viva (art. 426 do CC). Em verdade, temos um contrato de doação, negócio jurídico *inter vivos* cuja nulidade surge ao tempo da liberalidade. Aí nasce a pretensão imprescritível (art. 169 do CC) à redução do excesso, pois se deu a violação do direito subjetivo à legítima do herdeiro necessário. Não se confunda a hipótese com o testamento, negócio jurídico cuja eficácia é postergada para o tempo da morte, só então passível de discussão quanto ao seu conteúdo.

Jurisprudência: Ação anulatória de escritura de doação. Respeito à legítima. Excesso.

Nulidade da doação em relação à parte excedente. Inteligência do artigo 549 do Código Civil brasileiro. Ante o princípio da intangibilidade da parcela legítima da herança, bem assim pela inteligência dos artigos 1.176 do Código Civil de 1916 e 549 do Código Civil de 2002, é nula a

doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Demonstrada, pois, a existência de apenas um bem deixado pela falecida, impõe-se o respeito à legítima, tornando-se nula a parcela da doação que excedeu àquela. (TJMG, Ap. cível n. 1.0105.07.227286-4/001(1), rel. Geraldo Augusto, j. 28.04.2009)

Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

CC/1916: art. 1.177.

Mantendo a redação do Código Civil de 1916, a regra em enfoque invalida com o grau de anulabilidade a doação promovida pelo cônjuge adúltero em prol de seu cúmplice. O prazo decadencial de dois anos, contados da dissolução da sociedade conjugal, é afixado como limite temporal ao exercício do direito potestativo da desconstituição do negócio jurídico.

Questionamos a constitucionalidade da norma, pois a sua aparente finalidade moralizadora pode não corresponder às finalidades éticas erigidas pela Constituição Federal e pelo próprio Código Civil. Com efeito, os padrões sociais vigentes já não admitem o tratamento do adultério como ilícito penal e muito menos a denominação do parceiro do “adúltero” como “cúmplice”

Há que realizar uma interpretação restritiva da norma, qualificando-se a doação como anulável em relação ao adultério apenas quando o beneficiado for parceiro eventual, demonstrando-se aí a intenção do doador de desprestigiar o cônjuge e seus herdeiros necessários.

Contudo, sem entrar na discutida questão da tipicidade ou não do rol de entidades familiares anunciadas no art. 226 e parágrafos da Constituição Federal, temos que a separação de fato do casal impede a aplicação da norma, pois o beneficiário da doação será um companheiro em relação de união estável (art. 1.723, § 1º, do CC). De fato, findos o afeto entre o casal e a comunhão plena de vida com a separação fática, qualquer doação àquele que partilhe de união estável será assegurada em nível constitucional de tutela às entidades familiares.

Se, quanto a esse aspecto, não grassam mais dúvidas na doutrina contemporânea, discute-se se uma doação efetuada em um longo concubinato - ou seja, relação simultânea e não sucessiva ao matrimônio - também seria alcançada pela norma em referência. Entendemos que não se pode conceder ao concubinato um status semelhante à união estável, sob pena de criação de modelos de família em que o afeto é distribuído igualmente por três pessoas, quando tanto não se pode alcançar pelo matrimônio. Portanto, pela exiguidade do espaço, concluímos no sentido da impossibilidade da anulação apenas se provado que houve o esforço comum do concubino para a aquisição do bem que lhe é doado. A ressalva quanto ao esforço comum é inclusive a exceção à possibilidade de ajuizamento de ação reivindicatória sobre a transferência de bens comuns do casal ao concubino (art. 1.642, V, do CC).

Jurisprudência: Embargos de devedor. Cerceamento de defesa. Testemunha. Ausência de intimação. Preclusão. Nota promissória. Doação de cônjuge adúltero a seu cúmplice. Nulidade. Art. 550 do Código Civil de 2002. A ausência de intimação da testemunha, trata-se de causa de nulidade relativa, assim, cabe a parte arguir a deficiência na primeira oportunidade de falar nos autos, sob pena de preclusão. Caracterizada a doação, o relacionamento extraconjugal, e o lapso temporal, os títulos exequendos devem ser declarados nulos, com base no disposto no art. 550 do Código Civil de 2002. (TJMG, Ap. cível n. 1.0145.03.120268* 5/001(1), rel. José Affonso da Costa Cortes, j. 07.12.2005)

Art. 551. Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual.

Parágrafo único. Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente.

CC/1916: art. 1.178.

Trata a norma da doação conjuntiva, estabelecida em benefício de duas ou mais pessoas (naturais ou jurídicas) sem que o doador expressamente ressalve a parcela do bem doado que incumbirá a cada donatário. Assim, presume-se supletivamente que foram agraciados em partes iguais, pois nada se estipulou em sentido inverso.

Ao contrário das doações com eficácia *post mortem* - legadas os donatários não serão beneficiados pelo direito de acrescer em caso de morte do condômino. A parte do falecido será direcionada a seus sucessores, mantendo-se o estado de indivisão do bem.

Contudo, incidirá o direito de acrescer apenas quando os donatários forem marido e mulher, prestigiando-se o cônjuge sobrevivente com a integralização da doação, desconsiderando-se os sucessores do falecido. Todavia, independentemente da qualificação dos donatários, a autonomia privada do doador permite a estipulação de cláusula expressa de direito de acrescer sobre o bem doado, seja no próprio título constitutivo da doação, seja em posterior testamento.

A norma guarda conexão com o art. 2.018 do Código Civil, que permite a partilha em vida pelo ascendente por ato entre vivos. Efetivada a partilha mediante a forma de escritura de doação, se nada ressalvar o doador, os bens serão proporcionalmente divididos entre os herdeiros necessários. Todavia, é lícito ao ascendente efetuar rateio desproporcional entre os descendentes, desde que não ofenda a sua legítima. Assim, se A possui R\$ 90.000,00, poderá destinar R\$ 45.000,00 ao filho B e os outros R\$ 45.000,00 dividir em partes iguais entre B, C e D. O fato de B receber R\$ 60.000,00 não desrespeitará a metade indisponível dos seus irmãos.

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Sobrepartilha. Doação de bem imóvel. Não incidência do art. 551, parágrafo único. Só há direito de acrescer na doação feita a ambos os cônjuges. Bem doado somente ao varão. O fato de estar assistido pela sua esposa não faz presumir que ela também seja donatária do bem. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 6.436.524.900, rel. Luiz Antônio Costa, j. 26.08.2009)

Art. 552. O doador não é obrigado a pagar juros moratórios, nem é sujeito às consequências da evicção ou do vício redibitório. Nas doações para casamento com certa e determinada pessoa, o doador ficará sujeito à evicção, salvo convenção em contrário.

CC/1916: art. 1.179.

A doação pura é um ato de liberalidade, pelo qual o doador experimenta um empobrecimento justificado. Cuida-se de contrato unilateral e gratuito, pois só o doador se obriga, sem que receba uma contraprestação ou se evidencie qualquer sacrifício por parte do donatário.

Pelas peculiaridades desse negócio jurídico, não é possível que se lhe apliquem certas normas gerais da teoria contratual, como a incidência dos juros moratórios, evicção e vícios redibitórios, sob pena de um agravamento ainda maior de sua situação financeira.

A isenção de responsabilidade quanto aos juros moratórios impede que o doador seja sancionado pelo fato de não entregar a coisa na data ajustada, quando já está praticando uma liberalidade. Todavia, se o interpelado for constituído em mora, responderá pelos juros de

mora conseqüentes ao processo a contar da data da citação (art. 405 do CC), pois o benefício que concedeu não lhe propicia o benefício da desídia.

Da mesma forma, a não ser que expressamente ressalve o contrário, isenta-se de responsabilidade por vícios materiais e ocultos da coisa existentes antes da tradição (art. 441 do CC) e pela perda da coisa pelo donatário em virtude de uma decisão que conceda o direito sobre ela a um terceiro (art. 447 do CC).

Certamente, tais isenções de responsabilidade não incluem as doações onerosas (com encargo), como se percebe ilustrativamente da leitura do art. 441, parágrafo único, do Código Civil.

Ainda no que tange à evicção, há uma regra supletiva no parágrafo único que permite a sua incidência nas doações para casamento com certa e determinada pessoa. Aqui se faz referência à doação condicional do art. 546, na qual o legislador presume o dolo do cônjuge que oferece um bem ao outro, considerando que a liberalidade se deu como uma forma de atrair o interesse do outro nubente para o matrimônio.

O objetivo da norma em comento é demonstrar que, se não há sinalagma, a diferença quanto à imputação de deveres deve atender ao princípio da isonomia, dispondo que os desiguais serão tratados desigualmente. Por essa razão, também se editou o art. 392, enfatizando que, nos contratos benéficos, a parte a que não aproveite o contrato só responderá por dolo. Portanto, se o doador sabia do vício material ou jurídico do bem e ocultou o fato do donatário, será responsabilizado pela quebra do princípio da boa-fé, pouco se cogitando de sua situação financeira e muito se acautelando a confiança e legítima expectativa frustrada do donatário.

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Processual. Denúnciação da lide. Descabimento da denúncia pretendida, uma vez que a transmissão da propriedade deu-se mediante doação, sendo que o doador não se sujeita à evicção. Ausência de responsabilidade contratual. Não subsunção ao art. 70 e seus incisos, do CPC. Agravo improvido. (TJRS, AI n. 599.077.401, 19ª Câ. Cível, rel. Mário José Gomes Pereira, j. 03.08.1999)

Art. 553. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.

Parágrafo único. Se desta última espécie for o encargo, o Ministério Público poderá exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não tiver feito.

CC/1916: art. 1.180.

O encargo é elemento accidental do negócio jurídico - assim como o termo e a condição - que poderão ser inseridos em contratos gratuitos (v. g. comodato) ou negócios unilaterais (v. testamento) pela autonomia privada das partes. Sua aposição no contrato de doação produz uma restrição na eficácia da liberalidade, pois implica a criação de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer para o donatário, convertendo o elemento accidental em essencial àquele negócio jurídico. Não se trata, contudo, de uma contraprestação, pois converteríamos a doação em compra e venda ou permuta, sacrificando a natureza unilateral do contrato.

Assim, em razão da onerosidade acarretada à doação, deverá ela ser objeto de aceitação expressa pelo donatário, não se admitindo a aceitação presumida ou tácita (art. 539 do CC).

Ao contrário do termo e da condição, em que se suspende o exercício ou a própria aquisição do direito (arts. 125 e 131 do CC), a fixação de um encargo não suspende a aquisição do direito (art. 136 do CC), gerando imediata eficácia da liberalidade e, via de consequência, da obrigação do donatário de cumprir o encargo.

O *caput* do artigo enfatiza que o descumprimento do encargo pode ser evitado mediante o ajuizamento da tutela específica, exigindo-se o cumprimento do modo. Ora, se a aceitação gera a vinculação da doação ao cometimento do encargo, tanto o doador como o tercei-

ro que for beneficiado pelo modo serão legitimados para o exercício da pretensão em juízo. Com relação ao encargo de prestações de fazer, até mesmo a autoexecutoriedade será cabível em hipóteses extremas, com posterior ingresso de demanda indenizatória perante o donatário (art. 249, parágrafo único, do CC).

Tratando-se de cumprimento de encargo de interesse geral, beneficiando a coletividade em caráter indivisível, será o Ministério Público legitimado ao exercício da tutela específica de execução do encargo, caso o doador não tenha agido em vida ou, se iniciou a ação, não tenha sido a mesma concluída, caso em que o *parquet* prosseguirá na ação. Tratando-se de ação condenatória, na falta de previsão específica, aplica-se o prazo prescricional geral de dez anos para o exercício da pretensão, a contar da data em que se aperfeiçoou a doação, se outro prazo não foi assinalado.

Art. 554. A doação a entidade futura caducará se, em dois anos, esta não estiver constituída regularmente.

CC/1916: sem correspondente.

Assim como é possível efetuar doação em prol de nascituro, sob a condição suspensiva de aquisição do patrimônio com o nascimento com vida, em sede de inovação o legislador concebeu a doação em prol de uma entidade futura, de existência incerta.

Cuida-se de doação sob condição suspensiva, sujeita a prazo decadencial de dois anos para a sua constituição formal, sob pena de caducidade da liberalidade, com a manutenção dos bens doados em poder do doador.

Dispensa-se a aceitação pelo simples fato de o beneficiário não existir ao tempo da liberalidade, tampouco um representante. Outrossim, ao incluir o termo “entidade”, o legislador não se referiu apenas à pessoa jurídica, mas a qualquer ente personalizado ou não (v. g., condomínio), com finalidade lucrativa ou assistencial. Qualquer entidade será sujeito de direitos, legitimada a agir em juízo na defesa de seus interesses.

Seção II

Da Revogação da Doação

Art. 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.

CC/1916: art. 1.181.

Apesar de considerável aperfeiçoamento de redação, o Código Civil manteve as duas únicas causas de revogação do contrato de doação: a ingratidão do donatário e a inexecução do encargo.

É importante perceber que inexistente direito potestativo à revogação injustificada da doação no direito pátrio, sendo vedado ao doador simplesmente denunciar a liberalidade quando bem lhe aprouver (art. 473 do CC).

Acerca do descumprimento do encargo já tecemos nossos comentários por ocasião do exame do art. 553. A despeito da adoção do termo “revogação”, cuida-se de verdadeira hipótese de resolução por inadimplemento da obrigação do donatário, na qual o doador poderá exercitar as medidas alternativas do art. 475 do Código Civil: exigir o cumprimento ou revogar (resolver) o contrato descumprido.

No que tange à ingratidão do donatário, a matéria será mais bem explorada à luz do art. 557. Porém, podemos adiantar que se trata de uma ponderação do doador acerca da correção e oportunidade da liberalidade em virtude de fatos supervenientes que retiram a estima que possuía em relação ao donatário.

Por último, não se confunda a revogação com a invalidação da doação. A invalidade, por nulidade ou anulabilidade, concerne a um déficit qualitativo do negócio jurídico ao tempo de sua gênese, conforme se deduz da leitura dos arts. 166 e 170 do Código Civil. Já a revogação é uma espécie de ineficácia superveniente de um negócio jurídico válido. De fato, é um equívoco cogitar de invalidade superveniente, pois o contrato é válido ou não. Contudo, a produção de efeitos poderá cessar, preservando-se os atos anteriores à revogação.

Jurisprudência: Apelação cível. Ação de revogação de doação. Impossibilidade diante de qualquer encargo por parte do donatário. Nos termos dos artigos 555 e seguintes do Código Civil, a doação somente poderá ser revogada no caso de ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo. Inexistindo a fixação de qualquer encargo na doação, não há que se falar na sua revogação. Recurso improvido. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.211.361, rel. Claudir Fidelis Faccenda, j. 29.03.2006)

Art. 556. Não se pode renunciar antecipadamente o direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário.

CC/1916: art. 1.182.

É natural que uma ordem jurídica pautada na diretriz da eticidade não aceite uma cláusula de renúncia antecipada à revogação da doação por ingratidão. Isso atentaria contra a norma de ordem pública ora reproduzida que não pode ser derogada pela vontade das partes.

Ademais, não se pode renunciar àquilo que ainda não ingressou no patrimônio. Só se pode abdicar de um direito, por negócio unilateral, quando já se verificou a hipótese de incidência que permitiria sua aquisição.

A nulidade virtual é aqui versada, tratando-se de impedimento à prática de um ato sem imposição de sanção (art. 166, VII, do CC).

Apesar da invalidação de eventual cláusula renunciativa, nada impede que, verificado o fato, o doador posteriormente efetue o perdão do donatário, pela via expressa ou tacitamente, em razão de um comportamento para com o donatário que demonstre a falta de interesse em pleitear a revogação.

Diante do silêncio da norma, é possível a inserção de cláusula de renúncia ao direito de revogação por inexecução do encargo? Pelas mesmas razões invocadas, ou seja, impossibilidade de renúncia a uma situação patrimonial ainda não incorporada, entendemos pela negativa.

Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;

II - se cometeu contra ele ofensa física;

III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;

IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

CC/1916: art. 1.183.

A norma em enfoque apresenta quatro hipóteses de revogação por ingratidão, de caráter taxativo, *numerus clausus*, não admitindo interpretação extensiva. Daí não admitirmos a possibilidade de interpretação extensiva, a fim de apanhar hipóteses de ingratidão (art. 1.814 do CC) e deserdação (arts. 1.962 e 1.963 do CC) que não foram aqui arroladas pelo legislador.

No sentido comum do termo, a ingratidão seria o desrespeito por quem lhe proporcionou um benefício. Mas o legislador entendeu que a possibilidade de revogação é exclusiva às situações mais graves, em que o desrespeito importa em ofensa a valores sedimentados como relevantes na sociedade sob o ponto de vista da eticidade.

I - Crime de homicídio ou tentativa de homicídio pelo donatário contra o doador - na modalidade dolosa o legislador inovou com correção ao estender a possibilidade de revogação no homicídio consumado e não apenas na tentativa, como no Código de 1916. Com o homicídio, a legitimidade para o ajuizamento da ação será dos herdeiros do doador (art. 561 do CC).

Note-se que, diante da relativa independência entre as instâncias cível e criminal (art. 935 do CC), o juízo de absolvição criminal somente será relevante para impedir o curso da ação de revogação quando alicerçado em negativa do fato, inexistência de autoria ou excludentes da ilicitude (arts. 65 e 66 do CPP).

II - Lesões corporais - sendo dolosas, em qualquer modalidade. Portanto, até uma lesão corporal leve consubstanciada em exame de corpo de delito é suficiente para motivar a revogação da doação. A nosso sentir, hipóteses em que há um entrevero entre doador e donatário, como vias de fato e agressões que não causem lesões relevantes para o direito penal, poderão ser sopesadas pelo magistrado com prudência, perseguindo-se o princípio da proporcionalidade, a fim de evitar sanções desmesuradas para atitudes não tão graves.

III - Injúria grave e calúnia - a injúria alcança a honra subjetiva da pessoa, ferindo-lhe o decoro ou a dignidade mediante utilização de qualificações depreciativas, como “safado”, “vagabundo”. Deverá a injúria ser grave, causando constrangimento ao doador no meio social em que vive.

A calúnia é a falsa imputação de um crime contra o doador. Apesar de não haver expressa menção à difamação, o fato que fere a reputação da pessoa ensejará a revogação da doação.

IV - Recusa injustificada de prestação de alimentos - em princípio o donatário não é sujeito passivo do dever alimentar, quando não seja parente, cônjuge ou companheiro do doador (art. 1.694 do CC). Mas, a partir do instante em que este necessite de alimentos e o donatário possa ministrá-los em razão de sua posição econômica - não do valor do bem doado ou das rendas que produza -, não será ético de sua parte recusar injustificadamente a sua concessão, deixando o doador em desamparo.

Destarte, afigura-se desnecessário o ajuizamento de ação de alimentos para justificar a revogação da doação, sendo suficiente a demonstração da injustificada recusa e da inexistência de familiares do doador que possam fornecer o mínimo a seu sustento.

Jurisprudência: Doação. Revogação. Possibilidade jurídica. Arts. 553 e 557 do Código Civil. Encargo e ingratidão. Prova. Inexistência. Art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Pedido julgado improcedente. Sentença confirmada. Para a procedência do pedido de revogação da doação necessário que o autor demonstre a ocorrência da situação prevista no art. 555 do Código Civil, ou de alguma das hipóteses do art. 557, incisos I a IV, do mesmo diploma legal. Não havendo prova cabai do elenco de casos de ingratidão jurídica, posto no art. 557, do mencionado artigo legal, que é taxativo, impõe-se manter a sentença que julgou improcedente o pedido inicial. (TJMG, Ap. cível n. 1.0021.07.000422-7/001(1), rel. Antônio de Pádua, j. 25.09.2008)

Art. 558. Pode ocorrer também a revogação quando o ofendido, nos casos do artigo anterior, for o cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador.

CC/1916: sem correspondente.

Essa elogiável inovação do Código Civil pretende afirmar a diretriz da socialidade pela lente da função social da família. O individualismo jurídico que permeou o Código de 1916 restringia a discussão acerca da revogação da doação entre os partícipes da relação patrimonial. Agora, procura-se enfatizar o fundamental papel da família e dos laços afetivos que envolvem as pessoas que a compõem.

O vínculo existencial entre os membros da entidade familiar justifica que a lesão a um deles tenha a mesma carga de significado que a ofensa ao próprio doador. De certa maneira, o legislador despatrimonializa a discussão e afirma que todo ato de doação envolve um laço espiritual com o donatário, que será traído quando um cônjuge, ascendente ou descendente sofrer as ofensas aludidas no artigo pregresso.

Todavia, houve uma omissão gravíssima no dispositivo. O legislador olvidou-se de trazer os companheiros para a mesma situação dos demais familiares elencados. Todavia, em uma interpretação conforme a Constituição, devemos abranger o conceito de cônjuge para incluir o companheiro, evitando qualquer forma de discriminação por parte do legislador subalterno. Aliás, o mesmo equívoco não foi cometido no art. 1.814 ao tratar o Código da extensão dos sujeitos passivos de hipóteses que autorizam a exclusão do sucessor por indignidade.

Jurisprudência: A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, nos termos dos artigos 555, 557, II e III, e 558 do Código Civil. Ofender a honra subjetiva do doador com palavras de baixo calão e praticar ofensa física contra sua neta, que o socorrera, caracteriza ingratidão, a ensejar a revogação da doação. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 6.741.004.200, rel. Paulo Eduardo Razuk, j. 17.11.2009)

Art. 559. A revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor.

CC/1916: art. 1.184.

A ação de revogação da doação está sujeita ao prazo decadencial de um ano, seja por ingratidão do donatário, seja pela inexecução do encargo.

Cuida-se de prazo fatal para o exercício do direito potestativo à desconstituição do negócio jurídico, seguindo a lógica do Código Civil de reservar os arts. 205 e 206 para sediar prazos prescricionais e dos demais setores do Código que topicamente enfatizam prazos decadenciais.

Quanto à revogação de doação por ingratidão, o termo *a quo* para o ajuizamento da demanda será aquele em que o doador tiver a convicção de que o donatário praticou um dos fatos arrolados no art. 557. A inclusão da expressão “e de ter sido o donatário o seu autor” ao final do dispositivo poderá ser útil nos casos em que o ofendido seja um parente ou cônjuge do doador, havendo a necessidade de apuração da autoria.

Nas hipóteses em que houver ação criminal contra o donatário, não poderá o doador se aproveitar do art. 200 do Código Civil para iniciar a contagem do prazo da data do trânsito em julgado da sentença condenatória, pois a norma é privativa para as hipóteses de prescrição, não sendo aplicável à decadência conforme informa o art. 207 do Código Civil.

Quanto à revogação da doação por descumprimento do encargo, muitas vezes o fato não chegará imediatamente ao conhecimento do doador, eis que o modo fora estipulado para beneficiar terceiro. A ciência do descumprimento será determinante para o início da contagem. Outrossim, não tendo sido assinalado prazo para o início do cumprimento do encargo, o doador provará que o donatário foi regularmente constituído em mora (art. 398 do CC) e não agiu no prazo assinalado pela interpelação.

Frise-se que o prazo decadencial de um ano será determinante para a resolução contratual, com extinção da relação contratual. Todavia, caso deseje o doador a tutela específica da obrigação de dar ou fazer, há que adotar o prazo prescricional de dez anos para o exercício da pretensão condenatória (art. 205 do CC).

E se o donatário agiu como mero partícipe, mas não como autor? O Código Civil abrange a hipótese da participação, pois o legislador civil não utilizou o termo “autor” na acepção técnica. A *mens legis* foi no sentido de resguardar a lealdade do donatário perante o doador e, por absurdo, não se admitiria desconstituir a liberalidade apenas no caso extremo da autoria propriamente dita, exonerando-se da sanção aquele que contribuiu material ou moralmente para a prática delituosa de terceiro (v. g., donatário que, desejando a morte do doador, abre a porta da casa para que um terceiro execute o fato).

Jurisprudência: Revogação de doação. Autora não comprovou nenhuma conduta inadequada dos réus que afrontasse a dignidade da pessoa humana da doadora. Ação proposta há mais de um ano, após a apelante ter conhecimento da suposta ingratidão dos réus, o que foi corroborado pela prova oral e pela revogação do mandato em que os apelados figuravam como mandatário. Decadência configurada. Aplicação do artigo 559 do Código Civil. Apelo desprovido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 6.217.664.800, rel. Natan Zelinschi, j. 25.03.2009)

Art. 560. O direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide.

CC/1916: art. 1.185.

Aqui é enfatizado o caráter *intuitu personae* da ação de revogação de doação. A ação revocatória não será transmitida aos herdeiros do doador, falecendo com ele.

Excepcionalmente, o art. 561 permite que em caso de homicídio doloso os herdeiros do doador ajuízem a lide, naturalmente pela impossibilidade da vítima de agir.

Contudo, se o doador já havia ajuizado a demanda, os seus herdeiros poderão ocupar a sua posição no processo em caso de falecimento do autor. A pretensão de direito material ainda é do doador. Os herdeiros apenas conduzirão o processo a seu destino.

Aliás, enquanto o Código Civil de 1916 se referia à contestação do donatário como termo inicial para permitir o prosseguimento da lide pelos sucessores do doador, o Código Civil de 2002 se refere ao óbito já ao tempo do ajuizamento da lide. A alteração é equitativa, pois a simples distribuição da demanda (art. 263 do CPC) dentro do prazo decadencial é suficiente para demonstrar o interesse do doador de revogar a liberalidade, permitindo que seus herdeiros prossigam em seu intento, sem depender da iniciativa do réu em oferecer a contestação.

Caso o falecimento do donatário ocorra antes do ajuizamento da lide, não poderão ser os seus herdeiros colocados no polo passivo da lide, em razão de o fato ser personalíssimo. Todavia, se já havia ação revocatória em andamento contra o donatário quando de seu falecimento, não poderão os herdeiros responder por forças superiores às da herança (art. 1.997 do CC), prestigiando-se a autonomia patrimonial entre o donatário e os sucessores.

Art. 561. No caso de homicídio doloso do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado.

CC/1916: sem correspondente.

Em boa hora foi corrigida uma histórica omissão. Enquanto na tentativa de homicídio o doador sobrevivente poderia ajuizar ação revocatória, no crime consumado doloso, no qual o donatário alcançava o seu intento, poder-se-ia cogitar do delito perfeito, pois o ordenamento não permitia a transmissão do direito de demandar aos herdeiros do doador falecido.

Essa perplexidade é sanada pelo presente dispositivo - em conexão com o acréscimo da parte final do art. 557,1 -, permitindo que os herdeiros do *de cujus* promovam em nome próprio a ação de revogação da doação, preservando o interesse moral da família em compensar de alguma forma a violação aos seus direitos da personalidade. Por isso, é possível a cumulação do pleito desconstitutivo com a reparação pelo dano moral.

Pelo fato de a lide não assumir contornos patrimoniais, não apenas os herdeiros chamados à sucessão imediatamente poderão ajuizar a demanda contra o donatário como também outros sucessíveis mais distantes, diante da omissão dos mais próximos.

Abre-se exceção no final do dispositivo, nos casos em que, antes de falecer como consequência do crime, o doador perdoa o donatário por escrito ou através de declaração testemunhada por pessoas próximas. Caberá ao donatário demonstrar a existência do aludido perdão, com base na distribuição dos ônus probatórios (art. 333 do CPC).

Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida.

CC/1916: art. 1.181.

O artigo trata do pressuposto para a revogação da doação onerosa na espécie com encargo. Existem outras espécies de doações onerosas (v. g. doação remuneratória), mas elas não se revogam por ingratidão, conforme ressalta o art. 564 do Código Civil.

Se o doador fixou um prazo para o cumprimento do encargo pelo donatário, a mora é automática - *mora ex re*-, aplicando-se o brocardo *dies interpellat pro homine*, pois é dispensada qualquer forma de interpelação (art. 397 do CC).

Todavia, inexistindo termo, a mora é *ex persona*, sendo necessária a notificação judicial do donatário para que, dentro de prazo razoável, cumpra a obrigação. A locução “prazo razoável” será aferida pelas circunstâncias. Assim, um prazo de dez dias é suficiente para que o donatário realize a pintura de um apartamento, mas não é razoável para que ministre um curso de inglês ao filho do doador.

Na mora para os encargos sem termo assinalado não se aplicará o parágrafo único do art. 397, que permite ainda a constituição em mora pela via extrajudicial. A regra geral será afastada pela especialidade do preceito em comento.

Por fim, é sempre bom lembrar que a mora é a inexecução da obrigação no tempo, local ou forma ajustados (art. 394 do CC). Apesar de a dicção do artigo sugerir que na doação com encargo ela será apenas apreciada no aspecto temporal, prevalece a visão abrangente do instituto, possibilitando o ajuizamento da ação quando, exemplificadamente, o donatário construir um cômodo de pequenas dimensões, quando o doador havia ajustado que o quarto seria amplo.

Jurisprudência: [...] Se para a revogação da doação onerosa é preciso que o donatário incorra em mora (art. 562 do CC/02, 1ª parte), e se esta, nos casos de ausência de prazo para o cumprimento do encargo, só é constituída através de interpelação (art. 397 do CC/02), tem-se por certo que nos casos em que não houver prazo para o cumprimento do encargo, o doador deverá notificar judicialmente o donatário, a fim de constituir-lhe em mora. [...] (TJMG, Ap. cível n. 1.0081.04.000441-8/001(1), rel. Albergaria Costa, j. 30.03.2006)

Art. 563. A revogação por ingratidão não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, nem obriga o donatário a restituir os frutos percebidos antes da citação válida; mas sujeita-o a pagar os posteriores, e, quando não possa restituir em espécie as coisas doadas, a indenizá-la pelo meio termo do seu valor.

CC/1916: art. 1.186.

Quando se afirma que a revogação por ingratidão não prejudicará os direitos adquiridos por terceiros, não estamos apenas diante de uma opção legislativa pela tutela da aparência e da boa-fé dos terceiros que praticaram negócios jurídicos com aquele que ostentava a posição de proprietário.

Com efeito, tanto a revogação por ingratidão como a praticada por inexecução do encargo representam situações que se verificam na fase de execução contratual, não em sua gênese. Representam o inadimplemento de uma doação pelo descumprimento da obrigação principal do devedor (encargo), como pelo dever anexo de proteção (ingratidão), ofendendo o princípio da boa-fé objetiva.

Assim, ambas as formas de revogação representam a ineficácia superveniente de um negócio jurídico válido. Daí que serão preservados todos os direitos adquiridos por terceiros, na medida em que não se nulifica ou anula um negócio jurídico que é válido na origem. De fato, apenas a anulação do negócio restitui as partes ao estado em que se encontravam primitivamente (art. 182 do CC).

Ademais, o art. 1.360 do Código Civil consagra a propriedade *ad tetnpus*, diferenciando-a da propriedade resolúvel do art. 1.359. Naquela, a propriedade não está sujeita a termo ou condição, mas é potencialmente revogável em razão de evento superveniente (v. g., ingratidão e inexecução do encargo). Assim, o terceiro que a adquiriu “será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor” (art. 1.360 do CC).

Quanto aos frutos recebidos pelo donatário, aplica-se à temática a mesma estrutura da divisão dos frutos conforme a boa-fé ou má-fé do possuidor (arts. 1.214 a 1.216 do CC). Assim, antes da citação válida, o possuidor desconhece a demanda e mantém a boa-fé, sendo todos os frutos colhidos de sua propriedade. Porém, os frutos posteriores serão considerados pendentes e, portanto, devolvidos ao final da lide, caso julgada procedente a pretensão do doador.

A parte final do dispositivo esclarece que, na impossibilidade de restituição do bem *in natura*, por destruição, perda ou alienação, ficará obrigado o donatário a arcar com a indenização representativa de meio-termo do seu valor, como uma espécie de valor razoável entre o valor máximo e o mínimo encontrados no mercado no período em que o bem esteve com o donatário.

Art. 564. Não se revogam por ingratidão:

I - as doações puramente remuneratórias;

II - as oneradas com encargo já cumprido;

III - as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural;

IV - as feitas para determinado casamento.

CC/1916: art. 1.187.

A norma prevê situações em que a doação não poderá ser revogada, não obstante tenha o donatário praticado uma das condutas vislumbradas no art. 557 do Código Civil. A solução da lei se justifica, uma vez que as quatro hipóteses selecionadas retratam doações vinculadas a determinados objetivos do doador, ao contrário do que ocorre na doação pura.

Mas o fato de a norma vedar a revogação da doação nas referidas situações não implica total isenção de responsabilidade do donatário. Além de eventual sanção penal, poderá o doador - ou seus familiares quando vítimas ou sucessores - ajuizar ação de reparação pelo dano moral conseqüente à ofensa aos direitos da personalidade, além da indenização pelos danos materiais por prejuízos causados na órbita econômica.

As doações puramente remuneratórias são aquelas relacionadas a uma compensação ao donatário em virtude de serviços por ele realizados, sem que exista uma contraprestação exigível (art. 540 do CC). O dever moral - não o jurídico - impele o doador a realizar a doação. Contudo, se a remuneração ultrapassar o custo normal do serviço, o excedente não será configurado como doação onerosa e será passível de revogação por ingratidão. Assim, se entrego uma joia avaliada em R\$ 3.000,00 para compensar um médico por um tratamento habitualmente remunerado em R\$ 500,00, eventual ingratidão poderá ser revogada no limite de R\$ 2.500,00.

As doações com encargo ou modo impõem ao devedor a realização de determinadas obrigações, sob pena de revogação por seu inadimplemento (art. 562 do CC). Mas, tendo sido o encargo comprovadamente cumprido no tempo, local e forma devidos, a doação adquire o traço da irrevogabilidade.

A outro giro, quando a doação é efetivada em cumprimento de obrigação natural, também é incabível a adoção da ação revocatória. Lembre-se de que as obrigações civis são compostas de dois elementos: débito e responsabilidade. Nas obrigações naturais há um débito desprovido de responsabilidade, pois não há exigibilidade da prestação para o credor. O seu direito subjetivo violado não é dotado de pretensão, portanto não pode agir contra o devedor no sentido de constrangê-lo a pagar. Porém, se houver o pagamento voluntário, ele será irrepetível (art. 882 do CC), pois havia um débito, seja ele jurídico (dívida prescrita), seja moral (dívida de jogo não legalizado). Portanto, se alguém utilizar a forma da doação para pagar obrigação natural, certamente não poderá revogá-la por ingratidão.

No mais, a doação feita em contemplação de determinado casamento não poderá ser revogada, pois a lei não quer criar embaraços para os cônjuges, preservando o matrimônio. Entendemos que esse inciso é inócuo e não reflete a atualidade do direito de família, que se preocupa com a preservação das pessoas e não de instituições. Em outras palavras, a ingratidão de um cônjuge a outro eventualmente propicia separação judicial, reparação por danos materiais e morais e ação penal. Qual a razão de afastar a revogação da doação, quando já não mais existe o afeto que a provocou?

CAPÍTULO V

DA LOCAÇÃO DE COISAS

Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

CC/1916: art. 1.188.

No Direito romano eram conhecidas três formas de locação: *locatio conductio rei* (locação de coisa); *locatio conductio operarum* (locação do trabalho humano); e *locatio conductio operis* (locação de obra).

Nesse sentido, o Código Civil de 1916, sob a rubrica “Da locação”, cuidava das três modalidades milenares de locação. Mas, com terminologia própria e adequada, o Código Civil de 2002 afasta as duas primeiras espécies de locação, convertendo-as aos contratos de prestação de serviço e empreitada.

Ademais, houve a unificação das locações civil e mercantil - esta anteriormente situada no Código Comercial de 1850 pois toda a matéria é agora versada no Capítulo V, do Título VI, do Livro “Do Direito das Obrigações”, relativo às várias espécies contratuais.

Significativa é a advertência do art. 2.036 do Código Civil: “A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida”. Nesse ponto, há uma curiosidade. A norma geral remete à lei especial e esta, novamente, conduz ao Código Civil. Basta perceber que a locação de imóveis urbanos é tratada na Lei n. 8.245/91, sendo que logo em seu arl. 1º, parágrafo único, adverte acerca das modalidades de locação que serão regidas pelo Código Civil e leis especiais (norma de reenvio).

Destarte, o Código Civil regula a locação de vagas autônomas de garagem; espaços destinados à publicidade; locação de apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados (além da aplicação de normas do CDC); e formas de locação que não tenham sido objeto de regulamentação por legislação própria.

Além de estabelecer normas genéricas para o tratamento de espaços legislativos olvidados por microssistemas - sobretudo quanto à locação de bens móveis em que não exista relação de consumo -, não se olvide de que subsidiariamente a lei civil também será aplicada àqueles casos de omissão na norma de regência específica.

Outrossim, excluem-se do Código Civil as locações de imóveis rurais (arrendamento rural, Lei n. 4.504/64 - Estatuto da Terra); locação de bens públicos (Decreto-lei n. 9.760/46); e o arrendamento mercantil (*leasing*), posto que é submetido à Lei n. 6.099/74 e resoluções do Banco Central.

Contudo, o Código Civil cuidou de delimitar o prazo prescricional trienal para o exercício da pretensão relativa ao pagamento de aluguéis de prédios rústicos ou urbanos (art. 206, § 3º, I).

Afastando-se da aceção ampla de locação tanto a prestação de serviço como a empreitada, restou conceituada no presente dispositivo a locação como o contrato pelo qual uma das partes, mediante contraprestação, concede à outra em caráter temporário o uso e gozo de coisa infungível.

Trata-se de contrato *bilateral*, gerando obrigações para ambas as partes (uso e gozo do bem em troca de retribuição pecuniária); *oneroso*, eis que os sacrifícios e vantagens são recíprocos; *comutativo*-, sendo as prestações conhecidas e pré-estimadas pelas partes; e *consensual*, aperfeiçoando-se com o acordo de vontades, na medida em que a entrega da coisa não é pressuposto de existência, e sim fase de execução. Por fim, é contrato de *duração*, com execução sucessiva e renovada de prestações de dar quantia certa a cada período.

Como pressupostos de existência da locação temos: consenso dos sujeitos, coisa, temporariedade, remuneração, *consensum, res, tempus, pretium*.

Os sujeitos do contrato são o locador (senhorio) e o locatário (inquilino). Em regra, o proprietário transmite a posse direta do bem ao locatário, reservando-se a posse indireta em razão da relação de direito obrigacional. Necessariamente não há coincidência entre a posição de locador e a de proprietário, pois mesmo um não proprietário poderá ceder o uso e gozo da coisa em locação (sublocação) se não houver proibição contratual. Nesse caso, a posse será tripartida, cabendo a posse direta ao sublocatário e a posse indireta ao proprietário e àquele que cedeu a posse (v. g., usufrutuário que cede o exercício do usufruto a um terceiro - art. 1.393 do CC).

No condomínio, nenhum dos condôminos isoladamente poderá locar a coisa comum para terceiros sem o consenso dos outros (art. 1.314, parágrafo único, do CC). A restrição é

coerente com a natureza do modelo jurídico: cada comproprietário detém uma fração ideal da coisa, que permite a sua disposição com exclusividade, mas a posse comum é de fruição de todos os condôminos, daí a necessidade do consentimento geral.

Cuidando-se de contrato consensual, é suficiente o acordo de vontades no tradicional esquema proposta/aceitação, sendo a tradição da coisa uma obrigação de dar coisa certa que recai sobre a pessoa do locador. Já no comodato, mútuo e depósito, a entrega da coisa é elemento de formação do negócio jurídico, tratando-se de contratos reais.

O objeto do contrato de locação será um bem móvel ou imóvel, consistente em coisa infungível e inconsumível, tendo em vista a necessidade de sua restituição ao locador, ao término do contrato, com a manutenção de sua substância, preservando-se a essência. Ora, sendo os bens fungíveis e consumíveis passíveis de exaurimento, a sua cessão descaracterizaria a locação, conforme a acepção a eles conferida pelos arts. 85 e 86 do Código Civil.

A locação será contratada por prazo ou sem prazo. Em qualquer dos casos, a temporariedade é fundamental, pois a perpetuidade conduziria a uma espécie de enfiteuse, que não pode mais ser constituída a partir de 11 de janeiro de 2003 (art. 2.038 do CC).

O preço é um dos elementos essenciais da locação. Ao contrário da compra e venda, a vontade das partes quanto ao preço não importa em transmissão da propriedade, mas em cessão de posse. O aluguel é a contraprestação fundamental do locatário, a mais importante de suas obrigações. Se não houvesse a onerosidade, instalar-se-ia o comodato. A retribuição é explicada como compensação pecuniária ao proprietário que é privado da posse imediata da coisa e da percepção de seus frutos naturais e industriais. Daí servirem os pagamentos em dinheiro ou bem de outra espécie - como frutos civis, pouco importando se o locatário utiliza a coisa efetivamente ou não.

Jurisprudência: [...] a locação [...] exige a assunção da obrigação de uma das partes ceder à outra por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível mediante certa retribuição, exigindo ainda a entrega da coisa alugada ao locatário (arts. 565 e 566 do CC). (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 743.592.001, j. 18.08.2008)

Locação de coisa, por definição do Código Civil, é cessão de uso e gozo de bem não fungível mediante retribuição (art. 565) [...]. (TJRS, Ap. cível n. 70.019.725.076, rel. Marco Aurélio Heinz, j. 15.08.2007)

A locação de coisas consubstancia-se em uma cessão de uso a título oneroso, quer seja bem móvel ou imóvel. (TRF, 3ª Região, Ap. em MS n. 249.410, rel. Juiz Lazarano Neto, j. 08.06.2005)

Art. 566. O locador é obrigado:

I - a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário;

II - a garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa.

CC/1916: art. 1.189.

Tratando-se a locação de contrato consensual, a entrega da coisa consiste em obrigação de dar coisa certa a cargo do locador. Descumprindo-se a referida obrigação, abrem-se duas opções ao locatário. Poderá pleitear a resolução do contrato por inadimplemento, ou insistir na tutela específica da obrigação de dar (art. 461-A do CPC). A inexecução do contrato tam-

bém será viabilizada quando a entrega da coisa for desacompanhada das pertenças, que lhe concedem utilidade e serviço (art. 93 do CC). Se as partes não convencionarem em sentido diverso, haverá uma exceção à regra do art. 94 do Código Civil, ao preceituar que os negócios jurídicos sobre o bem principal não alcançam as pertenças.

O princípio da boa-fé objetiva indica que não é suficiente a entrega da coisa, mas sim o dever instrumental de cooperação com o locatário, aqui traduzido na necessidade de entregar a coisa em condições de cumprir perfeitamente a sua destinação, resguardando-se as legítimas expectativas do possuidor direto.

Se, em princípio, as despesas de conservação da coisa incumbem ao locador, tal obrigação poderá ser transferida ao locatário, em razão de cláusula expressa em contrário.

Ademais, o locador garantirá ao locatário o uso pacífico da coisa. Isso importa em afirmar que, durante a locação - antes do advento de seu termo ou, não havendo termo, antes do prazo da interpelação - qualquer tentativa de retomada da coisa será infrutífera, sendo certo que o locatário ajuíze ação possessória para a tutela de sua posse direta, perante o proprietário que desrespeitar a temporariedade da relação obrigacional (art. 1.197 do CC).

Jurisprudência: Declaratória de inexigibilidade de título de crédito c/c indenização por danos morais. Locação de motocicleta. Veículo que apresenta defeitos mecânicos poucos dias após a tradição. Cheque emitido em caução da locação da moto protestado por dano por alegado mau uso pelo locatário. Presunção de responsabilidade do locador por vício redibitório, mesmo que ignorado. Inteligência dos arts. 441, 443 e 566, I, do CC. Alegação de mau uso da moto como causa de exclusão de responsabilidade não comprovada pela locadora. Danos morais comprovados com o indevido protesto (*damnum in re ipsa*). Danos morais arbitrados atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Recurso negado. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 7.066.702.800, rel. Francisco Giaquinto, j. 31.08.2009)

Posse. Manutenção de posse. Liminar. Cabimento. Existência de prova suficiente de que os autores são locatários do prédio pertencente à ré, sua locadora. Enquanto subsistente a locação, não pode a locadora expedir telegrama aos locatários, fixando-lhe prazo de três dias para a desocupação do imóvel. Inteligência do art. 566, II, do CC. Ato que configura turbação à posse. Se os locatários infringiram o contrato de locação, cabe à locadora tomar as providências judiciais cabíveis para obter a desocupação do prédio. Liminar deferida. Recurso provido. (TJSP, AI n. 7.333.472.000, rel. Álvaro Torres Júnior, j. 21.09.2009)

Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.

CC/1916: art. 1.190.

O artigo não cuida de vícios redibitórios do bem locado (art. 441 do CC), pois faz alusão à deterioração da coisa em momento posterior à contratação, gerando a perda do sinalagma funcional do contrato que nasceu equilibrado em suas prestações.

Outrossim, a deterioração sofrida pelo bem locado decorre do fortuito, pois, em havendo culpa do locador pelo evento, ao locatário será lícita a cumulação de qualquer das alternativas assinaladas no dispositivo com uma pretensão indenizatória pelos danos causados.

Em princípio, a leitura do artigo sugere que diante da depreciação da coisa seja outorgado ao locatário o direito potestativo de reduzir proporcionalmente o valor locatício, ou resolver o contrato, extinguindo a relação contratual. Mas isso poderia implicar o abuso do

exercício desse poder, quando a resolução fosse exigida diante de uma insignificante avaria no bem, causada pelo decurso do tempo. Preservando o princípio da proporcionalidade, a parte final do artigo condiciona o direito potestativo extintivo à deterioração que retire da coisa “o fim a que se destinava” Assim, somente uma significativa depreciação material da coisa ameaça a aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico.

Não obstante o silêncio do Código Civil, aplicando-se o princípio da simetria, o locador também poderá obter a revisão judicial do preço a fim de resgatar o sinalagma funcional, demonstrando que o decurso do tempo gerou desproporção manifesta entre prestação e contraprestação (art. 317 do CC), do mesmo modo que se facultou na Lei n. 8.245/91, que cuida da locação de imóveis urbanos (art. 19).

Jurisprudência: Ação de anulação de título cambial c/c indenização por danos materiais e morais. Locação de bens móveis. Equipamento com defeito. Plano de contingência para conclusão dos serviços. Redução proporcional da locação. Danos materiais e morais não provados. Diante do descumprimento parcial do contrato, em razão da locação do equipamento com defeito, em observância ao princípio geral de conservação dos contratos, mister se faz reduzir proporcionalmente as prestações, conforme autoriza o disposto no art. 567 do Código Civil. A ausência de comprovação da efetiva ocorrência dos danos materiais e morais, não autoriza à concessão da respectiva indenização. (TJMG, Ap. cível n. 1.0079.04.144899-8/001(1), rel. Wagner Wilson, j. 11.02.2009)

Art. 568. O locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação.

CC/1916: art. 1.191.

O dispositivo em relato é partido em três enfoques acautelatórios do locatário: quanto à evicção, tutela possessória e vícios redibitórios.

Sendo a evicção a perda de um bem em virtude de uma decisão que conceda o direito sobre ele a um terceiro, poderá ela se traduzir não apenas na perda da propriedade, mas na posse do bem locado. Nesse caso, será o locatário ressarcido dos prejuízos decorrentes pelo locador, caso desconhecesse o fato de a posse da coisa ser alheia ou litigiosa (art. 457 do CC).

O locatário é o possuidor direto do bem em virtude de relação obrigacional em que o locador mantém a posse indireta. Destarte, ele é legitimado ao ajuizamento de ação possessória autônoma perante qualquer um que pratique ameaça, turbação ou esbulho à posse (art. 1.210 do CC), sem se olvidar do exercício da autodefesa, pelos meios necessários e proporcionais à agressão. Vale dizer: tratando-se de posses paralelas, qualquer dos possuidores poderá defender o poder fático sobre a coisa, sem a necessidade de concurso processual com o outro possuidor.

Por fim, faz-se menção aos vícios redibitórios, como aqueles ocultos e anteriores à tradição, que tornem a coisa imprópria ao uso a que é destinada. Exemplificando: uma pessoa loca uma vaga de garagem autônoma em julho e, no período de chuvas de dezembro, descobre uma grave infiltração que lhe acarreta dificuldades na utilização do próprio espaço.

Além das medidas peculiares de acautelamento da posse, é facultado ao locatário pleitear a própria resolução do negócio jurídico quando o vício redibitório for extenso ou a agressão à posse importar em esbulho.

Jurisprudência: Processual civil. Embargos de terceiro. Penhora incidente sobre bem móvel (computador). Contrato de locação. Ilegitimidade ativa do locatário. 1 - Os embargos de terceiro são opostos por aqueles que não integram a relação jurídica processual dos autos

em que se deu a constrição, visando proteger bem, direito de posse ou direito de propriedade da penhora realizada (art. 1.046 do CPC). 2 - Embora tenha sido entabulado contrato de locação de coisa móvel (computador) e esteja na posse direta do bem, a embargante (locatária) não é parte legítima para opor embargos de terceiro, uma vez que somente o locador (proprietário do bem) pode resguardar o locatário de embaraços e turbações de terceiros que pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, o que não ocorreu na hipótese dos autos (art. 568 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1.191 e 1.197 do Código Civil de 1916). 3 - Apelação improvida. (TRF, 1ª Região, Ap. cível n. 2001.38.010.004.381, rel. Juiz Cleberson José Rocha (conv.), j. 30.01.2009)

Art. 569. O locatário é obrigado:

I - a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse;

II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;

III - a levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito;

IV - a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular.

CC/1916: art. 1.192.

O inciso I guarda simetria com o disposto no art. 566,1. Sendo o locador obrigado a entregar ao locatário a coisa em estado de servir ao uso a que se destina, naturalmente incumbirá ao locatário usar e fruir do bem em atenção ao uso convencionado pelas partes ou, na falta de disposição expressa, presumido pela natureza do imóvel e atividade a ser exercitada pelo locatário. Destarte, ele atuará como *bonis pater familiae*, conservando a coisa como se fosse sua, a fim de que possa cumprir a derradeira obrigação de restituir a coisa no estado em que a recebeu (inciso IV).

Prosseguindo, o inciso II remete à obrigação que caracteriza o próprio modelo da locação: o pagamento do preço. O aluguel se traduz em uma obrigação de dar quantia certa, em prestações sucessivas, na época convencionada no contrato. Todavia, no silêncio da convenção, o legislador remete ao costume do lugar do pagamento. iMais ponderada, nesse sentido, parece-nos a Lei do Inquilinato (art. 23 da Lei n. 8.245/91), que estabelece o prazo legal supletivo do sexto dia útil do mês seguinte ao aluguel vencido. Mas, nas locações regidas pelo Código Civil, será necessário buscar os usos e práticas do local do pagamento, que será o do local do imóvel (art. 328 do CC) ou, tratando-se de bem móvel, o domicílio do inquilino, salvo se as partes convencionarem o contrário - dívida portátil (art. 327 do CC).

O inadimplemento conduz à ação de despejo na Lei n. 8.245/91. No Código Civil, a inexecução do pagamento de prestações relativas a bens móveis gera a pretensão à resolução contratual cumulada com pedido sucessivo de reintegração de posse. A pretensão de cobrança é sujeita a três prazos: a) três anos - prédios urbanos e rurais (Lei n. 8.245/91 e art. 206, § 3º, I, do CC); b) cinco anos - dívidas líquidas, constantes de instrumento público ou particular (art 206, § 5º, I, do CC); e c) dez anos - dívidas ilíquidas ou não tituladas, conforme o prazo geral do *caput* do art. 205 do Código Civil.

O inciso III traz nova hipótese de aplicação de regra de simetria. De acordo com o art. 566, II, incumbe ao locador garantir ao locatário o uso pacífico da coisa. Ora, essa tutela só será plenamente satisfeita se o locatário levar ao conhecimento do locador as agressões pra-

ticadas por terceiros contra a posse, sejam elas de direito, sejam fáticas (apesar de o dispositivo só se referir àquelas). Caso o locatário se olvide de atender à referida obrigação e houver prejuízo decorrente da agressão possessória, será lícito ao locador o pleito de desconstituição da relação jurídica, acompanhado de indenização. Em suma, não obstante possa o possuidor de direito manejar de forma autônoma os interditos possessórios, isso não exclui o dever de informação - aqui não apenas ligado ao princípio da boa-fé, mas inserido como obrigação acessória.

Por fim, o inciso IV caracteriza a obrigação última do locatário: restituir a coisa locada no estado em que a recebeu. Caso não se devolva a coisa, a posse se converte de justa a injusta pelo vício da precariedade (art. 1.200 do CC), legitimando o ajuizamento de ação de reintegração de posse. Outrossim, não basta a restituição em si, mas que a coisa mantenha dentro do possível as suas características, caso contrário o locatário será indenizado pelos prejuízos decorrentes da conduta negligente ou dolosa do locatário, excetuando-se os prejuízos provenientes do próprio desgaste normal da coisa. Em vez de perquirir perdas e danos, podem as partes ajustá-los previamente por cláusula penal (art. 411 do CC), dispensando a quantificação dos prejuízos.

Jurisprudência: Locação de duas plataformas elétricas para utilização em terminal marítimo. Restituição. Alegação da locadora de que os equipamentos foram restituídos imprestáveis para nova locação. [...] Autora que não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, as avarias não eram decorrentes do uso natural e regular da coisa (art. 569, IV, do Código Civil). Inadmissibilidade de determinação de provas de ofício. Exegese do disposto no art. 130 do CPC. Apelação não provida. (TJSP, Ap. cível n. 992.090.639.862, rel. Romeu Ricupero, j. 17.12.2009)

Art. 570. Se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos.

CC/1916:1.193, *caput*

A norma é desnecessária, haja vista que apenas reitera a obrigação do locatário já assinalada no art. 569,1, do Código Civil. Se ele não conceder ao bem a destinação que lhe é inerente em razão do ajuste contratual ou da própria finalidade para a qual foi concebido, permitir-se-á o exercício da ação de resolução contratual pelo locador. A norma equivocadamente utiliza o termo “rescisão”, apenas cabível aos casos em que o contrato é desfeito por um vício no objeto, já existente na origem do negócio jurídico (v. g., vício redibitório ou evicção).

De qualquer modo, a norma é uma boa amostragem da teoria do abuso do direito, na medida em que a ilicitude da conduta do locatário não deriva do exercício de uma atividade ilegal, mas da desconformidade do exercício de seu direito subjetivo com a finalidade (resultado) para a qual ele deveria ser orientado. A ilegitimidade da destinação econômica do bem revela o abuso do direito a teor do art. 187 do Código Civil.

Jurisprudência: Apelação. Despesas oriundas do mau uso do imóvel locado. Comprovação por perícias técnicas. Responsabilidade do locatário. Obrigação clausulada no termo contratual. São devidos pelo locatário às despesas advindas dos danos ocasionados pelo mau uso do imóvel locado comprovadas por laudo técnico e firmado em cláusula contratual. (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.311416-1/000(1), rel. Belizário de Lacerda, j. 10.08.2000)

Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.

Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido.

CC/1916: art. 1.193, parágrafo único.

Aqui o legislador permite a rescisão unilateral do contrato (art. 473 do CC) - tanto pelo locador como pelo locatário - que será exercitada mediante a denúncia notificada à outra parte. Note-se que o direito potestativo será exercitado mesmo na vigência de contrato com termo. Porém será o denunciante sancionado com a imposição de perdas e danos decorrentes da antecipação do prazo originário da relação jurídica.

Certamente, as partes determinam a cláusula penal compensatória, prefixando as perdas e danos para o caso de eventual exercício do direito extintivo de rescisão. Dispensa-se a prova do dano, pois ele será o valor formalizado pelos contratantes.

Todavia, o art. 413 do Código Civil atende à diretriz da concretude e dispõe que a penalidade será reduzida equitativamente (não mais “proporcionalmente”) pelo magistrado se a obrigação principal tiver sido cumprida parcialmente. Vale dizer que, se a denúncia unilateral for praticada em data mais próxima ao termo contratual, o juiz observará as condições econômicas das partes e as peculiaridades do contrato para encontrar um valor adequado para a multa compensatória. Exemplificando: na locação de um bem móvel por vinte meses, a rescisão concretizada no segundo mês será apurada de forma diversa daquela ocorrida apenas no décimo quinto mês. Aqui o prejuízo do locador será menor, pois praticamente alcançou a vantagem econômica do contrato, sendo reduzido o prejuízo diante da denúncia produzida pelo locatário. Todo esse raciocínio é válido para a rescisão unilateral por parte do locador.

Lembre-se de que nas locações de imóveis urbanos é vedada ao locador a possibilidade de reaver o imóvel antes do prazo convencionado pelas partes ou pela lei - trinta meses-, pois o direito à rescisão unilateral é exclusivo do locatário (art. 4º da Lei n. 8.245/91). Note-se que a vedação só se aplica à lei especial locatícia e não ao Código Civil por uma singela razão: o Código Civil é a lei dos iguais e a Lei do Inquilinato é o estatuto dos desiguais, pois pretende conceder maior tutela ao vulnerável, que, em nossa ordem econômica, é aquele que procura pela residência urbana diante da carência de meios de obtenção da “casa própria”, sem se omitir do direito fundamental social à moradia (art. 6º da CF).

Por fim, o parágrafo único concerne à faculdade do locatário de exercer o direito de retenção sobre a coisa enquanto não for indenizado. Vale dizer: o locatário poderá manter o bem consigo - mesmo se o locador quiser exercer o direito potestativo extintivo - como garantia de indenização pelos prejuízos resultantes da prematura extinção do contrato. O não exercício do direito de retenção e a imediata devolução da coisa não impedem que o locatário ajuíze a ação de cobrança pelos aludidos prejuízos.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.189.791.006, rel. Arantes Theodoro, j. 05.03.2009; e TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.032.690.008, rel. Paulo Ayrosa, j. 11.11.2008.

Art. 572. Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis.

CC/1916: sem correspondente.

Aplauda-se o legislador pela inovação, uma expressa previsão dos princípios da função social do contrato (art. 421 do CC), do abuso do direito (art. 187 do CC) e da vedação ao enriquecimento injustificado (art. 884 do CC).

Em princípio, não há ilegalidade no fato de as partes ajustarem que a obrigação de pagar o aluguel alcançará o período restante do contrato desfeito. De fato, o art. 412 adverte que a cláusula penal compensatória não excederá o valor da obrigação principal. Portanto, o locatário não pagará um centavo a mais do que arcaria, caso a locação prosseguisse.

Nada obstante, cláusulas de tal teor praticamente inviabilizam a autonomia privada e, por via oblíqua, esvaziam o próprio exercício do direito potestativo à rescisão. Afinal, quem desejara se subtrair a um negócio jurídico sabendo que terá de arcar com as prestações sucessivas, mesmo sem a fruição do bem?

Ora, cláusulas de tal jaez representam violações ao espírito do direito, pois ultrapassam os limites éticos do ordenamento. O sistema jurídico, em boa hora, intervém nos referidos contratos para aplicar o princípio constitucional da proporcionalidade e reduzir a cláusula penal para valores que efetivamente representem a realidade do negócio jurídico e preservem sua função social, impedindo que a liberdade de uma das partes seja sacrificada pela opressão do outro contratante. A expressão “bases razoáveis” é um conceito jurídico indeterminado, que será preenchido em vistas à ética da situação, às evidências reais da natureza do contrato e à consecução de seus objetivos.

Jurisprudência: Redução proporcional da multa convencional. Sob o regime anterior, a aplicação do art. 924 do Código Civil para o caso em tela chegou a apresentar alguma controvérsia, tendo, porém, predominado entendimento no sentido de que a referida multa deveria ser reduzida proporcionalmente à parte descumprida do contrato. (RT572/153)

Art. 573. A locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

CC/1916: art. 1.194.

O artigo alude à cessação de pleno direito dos efeitos do contrato de locação com prazo. Alcançado o termo contratual, dispensa-se interpelação do locatário, pois haverá uma espécie de cláusula resolutiva expressa (art. 474 do CC), que impõe ao locatário a obrigação imediata de restituir a coisa, sob pena de sofrer ação de reintegração de posse, pelo fato de a posse se tornar injusta pelo vício da precariedade (art. 1.200 do CC).

Contudo, tratando-se de contrato sem prazo, deverá o locador interpelar o locatário, a fim de constituí-lo em mora *ex persona* (art. 397, parágrafo único, do CC), assinalando um tempo razoável para a devolução da coisa. Naturalmente, parece-nos que o poder do locador de submeter o locatário a um prazo de restituição da coisa é sujeito ao transcurso de um período razoável para que o locatário tenha obtido considerável retorno da finalidade almejada com o contrato de locação. A título ilustrativo, a locação de uma vaga de garagem sem prazo não poderá ser desconstituída no mês seguinte à contratação, caso em que se instalaria o abuso do direito à interpelação. Aplica-se aqui o disposto no parágrafo único do art. 473 do Código Civil.

Lembre-se de que, na locação de imóveis urbanos, a legislação especial enfatiza que a extinção do contrato se sujeita ao ajuste por escrito de um prazo não inferior a trinta meses de locação (art. 46 da Lei n. 8.245/91), caso em que a resistência à devolução permitirá que a pretensão restitutória seja resguardada pela denúncia vazia.

Jurisprudência: Imobiliário. Ação de despejo. Art. 1.194 do antigo CC. Denúncia vazia. Retomada do imóvel. Possibilidade. Contrato por prazo determinado. Notificação premonitória.

Remessa oficial improvida. Sentença mantida. 1 - O art. 1.194 do Código Civil vigente à época estabelecia que a locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação, ou aviso. 2-O locador teve o cuidado de pedir a retomada do imóvel quatro dias depois de vencido o contrato, a inviabilizar a necessidade da notificação premonitória, que seria exigível somente na hipótese de prorrogação, ante a necessidade de se fixar novo prazo *ad quem*. 3 - Remesa oficial improvida. Sentença mantida. (TRF, 3ª Região, Remessa *ex officio* em Ap. cível n. 35.748, rel. Juíza Ramza Tartuce, j. 07.05.2007)

Art. 574. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado.

CC/1916: art. 1.195.

O vertente dispositivo prossegue a leitura do artigo precedente. Caso o contrato alcance o seu termo e o locador não se manifeste acerca da devolução do bem, haverá uma presunção de prorrogação da locação, mas doravante sem prazo.

Na prática, o artigo inviabiliza a parte final da norma pregressa. Com efeito, o locador está dispensado de interpelar o locatário para a restituição do bem nos contratos com termo, mas se não agir será penalizado pela manutenção da locação, agora sem novo prazo. Em síntese, a interpelação acaba se tornando um ônus para o locador, sob pena de suportar um prejuízo para si: submeter-se à prorrogação indefinida do contrato.

Em verdade, o legislador enunciou uma espécie de aplicação da teoria da *supressio*, pois a omissão do locador por um prazo razoável gera no locatário a legítima expectativa de confiança na manutenção da locação, impedindo que tardiamente possa aquele reaver a coisa para si. Melhor seria se o legislador tivesse adotado regra semelhante à Lei do Inquilinato (art. 46, § 1º, da Lei n. 8.245/91) e fixasse em trinta dias o prazo de exercício de oposição por parte do locador, como condição de prorrogação contratual.

Jurisprudência: Ação de execução. Contrato de locação que se indeterminou. Título executivo extrajudicial. Possibilidade. "É pacífico o pensamento construído no âmbito desta Corte no sentido de que, ainda que vencido o prazo locatício e prorrogado por tempo indeterminado, presume-se subsistente o contrato escrito nos termos anteriormente ajustados, constituindo título executivo extrajudicial adequado a embasar a cobrança dos valores locatícios" (STJ). (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.465138-5/000(1), rel. Tarcisio Martins Costa, j. 08.03.2005)

Art. 575. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito.

Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.

CC/1916: art. 1.196.

Como sanção pelo inadimplemento da obrigação de restituir a coisa após a notificação, o locatário será atingido de duas maneiras preconizadas nesse dispositivo.

Primeiramente, o locador arbitrar uma espécie de aluguel-pena, que se estenderá até a devolução do bem. Cuida-se de uma cláusula penal cuja finalidade é inibir a inexecução do dever de restituição pelo constrangimento financeiro e, ao mesmo tempo, ajustar um valor

indenizatório independente da realidade dos danos que o locador tenha sofrido. Aliás, inexistente dispositivo semelhante a esse no que se refere a locação urbana (Lei n. 8.245/91).

Aqui houve uma inovação por parte do legislador, eis que o parágrafo único permite a redução judicial da cláusula penal pelo seu caráter manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio jurídico. Mas, além de seguir a letra do art. 413, a norma acresce a necessidade de o magistrado observar a natureza de penalidade do aluguel. Vale dizer: aplicar a redução de valores descomunais, mas mantendo um acréscimo razoável sobre o valor normal de locação, sem retirar o caráter coercitivo do aluguel, sob pena de estimular a inadimplência do locatário no sentido de desconsiderar o dever de restituição.

A recusa à restituição da coisa, findo o prazo da interpelação, também implica agravamento dos riscos do locatário. Aqui não há novidade, pois, pelo fato de incorrer em mora, assumirá até mesmo a responsabilidade patrimonial pelos danos decorrentes do fortuito que acarretem a perda do bem. O art. 399 do Código Civil adverte que a única possibilidade de isenção de riscos pelo locatário decorre da demonstração de que o evento extraordinário acarretaria a perda da coisa mesmo se restituída no prazo correto.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 992.080.575.756, rel. Reinaldo Caldas, j. 04.11.2009; e TJMG, Ap. cível n. 1.0024.05.873737-0/001(1), rel. Otávio Portes, j. 18.04.2007.

Art. 576. Se a coisa for alienada durante a locação, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação, e não constar de registro.

§ 1º O registro a que se refere este artigo será o de Títulos e Documentos do domicílio do locador, quando a coisa for móvel; e será o Registro de Imóveis da respectiva circunscrição, quando imóvel.

§ 2º Em se tratando de imóvel, e ainda no caso em que o locador não esteja obrigado a respeitar o contrato, não poderá ele despedir o locatário, senão observado o prazo de noventa dias após a notificação.

CC/1916: art. 1.197 (exceto o § 1º).

Temos aqui uma das mais tradicionais maneiras de distinguir os direitos obrigacionais dos direitos reais. Aqueles se caracterizam pela relatividade, produzindo efeitos entre as partes, não sendo extensíveis os deveres especiais a terceiros estranhos à relação jurídica. Já os direitos reais são absolutos no sentido da oponibilidade *erga omnes* dos deveres de abstenção perante toda a coletividade.

Portanto, no contrato de locação - como em qualquer relação obrigacional a venda do bem móvel ou imóvel propicia ao novo proprietário o imediato acesso à posse do bem, já que a transferência da titularidade é acompanhada da ampla possibilidade de exploração econômica da coisa. Daí que o novo proprietário exercitará a denúncia vazia contra aquele com quem não contratou locação.

Todavia, se o locatário cuidou de ajustar cláusula de vigência do contrato para o caso de alienação do bem, sendo esta registrada no Cartório de Títulos e Documentos (bem móvel) ou no RGI (bem imóvel), o contrato de locação adquire eficácia real perante eventuais adquirentes, submetendo-se estes ao aguardo do término do prazo estipulado para o negócio jurídico. Não se cuida de uma conversão em direito real, apenas do acréscimo a um direito obrigacional de oponibilidade coletiva em razão da publicidade do registro e inserção de cláusula contratual.

Mesmo que o locatário não tenha se acautelado com o registro da cláusula de vigência - submetendo-se ao direito potestativo de rescisão por parte do novo proprietário -, cuidando-se

de bens imóveis, impõe-se a notificação daquele com a concessão do prazo de noventa dias para a desocupação.

Assim, o brocardo “venda rompe a locação” tem a sua eficácia condicionada ao exercício da interpelação pelo novo proprietário, sob pena de prosseguimento da relação locatícia. O Código Civil não trata da matéria, mas é imperativo que o locatário não fique eternamente à mercê do exercício da denúncia pelo novo proprietário.

Por último, não obstante o silêncio do Código, o locatário deverá ser convocado para exercitar o direito de preferência para a aquisição do imóvel locado em condições de igualdade com a proposta do terceiro. Não se trata de aplicar analogicamente o art. 27 da Lei n. 8.245/91 - pois aqui não se adota a norma especial mas de resguardar o exato cumprimento do negócio jurídico de locação sem que tal medida acarrete prejuízos ao locador, já que receberá do locatário idêntico valor que auferiria do terceiro.

Jurisprudência: Súmula n. 442, STF: A inscrição do contrato de locação no registro de imóveis, para a validade da cláusula de vigência contra o adquirente do imóvel, ou perante terceiros, dispensa a transcrição no registro de títulos e documentos.

Art. 577. Morrendo o locador ou o locatário, transfere-se aos seus herdeiros a locação por tempo determinado.

CC/1916: art. 1.198.

Em princípio, o contrato de locação não é *intuitu personae*? sendo passível de transmissão aos herdeiros do locador e do locatário até que se alcance o prazo estipulado (art. 1.784 do CC). Trata-se de uma sub-rogação contratual, pela qual os herdeiros assumem a posição econômica do *de cuius*. Mas, caso as forças da herança não suportem a locação, não poderá o locador exigir débitos vencidos do locatário (art. 1.792 do CC).

Outrossim, se eventualmente o contrato assumir conotação personalíssima, poderão os sucessores imediatamente desconstituir a relação, sem que tenham de assumir as cláusulas penais previstas para as partes originárias (v. g. locação de automóvel para anúncio de espetáculo musical, quando o artista-locatário falece).

Se o contrato não possuir prazo, os herdeiros poderão denunciá-lo da mesma forma que as partes originárias, mediante interpelação.

Jurisprudência: Despejo. Mútuo acordo. Descumprimento. Admissibilidade. Morte do locatário no curso do prazo para desocupação. Irrelevância. Obrigação de restituir transmitida ao sucessor. O falecimento do locatário no curso do prazo ajustado para desocupação não subtrai os efeitos do acordo estabelecido com o senhorio, devendo o sucessor assumir a relação jurídica com a obrigação de restituir a coisa na data estipulada. (TACSP, AI n. 429.566, 10ª Câm. Cível, j. 07.03.1995)

Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador.

CC/1916: art. 1.199.

No silêncio do contrato, o locatário será indenizado pelas benfeitorias necessárias e também pelas úteis, com a ressalva quanto às últimas, desde que haja o consentimento expresse do locador.

As benfeitorias necessárias são aquelas que propiciam a conservação física da coisa (art. 96 do CC), daí se prescinde de prévia autorização para a atuação do locatário, pois sua necessidade é patente e o locador certamente a assumiria caso estivesse com o poder imediato sobre a coisa. Já as benfeitorias úteis aumentam ou facilitam o uso do bem. Portanto, só serão indenizadas se o referido acréscimo qualitativo foi objeto de permissão pelo locador. No particular, altera-se a regra geral do arl. 1.219 do Código Civil, na qual as benfeitorias úteis são sempre indenizáveis, sendo bastante a boa-fé do possuidor.

A norma permite que o locatário exercite o direito de retenção sobre o bem, até que seja indenizado pelas aludidas benfeitorias que se incorporam ao patrimônio do locador. A retenção é a forma pela qual o locatário exercita a pretensão decorrente da violação do direito subjetivo ao pagamento e, ainda, meio coercitivo capaz de coibir o locador ao adimplemento, sob pena de não ingressar na coisa, mesmo após o êxito da demanda de desocupação em juízo. Em princípio, o direito de retenção não só é dirigido ao proprietário como também é oponível perante eventuais adquirentes. Todavia, o adquirente do imóvel locado não está obrigado pelas benfeitorias realizadas pelo locatário (Súmula n. 158 do STF).

Seguindo a linha da Lei do Inquilinato (art. 35 da Lei n. 8.245/91), o Código Civil de 2002 inovou substancialmente em relação ao seu predecessor, permitindo que a autonomia privada dos contratantes excepcione a regra geral, a ponto de o locatário renunciar ao direito de indenização sobre qualquer forma de benfeitoria, mesmo as necessárias. Poder-se-ia cogitar da igualdade dos contratantes em uma relação estritamente privada, porém algumas ponderações merecem reflexão.

Primeiro, mesmo nas relações puramente civis, normalmente os contratos de locação se realizam sob a forma da adesão, pela qual o locatário apenas subscreve o contrato sem prévia discussão de conteúdo. Nesse ponto, é claro o art. 424, ao dispor que: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio” Tratando-se eventualmente de uma relação de consumo, como a locação de apartamentos em apart-hotéis, haverá a proteção própria das relações de consumo (art. 51, XVI, do CDC).

Segundo, a inserção da cláusula desnatura o próprio dever de cooperação das partes, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois o locatário se furtará a realizar as benfeitorias necessárias - sabendo que não será indenizado -, permitindo que o bem seja desvalorizado e mesmo que venha a perecer. Isso impede ao locatário o cumprimento da obrigação de restituir a coisa no estado em que a recebeu, conforme impõe o art. 569, IV, do Código Civil, e, mais importante, elide a possibilidade de tratar a coisa como se sua fosse (art. 569,1, do CC).

Jurisprudência: [...] V.v.: Existindo benfeitorias a serem indenizadas, impõe-se o direito do locatário de retenção do bem *sub judice* nos moldes do art. 578 do CC/2002. (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.493669-6/000(1), rel. Selma Marques, j. 04.05.2005)

CAPÍTULO VI DO EMPRÉSTIMO

Seção I **Do Comodato**

Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.

Na linguagem vulgar, o termo empréstimo compreende a entrega de um objeto a alguém, que assume a obrigação de restituí-lo em determinado prazo. No sentido jurídico, o contrato de empréstimo é um modelo que acolhe duas modalidades contratuais: o comodato e o mútuo.

Apesar da finalidade idêntica, no comodato há um empréstimo de uso, pois a restituição da coisa móvel ou imóvel infungível se faz *in natura*; já o mútuo é um empréstimo de consumo, transmitindo-se a propriedade de coisa fungível, com a obrigação do mutuário de restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade (art. 85 do CC), já que as coisas fungíveis não podem ser utilizadas sem que isso implique em perecimento.

O comodato é um negócio jurídico gratuito. A gratuidade deriva do próprio nome *commodum datum*, importando em uma comodidade ou proveito para o beneficiário. Porém, difere da doação, diante da temporariedade que lhe é ínsita, já que o bem infungível e inconsumível será objeto de restituição após determinado tempo de uso. Se houvesse retribuição em favor do comodante, estaríamos diante de uma locação. Mesmo que incida um encargo sobre o comodato (v. g., ter o comodatário de entregar 10 litros de leite semanais a uma creche) ou deva o comodatário arcar com determinadas despesas, mantém-se a gratuidade, eis que tais gastos não configuram contraprestações, mas meras restrições à liberalidade.

Também é contrato unilateral, eis que só há obrigação para o comodatário, qual seja: restituir a coisa. Não há obrigação para o comodante de entregar o bem, pois, sendo contrato real, a tradição é elemento constitutivo do negócio jurídico, verdadeiro pressuposto de existência do comodato. Assim, a promessa de comodato será considerada como contrato preliminar, cujo descumprimento da obrigação de entregar ensejará indenização por perdas e danos, à luz do art. 465 do Código Civil. Parece-nos inviável a execução específica do contrato preliminar, diante da gratuidade e pessoalidade do negócio jurídico.

Da gratuidade se infere ainda o caráter *intuitu personae* do comodato, tendo em vista que o comodante celebra o empréstimo em atenção às qualidades pessoais do comodatário. Por isso, não se transfere aos herdeiros, nem pode ser objeto de cessão sem o consentimento do comodante.

Outrossim, o fato de o comodato ser gratuito provoca conseqüências em nível de responsabilidade civil. Conforme se infere do art. 392 do Código Civil, o comodante - a quem o contrato não aproveita - só responde por danos causados a terceiros emanados do imóvel se houver agido dolosamente e não culposamente, como nos contratos onerosos.

O contrato de comodato é informal e não solene, admitindo-se mesmo a forma verbal, apesar de ser aconselhável que se reduza à forma escrita - *ad probationem* - até mesmo para que não existam dúvidas sobre a realização de um contrato e não uma mera permissão ou tolerância, o que retiraria do comodatário a condição de possuidor, convertendo-o em mero detentor (art. 1.208 do CC).

Jurisprudência: Ação de reintegração de posse. Contrato de comodato. Liminar deferida. Agravo de instrumento. Extinção do contrato de comodato com a morte do comodatário. Natureza *intuitu personae*. De acordo com o art. 579 do novo Código Civil, o contrato de comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, que perfaz-se com a tradição. É um contrato unilateral, gratuito, temporário e com natureza *intuitu personae* [...]. (TJMG, AI n. 1.0699.09.095940-3/001(1), rel. Nicolau Masselli, j. 06.08.2009)

Art. 580. Os tutores, curadores e em geral todos os administradores de bens alheios não poderão dar em comodato, sem autorização especial, os bens confiados à sua guarda.

Só poderá figurar na condição de comodante aquele que possuir capacidade de fato, isto é, aptidão pessoal para a prática de negócios jurídicos patrimoniais. Os absoluta e relativamente incapazes (arts. 3º e 4º do CC) serão representados e assistidos.

Todavia, para o comodato não é suficiente que a capacidade fática seja suprida pela representação. Pede-se também a legitimação, que significa a aptidão para dispor em determinado negócio jurídico. Aqui, os tutores e curadores necessitarão de autorização judicial para a configuração da legitimação. A exigência de alvará judicial (e da oitiva do MP como *custos legis*) se explica pela preservação da indenidade patrimonial do incapaz.

À primeira vista, os arts. 1.749, II, e 1.781 do Código Civil inviabilizariam o comodato, mesmo com autorização judicial. Todavia, impedem eles apenas a disposição gratuita de bens do incapaz (e do pródigo por extensão do art. 1.782 do CC). No comodato, ao contrário da doação, não há disposição, mas empréstimo, cujo traço distintivo é a temporariedade. Aliás, muitas vezes o empréstimo pode servir aos interesses do hipossuficiente, beneficiando um parente ou aliviando os seus gastos com a conservação da coisa.

Por fim, lembre-se de que não apenas o proprietário pode dar a coisa em comodato como também é lícita a iniciativa por parte de um detentor de direito real ou obrigacional sobre o bem, como um usufrutuário (art. 1.393 do CC), superficiário (art. 1.372 do CC) ou locatário (art. 13 da Lei n. 8.245/91). Em tais casos, o desdobramento da posse se acentuará, pois haverá uma só posse direta (comodatário) e duas ou mais posses indiretas (proprietário e comodantes). Contudo, acreditamos que o comodatário não poderá desdobrar o comodato, não apenas pela ausência de autorização legal como pela própria índole personalíssima da relação originária.

Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

CC/1916: art. 1.250.

Nos comodatos com prazo, não há controvérsias. Alcançado o termo contratual, a devolução se impõe sob pena de transformação da posse direta e justa em injusta pela precariedade (art. 1.200 do CC). Incidindo o esbulho pela recusa na restituição da coisa, poderá o comodante ajuizar ação de reintegração de posse. É de bom alvitre que seja ajuizada ação até trinta dias após o alcance do prazo, pois, sendo o mesmo superado, presumir-se-á que houve a prorrogação da avença, sendo necessária a interpelação do comodatário para a propositura de demanda.

Já nos contratos sem prazo, poderia em princípio parecer simples a retomada da coisa, sendo bastante a interpelação do comodatário pelo princípio da satisfação imediata (art. 331 do CC). Todavia, se imaginarmos o comodato de um imóvel rural, concedido em atenção às necessidades econômicas do comodatário, alcançaríamos o absurdo se admitíssemos a possibilidade de rescisão unilateral do contrato a qualquer tempo.

Por isso, a norma enfatiza que, na ausência do prazo convencional, o termo moral será o necessário para o alcance das finalidades do uso concedido. Voltando ao exemplo da fazenda, no mínimo um ano para o plantio e a colheita da safra. Tempo de restituição inferior implicaria lesão ao princípio da boa-fé objetiva pelo abuso do direito potestativo de rescisão contratual. Temos, portanto, uma hipótese que lembra aquela genericamente prevista para o exercício da denúncia (art. 473, parágrafo único, do CC), com a diferença de que o comodatário não precisa demonstrar que efetuou “investimentos consideráveis” para a execução do contrato, o que atentaria contra a própria lógica do instituto.

Todavia, a parte final do dispositivo excepciona a regra geral quando o comodante demonstrar uma necessidade imprevisível e urgente para a retomada, que convença o magistra-

do a suspender o uso e gozo da coisa emprestada. Poderíamos cogitar do comodante que perde o emprego, provando que a única forma de sustento será a obtenção dos frutos do imóvel concedido em comodato. Aqui o juiz antecipará a tutela em ação de denúncia do comodato.

Jurisprudência: Para que se aplique o disposto no art. 581 do CC de 2002, que prevê a prorrogação do prazo do comodato, deve o comodatário provar que o comodato se deu por prazo insuficiente à finalidade pretendida. (TJMG, Ap. cível n. 1.0474.05.020969-8/002(1), rel. Irmair Ferreira Campos, j. 29.03.2007)

Apelação. Reintegração de posse. Comodato. Retomada do imóvel pela empresa comodante sob a alegação de que o imóvel é necessário para a integralização de capital social. Fato que não configura situação de necessidade imprevista e urgente hábil a ensejar a resolução do comodato antes do prazo avençado. Inteligência do art. 581, *in fine*, do CC. (TJSP, Ap. cível n. 991.090.288.212, rel. Roberto Mac Cracken, j. 21.10.2009)

Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restitui-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

CC/1916: arts. 1.251 e 1.252.

O comodante exigirá do comodatário o indispensável cuidado na conservação da coisa, respeitando a sua finalidade e destinação. Para tanto, efetuará os gastos ordinários de conservação e zelará pela manutenção da integridade do bem como se a coisa lhe pertencesse. Pelo fato de o contrato ser gratuito, os cuidados se intensificam, eis que mesmo uma culpa levíssima implica responsabilidade para o comodatário diante da destruição ou desvalorização dos bens concedidos em empréstimo (art. 392 do CC).

O parágrafo único sanciona o comodatário em mora na obrigação de restituir de duas formas:

Primeiro, pela responsabilidade diante da impossibilidade da prestação, mesmo que ela resulte do fortuito, salvo se provar que o dano sobreviria ainda que o bem fosse restituído tempestivamente. Exemplificando: A não responderá pelo atraso na devolução de uma casa a B em razão da sua destruição por um furacão, pois a fatalidade sobreviria com os mesmos efeitos danosos se a coisa fosse devolvida em tempo.

Segundo, o comodante arbitrará um aluguel-pena que servirá como meio coercitivo (inibitório) para que o comodatário restitua o bem. Certamente, será lícito ao magistrado reduzir o valor da pena quando a mesma revelar excesso, tornando-se lesiva à própria função social do contrato (art. 413 do CC).

Jurisprudência: TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.483108-5/000(1), rel. Afrânio Vilela, j. 16.02.2005; e TJSP, Ap. cível n. 7.322.270.900, rel. Carlos Lopes, j. 17.02.2009.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

CC/1916: art. 1.253.

O dever de guarda do comodatário, conforme foi visto na leitura do art. 582, será capaz de lhe impor a necessidade de indenizar perdas e danos ao comodante pela perda ou destruição de bens derivados de sua atuação culposa, mesmo que por um simples descuido ou falta de atenção.

Todavia, no que tange ao fortuito, apenas a recusa do comodatário em restituir a coisa - no prazo ou após a interpelação - acarretará a sua responsabilidade (art. 399 do CC). Com efeito, em regra o fortuito é assumido pelo comodante, aplicando-se o brocardo *res perito domino*.

Porém, a norma em estudo contém interessante exceção. Caso haja situação de risco de perecimento do objeto do comodato além de perigo de destruição de outros bens de propriedade do comodatário e este deliberar por salvar aquilo que lhe pertence, abandonando os bens do comodante, responderá pelos danos, mesmo que a origem do evento seja imputada ao fortuito. É uma punição ao comportamento egoísta do comodatário.

O dispositivo acentua o extraordinário dever de cuidado e diligência do comodatário, com gratidão, perante a coisa recebida gratuitamente, que só será excluído caso ele deixe sucumbir o bem dado em comodato para não sacrificar um bem maior, como a sua própria integridade física, ou mesmo um bem de sua propriedade que lhe seja de alta estima. O estado de necessidade comprovado elidirá a responsabilidade do comodatário.

Art. 584. O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.

CC/1916: art. 1.254.

O dispositivo é exato à medida que imputa ao comodatário todos os gastos com o uso e gozo da coisa dada em comodato. Natural que assim o seja, pois “quem aufere o cômodo suporta o incômodo”. Sendo o comodato um contrato gratuito, não poderá o comodante ser onerado pelas despesas ordinárias da coisa, a não ser que expressamente consinta em tal sentido. Assim, encargos condominiais e imposto predial serão assumidos pelo comodatário.

Porém, o legislador descurou em tratar dos gastos extraordinários ou urgentes efetuados pelo comodatário. Todavia, pela interpretação *a contrario sensu* da letra da norma, todos os gastos que ultrapassarem o necessário ao uso e gozo da coisa cedida serão enfrentados pelo comodante. De fato, experimentaria o comodante enriquecimento injustificado caso transferisse ao comodatário encargos excessivos. Quando houver a urgência e necessidade na realização das despesas extraordinárias, será dispensada mesmo a autorização do comodante.

Ademais, o comodatário poderá exercitar o direito de retenção como forma de constranger o comodante a lhe restituir as despesas extraordinárias realizadas de boa-fé.

Art. 585. Se duas ou mais pessoas forem simultaneamente comodatárias de uma coisa, ficarão solidariamente responsáveis para com o comodante.

CC/1916: art. 1.255.

Sendo o comodato concedido em prol de dois ou mais comodatários, eventuais indenizações acarretarão responsabilidade solidária. É sabido que a solidariedade passiva é um mecanismo de expansão de responsabilidade dos devedores, pois o credor que só poderia exigir uma fração do débito de cada devedor poderá agora exigir o todo de cada um deles, ou, se desejar, ingressar com a demanda em face de todos, em litisconsórcio passivo facultativo (art. 275 do CC).

A solidariedade decorre de lei ou contrato. Aqui, o legislador impõe a solidariedade como forma de garantir acentuadamente o autor da liberalidade. Aquele que pagar o débito

se sub-roga na posição do credor primitivo, a fim de exigir o regresso dos demais solidários (art. 346, III, do CC).

Todavia, cuida-se de uma solidariedade imperfeita, pois cada devedor será responsável na medida de sua efetiva participação para a causação do dano à coisa. Assim, o comodatário que não agiu com negligência será exonerado de ressarcir aquele que porventura tenha sido acionado pelo comodante. Mas, se foi ele o constrangido a pagar, regredirá no valor total da indenização assumida.

A fim de facilitar o regresso, o devedor solidário que for acionado cuidará de chamar ao processo o(s) outro(s) comodatário(s). A sentença será formalmente una e materialmente dúplice, servindo de título para que o chamante execute o chamado nos próprios autos.

Seção II **Do Mútuo**

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

CC/1916: art. 1.256.

Por ocasião do estudo do contrato de comodato, percebemos que se trata do gênero do negócio jurídico de empréstimo. O mútuo também. Porém no comodato há um empréstimo de uso, incidente na obrigação de restituir coisa móvel ou imóvel infungível, enquanto o mútuo perfaz empréstimo de consumo, pelo qual se transmite propriedade de coisa móvel fungível, com a obrigação do mutuário de restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade (art. 85 do CC). Todo tipo de bem fungível poderá ser mutuado (v. g., animais, plantas, utensílios domésticos), porém, usualmente, a obrigação será pecuniária, incidindo sobre quantia certa e líquida.

Não se exigirá do mutuário que restitua exatamente o bem que recebeu, pois é da essência desse negócio jurídico a utilização da coisa fungível, o que poderá implicar seu próprio perecimento, pela impossibilidade de conservação. Daí a transmissão da propriedade ao mutuário, com a assunção dos riscos derivados da destruição ou perda dos bens.

Assim como o comodato, o mútuo é um contrato real, pois a entrega da coisa mutuada não consiste em obrigação do mutuante, mas em pressuposto de existência do negócio jurídico. Enquanto não se verifica a tradição, não se fala nesse contrato, mas apenas em uma promessa de mutuar, como espécie de contrato preliminar (art. 462 do CC). De sua natureza real decorre a unilateralidade do contrato, haja vista que apenas o mutuário assume obrigação, qual seja a de restituir o bem ao término do prazo estabelecido no contrato ou em lei.

Em princípio, o mútuo é um contrato gratuito, pois o empréstimo de um bem fungível importa em uma liberalidade ou proveito para o beneficiário. Todavia, ao contrário do comodato, aqui a gratuidade não é da essência do negócio jurídico, sendo possível - e isso ocorre frequentemente - que o mútuo assuma feição de contrato oneroso, estabelecendo-se a obrigação do mutuário de pagar juros compensatórios em favor do mutuante. Trata-se da figura do mútuo feneratício.

Outrossim, cuida-se de negócio temporário - tanto na forma gratuita como na onerosa com acento na obrigação de restituir, pois a definitividade o converteria em doação ou compra e venda. Vale dizer que a tradição não é o objetivo do contrato, apenas o meio pelo qual o bem alcançará o mutuário para a satisfação de suas necessidades econômicas transitórias.

Jurisprudência: Tratando-se de mútuo, o depositário tem o dever tão só de "restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade" - art. 586 do CCB, inexistindo previsão de responsabilidade por frutos e rendimentos. Recurso provido em parte. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.013.857.024, rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 03.08.2006)

Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

CC/1916: art. 1.257.

A fim de que o mutuário possa extrair o maior proveito econômico do bem emprestado, natural que seja convertido em proprietário do bem a partir da sua tradição.

A norma em comento acentua que da transmissão da propriedade decorre a assunção dos riscos pelo perecimento da coisa. *Res perito domino*, já diziam os romanos, é o que acentua o art. 492 do Código Civil. Não se olvide de que no mútuo feneratício (com juros), responderá o mutuante pelos riscos da evicção e do vício redibitório (arts. 441 e 447 do CC), tratando-se de contrato oneroso, no qual as vantagens e os sacrifícios são recíprocos e se estabelece o sinalagma.

Nas três espécies de tradição - real (entrega da coisa); simbólica (entrega de objeto representativo da coisa); ou ficta (constituto possessório) -, pelo fato de o mutuário se tornar proprietário, ele assumirá as despesas com a conservação da coisa, sem a possibilidade de reclamar a restituição dos respectivos valores pelo mutuante.

Lembramos que a obrigação principal do mutuário consiste na restituição da coisa, do mesmo gênero, quantidade e qualidade. Assim, no empréstimo em dinheiro quem responderá pelos juros e pela atualização monetária será o mutuário que usufruir a coisa em proveito próprio. Ademais, como o gênero nunca perece, mesmo havendo a destruição da coisa em virtude do fortuito, remanesce a obrigação de restituição.

Art. 588. O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores.

CC/1916: art. 1.259.

À primeira vista, o dispositivo é mera reiteração de pontos trabalhados no estudo da teoria geral do negócio jurídico. A capacidade das partes é requisito de validade do ato de autonomia privada (art. 104 do CC), sob pena de nulidade (art. 166 do CC) para o ato praticado por absolutamente incapaz privado de representação e anulabilidade (art. 171 do CC), tratando-se do negócio praticado por relativamente incapaz que não é assistido.

Sendo qualquer contrato um negócio jurídico bilateral, o acordo de vontades demandará a capacidade negociai dos envolvidos, pois o mutuante deverá validamente dispor e o mutuário, restituir.

Nada obstante, a norma guarda curioso antecedente histórico. Em Roma, o filho de um senador contraiu empréstimo e, na impossibilidade de saldá-lo, matou o próprio pai a fim de obter a herança necessária ao pagamento. Impressionado, o Senado editou o *senatosconsulta macedoniano*, pelo qual o mútuo contraído sem representação ou assistência do incapaz não poderia ser posteriormente cobrado do mutuário ou de seus fiadores.

Enfim, trata-se de norma de ordem pública, expedida com a finalidade de impedir que a inexperiência de menores seja o fato gerador da contratação de negócio extorsivo e de sua

própria desgraça e de seus familiares. O mutuante perderá o bem mutuado como sanção à quebra da boa-fé, excetuando-se as hipóteses alinhavadas no artigo seguinte.

Art. 589. Cessa a disposição do artigo antecedente:

I - se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente;

II - se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais;

III - se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças;

IV - se o empréstimo reverteu em benefício do menor;

V - se o menor obteve o empréstimo maliciosamente.

CC/1916: art. 1.260 (exceto incisos IV e V).

Pela própria lógica e sistematização do Código Civil, observa-se que a regra do art. 588 será derogada em diversas situações:

a) Quando o próprio incapaz confirma o negócio jurídico ao alcançar a maioria (art. 172 do CC). Não se trata propriamente de uma convalidação, pois, se o negócio anulável não vem a ser anulado, equipara-se ao válido, e os seus efeitos provisórios são preservados, como se jamais houvesse o vício.

b) Se houver ratificação do mútuo pelos responsáveis (art. 176 do CC). No Código Civil de 2002, o termo ratificação é empregado apenas nas hipóteses em que há um assentimento posterior de um terceiro, integrando o negócio, até então incompleto.

c) Caso o menor tenha contraído o empréstimo para prover os seus alimentos, na ausência do responsável. Aqui, a restituição se justifica pelo fato de o empréstimo ser contraído com fins relevantes e não para estimular o ócio ou o vício. O termo *alimentos* aqui abrange os naturais (necessários ao mínimo vital) e os civis (despesas de educação, vestuário). Cabe-rá ao representante do menor realizar a restituição, excluindo-se a cobrança de juros, pois não nos parece lógico que alguém se prevaleça do estado de necessidade alheia para auferir proveito econômico. Aliás, o credor será reputado como gestor de negócios e, a teor do art. 871 do Código Civil, poderá reaver do devedor a importância que desembolsou a título de alimentos prestados em prol do incapaz.

d) Aqui desponta uma contradição. Se o menor tiver bens ganhos como consequência de seu trabalho, provavelmente será emancipado em razão de possuir economia própria (art. 5º, V, do CC), convertendo-se em capaz e, portanto, sendo os seus empréstimos passíveis de restituição, como outro qualquer. Mas, se eventualmente se entenda que não houve a emancipação, pois o exercício do trabalho foi transitório, a execução do credor não ultrapassará o valor que o devedor auferiu em sua atividade econômica.

e) Adiante, na hipótese de o credor demonstrar que o empréstimo foi revertido em benefício do incapaz que não foi representado, poderá se dirigir ao representante para obter o valor pago. Aqui, a inovação do Código Civil de 2002 acentua a diretriz da eticidade, pois haveria enriquecimento injustificado na conduta daquele que se recusa a restituir quando fora beneficiado economicamente em situação alheia a qualquer liberalidade (art. 884 do CC).

f) A última situação em que o empréstimo será devolvido é aquela em que o incapaz se apresente dolosamente como maior, induzindo o outro contratante a erro quanto à sua condição (art. 180 do CC). Trata-se da aplicação da regra de ouro do *tu quique*, vale dizer, quem viola uma norma não pode por ela ser posteriormente beneficiado.

Art. 590. O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica.

CC/1916: art. 1.261.

Considerando o imperativo da justiça contratual e a tutela da obrigação como um todo indivisível, poderá o contratante se acautelar para o caso de insolvência ou redução das garantias de cumprimento pela contraparte, pelo fato de o mutuário sofrer alteração em sua situação econômica.

Apesar do silêncio dessa norma, a redução da posição patrimonial do contratante impõe o vencimento antecipado das suas obrigações perante o credor (art. 333 do CC), sob pena de praticamente inviabilizar a posição daquele que teme no futuro não receber a contraprestação. A saída para o impasse será a substituição ou reforço das garantias reais (hipoteca, penhor) ou pessoais (aval, fiança), restaurando-se o sinalagma rompido pelo risco do inadimplemento antecipado.

A exemplo do art. 477 do Código Civil, o dispositivo em exame tangencia a chamada “quebra antecipada do contrato”, ou inadimplemento antecipado. Consiste na evidência de um dos contratantes implicitamente demonstrar, por meio de sua situação patrimonial, que descumprirá futuramente a prestação que lhe incumbe. Na espécie, a prestação do contrato de mútuo a ser adimplida ainda não é exigível pelo credor, mas provavelmente não será realizada ao seu tempo. O rompimento antecipado poderá ser pleiteado caso o contratante fragilizado não obtenha as novas garantias que lhe são exigidas. Poderá ele, imediatamente, ajuizar ação de resolução com pedido de indenização, ou executar a prestação da contraparte antes do prazo previsto mediante a tutela específica das obrigações de dar, fazer ou não fazer (art. 461 do CPC).

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

CC/1916: art. 1.262.

Temos aqui a mais importante inovação do Código Civil no tocante ao contrato de mútuo. O mútuo fenealício é tratado de forma substancialmente renovada, conforme as considerações alinhavadas nos próximos tópicos.

Na vigência do art. 1.262 do Código Civil de 1916, o contrato de empréstimo era, em regra, gratuito, sendo a sua onerosidade excepcional, pois dependia de cláusula expressa. Todavia, no direito em vigor, o tráfego jurídico impõe a presunção da cobrança de juros nos empréstimos de finalidade econômica. A onerosidade apenas será afastada por convenção em sentido contrário. Portanto, se A e B contraem um contrato de empréstimo, os juros serão devidos ao tempo da restituição do capital mutuado, somente sendo elidida a sua exigência quando da natureza do contrato se inferir a gratuidade normalmente em relações fraternas (v. g., A e B são amigos de longa data), prevalecendo assim o mútuo comum, de fins não econômicos.

Outrossim, além de converter o mútuo com fins econômicos (exceção) em regra, o legislador não mais o restringiu ao empréstimo de dinheiro ou de coisas fungíveis, como o fez o Código Bevilacqua (art. 1.262). Assim, é possível pensar em uma extensão do objeto de tais contratos para outros bens.

Os juros a que alude o dispositivo são os denominados *compensatórios* ou *remuneratórios*, vale dizer aqueles recebidos pelo mutuante como compensação pela privação do capital

emprestado por um certo período. A remuneração do credor equivale aos frutos civis, por ser privado temporariamente da posse do bem (v. g., aluguéis, rendas, dividendos).

Não devemos confundir os juros compensatórios com os *moratórios*, que se imputam ao mutuário como sanção pela mora ¹¹⁰ pagamento do débito, verdadeira pena civil estipulada pela lei para o caso de inadimplemento das obrigações (art. 395 do CC).

O Decreto n. 22.626/33 - Lei de Usura - determinou o teto de 12% como percentual máximo para a imposição de juros contratuais anuais - no silêncio das partes seria de 6% ao ano como forma de reprimir os excessos praticados por aqueles que buscavam remuneração abusiva nas relações de mútuo feneratício.

Com a edição da Lei n. 4.595/64, exclui-se da aludida limitação qualquer instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional - não se incluem aí administradoras de cartões de crédito (art. 17) -, cabendo ao Conselho Monetário Nacional disciplinar a extensão dos juros. Em 1976, através da Súmula n. 596, o Supremo Tribunal Federal ratificou tal entendimento, bem como na ADIn n. 4/DF, de 1991, na qual o Excelso Pretório entendeu que não seria autoaplicável o art. 192, § 3º, da Constituição Federal - que limitava os juros reais a 12% ao ano -, pois a expressão *juros reais* carecia de integração mediante legislação regulamentar. Lembre-se, por necessário, da revogação do art. 192, § 3º, da CF pela Emenda Constitucional n. 40/2003.

A regra em enfoque não é direta, pois nos remete ao art. 406 para o alcance exato da taxa de juros. Ali constatamos que a taxa será a que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Por aí passamos por dois caminhos. Podemos afirmar, com base na Lei n. 9.065/95, que os juros compensatórios se filiam à taxa Selic, de natureza variável e fixada pelo Banco Central com valor bem superior ao previsto na Lei de Usura. Todavia, é possível o recurso ao art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, considerando o teto de 1% ao mês.

Endossamos a segunda tese, inclusive pelos argumentos expendidos no Enunciado n. 20 do Conselho de Justiça Federal: a Selic não é juridicamente segura, pois impede o prévio conhecimento dos juros, não sendo prefixada, mas volátil e frequentemente alterada; ademais, não é taxa pura de juros, pois já abrange a atualização monetária; assim, não é operacional, dificultando o cálculo. Nem se discute, por fim, a excessiva onerosidade que impõe ao valor da obrigação.

No que concerne à capitalização de juros, o art. 5º da MP n. 2.170-36/2001 admitia a prática do anatocismo com periodicidade inferior a um ano. Todavia, a parte final do artigo em exame permite somente a capitalização anual, sendo revogada a referida medida provisória. Aliás, a vedação à contagem de juros dos juros mensais ou semestrais já era referida na Lei de Usura - Decreto n. 22.626/33 —, bem como na Súmula n. 121 do Supremo Tribunal Federal.

Em princípio, as instituições financeiras estariam liberadas da limitação imposta pela legislação ordinária e, particularmente, pela norma em apreciação. Mas, a nosso visto, fundamental é perceber que a adoção das cláusulas gerais da boa-fé objetiva (art. 113 do CC); do abuso do direito (art. 187 do CC) e da função social do contrato (art. 421 do CC) permite que o magistrado possa limitar o exercício excessivo do direito subjetivo ao crédito pelas instituições financeiras.

Lembre-se de que as cláusulas gerais não são apenas normas abertas, mas também móveis, pois circulam pelo sistema jurídico, sendo aplicadas pelo julgador de modo a atenuar o rigor e a rigidez de determinadas regras do Código. Assim, poderá o juiz, a qualquer tempo e de ofício - eis que as cláusulas gerais são normas de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC) -, reduzir juros extorsivos, modificando cláusulas contratuais que ultrapassem os limites éticos do sistema e aniquilem direitos fundamentais do contratante.

Aliás, não haverá necessidade de discutir se o Código de Defesa do Consumidor incide sobre contratos bancários - ADIn do art. 3º, § 2º, do CDC -, pois até mesmo nos contratos civis e empresariais as aludidas cláusulas gerais impedem o desequilíbrio contratual, sendo facultada ao magistrado a utilização de seu poder integrativo para desenhar a solução mais adequada à especificidade do caso, como demanda a diretriz da concretude, tão cara a Miguel Reale.

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

Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:

I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para sementeira;

II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;

III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

CC/1916: art. 1.264.

Temos aqui a imposição de prazos legais supletivos para o caso de as partes nada terem ajustado acerca do termo do contrato de mútuo. Observe-se que estamos diante de exceção enfatizada no início do art. 331 do Código Civil, eis que nas obrigações sem prazo se aplica, em regra, o princípio da satisfação imediata, pelo qual o mutuante poderia exigir imediatamente a restituição do empréstimo.

Cuidando-se de mútuo de instrumentos agrícolas, é natural que na ausência de prazo se determine ser este o da época da colheita seguinte, momento em que o mutuário terá apurado o capital necessário para restituir o empréstimo. Aqui, segue-se a linha do comodato sem prazo, quando adverte o art. 51 que “presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido”

Quando o mútuo incidir em dinheiro, fixa-se o prazo de trinta dias para a sua restituição. A norma se aplica tanto ao mútuo gratuito como ao oneroso.

Por fim, não versando o mútuo acerca de pecúnia ou produtos agrícolas, o mutuante poderá, a qualquer tempo, interpelar o mutuário, demarcando-lhe prazo para a restituição, a partir do qual poderá exercitar a pretensão ao crédito.

CAPÍTULO VII DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

CC/1916: sem correspondente.

Quando do estudo da locação, observamos que no direito romano havia três modalidades de negócios jurídicos a ela ligados: a *locatio rei* (atual locação); *locatio operis* (atual empreitada); e a *locatio operarum* (atual prestação de serviços). Nesta última, um sujeito - normalmente escravo - colocava os seus serviços à disposição de outrem, em determinado período, em troca de retribuição. Enquanto o Código Civil de 1916, por apego à tradição, ainda adotava a expressa “locação de serviço”, o Código Civil de 2002 intitula o Capítulo VII dos contratos em espécie como “prestação de serviço”.

Aliás, o trabalho se insere nos direitos da personalidade do ser humano, atributo essencial que se vincula à sua própria existência, pois a partir dele se alcança o “mínimo vital” e o “patrimônio mínimo”, que atribuem à pessoa especial dignidade e lhe permitem diferenciar-se dos objetos, que são instrumentalizados a serviço de outrem.

Diferencia-se a prestação de serviços da empreitada. Em comum, incide uma atividade pessoal em favor de outrem. Mas, na empreitada, aquele que promete obra deve o resultado concluído, pois toda a sua atividade é dirigida àquela finalidade. Quem promete serviço deve a atividade em si, ou seja, uma obrigação de meio em que cada fração da atividade representa o seu adimplemento.

Ao tempo da votação do texto pela Câmara dos Deputados, alguns chegaram a questionar a manutenção da prestação de serviço, eis que a matéria seria objeto de tratamento pela legislação trabalhista ou pelo contrato de empreitada. Porém, entre as atividades exercitadas com vínculo empregatício e as realizadas mediante empreitada, há ainda um considerável espaço de atividades autônomas que não se confundem com aquelas.

No Brasil, a Consolidação das Leis Trabalhistas é um desdobramento do direito civil, alcançando autonomia pela necessidade de tutela ao trabalhador, visto como vulnerável. O Código Civil só incidirá quando o serviço realizado não detiver a característica da subordinação hierárquica que atrai a incidência da CLT (art. 3º). Toda relação de emprego é qualificada por uma subordinação jurídica (funcional), com sujeição do empregado às ordens legítimas emanadas do empregador. O prestador de serviços não se emprega nem se faz empregado, pois não se afirma o estado de dependência econômica e submissão a ordens. Inexiste direção técnica e controle sobre o modo de execução do serviço prestado, pois a sua natureza é eventual.

Enfim, na essência, não há distinção entre o contrato de trabalho e a prestação de serviços civil. Apenas há uma especialização da matéria com legislação adequada e consubstanciada em normas de ordem pública para a proteção social do contrato de trabalho. Na dúvida entre a existência de autonomia ou subordinação, prefere-se a relação de trabalho, tendo-se em consideração a tutela do hipossuficiente.

A outro giro, o fenômeno da terceirização de serviços resulta da contratação de um serviço especializado com redução de custos, em razão da natureza autônoma do vínculo que se forma entre o tomador e o prestador de serviços, já que aquele transfere os encargos sociais para a pessoa jurídica prestadora que contratará os empregados. Em suma, as atividades-meio das empresas são terceirizadas - com descentralização operacional - a fim de que elas possam exercer com maior afínco e competitividade a sua atividade-fim. O Enunciado n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho regula e limita a contratação de trabalhadores por interposta pessoa a serviços ligados à atividade-meio do tomador.

Outrossim, a prestação de serviço será remetida às regras do Código de Defesa do Consumidor quando o prestador se enquadrar no conceito do fornecedor habitual de serviço em suas relações com o consumidor vulnerável. Aplicam-se os arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/90 e, subsidiariamente, adotamos o Código Civil naquilo que não conflite com a legislação especial. Portanto, um serviço de marcenaria ou uma consulta médica serão simultaneamente apanhados pela regulamentação privada e consumeirista.

Jurisprudência: É competente a Justiça comum para processar e julgar as ações de execução de honorários promovidas por advogado, profissional liberal sem vínculo empregatício, relativos à prestação de serviços disciplinada pelos artigos 593 a 609 do Código Civil de 2002. (TJSP, AI n. 1.182.687.003, rel. Norival Oliva, j. 16.06.2008)

Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

A prestação de serviços compreende uma ampla gama de atividades lícitas realizadas por aquele que pratica um serviço especializado e eventual, abrangendo o exercício remunerado de um ofício (v. g., bombeiro, carpinteiro); de um profissional liberal (v. g., advogado, médico); e de empresas especializadas (v. g., dedetização, vigilância) que terceirizam serviços. Em síntese, obrigações de fazer, alcançando condutas físicas (materiais) ou intelectuais (imateriais).

Tratando-se de atividade ilícita - nesse sentido abrangendo aquela que fere os bons costumes o negócio jurídico será reputado nulo, a teor do art. 166, II e III, do Código Civil.

No Código Civil, a prestação de serviços alcança uma faixa residual de trabalhos que não é regulamentada pela legislação trabalhista ou estatutária, abarcando o trabalho autônomo, o eventual (v. g., biscateiro) e o trabalho levado a efeito por pessoas jurídicas. É o campo em que prepondera a autonomia privada, pois alguém livremente convenciona a sua retribuição sem se submeter às normas cogentes da legislação especial.

A prestação de serviço é um contrato *bilateral* que gera direitos e obrigações para ambas as partes; *oneroso*, pois os sacrifícios e vantagens são recíprocos, sendo a remuneração do prestador do serviço inerente ao contrato; *sinalagmático*, pressupondo um perfeito equilíbrio entre prestação e contraprestação; normalmente realizado *intuitu personae*. Por fim, é contrato consensual e não solene, aperfeiçoando-se mediante simples acordo de vontades, sem a necessidade de adoção de formalidades.

Jurisprudência: TJMG, Ap. cível n. 1.0479.05.087162-9/001(1), rel. Valdez Leite Machado, j. 10.01.2008.

Art. 595. No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas.

CC/1916: art. 1.217.

Temos aqui mais uma norma de tutela ao hipossuficiente, resguardando o contratante analfabeto. A exigência da forma escrita é *ad probationem*, pois o negócio jurídico permanece não solene e consensual, na medida em que a simples prestação do serviço é bastante para acarretar a aplicação do Código Civil. Aliás, é suficiente o instrumento particular.

A assinatura a rogo será conferida por pessoa de confiança do analfabeto, pois subscreverá o documento na presença de duas testemunhas. Aqui há uma inovação substancial do Código Civil, pois na vigência do Código Civil de 1916 (art. 1.217) eram necessárias quatro testemunhas, procedimento que desafia a diretriz atual da operabilidade e efetividade das regras civis.

Art. 596. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade.

CC/1916: art. 1.218.

Apesar de o dispositivo ser uma fiel reprodução do art. 1.218 do Código Civil de 1916, ostenta evidente jovialidade. De fato, o legislador encaminha ao magistrado e aos costumes a fixação da retribuição pelos serviços prestados quando as partes não alcançam um acordo sobre o valor.

O Código Bevilacqua foi forjado com vistas ao formalismo jurídico, no qual a lei era a única fonte de positivação do direito. O Código Reale considera que o direito é linguagem e cultura, sendo necessário um constante diálogo entre o sistema jurídico e a sociedade, o que requer a ampliação das fontes do direito, pois ele emana por diversas formas e não simplesmente da vontade soberana do legislador. Daí a preocupação com os costumes e a jurisprudência, como manifestações legítimas e criativas do direito, aptas a revigorar a letra da norma, concedendo-lhe eficácia e concretude.

Voltando ao dispositivo em enfoque, o magistrado se servirá dos usos e costumes locais para alcançar a remuneração do prestador de serviço, observando ainda o tempo despendido com a execução do serviço e a sua qualidade e complexidade. Sendo o magistrado um “homem de seu tempo e meio social”, avaliará o tráfego jurídico no local em que se prestou o serviço, interpretando o contrato com base na boa-fé objetiva (art. 113 do CC), a fim de alcançar a remuneração que duas pessoas honestas alcançariam em uma relação de cooperação. Esse será o *iter* para atingir o livre convencimento motivado (art. 131 do CPC).

Sendo a gratuidade inaceitável em nível de Código Civil ou legislação especial, na CLT há o critério que leva em conta a percepção do salário por trabalhador que realize serviço em função equivalente em outra empresa (art. 460).

Evidente que, em hipóteses de vulto (v. g., serviços de grandes proporções), o magistrado se servirá do apoio de um perito para definir com precisão o arbitramento do serviço (art. 420 do CPC).

Não se olvide de que, pela dicção do art. 227 do Código Civil (art. 401 do CPC), se o valor sugerido para o serviço for superior a dez salários-mínimos, fundamental será a exibição de uma prova documental inicial acerca da realização da atividade, prova essa que poderá ser subsidiada por testemunhas.

Art. 597. A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.

CC/1916: art. 1.219.

Como em vários setores do Código, aqui encontramos mais uma norma dispositiva que somente será aplicada em caráter supletivo. Para aferir quando será efetivada a retribuição pelo serviço prestado, devemos consultar o próprio contrato e suas cláusulas sobre o tempo do pagamento (art. 134 do CC).

No silêncio do contrato, há que perquirir acerca dos costumes da região em que se praticou o serviço. Os usos do local serão úteis para definir se o pagamento será adiantado; pago em prestações periódicas; por etapas; ou apenas remunerado ao final do serviço.

Finalmente, diante da impossibilidade de definição convencional ou alicerçada no tráfego jurídico, aplica-se o enunciado da norma, retribuindo-se o serviço apenas após a sua efetiva prestação, o que é natural em qualquer contrato sinalagmático.

Art. 598. A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.

CC/1916: art. 1.220.

A norma pode ser explicada em suas raízes históricas (repete disposição limitativa do art. 1.220 do CC/1916) pela necessidade de acautelamento do prestador de serviços, evitando-se a contratação por prazo superior a quatro anos, a fim de que ele não seja submetido à instrumentalização por parte do tomador de serviços em uma relação desprovida de limites temporais.

Todavia, nos tempos atuais, a norma não mais se justifica por duas razões, quais sejam:

Primeiro, haverá uma probabilidade de a prestação de serviço de quatro anos ser considerada um contrato de trabalho, diante de sua frequência e habitualidade, o que poderia inferir em subordinação jurídica de uma parte à outra.

Segundo, esgotado o quadriênio, nada impede que as partes ajustem novo contrato: por igual período, ou inferior. Ademais, fixado o contrato por prazo superior a quatro anos, reduzir-se-á o prazo excedente ante sua ineficácia, mas o negócio jurídico será válido.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.205.020.007, rel. Romeu Ricupero, j. 28.11.2008; e TJSP, Ap. cível n. 7.164.714.200, rel. Tersio Negrato, j. 05.03.2008.

Art. 599. Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato.

Parágrafo único. Dar-se-á o aviso:

I - com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais;

II - com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena;

III - de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

CC/1916: art. 1.221.

Caso o contrato de prestação de serviço tenha sido estipulado sem prazo, não sendo possível determinar o seu instante derradeiro pela natureza do serviço realizado ou pelo costume do local em que foi efetivado, qualquer das partes poderá denunciá-lo de acordo com o tempo em que se fixou a percepção da retribuição.

Em verdade, temos uma hipótese clara de rescisão unilateral e não de resolução contratual, como indica o *caput* do art. 599 do Código Civil. Com efeito, não se trata de extinguir o contrato pelo inadimplemento, como propõe o art. 475 do Código Civil, mas de exercício do direito potestativo à desconstituição do negócio jurídico, com submissão da outra parte ao término do contrato. Basta observar o uso dos termos “arbítrio” e “prévio aviso” para atentarmos que o dispositivo é conexo ao art. 473 do Código Civil, pelo qual a primeira palavra é substituída por “rescisão unilateral” e a segunda por “denúncia”.

O parágrafo único aplica uma regra de proporcionalidade, pois pretende adequar o aviso (denúncia) ao ajuste da periodicidade do pagamento da retribuição. Portanto, quanto maior a contratação, maior será o prazo para o exercício da denúncia. Aliás, a utilização do vocábulo “salário” não é pertinente, eis que é aplicável apenas às relações trabalhistas.

Art. 600. Não se conta no prazo do contrato o tempo em que o prestador de serviço, por culpa sua, deixou de servir.

CC/1916: art. 1.223.

O dispositivo regula normas de boa convivência entre o prestador e o dono do serviço no prazo convencionado para o serviço. Se o prestador deixou de comparecer ao serviço sem justificativa, ou seja» por negligência ou comportamento inadequado, não receberá a retribuição no aludido período. Suspende-se o contrato, sem o pagamento. Exemplificando: caso a falta decorra de embriaguez, ou se dê em virtude da realização de outros serviços, não poderá o prestador ser remunerado.

Na CLT, não há a suspensão do contrato, pois não se transferem ao trabalhador os riscos da atividade econômica, isoladamente assumidos pelo empregador.

Aliás, em tais hipóteses será possível ao dono do serviço pleitear a resolução contratual, cumulada com pedido de perdas e danos, se o inadimplemento resultante da falta do serviço for significativo, a ponto de prejudicar seriamente os objetivos da contratação.

Nada obstante, decorrendo a falta do serviço de um evento que não seja imputável ao comportamento culposos do prestador, será ele remunerado da mesma forma. É o caso do não comparecimento em razão de uma greve geral dos transportes ou por um acidente provocado por terceiro. Da mesma forma, o prestador será remunerado se a paralisação se der por culpa do próprio dono do serviço.

Art. 601. Não sendo o prestador de serviço contratado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições.

CC/1916: art. 1.224.

Normalmente, o contrato de prestação de serviço especifica a atividade do prestador. A obrigação de fazer é objeto de convenção. Aliás, mesmo no silêncio do negócio jurídico, a própria especialização da pessoa é suficiente para qualificar os serviços que deverá praticar. Vale dizer que ninguém poderá admitir que um médico, contratado para fazer visitas semanais a um doente crônico, também se ocupará da faxina da residência, sendo o “serviço compatível com as suas forças e condições”.

Todavia, a questão avulta no tocante à contratação que envolve atividades físicas, manuais. É possível exigir de uma diarista que também corte a grama do jardim, simplesmente por possuir condições físicas para tanto? Parece-nos que o dispositivo será entendido em harmonia com a cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), que impõe uma relação cooperativa entre as partes, a fim de que se obtenha o adimplemento da obrigação da forma mais proveitosa ao credor e menos onerosa ao devedor. Nesse sentido, o sacrifício desmesurado de uma das partes em decorrência da omissão do contrato converte-se em abuso do direito - ato ilícito objetivo (art. 187 do CC) -, já que o dono do serviço exerce o direito subjetivo de forma manifestamente excessiva, lesando a confiança do parceiro contratual e desequilibrando a relação jurídica. A proporcionalidade será a medida da correção e aferição de quais serviços são “compatíveis” com a posição do prestador.

Art. 602. O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada» não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra.

Parágrafo único. Se se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á, se despedido por justa causa.

CC/1916: art. 1.225.

Toda relação obrigacional nasce e se desenvolve com vistas ao adimplemento. A obrigação é um processo, cujo ápice é o cumprimento, resgatando-se aquela parcela de liberdade que fora cedida ao tempo da vinculação.

Na prestação de serviço não é diferente. O dono do serviço demanda a satisfação da obrigação de fazer por um tempo certo, sendo inviável a rescisão unilateral por parte do prestador de serviço, pois esse direito potestativo apenas é manejado nos contratos sem prazo (art. 599 do CC), sem se olvidar de que o desfazimento prematuro gera prejuízos ao dono do serviço e inviabiliza o alcance das funções econômica e social do contrato.

Portanto, o recesso unilateral do prestador lhe acarreta a responsabilização pelos danos causados ao dono do serviço, mas sem que isso implique perda da retribuição já vencida e ainda não paga. Em suma, tem a liberdade de se retirar imotivadamente, mas será responsabilizado por sua escolha, quando prejudicial à outra parte.

Todavia, se houver motivação para a denúncia contratual, será possível a desconstituição do contrato. A expressão "justa causa" não é adequada, pois remete às relações trabalhistas. De qualquer forma, a motivação para a rescisão pode ser apanhada pelas mesmas causas da CLT: tratamento com rigor excessivo pelo dono do serviço; exigência de serviços superiores às forças do prestador; ofensas físicas ou morais. Enfim, atos que degradem a condição do prestador e inviabilizem a preservação da relação jurídica, posto que é ausente o elemento da confiança, piso de convivência entre seres humanos.

O Código Civil inova no parágrafo único ao impor as perdas e danos ao prestador de serviços que se despedir sem justa causa. A sua retribuição é ressaltada, mas os seus atos desidiosos ou o abandono da atividade serão indenizáveis na medida dos prejuízos apurados judicialmente, se não houver cláusula penal convencionada.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.025.123.001, rel. Eros Piceli, j. 17.11.2008.

Art. 603. Se o prestador de serviço for despedido sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocava de então ao termo legal do contrato.

CC/1916: art. 1.228.

A norma prossegue a matéria iniciada no dispositivo anterior, tratando agora da denúncia imotivada do contrato pelo dono do serviço. Ao contrário do art. 599, aqui a hipótese envolve a rescisão unilateral no contrato com termo.

De forma simétrica ao que se aplica em favor do dono do serviço quando o prestador imotivadamente se demite (art. 602), a extinção prematura do negócio jurídico pelo direito potestativo da denúncia não poderá ofender a legítima expectativa do prestador de serviço que agiu corretamente para a consecução da finalidade contratual e aguardava a sua conclusão para retirar a almejada vantagem patrimonial.

Como compensação pela quebra da confiança, o prestador receberá metade do que lhe tocava caso o serviço alcançasse o termo originário, além, é claro, das retribuições vencidas e não pagas. Cuida-se de emanção da importante inovação do parágrafo único do art. 473 do Código Civil, impeditivo do exercício abusivo do direito potestativo da denúncia. Exemplificando: se A deveria auferir R\$ 10.000,00 em seis meses de contrato e a denúncia foi exercitada com três meses de prestação de serviço, A fará jus aos R\$ 5.000,00 já trabalhados, além de outros R\$ 2.500,00 equivalentes à metade da importância relativa ao tempo restante.

Art. 604. Findo o contrato» o prestador de serviço tem direito a exigir da outra parte a declaração de que o contrato está findo. Igual direito lhe cabe, se for despedido sem justa causa, ou se tiver havido motivo justo para deixar o serviço.

CC/1916: art. 1.230.

O dispositivo institui o direito subjetivo do prestador de exigir a declaração de que o contrato está findo. No Código Bevilacqua, o art. 1.230 restringia a exigência à prestação de serviço agrícola (então locação agrícola).

A norma reflete o exposto no art. 319 do Código Civil. O pagamento não é apenas um direito subjetivo do credor. O devedor também tem total interesse no adimplemento, pois recuperará a sua liberdade. Quem paga a obrigação tem direito subjetivo à quitação. É a demonstração de sua liberação, com a possibilidade que se abre de contratar com outrem.

Haverá possibilidade de retenção da prestação de fazer caso o credor não lhe quiser outorgar imediatamente o documento. Todavia, se toda a obrigação já tiver sido executada, poderá o prestador ajuizar a outorga específica da obrigação de fazer (art. 461 do CPC), no sentido da emissão do recibo, sob pena de imposição de multa cominatória diária (*astreintes*) em face do dono do serviço.

Art. 605. Nem aquele a quem os serviços são prestados poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste.

CC/1916: art 1.232.

Este dispositivo reforça a natureza *intuitu personae* da prestação de serviço. A obrigação de fazer é personalíssima e alcança ambos os contratantes, sendo-lhes vedado, unilateralmente, transferir a outrem a execução dos serviços (no caso do prestador) ou o direito aos serviços ajustados (no caso do dono). Qualquer cessão contratual requer o assentimento do outro contratante. A intransmissibilidade se estende à sucessão *causa mortis*, como demonstraremos ao exame do art. 607.

Conforme dispõe o art. 247 do Código Civil, cuida-se de obrigação de fazer infungível por convenção, sendo o seu inadimplemento penalizado pela tutela ressarcitória, caso o contratante lesado não opte pela adoção da tutela inibitória (art. 461 do CPC), constringendo o parceiro a praticar aquele ato que voluntariamente recusa a efetuar. Lembre-se de que a diretriz da operabilidade adotada pela Comissão de Elaboração do Código Civil é direcionada à máxima efetividade das normas de direito material. No plano das obrigações, isso importa em conferir ao contratante amplas possibilidades de alcançar o término fisiológico da relação contratual com a satisfação da prestação almejada, sendo o inadimplemento algo patológico e excepcional.

Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública.

CC/1916: sem correspondente.

Esta norma é uma continuação do art. 596. Em princípio, duas pessoas podem fixar a prestação de um serviço, sendo certo que o dono do serviço conhece a ausência de qualificação do prestador. A autonomia privada dos contratantes alcançará uma retribuição que será semelhante ou inferior à de um profissional habilitado.

Contudo, se nenhum valor foi estipulado e o prestador deixou de receber a retribuição, o magistrado arbitrará o *quantum* conforme o costume do lugar, o tempo do serviço e a qualidade da atividade desempenhada. Mas, em vez de fixar um valor de mercado, determinará uma compensação razoável em favor do prestador que agiu de boa-fé, apesar de haver exercido irregularmente a atividade. Exemplificando: se A contrata o *personal trainer* B, que não é graduado em educação física, mas possui larga experiência em treinamento de natação, o magistrado estipulará em favor de B uma retribuição razoável, pelo fato de o serviço ter sido cumprido, ciente A da situação pessoal de B. Evita-se assim o enriquecimento injustificado do dono do serviço.

Contudo, se o prestador omite a sua falta de qualificação, ou, pior, ilude o dono do serviço com base em falsas premissas, nada poderá receber dos serviços prestados, aplicando-se a regra de ouro do *tu quoque*. Ou seja, quem viola uma norma não poderá por ela ser beneficiado, pois incide em abuso do direito ao constituir deslealmente a relação jurídica, atraindo a confiança alheia com base em inverdades e, posteriormente, desejando se beneficiar da norma ao receber uma retribuição. Alcança-se resultado similar da leitura do art. 883 do Código Civil.

O parágrafo único também exclui por completo a possibilidade de fixação de retribuição razoável em favor daquele que executa serviço sem qualificação, quando a norma de ordem pública reserva o exercício da profissão apenas em favor de determinados profissionais. Advogados, médicos, farmacêuticos são profissionais que não podem ser substituídos, pelo risco à integridade física e patrimonial de seus clientes e pacientes. Qualquer prestador de serviço desprovido de tais qualificações será responsabilizado criminalmente, além de não receber nenhuma remuneração pelas atividades realizadas.

Art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.

CC/1916: art. 1.233.

No tocante aos modos de extinção do contrato de prestação de serviço, houve substancial aperfeiçoamento da matéria em comparação ao Código Civil de 1916. Na sistemática revogada (art. 1.233), apenas a morte do prestador era fato extintivo do negócio jurídico. Agora, o dispositivo em exame acresce àquela outras hipóteses de extinção da relação contratual:

a) A morte de qualquer das partes - confirma-se, mais uma vez, o caráter *intuitu personae* da prestação de serviço, pois, além da intransmissibilidade *inter vivos* (art. 605), não há direito sucessório sobre a posição de credor ou devedor do referido contrato. Certamente os herdeiros do dono do serviço deverão arcar com eventuais débitos vencidos e não pagos pelo *de cuius*, tratando-se de dívidas comuns perante o prestador de serviço.

b) Escoamento do prazo - marcado o contrato de prestação de serviço pela temporariedade, posto que é limitada a sua duração a quatro anos (art. 598 do CC), havendo o interesse na prestação de outros serviços, faz-se necessária a elaboração de nova relação contratual.

c) Conclusão da obra - mesmo não se tratando de contrato de empreitada - em que prevalece o resultado alcançado é possível que a prestação de serviço se relacione à execução de uma obra, momento em que sobejará concluída a obrigação, pelo adimplemento.

d) Denúncia do contrato por aviso - apesar de o Código Civil ter se equivocado ao cogitar do termo *rescisão*, o art. 599 permite o exercício do direito potestativo de rescisão uni-

lateral da prestação de serviço quando ajustada sem prazo. Vimos que a expressão *aviso prévio* não é pertinente no Código Civil, posto que é ligada às relações de trabalho. Aqui seria melhor a adoção da *denúncia imotivada*.

e) Resolução por inadimplemento - a recusa do dono do serviço em oferecer o pagamento ao prestador de serviço acarreta a resolução contratual por inadimplemento. Porém, havendo o inadimplemento por parte do prestador, que se recusa a executar o serviço, poderá o dono do serviço insistir na tutela específica da obrigação de fazer (art. 461 do CPC).

f) Resolução por força maior - se o contrato não for executado em razão de evento externo à conduta das partes, de caráter inevitável, também será objeto de resolução, mas sem a possibilidade de obtenção de perdas e danos pela parte prejudicada, pois a extinção do contrato não se relaciona com a conduta culposa do devedor.

Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.

CC/1916: art. 1.235.

Aqui temos o dispositivo de maior repercussão no capítulo da prestação de serviço. Ver-se-á ele acerca do aliciamento da mão de obra alheia, tutelando a função social externa do contrato.

O sistema jurídico não admite que uma pessoa viole uma relação contratual de prestação de serviço que está em andamento, impedindo-a de alcançar o seu termo normal, pelo inadimplemento. Ofende o ordenamento a conduta daquele que, conhecendo a existência de uma prestação de serviço em curso, seduz o prestador com uma nova proposta, a ponto de acarretar a dissolução da relação contratual primitiva.

Traduzindo: A possui um contrato escrito com B, pelo qual este prestará àquele, em caráter de exclusividade, serviço técnico especializado de ensino de direito para alunos em preparação para concursos públicos. Caso C - estabelecimento concorrente -, ciente da relação contratual entre A e B, oferece a B um novo contrato em condições mais vantajosas, fazendo com que A perca o seu prestador de serviço exclusivo em favor de C, poderá ser A indenizado com o valor de dois anos de remuneração do prestador B.

Cuida-se da tutela à função social externa do contrato. As relações contratuais produzem obrigações restritas às partes - princípio da relatividade contratual mas geram oponibilidade *erga omnes*, pois a sociedade deve se comportar de modo a respeitar as relações jurídicas em curso, permitindo que alcancem o seu desiderato pela via adequada do adimplemento. Nesse instante, os contratantes retomam a sua liberdade e estão aptos a contrair novos negócios jurídicos, preservando o clima de estabilidade nas relações econômicas e propiciando uma confiança generalizada no cumprimento dos contratos.

Jogadores de futebol, artistas de emissoras de televisão, técnicos especializados, enfim, uma gama de pessoas recebe - e aceita - propostas de concorrentes, menos pelo interesse específico do ofertante na aquisição do profissional e mais pelo simples propósito comercial de esvaziar o contrato alheio, naquilo que pode ser registrado como uma espécie de concorrência desleal.

Portanto, não é justo que terceiros atuem como se desconhecem os contratos, desrespeitando-os apenas para a satisfação de seus interesses pessoais, mas de modo ofensivo às finalidades éticas do ordenamento jurídico. O terceiro ofensor não será punido isoladamente, pois o prestador de serviço também poderá ser responsabilizado, seja em virtude de cláusula penal compensatória (art. 411 do CC), seja, em sua ausência, mediante a fixação, pelo magistrado, de perdas e danos em decorrência do inadimplemento contratual.

Enfim, a título comparativo com o seu predecessor, o Código Civil avançou bastante na matéria, pois, na égide do Código Bevilacqua, o aliciamento era restrito à prestação de serviços agrícolas. Agora, atinge qualquer campo da economia, sendo suficiente que o agressor conheça o contrato escrito em andamento, existente entre o prestador de serviço e o concorrente.

Art. 609. A alienação do prédio agrícola, onde a prestação dos serviços se opera, não importa a rescisão do contrato, salvo ao prestador opção entre continuá-lo com o adquirente da propriedade ou com o primitivo contratante.

CC/1916: art. 1.236.

O legislador excepciona a infungibilidade e pessoalidade dos contratos de prestação de serviço, pois admite que, ao tempo da alienação da propriedade rural onde se execute o serviço, possa o prestador manifestar a vontade de prosseguir a relação contratual com o adquirente do bem imóvel.

Em outras palavras, duas opções se abrem para o prestador do serviço: poderá manter o contrato originário, ou vincular-se ao adquirente. Caso delibere pela primeira alternativa e não mantenha o dono do serviço interesse na continuidade da prestação, será o prestador despedido sem justa causa e se enquadrará nas conseqüências do art. 603 do Código Civil.

Mas, se preferir continuar onde está, servindo ao novo proprietário, este terá de se submeter à cessão do contrato, em que incide o direito potestativo do prestador à manutenção da relação contratual, agora com a substituição do alienante pelo adquirente do imóvel rural

CAPÍTULO VIII DA EMPREITADA

Art. 610.0 empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.

§ 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

§ 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução.

CC/1916: art. 1.237.

Conforme já analisado quando do estudo da locação, na sua origem no Direito romano, ela compreendia três formas: a locação de coisas; de serviços; de obra. A primeira é atualmente a locação; a segunda, a prestação de serviço; e a locação de obra se converteu no contrato de empreitada, o qual passamos a examinar.

A empreitada é o contrato pelo qual uma das partes (empreiteiro) se obriga perante outra (dono da obra) à realização de certa obra, mediante um preço, sem que se configure dependência ou subordinação. O conceito engloba os três elementos do negócio jurídico: partes; preço e a realização da obra.

A nomenclatura clássica dos sujeitos do contrato pode gerar confusão. “Dono da obra” seria uma expressão perfeita se restringíssemos o campo do contrato à construção civil. Apesar de grande parte das empreitadas se localizar nesse setor da economia, nada impede que compreenda a realização de uma atividade incorpórea, como a obrigação de um músico de

preparar os arranjos de um trabalho musical, ou de um *promotor* de organizar a recepção a uma grande personalidade.

No contrato em enfoque, a obrigação de fazer é insuficiente; requer-se do empreiteiro um fazer qualificado, pois ele será convocado para exercitar uma atividade em razão de suas especiais aptidões técnicas. Ademais, cuida-se de obrigação de resultado, pois é esperada a entrega de um produto final que atenda às legítimas expectativas do dono da obra quanto à qualidade almejada. Não se confunde com a prestação de serviço em que a atividade em si é o móvel da relação contratual. Aqui a atividade é o meio de obtenção do resultado desejado.

O contrato de empreitada possui as seguintes características: é *bilateral*, incidindo obrigações para ambas as partes (remuneração x entrega do produto); *oneroso*, por impor sacrifícios correspectivos para as partes, sendo a remuneração mediante um preço essencial à configuração da empreitada, mesmo que o pagamento não se dê em dinheiro, mas em outra espécie (v. entrega de um apartamento quando a construção ficar pronta); *comutativo*, sendo as prestações conhecidas e pré-estimadas pelas partes, embora seja possível a estipulação de contrato aleatório, caso em que haverá incerteza quanto à existência ou quantidade da coisa (arts. 458 e 459 do CC); *consensual*, sendo suficiente o consenso para o seu aperfeiçoamento; e *não solene* dispensando forma especial. Contudo, é interessante que seja documentado *ad probationem*, a fim de que os contratantes possam se resguardar quanto a direitos e obrigações.

O *caput* do dispositivo ressalta as duas modalidades de empreitada: a) empreitada de mão de obra ou de labor - o empreiteiro se responsabiliza pela administração e fiscalização do trabalho humano, enquanto o dono da obra fornece os materiais necessários; b) empreitada mista - aqui a atividade do empreiteiro é mais ampla, pois executa o trabalho e ministra os materiais. Conjugam-se obrigações de dar e fazer. Não obstante certa aproximação, é algo distinto da compra e venda, pois a entrega dos produtos em troca de remuneração não importa em obrigação de dar pura, mas integra a atividade-fim de execução da obra.

Pela leitura do § 1º, vê-se que a empreitada mista não se presume, exigindo-se a convenção das partes ou imposição legal. Ademais, se o empreiteiro for contratado para a elaboração do projeto, a obrigação de resultado é alcançada com a sua entrega ao dono da obra, pois a sua execução ou fiscalização é atividade independente, consoante preconiza o § 2º do art. 610. Enfim, projeto, fiscalização e execução são tarefas distintas, somente sendo aglutinadas por imposição contratual.

Jurisprudência: Ação monitória. Fornecimento do serviço, material e mão de obra por empresa de engenharia contratada pelo réu. Inteligência do artigo 610, § 1º, segunda parte, do Código Civil. Empreitada global. Reconhecimento. Tratando-se de empreitada mista, é o empreiteiro de construção que responde pelo custo do material, não podendo os fornecedores cobrar o seu valor do proprietário da obra, com quem não mantêm vínculo obrigacional. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.197.074.004, rel. Carlos Alberto Garbi, j. 01.09.2008)

Art. 611. Quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correrão os riscos.

CC/1916: art. 1.238.

A norma versa acerca da responsabilidade pelos riscos oriundos do contrato. Na empreitada mista, pelo fato de o fornecimento dos materiais incumbir ao empreiteiro, assume ele os riscos até o tempo da entrega da obra. Por se constituir em fornecedor do produto, responde pelo resultado do trabalho contratado.

Parece-nos que o legislador agravou a condição do empreiteiro, a ponto de fazê-lo assumir os riscos de eventual acidente, pelo fato de temporariamente ser o proprietário dos materiais (*resperito domino*), repercutindo a perda da coisa sobre o seu patrimônio (art. 237 do CC), pois apenas ao instante do pagamento o dono da obra incorporará os referidos materiais ao seu acervo econômico.

Contudo, se o dono da obra estiver em mora ao receber a obra já executada, transferem-se os riscos a ele, isentando-se o empreiteiro dali em diante. É a mesma solução conferida ao contrato de compra e venda (art. 492, § 2º, do CC) e constante da regra geral, que subtrai do devedor isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa em razão da mora do credor (art. 400 do CC). A fim de se acautelar no tocante à responsabilidade pela mora, o empreiteiro exercitará a pretensão de consignação, depositando judicialmente a obra (art. 890 do CPC).

Aliás, a nova redação do dispositivo corrige um equívoco histórico. No Código Civil de 1916 (art. 1.238), o fato de o dono da obra se recusar a receber a coisa no tempo, local ou forma ajustados, implicava responsabilidade conjunta com o empreiteiro. Nada mais injusto, pois a oferta da obra já finalizada, sem que a recusa do recebimento seja objetivamente justificada, não pode implicar riscos para aquele que executou a sua prestação conforme a boa-fé, em parâmetros de confiança e retidão.

Lembre-se de que, se o dono da obra houver instruído o empreiteiro a concluir o produto e remetê-lo a um lugar distinto de onde fora ele produzido (v. g, confecção de dez vestidos por um costureiro para envio a outro município no qual será realizada uma festa), o empreiteiro exaure a sua responsabilidade no momento em que entrega o produto em perfeitas condições ao transportador (art. 494 do CC).

Art. 612. Se o empreiteiro só forneceu mão de obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono.

CC/1916: art. 1.239.

Aqui o legislador complementa a repartição dos riscos, já enfocada no dispositivo pregresso. Na empreitada de labor ou de mão de obra, todos os riscos correrão por conta do dono da obra, exceto aqueles imputáveis à culpa do empreiteiro. Na medida em que todos os materiais pertencem ao dono da obra, ele se responsabilizará pelo seu perecimento. Já o empreiteiro restringe seus riscos à mão de obra contratada. Isto é, havendo acidente de trabalho, a responsabilidade se restringe ao empreiteiro, não se podendo questionar a solidariedade, pelo fato de este não ser preposto do dono da obra.

Exemplificando: se no curso da obra alguém utiliza de violência para subtrair os materiais acondicionados no local, o dono assumirá os prejuízos. Porém, se houver desídia na sua guarda, pelo fato de a obra se encontrar abandonada ao tempo do furto ou roubo, o empreiteiro indenizará o proprietário pelos prejuízos.

Jurisprudência: Prestação de serviços. Construção civil. Empreitada de labor. Obra interrompida pelo contratante. Trabalho defeituoso atribuído ao empreiteiro. Demanda reparatória. Culpa indemonstrada. Ônus do autor. Inteligência do art. 612 do Código Civil e art. 333, I, do Código de Processo Civil. Juízo de improcedência. Sentença mantida. Recurso do autor. Desprovimento. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.062.605.007, j. 20.02.2008)

Art. 613. Sendo a empreitada unicamente de labor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribui-

ção, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade.

CC/1916: art. 1.240.

Da mesma forma que o dono da obra assume riscos pelos materiais entregues ao empreiteiro na modalidade da empreitada de labor, este correrá o risco da não percepção de sua remuneração em caso de perecimento da coisa antes da entrega.

Vale dizer que, se o perecimento não resultar de culpa de nenhuma das partes, mas do fortuito, haverá a resolução da relação contratual, com a restituição das partes ao estado anterior, tendo o dono da obra de arcar com a perda dos materiais e o empreiteiro perdendo a remuneração. Incide aqui uma concretização da primeira parte do art. 234 do Código Civil.

Porém, provando o empreiteiro que o perecimento resultou de defeito dos materiais remetidos pelo dono da obra, além de comprovadamente tê-lo advertido sem que este adotasse medidas preventivas, receberá o primeiro a sua remuneração.

Nesse caso, duas soluções são possíveis: primeiro, premiar o empreiteiro por seu zelo com a atividade exercitada e pelo cumprimento do dever anexo de informação, além de punir o dono da obra pela desídia no trato com a empreitada; segundo, sendo constatado o vício redibitório nos produtos e, assim, impossibilitada a verificação prévia quanto ao déficit qualitativo dos materiais pelo empreiteiro, também será ele remunerado, já que o dono da obra lhe garantirá isso em face das coisas que tornem impróprio o produto ao uso, sendo o vício concomitante ao tempo da sua aquisição.

Ressalva o dispositivo a hipótese de perecimento da coisa pelo fortuito no caso de *mora accipiendi*. Aí não se discute a necessidade de preservação da remuneração do empreiteiro diante da expansão de responsabilidade do credor provocada pela sua recusa injustificada em receber a obra (art. 400 do CC).

Jurisprudência: Responsabilidade do engenheiro. Desabamento de prédio em construção. Embora somente concorrendo com serviço e recebendo do dono da obra os materiais a serem empregados, o engenheiro contratado para elaborar o projeto e fiscalizar a construção é civilmente responsável pelo evento danoso, pois era de seu dever examinar os materiais empregados, tais como os tijolos, e recusá-los se frágeis ou defeituosos. (STJ, REsp n. 8.41 O/SP, 43 T., rel. Min. Athos Carneiro, j. 23.10.1991, DJ 09.12.1991)

Art. 614. Se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada.

§ 1º Tudo o que se pagou presume-se verificado.

§ 2º O que se mediu presume-se verificado se, em trinta dias, a contar da medição, não forem denunciados os vícios ou defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização.

CC/1916: art. 1.241.

Já observamos que a empreitada pode assumir as espécies de labor ou mão de obra e de material ou mista. Os três dispositivos precedentes acentuam as consequências da opção por uma ou outra espécie de empreitada.

Para além, existem outras espécies de empreitada: a) *por preço certo* - as partes estipulam uma remuneração fixa para a realização da obra. O valor é determinado em atenção à obra como um todo, sem considerar o fracionamento da atividade ou o fato de o preço ser pago parceladamente ao empreiteiro. Não a descaracteriza a fixação de reajustamento, em razão de variação no preço final diante de acréscimos no custo da mão de obra ou dos materiais; b) *por medida* - aqui há um fracionamento da obra, considerando-se as partes em que ela se divide. A remuneração do empreiteiro é paga de acordo com a conclusão das medidas satisfeitas; c) *por administração* - o empreiteiro será remunerado segundo um percentual a ser aplicado sobre os valores alocados na obra. Ele será o administrador da obra e sua principal função consistirá em obter os melhores preços de materiais e mão de obra, reduzindo os custos do dono da obra.

O dispositivo em leitura contempla a modalidade da empreitada por medição, na qual se condiciona o pagamento do empreiteiro ao cumprimento de etapas de execução dos serviços, e não por ocasião da entrega da obra acabada. A título ilustrativo, na construção de dez chalés em um lote, pode o proprietário remunerar o empreiteiro ao cabo da conclusão de cada uma das habitações, sem ter em vista o conjunto da obra.

Aqui a obrigação se torna divisível, pois à medida que o cronograma vai sendo cumprido o empreiteiro adquire direito subjetivo ao recebimento das prestações parciais, sob pena de paralisação do restante do serviço enquanto não houver retribuição (art. 476 do CC), além do nascimento da pretensão ao recebimento do crédito, conforme a natureza do título (cobrança, monitória, execução).

Infere-se da letra do § 1º que o pagamento é contemporâneo à verificação, estabelecendo uma presunção de regularidade daquela etapa concluída, em razão do contentamento do dono da obra. Porém, cuida-se de presunção relativa pela própria leitura do § 2º. Afinal, na data da medição nasce o prazo decadencial de trinta dias para o dono da obra exercer o direito potestativo de denunciar os vícios ou defeitos da coisa, sejam eles ocultos ou aparentes. Aqui é excepcionada a regra geral do art. 445 do Código Civil acerca da contagem do prazo para a verificação dos vícios redibitórios.

Duas observações avultam: uma é que a diluição da possibilidade de reclamação dos vícios não exclui o prazo de garantia a que alude o art. 618 do Código Civil; a segunda é que, tratando-se de empreitada submetida às regras do Código de Defesa do Consumidor, há que aplicar a especial disciplina quanto aos vícios do produtos (arts. 18 e segs. da Lei n. 8.078/90).

Jurisprudência: Havendo prova do contrato de empreitada que se constitui em demonstração do direito do autor (art. 333,1, do CPC), mas também demonstrado que não foi concluída a contento, determina-se o pagamento parcial dos valores contratados, no percentual que a prova aponta. (TJRS, Ap. cível n. 599159308/Viamão, 19ª Câm. Cível, rel. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 14.09.1999)

Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza.

CC/1916: art. 1.242.

Nesse instante tratamos dos efeitos do contrato de empreitada. Na qualidade de contrato bilateral, no qual surgem obrigações para ambas as partes, cumprirá ao dono da obra aceitá-la conforme o ajustado inicialmente entre as partes, desde que o empreiteiro não tenha se olvidado de atender às especificações técnicas ou às instruções por aquele ministradas.

De fato, o dono da obra não receberá um trabalho perfeito quando investir toda a sua confiança em um profissional e receber algo que não se ajuste às suas legítimas expectativas, afrontando objetivamente os termos do contrato.

Ao estudarmos a mora, lembramos o leitor que o perfeito cumprimento da obrigação não se prende apenas ao tempo da entrega, mas também ao lugar e ao modo de sua execução (art. 394 do CC). A quebra dos critérios técnicos pelo empreiteiro importa na justa causa do dono da obra em recusar a prestação, diante da incorreção na forma da execução da obrigação. Assim, se o autor de uma obra intelectual entrega o livro à editora no tempo ajustado, mas ignora os padrões ajustados para a confecção do livro, poderá a empresa recusar o seu recebimento até que as alterações sejam perfeitamente realizadas. Em suma, a mora será imputável ao empreiteiro, com as conseqüências aludidas no art. 399 do Código Civil.

Lembramos que, nos contratos de empreitada de construções, se o dono da obra aceitá-la, apesar da infração às normas técnicas, não se elide a garantia pela solidez e segurança do trabalho, à luz do disposto no art. 618 do Código Civil.

Art. 616. No caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço.

CC/1916: art. 1.243.

Em complemento ao dispositivo anterior, o legislador concede uma segunda opção ao dono da obra: em vez de desconstituir a relação jurídica, poderá ficar com a coisa e pleitear o abatimento proporcional no preço em razão do descumprimento das instruções e normas técnicas. Cuida-se de uma modalidade de ação estimatória (*quantum minoris*), conforme o enunciado no art. 442 do Código Civil, porém alheia à disciplina dos vícios redibitórios.

Em princípio, os arts. 615 e 616 concedem ao dono da obra o direito potestativo de imposição ao empreiteiro de qualquer uma das medidas - redibição ou abatimento -, sem que este possa se opor à decisão adotada. Todavia, entendemos que, em se tratando de uma reduzida infração às regras técnicas, a opção pelo desfazimento do contrato se converterá em medida desproporcional diante do inadimplemento mínimo (adimplemento substancial) do empreiteiro. A nosso visio, poderá então o magistrado aplicar a teoria do abuso do direito (art. 187 do CC), para limitar o exercício do direito potestativo do dono da obra, no sentido de estabelecer uma pequena redução no preço da empreitada em atenção às peculiaridades do caso, sem contudo se impor a resolução do contrato, aplicando-se o princípio da conservação do negócio jurídico.

Art. 617. O empreiteiro é obrigado a pagar os materiais que recebeu, se por imperícia ou negligência os inutilizar.

CC/1916: art. 1.244.

O dispositivo é singelo, pois enuncia um princípio geral do direito da responsabilidade civil subjetiva. Na empreitada de mão de obra ou de labor, quem fornece o material é o dono da obra, portanto, na qualidade de possuidor dos referidos produtos, deverá o empreiteiro agir com o máximo zelo e cautela na sua conservação, a fim de exercitar a atividade a cujo resultado está voltado.

Qualquer falha na utilização dos materiais oriunda da imperícia ou negligência do empreiteiro a ele será imputada. Deverá ele provar a incidência do fortuito como forma de se exonerar de qualquer responsabilidade.

O Código Civil de 1916 (art. 1.244) apenas mencionava a imperícia do empreiteiro como fato gerador do dever de indenizar. Agora, acresce à ausência de conhecimentos técnicos a conduta negligente do empreiteiro que é desidioso na conservação da coisa. Poder-se-ia indagar sobre a ausência do termo *imprudência*, porém ele é abrangido pelo sentido *lato* da imperícia, que acolhe todo exercício de atividade especializada não realizada adequadamente.

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

CC/1916: art. 1.245.

Indubitavelmente, trata-se do dispositivo mais controverso acerca do contrato de empreitada.

Nas empreitadas de edifícios ou de construções consideráveis (v. g. viadutos, pontes, estradas), o empreiteiro responderá pela solidez e pela segurança do trabalho em um prazo de garantia legal de cinco anos. Ora, em razão da amplitude da obra, há uma necessidade de conferir ao seu proprietário e credor de obrigação de resultado a mais ampla tutela. A extensão do prazo é consequência da própria complexidade da empreitada e da gama de defeitos que apenas podem ser percebidos após a conclusão da obra.

Da letra do art. 618 é possível inferir duas substanciais alterações em relação ao art. 1.245 do Código Bevilacqua, que já tratava da matéria em termos análogos. Primeiro, não poderá mais o empreendedor se isentar de responsabilidade ao pálio de ter advertido o dono da obra acerca da ausência de solidez do solo. Ora, agiu bem o legislador, pois o empreendedor tem a obrigação de fiscalizar a obra e entregá-la de forma perfeita, não sendo admissível que possa escusar a sua omissão na eventual negligência do dono da obra, que necessariamente não detém conhecimentos técnicos sobre a segurança do empreendimento. Segundo, o prazo de garantia legal de cinco anos é irredutível, o que implica a impossibilidade de convenção entre as partes no sentido de sua diminuição. Mas nada impede que o empreendedor acrescente à garantia legal uma garantia contratual, a fim de conquistar a confiança do dono da obra.

A inovação do parágrafo único deve ser percebida como a concepção de um sistema de freios e contrapesos. Ele revela a preocupação do legislador com a boa-fé objetiva do dono da obra perante o empreiteiro. Caso aquele descubra o vício redibitório dentro do lustro legal, terá o direito potestativo de denunciar os vícios dentro do prazo de 180 dias a contar da descoberta. Ou seja, se a obra foi entregue há um ano e nessa época é descoberto o vício, a partir de tal momento será contado o prazo decadencial. Ultrapassado o prazo, a garantia se esvai, mesmo que ainda existam em tese três anos e seis meses para o exercício da reclamação, de acordo com o *caput* do artigo.

Pela teoria da responsabilidade, será justificável a invocação do vício pelo dono da obra somente quando não tiver agido de má-fé ou culposamente. Na espécie, se ele sabe da existência do vício, há um dever anexo de informação imediata perante o empreendedor, a fim de que este possa se posicionar sobre a questão. Mas a negligência do referido esclarecimento, pelo indevido aguardo do término da garantia contratual, importa em violação à confiança do empreendedor e abuso no exercício do direito subjetivo. Daí a elogiável opção do Código pela fixação do prazo decadencial, nos moldes do que se verificou na concepção do art. 446 do Código Civil.

Certamente, se o vício é constatado quando o edifício havia sido entregue quatro anos e dez meses antes, o dono da obra contará o prazo de 180 dias a partir de tal data, mesmo que quando do ajuizamento da demanda já tenha sido superado o quinquênio.

Prosseguindo, tratando-se o prazo de cinco anos de período de garantia - seja em favor do dono da obra, seja de eventual adquirente no referido período -, a sua superação não impede a reparação dos danos derivados de culpa do empreendedor. Porém, não se tratando de prazo de prescrição ou decadência, abre-se uma questão. Se no Código Civil de 1916 esse prazo era de vinte anos (art. 177, c/c a Súmula n. 194 do STJ), como agir na nova ordem jurídica sendo o prazo de exercício da pretensão condenatória consideravelmente reduzido para apenas três anos (art. 206, § 3º, V, do CC)? Parece-nos que, caso o vício tenha sido constatado no prazo de cinco anos, o triênio será contado a partir da aludida data. Essa é uma construção lógica, pois a interpretação literal do artigo - que reclama o exercício da pretensão da data da lesão ao direito subjetivo - acarretaria perplexidade, eis que o prazo prescricional de responsabilidade subjetiva terminaria antes mesmo do prazo de garantia, no qual não se discute culpa.

Esclareça-se que o sistema de garantia ora realçado só se aplica aos vícios redibitórios que acarretem risco à solidez ou segurança do prédio. O termo *segurança* será entendido em sentido amplo, como qualquer problema que impeça a regular condição de salubridade e habitação do prédio. Com efeito, tratando-se de regra especial, sua aplicação não pode se estender a outras hipóteses reguladas em normas estanques. Assim, para os vícios ocultos em geral, aplicam-se as normas alocadas nos arts. 441 e seguintes do Código Civil; com relação aos vícios aparentes, ostensivos, adotamos os arts. 615 e 616 do Código Civil, há pouco examinados.

Até agora, examinamos os contratos de empreitada no âmbito do direito civil, porém, nos contratos de incorporação imobiliária (art. 28 da Lei n. 4.591/64) e nos contratos de empreitada em que surgirem as figuras do fornecedor e do consumidor, caberá a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. O incorporador que realiza construções para alienação de unidades autônomas é em regra um fornecedor (art. 3º do CDC). Também assumirá tal posição aquele construtor que edifica no terreno de um particular (v. g, engenheiro contratado para conduzir empreitada).

Nesses dois casos, dois sistemas complementares são observados: caso se constate o vício do produto ou serviço (arts. 18 e segs.), o dono da obra possui noventa dias para exercer o direito potestativo para a reclamação da reparação cabível, por meio das várias opções deferidas pela lei consumeirista, contando-se o prazo da entrega da obra (“habite-se”) para os vícios aparentes e da descoberta do vício para os ocultos (art. 26, §§ 1º e 3º, do CDC). Na hipótese de o vício gerar um acidente de consumo, surge a responsabilidade civil objetiva pelo produto ou pelo serviço (art. 12 do CDC), passível de exercício da pretensão indenizatória no prazo prescricional de cinco anos, contados da descoberta do fato e da autoria (art. 27 do CDC).

Diferentemente do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor não possui um prazo próprio de garantia. E daí se indaga até quando é possível a adoção do prazo decadencial de noventa dias para a reclamação dos vícios ocultos do produto e/ou serviço? Lembramos o estudioso que o consumidor sempre poderá migrar da legislação especial para outro sistema que lhe conceda maiores benefícios, em razão da norma de interface do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor e do próprio art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, que lhe outorga a posição de sujeito de direitos fundamentais. Portanto, o vulnerável se beneficiará do art. 618 e usufruirá o prazo decadencial de noventa dias quando o vício for descoberto no prazo de cinco anos de garantia legal

Por último, caso a empreitada cause danos aos prédios vizinhos em razão dos vícios derivados da falta de solidez ou segurança, a quem se deve responsabilizar: o dono da obra ou o empreiteiro? A nosso viso impera a solidariedade passiva, alcançando-se o dono da obra pelo art. 937 do Código Civil e o empreiteiro pela aplicação da cláusula geral do risco da atividade, a teor do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Jurisprudência: Súmula n. 194, STJ: Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra.

[...] A teor do que dispõe o artigo 618 do CC/2002, durante o período de 5 (cinco) anos, milita contra o empreiteiro a presunção de culpa em relação aos defeitos surgidos na obra pela solidez e segurança da obra, assim em razão dos materiais, como do solo. É presumida a responsabilidade do empreiteiro pela correção das imperfeições apresentadas na obra dentro do lapso temporal de cinco anos, se não comprovar que tais imperfeições ocorreram por força de causa estranha, ou seja, que inexistente relação de causalidade entre elas e a execução dos trabalhos de construção. (TJMG, Ap. cível n. 1.0702.01.010113-8/001(1), rel. Alvimar de Ávila, j. 04.03.2009)

Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.

CC/1916: art. 1.246.

Essa norma se aplica tão somente à empreitada por preço certo para a totalidade da obra, sem previsão de reajustamento, mesmo que incida acréscimo nos materiais ou na mão de obra. Aqui a regra é não se admitir a variação do preço, ao contrário do que ocorre nos contratos que contêm cláusula permissiva de reajustamento.

O ajuste do preço fixo pode ser interessante para ambas as partes em tempos de estabilidade monetária. Para o dono da obra, é garantia de que não será surpreendido pela má-fé ou por equívocos do empreiteiro; para este, não haverá surpresa, pois como especialista na matéria poderá calcular um preço satisfatório dentro dos acontecimentos ordinários. Mesmo na empreitada por preço certo é possível convencionar cláusula de escala móvel, sem descaracterizar a modalidade do negócio, à medida que se estabeleça o aumento progressivo das prestações como proteção diante da atualização monetária (art. 316 do CC).

A norma em comento apenas admite acréscimo de preço mediante instruções escritas do outro contratante, ou seja, autorização expressa do dono da obra. Admite-se, contudo, a autorização tácita quando este não contesta o aumento do valor que lhe é sugerido pelo empreiteiro, nos casos em que presumidamente o proprietário não ignorava a real situação da expansão da obra, na letra do parágrafo único.

A nosso sentir, nos tempos atuais de intenso tráfego jurídico, exigir a autorização por escrito para reajuste, quando as condições objetivas demonstram que o proprietário não teria razão para lhe obstaculizar, seria uma injusta sanção ao empreiteiro e um fator de imobilismo em tais atividades. Aplica-se aqui o que os modernos chamam de “conduta social típica”, ou “comportamento concludente”, segundo os quais determinadas condutas produzem negócios jurídicos ou lhes inovam, sem a necessidade de uma expressa manifestação de vontade.

Ademais, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução de contratos tem por escopo identificar, na conduta das partes obrigadas, o nascimento de deveres secundários ou acessórios, independentes da vontade das partes, excedentes ao dever de prestação, impondo limites aos direitos preestabelecidos a evitar abuso do direito (arts. 187 e 422 do CC).

No âmbito dessa função limitadora, inclui-se a proibição de *ventre contra factum proprium*, quando há assunção de posição jurídica em contradição com o comportamento assumido no instrumento contratual, que cria uma expectativa legítima de determinada conduta futura pela contraparte obrigada.

É o que se verifica na parte final do *caput*, quando, exemplificadamente, o dono da obra tolera a execução de serviços extras, o que enseja a confiança da empreiteira na aprovação de aditivos e na futura contraprestação do serviço realizado. Evita-se, ainda, a consagração do locupletamento indevido do dono da obra.

A outro giro, a expressão “salvo estipulação em contrário”, inserida no início da norma, realça seu caráter dispositivo, pois a remuneração poderá ser livremente pactuada pelos contratantes, por meio da estipulação de um preço variável.

Não obstante a omissão do legislador, é evidente que aqui, como em qualquer outro contrato de duração, pode ser manejada a teoria da imprevisão pelas partes (art. 478 do CC), diante do surgimento de fatos extraordinários e imprevisíveis que coloquem um dos contratantes em evidente situação de desequilíbrio econômico ao curso da execução contratual, com quebra do sinalagma.

Jurisprudência: Tratando-se de empreitada, em que o empreiteiro aceitou executá-la segundo plano apresentado por quem a encomendou, não há direito à exigência de acréscimo de preço (art. 619 do CCB). (TJRS, Recurso cível n. 71.000.992.594, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 23.11.2006)

Art. 620. Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão de obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada.

CC/1916: sem correspondente.

Para quem vivência a nossa realidade e cultura, temos aí uma norma de rara efetividade. Cogitar da redução do preço do material da empreitada já é algo remoto, quanto mais de uma queda de valores que represente mais de um décimo do preço global convencionado. Quanto à mão de obra, é impensável a redução salarial (art. 7º, VI, da CF); poderíamos apenas supor uma redução na necessidade de trabalhos especializados, com substituição por operários menos qualificados, sem quebra na qualidade do serviço.

Todavia, acontecendo o referido evento superveniente e extraordinário, o legislador concebeu uma particular hipótese de aplicação do princípio da onerosidade excessiva, impedindo que ocorra o injustificado enriquecimento do empreiteiro.

Aliás, ao contrário do estatuído para a teoria da imprevisão (art. 478 do CC), a solução para a restauração do sinalagma será a revisão contratual, em homenagem ao princípio da conservação do negócio jurídico. Não é necessário que exista cláusula nesse sentido, a norma opera de pleno direito.

Art. 621. Sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária.

Parágrafo único. A proibição deste artigo não abrange alterações de pouca monta, ressalvada sempre a unidade estética da obra projetada.

CC/1916: sem correspondente.

Em regra, é imodificável o projeto da obra pelo seu proprietário, tratando-se de propriedade autoral do seu criador e assim só passível de alteração com o seu consentimento, sob pena de risco à integridade do trabalho e da própria segurança de seus destinatários. Nesse sentido, o art. 26 da Lei n. 9.610/98 diz que “o autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a sua execução ou após a conclusão da construção”, inclusive com a possibilidade de responsabilizar civilmente o dono da obra por manter a sua autoria, mesmo após o repúdio (art. 26, parágrafo único).

O empreiteiro também não poderá unilateralmente introduzir modificações, sob pena de a obra ser justificadamente rejeitada ao final, conforme se depreende do já comentado art. 615. Contudo, tratando-se de pequenas e necessárias correções de rumo, que não comprometam a unidade estética da obra, viabilizam-se as alterações.

Novamente preocupado com as alterações na economia contratual, o legislador inovou substancialmente sobre a norma da lei autoral, permitindo a excepcional alteração do projeto-a despeito da autorização de seu autor - em duas hipóteses: inconveniência do projeto originário por motivos supervenientes, ou por razões de ordem técnica.

Exemplificando: se uma nova técnica de edificação for implantada em larga escala e com custos menores, poderá o dono da obra substituir a original, sem o consentimento do projetista; da mesma maneira, se a aquisição de determinado produto exigido pelo projetista tornar-se por demais custosa em razão de desabastecimento, nada obsta a substituição por outro mais acessível.

A norma é vantajosa para o empreiteiro e para o dono da obra, na medida em que a excessiva onerosidade será caracterizada independentemente da imprevisibilidade do evento, sendo suficiente a demonstração da quebra da base objetiva do negócio jurídico.

Art. 622. Se a execução da obra for confiada a terceiros, a responsabilidade do autor do projeto respectivo, desde que não assuma a direção ou fiscalização daquela, ficará limitada aos danos resultantes de defeitos previstos no art. 618 e seu parágrafo único.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo se refere à subempreitada. Ao contrário da prestação de serviço, a empreitada em regra não é *intuitu personae*? consoante se extrai do art. 626 do Código Civil. Portanto, é aceitável a conduta do empreiteiro que transfere a um terceiro as suas obrigações, chamado de subempreiteiro.

Apenas não se poderá confiar a obra a terceiro quando expressamente houver cláusula proibitiva, o que realça a natureza personalíssima da empreitada. Mesmo diante de tal cláusula, nada impedirá a subempreitada parcial, que é algo normal e corriqueiro em tais relações jurídicas. Basta atentar para a situação do empreiteiro engenheiro que transfere a execução dos serviços hidráulico e elétrico para técnicos ou empresas especializadas.

Quando se forma esse subcontrato, surge uma segunda relação contratual derivada da primitiva, na qual o subempreiteiro (terceiro) se obriga perante o empreiteiro e este mantém a empreitada com o dono da obra.

O terceiro que recebe a empreitada será o responsável pelo prazo de garantia noticiado no art. 618 e seu parágrafo único, com todas as conseqüências já mencionadas. Porém, se

também assumir a direção e fiscalização da obra, terá idêntica responsabilidade que o empreiteiro. Apesar de não haver relação material entre o dono da obra e o subempreiteiro, poderá aquele lhe responsabilizar pelos danos causados em sede de responsabilidade extracontratual, sem se olvidar de que, em se tratando de relação de consumo, todos os fornecedores respondem solidariamente ao consumidor em razão de defeitos do produto ou serviço que lhe acarretem prejuízos (art. 7º, parágrafo único, do CDC).

Por fim, não se confunda a subempreitada com a cessão do contrato. Aqui, o cedente transfere a sua posição contratual completa (ativa e passiva) para o cessionário (terceiro), com o consentimento do cedido (dono da obra), sendo certo que o cedente se retira por completo da relação jurídica a partir desse momento, não mais respondendo ao dono da obra.

Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra.

CC/1916: art. 1.247.

Caso o dono da obra decida desconstituir o negócio jurídico mediante a rescisão unilateral do contrato (art. 473 do CC), deverá o empreiteiro se submeter ao exercício do direito potestativo. Nada obstante, em razão dos investimentos realizados na obra e daquilo que razoavelmente auferiria com o seu trabalho, será indenizado pelos danos emergentes e lucros cessantes, na dicção do art. 402 do Código Civil.

Note-se que os lucros cessantes não poderão aqui abranger as oportunidades perdidas pelo empreiteiro no sentido de realizar outros contratos naquele período, pois a norma restringe os lucros frustrados “em função do que teria ganho, se concluída a obra”.

O legislador se equivocou ao se referir à suspensão da obra como fato gerador da indenização, pois a mera paralisação temporária não induziria à ressalva do final do texto, “se concluída a obra”. Isso significa que a paralisação foi definitiva e o negócio jurídico não pode alcançar o seu término.

Jurisprudência: Ação de cobrança decorrente de contrato de empreitada. Interrupção da obra pela contratante. Indenização razoável nos termos do art. 623 do Código Civil. Incabível o pagamento do valor total se não terminada a obra pelo autor. Apelação parcialmente provida. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.154.018.003, rel. Eros Piceli, j. 22.06.2009)

Art. 624. Suspensa a execução da empreitada sem justa causa, responde o empreiteiro por perdas e danos.

CC/1916: sem correspondente.

Já nesse dispositivo, parece-nos que a suspensão da execução da empreitada é a situação apropriada e condiz com a conclusão do texto. Em outras palavras, a simples paralisação temporária das obras, sem justa causa por parte do empreiteiro, pode propiciar prejuízos efetivos ao dono da obra.

Caso os danos emergentes e lucros cessantes derivados da suspensão dos trabalhos sejam demonstrados, surge o dever de indenizar, pois em sede de responsabilidade civil a simples culpa não é bastante para a produção do dever de indenizar, sendo fundamental a perquirição da extensão do dano (art. 944 do CC).

É evidente que, quanto maior o tempo de injustificada paralisação, maiores serão os prejuízos do dono da obra. Imagine a construção de uma casa: elevam-se os preços dos materiais; nascem despesas de conservação; perdem-se materiais estocados, sem se olvidar dos negócios jurídicos que o proprietário deixa de praticar em razão da impossibilidade de oferecer a mercadoria acabada a um cliente. Ao contrário do artigo precedente, aqui não se limita a pretensão às perdas e danos, podendo o dono da obra pleitear com amplitude tudo aquilo que esteja no desdobramento razoável e provável dos fatos caso não houvesse a suspensão da obra.

Jurisprudência: Empreitada mista, com preço fixo e pagamento em parcelas. A interpretação das cláusulas contratuais do contrato de empreitada deve ser feita de acordo com a disciplina legal vigente, que admite a suspensão da execução da obra pelo empreiteiro, quando o dono da obra deixar de pagar as parcelas do preço. Ônus da prova do dono da obra de comprovar a falta de justa causa. Arts. 624 e 625, I, do novo Código Civil. (TJRS, Apelação cível n. 70.016.319.576, rel. Voltaire de Lima Moraes, j. 18.04.2007)

Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra:

I - por culpa do dono, ou por motivo de força maior;

II - quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços;

III - se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.

CC/1916: sem correspondente.

Nesse momento há uma complementação do dispositivo precedente, agora com menção às hipóteses em que o empreiteiro possui justa causa para suspender a empreitada, sendo exonerado de qualquer pretensão indenizatória por parte do dono da obra.

a) Culpa do dono ou motivo de força maior - a culpa do proprietário é aferida em várias circunstâncias que demonstram a sua desídia na cooperação com o empreiteiro. Basta pensar na recusa de fornecimento de materiais ao empreiteiro, na empreitada de labor (art. 610 do CC), ou então na recusa injustificada ao pagamento, na empreitada por medição (art. 614 do CC), neste último caso aplicando-se a exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CC). Força maior ou fortuito são termos utilizados de forma indiscriminada pelo Código Civil (art. 393, parágrafo único), ambos representando situações em que um fato externo à conduta das partes, de caráter inevitável, inviabiliza o cumprimento da obrigação. Seria o caso de uma enchente que causa o rompimento de parte do terreno ou uma epidemia que coloca em isolamento o local em que se realiza a obra.

b) Também é justificável a suspensão das atividades quando dificuldades técnicas de caráter imprevisível tornam a obra extremamente onerosa para o seu executor. Aqui a prova pericial será decisiva em juízo.

c) Por fim, se o dono da obra sugerir modificações excessivas no projeto aprovado, mesmo que exista autorização do projetista e disposição do proprietário em arcar com o sobrepreço, não se submeterá a tanto o empreiteiro, pois a sua manifestação de vontade se restringe à execução do projeto originário, sendo defeso a qualquer um a imposição unilateral de modificações que eliminem a própria causa do negócio jurídico.

As causas suspensivas alinhavadas no art. 625 não são *numerus clausus*, nada impedindo que outros sérios e ponderados motivos justifiquem a paralisação. Outrossim, caso o fato

que gerou a suspensão seja incontornável e não se afigure possibilidade de prosseguimento da obra, caberá a resolução do contrato por inadimplemento, com possibilidade de imposição de perdas e danos em algumas hipóteses (v. g., culpa do dono, exigência de modificações desproporcionais).

Jurisprudência: Cobrança. Contrato para execução de obra de edificação, não cumprido. Ressarcimento pelos danos materiais causados. No contrato de empreitada não poderá o contratado deixar de executar o avençado, sob pena de responder por perdas e danos, conforme prevê o art. 624 do novo CC. Logo, não poderá o empreiteiro suspender a obra unilateralmente sem a devida comprovação dos motivos que o levaram a tanto, conforme prevê o art. 625 do CC. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJRS, Recurso cível n. 71.000.530.071, rel. Clovis Moacyr Mattana Ramos, j. 15.07.2004)

Art. 626. Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro.

CC/1916: sem correspondente.

O derradeiro artigo deste capítulo trata de algo que está na origem do contrato de empreitada. A fungibilidade desse negócio jurídico, afastando-se em regra o seu cunho *intuitu personae*.

O dono da obra deseja o resultado da atividade, quer que a obrigação de fazer seja alcançada com a maior qualidade. Para alcançar o desiderato do contrato, será possível a substituição do empreiteiro por um terceiro (subempreitada ou cessão do contrato) e, em caso de óbito, através dos sucessores ou de um cessionário de direitos hereditários. A outro giro, a morte do dono da obra não prejudicará a realização do negócio jurídico, assumindo o espólio a posição jurídico-econômica do *de cujus*, devendo remunerar o empreiteiro nas bases fixadas, dentro das forças da herança.

Mas a parte final do dispositivo ressalta que em certos contratos de empreitada é possível inferir a natureza personalíssima, o que acarretará a extinção da relação jurídica por resolução em caso de morte - ou incapacidade - de qualquer das partes. Seria o caso da encomenda de uma obra a um famoso escritor ou da confecção de um vestido a um renomado estilista.

Sendo o empreiteiro pessoa jurídica, naturalmente não se aplica o artigo. Lembre-se de que a sua falência não implica necessariamente o término da relação contratual, pois o administrador judicial avaliará o interesse da massa na manutenção da empreitada (art. 21 da Lei n. 11.101/2005).

Jurisprudência: Civil. Recurso especial. Obrigação de construtor/empreiteiro. Natureza da obrigação. Morte do construtor/empreiteiro. Transmissão da obrigação aos herdeiros e sucessores. Dependência do objeto do contrato. [...] Em regra, a obrigação do empreiteiro ou construtor não é personalíssima, porquanto a obra pode ser executada por várias pessoas, como ocorre em geral, a exemplo das obras feitas mediante concorrência pública com a participação de várias construtoras e das pequenas construções feitas mediante a escolha do empreiteiro que oferecer o menor preço. Na presente hipótese, com a morte do construtor, a sua obrigação transmitiu-se aos seus herdeiros, pois a obra não demandava habilidades técnicas exclusivas do falecido. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 703.244, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.04.2008, DJ 29.04.2008)

CAPÍTULO IX DO DEPÓSITO

Seção I **Do Depósito Voluntário**

Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

CC/1916: art. 1.265, *caput*.

O depósito é o negócio jurídico bilateral pelo qual uma pessoa (depositante) entrega à outra (depositário) coisa móvel infungível, a fim de que esta possa guardá-la e restituí-la quando solicitado. Destarte, temos uma obrigação de custódia da coisa, de natureza temporária.

O dispositivo em exame retrata o contrato de depósito convencional, ou voluntário. O verbo *guardar* é a marca dessa relação jurídica. O depositário recebe o bem móvel para satisfazer o interesse precípuo do depositante, na conservação da coisa até o momento da restituição. De modo diverso, nos contratos de locação e comodato, a guarda apenas é pressuposto para que os seus titulares possam usar e fruir o bem contratado, faculdades essas que são vedadas ao depositário, exceto sob autorização do depositante, na forma do art. 640 do Código Civil.

Contudo, apesar de certa variação doutrinária, consideramos o depositário como possuidor direto do bem móvel - e não mero detentor -, na medida em que o desdobramento da posse requer uma relação jurídica de direito real ou obrigacional, como no depósito. O depositário não mantém a coisa consigo a título de permissão ou detenção (art. 1.208 do CC), tampouco é subordinado do depositante (art. 1.198 do CC). O fato de não usar ou fruir a coisa, porém apenas conservá-la, não afasta a prática de atos possessórios, pois, sendo o possuidor aquele que exercita de fato algum dos poderes do proprietário (art. 1.196 do CC), a sua condição de possuidor será captada pela possibilidade de manejar ações possessórias na defesa da coisa em face de esbulhos, turbações ou ameaças.

Aliás, o depósito voluntário é relação *intuitu personae*, pois o dever de guarda é atribuído a alguém, em regra, em razão de uma especial confiança quanto aos atos conservatórios da coisa. Portanto, o possuidor direto poderá determinar que a guarda imediata fique a cargo de detentores (v. g., funcionários), mas não poderá transferir a posse a terceiros, exceto com a autorização do depositante.

O contrato de depósito convencional recai somente em bens móveis corpóreos e infungíveis, que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade (art. 85 do CC). Tratando-se de coisas fungíveis, estaremos diante do depósito irregular, que será disciplinado na forma do mútuo (art. 645 do CC). Não se entende a razão pela qual o legislador vedou o depósito de bens imóveis, até mesmo pela prática habitual do juiz de nomear depositário para os bens de raiz que servem de objeto a qualquer execução (art. 659, § 5º, do CPC), a quem incumbirá a conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados.

O depósito voluntário é contrato real, eis que só se aperfeiçoa com a entrega da coisa. Cuida-se a tradição de pressuposto de existência, assim como o observado para os contratos de comodato e mútuo. Como consequência, será contrato em regra unilateral, já que a única obrigação será do depositário, qual seja conservar e restituir. Acidentalmente, converter-se-á em contrato bilateral, ocorrendo as hipóteses do art. 643 do Código Civil. Em princípio é contrato gratuito, mas poderá resultar oneroso (art. 628) com a atribuição de contrapresta-

ção ao depositante, como se percebe das necessidades do tráfego jurídico (v. g., depósito de pertences em casa noturna).

Jurisprudência: Civil. Ação de indenização. Furto de veículo estacionado por manobrista de restaurante. Contrato de depósito. Responsabilidade do estabelecimento. Art. 159 do CC.

I - A entrega de veículo em confiança a manobrista de restaurante caracteriza contrato de depósito e, como tal, atrai a responsabilidade do estabelecimento comercial pelo furto, ainda que na via pública, impondo-lhe o dever de indenizar o proprietário pelos prejuízos daí decorrentes.

II - Precedentes do STJ.

III - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 419.465/DF, Proc. n. 2002/0028622-5, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 25.02.2003, DJ 05.05.2003, p. 304)

I - Nos termos do Enunciado n. 130, do STJ, "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento".

II - A jurisprudência deste Tribunal não faz distinção entre o consumidor que efetua compra e aquele que apenas vai ao local sem nada dispendar. Em ambos os casos, entende-se pelo cabimento da indenização em decorrência do furto de veículo.

III - A responsabilidade pela indenização não decorre de contrato de depósito, mas da obrigação de zelar pela guarda e segurança dos veículos estacionados no local, presumivelmente seguro. (STJ, REsp n. 437.649/SP, Proc. n. 2002/0057540-7, 4ª T., rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.02.2003, DJ 24.02.2003, p. 242)

Art. 628. O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negociai ou se o depositário o praticar por profissão.

Parágrafo único. Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos usos do lugar, e, na falta destes, por arbitramento.

CC/1916: art. 1.265, parágrafo único.

Conforme já observado, em regra o contrato de depósito será marcado pela gratuidade. O contrato gratuito ou benéfico é aquele em que não há prestações recíprocas, pois a vantagem do depositante não implica correspondente sacrifício, nada devendo ao depositário. Normalmente, será aquele favor de um amigo a outro, que lhe impõe zelo e cuidado na conservação de um bem, sem que peça nada em retribuição.

Contudo, em duas hipóteses o contrato será oneroso. Primeiro, quando houver cláusula contratual fixando retribuição pecuniária para o depósito. Assim, haverá uma imediata conexão entre prestação e contraprestação.

Outrossim, a exigência de uma remuneração resulta da própria natureza do negócio jurídico. Essa inovação do Código Civil nada mais é que um retrato da sociedade contemporânea, na qual frequentemente o depósito aparece associado ao fornecimento de produtos e serviços (v. g., estacionamento em *shopping*, guarda de objetos em cofres de hotéis), sendo usual que dessas atividades, normalmente desenvolvidas por empresários, possam os depositários extrair vantagens econômicas.

Com a unificação das obrigações civis e empresariais no Código Civil de 2002, o legislador traz para o direito civil a natureza essencialmente remuneratória do depósito mercantil, sendo certo que no comércio qualquer atividade se torne objeto de remuneração, já que as trocas econômicas são a essência das relações contratuais.

O parágrafo único do art. 628 adere à diretriz da operabilidade, que permite que nos negócios jurídicos em que não se tenha determinado a remuneração (v. g, contrato verbal) possa o magistrado buscar os usos do local em que se contratou para definir o pagamento. Assim, no depósito de animais para rodeios no município de Barretos (SP), não será tarefa árdua ao magistrado a investigação dos padrões negociais para os aludidos contratos. Caso os usos do lugar não sejam identificados, ou mesmo não existam, o magistrado poderá arbitrar com base na sua percepção equitativa a respeito do que mais se aproximaria de um “preço justo” para aquela situação.

Art. 629.0 depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante.

CC/1916: art. 1.266.

Cuidando-se o depósito de um contrato de duração, no qual a execução jamais será concomitante à contratação, todo o empenho do depositário será dirigido à guarda responsável da coisa. Atuará ele como *bonus pater familias*, vale dizer como o protótipo de diligência exigido do cidadão médio, atento e dotado de ordinária inteligência, a fim de restituir a coisa infungível ao depositante.

Apesar de o Código se referir ao cuidado e diligência “que costuma com o que lhe pertence”, devemos perceber que, na hipótese de o depositário ser uma pessoa negligente e desidiosa, não poderá se servir de tais defeitos como padrão de conduta habitual para justificar a deterioração ou perda da coisa. Temos aqui parâmetros objetivos de comportamento leal e correto na custódia e conservação da coisa, conforme induz o princípio da boa-fé objetiva.

A redação do artigo afasta a incidência da regra geral do art. 392 do Código Civil. Se em princípio aquele que não é favorecido pelo contrato gratuito só responderá por dolo, o mesmo não ocorre no contrato de depósito. Em outras palavras, mesmo que A faça um favor a B em guardar os seus objetos temporariamente, assumirá total responsabilidade pela sua destruição, mesmo diante de culpa levíssima, sendo a exclusão do dever de indenizar apenas factível em casos de força maior devidamente provados (art. 642 do CC).

A segunda parte da norma se refere à obrigação de restituir a coisa móvel quando o exija o depositante. Conforme a lição da Teoria Geral do Direito das Obrigações, “se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá [...]” (art. 238 do CC).

Aliás, não sendo o contrato fixado com termo, aplica-se o princípio da satisfação imediata (art. 331 do CC), sendo lícito ao credor exigir imediatamente a coisa, sendo possível a constituição do devedor em mora caso se recuse a restituir o bem após o transcurso de prazo razoável assinalado em interpelação (art. 397, parágrafo único, do CC). Não poderá o devedor (depositário) unilateralmente deliberar pela restituição da coisa antes do término do prazo contratual. Aqui se aplica a parte final do art. 133 do Código Civil, pela qual o prazo não se presumirá em proveito do devedor, quando as circunstâncias do contrato apontem no sentido de ter ele sido estabelecido em benefício do credor, como é o caso do depósito.

A recusa injustificada à obrigação de restituir enseja ao depositante o ajuizamento de ação de reintegração de posse em razão do esbulho decorrente da conversão da posse justa em precária (art. 1.200 do CC). Sendo o contrato escrito e com prova literal, será lícito o manejo da ação de depósito, como forma de o depositante exigir a restituição da coisa, satisfazendo a sua pretensão resultante da violação do direito subjetivo (art. 901 do CPC). Infe-re-se do exposto que não é da essência do contrato de depósito que assum a forma escrita,

sendo suficiente a tradição do bem. Porém, a ausência do instrumento subtrai ao credor a via do procedimento especial do depósito (art. 902 do CPC). Ou seja, o contrato escrito é solenidade *ad probationem* e não *ad substantiam*.

Por fim, a norma requer que a restituição da coisa se faça acompanhada de seus frutos e acrescidos. Vale dizer, em sentido amplo: os frutos naturais, industriais e civis, além dos produtos obtidos no período de depósito, serão restituídos ao depositante. Isso decorre da ordem natural de tal negócio jurídico. Se o depositário apenas guarda a coisa, sendo-lhe vedada a sua exploração econômica, todos os acréscimos econômicos que dela resultarem serão devolvidos conjuntamente ao bem principal. Exemplificando: no depósito de uma vaca campeã, já prenhe ao tempo da tradição, serão restituídos os bezerros. Idêntico dispositivo se aplica nos contratos de penhor, nos quais o credor pignoratício apenas detém a custódia da coisa, como depositário (art. 1.435, I e IV, do CC).

Art. 630. Se o depósito se entregou fechado, colado, selado, ou lacrado, nesse mesmo estado se manterá.

CC/1916: art. 1.267.

Se a obrigação principal do depositário se traduz na restituição da coisa em perfeito estado de conservação, preservando-se exatamente as condições que ela possuía ao tempo da tradição, é elementar que, quando da entrega de objeto fechado, colado, lacrado ou selado, retorne ele intacto ao poder do depositante.

Portanto, salvo autorização expressa do depositante, caberá ao depositário completo respeito ao dever de sigilo, responsabilizando-se civilmente pela inexecução do dever de abstenção pelo simples fato de abrir a caixa ou lacre em que estava depositado o objeto, independentemente de qualquer avaria ou dano que concretamente a coisa tenha sofrido.

O sigilo, ou segredo, situa-se em uma esfera menor que a da própria intimidade e compreende a prerrogativa de manter indevassadas as comunicações da pessoa. São diversos os aspectos da vida pessoal, familiar ou profissional da pessoa em que não se deseja intrusão por parte de terceiros (*privacy* ou *right to be alone*). Assim, o desrespeito ao direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF), também direito da personalidade do depositante (art. 21 do CC), só será facultado caso o dano seja justificado pela tutela do próprio depositário ou da ordem pública (v. g. dúvida séria sobre a segurança ou salubridade do bem depositado). Enfim, cuida-se de hipóteses de ponderação de direitos fundamentais, resolvidos à luz do princípio da proporcionalidade.

Art. 631. Salvo disposição em contrário, a restituição da coisa deve dar-se no lugar em que tiver de ser guardada. As despesas de restituição correm por conta do depositante.

CC/1916: sem correspondente.

A norma trata de dois temas ligados à restituição do bem: o local da devolução e a titularidade das despesas decorrentes da entrega da coisa. A matéria não era versada no Código Civil de 1916, daí a oportunidade de o legislador se manifestar.

Em regra, o local do pagamento será o domicílio do devedor, ou seja, as obrigações são quesíveis (art. 327 do CC). Excepciona-se a regra geral quando as partes convencionarem diversamente, ajustando obrigações portáteis, ou quando a própria lei ou as circunstâncias firmarem a necessidade do pagamento em local diverso ao domicílio do devedor.

Em razão da própria natureza da obrigação do depositário de guardar a coisa com toda a diligência e cuidado - e, de modo geral, graciosamente -, seria exagerado também impor a ele a obrigação de transportar o bem a qualquer outro local, até mesmo a seu próprio domicílio, pois não é necessário que o local do depósito coincida com o local em que o depositário estabeleça a sua vida ou os seus negócios.

Portanto, mesmo tratando-se da restituição de bens móveis, o legislador cuidou de disciplinar a matéria de forma semelhante ao que é preconizado para as obrigações de pagamento envolvendo bens imóveis (art. 328 do CC), prevalecendo o local em que a coisa está situada.

No que tange às despesas provenientes da restituição da coisa, serão elas debitadas ao depositante. Aqui também se preserva o princípio do equilíbrio ou justiça contratual, haja vista que o negócio jurídico foi realizado objetivando precipuamente a satisfação do credor, não sendo razoável ampliar os sacrifícios do depositário a ponto de ele ter de responder pelo transporte e perfeito acondicionamento da coisa móvel.

Caso o credor se recuse a receber a coisa no lugar em que está depositada, ou então se negue a pagar os custos de restituição, a fim de se exonerar de eventual responsabilidade pela mora, incumbirá ao depositário a promoção da consignação em pagamento, nas formas dos incisos I e II, do art. 335 do Código Civil.

Art. 632. Se a coisa houver sido depositada no interesse de terceiro, e o depositário tiver sido cientificado deste fato pelo depositante, não poderá ele exonerar-se restituindo a coisa a este, sem consentimento daquele.

CC/1916: sem correspondente.

A exemplo do que ocorre com a estipulação em favor de terceiro (arts. 436 a 438 do CC), é facultado ao depositante efetuar a entrega da coisa ao depositário no interesse de terceiro e não em proveito próprio. Temos aqui uma espécie de derrogação do princípio da relatividade contratual, pois o depositário assumirá obrigações perante uma pessoa que não integrou a relação negociai. A hipótese será vista com nitidez nos casos em que o depositante se apresenta como um administrador de bens alheios, cientificando o depositário da sua condição.

A norma é clara ao impor ao depositário a obrigação de obter o consentimento do terceiro, mesmo quando pretenda restituir o bem ao depositante. A falta de autorização impõe a obrigação do depositário de indenizar o terceiro, a não ser que o depositante se reserve o direito potestativo de substituí-lo, independentemente de sua anuência ou do depositário (art. 438 do CC).

Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.

CC/1916: art. 1.268.

Mais uma vez o legislador afirma que nos contratos de depósito o prazo é assinalado em favor do credor, excetuando-se a regra geral do art. 133 do Código Civil. Destarte, mesmo que o contrato possua termo, nada impedirá a pretensão antecipada à restituição da coisa ao depositante, pois nem sempre a exigibilidade do crédito coincide com o vencimento normal da obrigação.

Todavia, o dispositivo descreve quatro situações excepcionais - que na verdade se resumem a três -, em que justificadamente o depositário poderá manter a posse direta da coisa.

Primeiro, quando seja titular de direito de retenção da coisa em razão de dispêndio com valores líquidos de conservação do bem depositado ou prejuízos que dele advierem (arts. 643 e 644 do CC).

Segundo, quando o bem depositado se tornar litigioso, em razão de constrição sobre ele efetuada. Nesse caso, o depositário que foi interpelado a respeito do fato ficará atento à lição do art. 312 do Código Civil, evitando a restituição da coisa ao depositante, sob pena de se responsabilizar perante os credores de seu credor.

Terceiro, nos casos em que houver suspeitas da origem ilícita do bem depositado, caberá ao depositário comunicar à autoridade policial o fato, pois os seus deveres indisponíveis perante a sociedade se sobrepõem ao atendimento das obrigações contratuais perante o depositante.

De forma positiva, o legislador inovou ao alterar a redação da norma, adotando a expressão “dolosamente obtida”, em vez de “furtada, ou roubada”, pois é possível a prática de outras modalidades de ilícito a partir de uma conduta dolosa (v. g, estelionato, apropriação indébita).

Art. 634. No caso do artigo antecedente, última parte, o depositário, expondo o fundamento da suspeita, requererá que se recolha o objeto ao Depósito Público.

CC/1916: art. 1.269.

Nessa norma o legislador complementa o exame do dispositivo pregresso. Assim, se o depositário suspeitar objetivamente da origem ilícita da coisa móvel depositada, não apenas se recusará a restituí-la ao depositante como também solicitará o recolhimento do objeto ao depósito público.

Vê-se que o depositário deverá expor o fundamento da suspeita perante o magistrado, não só para demonstrar com certa segurança a veracidade de suas alegações como ainda para se exonerar de eventual responsabilidade criminal e cível por coautoria ou participação.

A nosso visto, a propositura de ação de consignação em pagamento (arts. 335 do CC e 890 do CPC) será a melhor forma de o devedor se desvincular de responsabilidade, tanto na hipótese em apreço como nas situações alinhavadas no artigo antecedente. Para tanto, basta conjugar os arts. 633 e 634 com o art. 635, principalmente pela inclusão do termo “outrossim”.

Art. 635. Ao depositário será facultado, outrossim, requerer depósito judicial da coisa, quando, por motivo plausível, não a possa guardar, e o depositante não queira recebê-la.

CC/1916: art. 1.270.

Além das hipóteses do art. 633, será viável o exercício da ação de consignação em pagamento pelo depositário nos contratos sem prazo, quando houver justificativa razoável no sentido da impossibilidade de guardar a coisa em razão de evento superveniente à contratação. Outrossim, exige-se a prova da recusa do credor à devolução antecipada.

Seriam casos de onerosidade excessiva perante o depositário que acarretariam a resolução antecipada, porém justificada, da relação contratual, sem que se possam exigir perdas e danos do devedor. Ilustrativamente, uma grave doença do depositário ou de familiar; a necessidade de uma viagem urgente; algum dano ao local em que se deu o depósito, impossibilitando a adequada conservação do bem móvel.

O artigo é necessário, pois a desconstituição da obrigação pelo devedor mediante consignação seria restrita às hipóteses do art. 335 do Código Civil. Porém, nada menciona o referido dispositivo acerca da impossibilidade superveniente do devedor em realizar o pagamento.

Mesmo nos contratos de depósito com termo, nos quais o prazo é assinalado em favor do credor, e qualquer restituição antecipada implica inadimplemento absoluto, será possível ao depositário demonstrar a ocorrência do evento superveniente que justifique a resolução antecipada do contrato.

Art. 636.0 depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira.

CC/1916: art. 1.271.

O depositário não responderá pelos casos de força maior, quando o fato for devidamente comprovado (art. 642 do CC). Aqui, segue-se a regra geral do direito das obrigações, pela qual o devedor se exonerará de tal responsabilidade, exceto quando expressamente tenha convencionado que assumiria os riscos do evento a ele inimputável (art. 393 do CC).

Força maior é o evento externo ao agente, de caráter inevitável. Não mais avulta a distinção com o fortuito, pois o art. 393, parágrafo único, assemelha-os em suas conseqüências, na diretriz da operabilidade. A título ilustrativo, haveria força maior na perda do objeto depositado em razão de uma catástrofe natural; de uma patologia incontável ou de uma guerra.

Ocorrendo a perda da coisa em virtude do imponderável, caso tenha sido entregue outro objeto em reposição - quando for possível -, obviamente caberá ao depositário o dever de guarda e diligência ordinários com a obrigação de restituir ao tempo avençado.

Mas não é só. Segundo a parte final do dispositivo, confere-se ao depositante a posição de sub-rogado nos créditos obtidos pelo depositário em face de terceiros responsáveis pela restituição dos valores relacionados ao objeto originário, que se perdeu.

Portanto, traçando um paralelo com as hipóteses formuladas para a perda do objeto no usufruto (arts. 1.407 a 1.409 do CC), temos que o depositante fará jus ao valor do seguro contratado pelo depositário, bem como à quantia conseqüente à desapropriação do bem depositado e à indenização paga pelo terceiro que culposamente destruiu o objeto.

Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido.

CC/1916: art. 1.272.

A morte acarreta a transmissão do patrimônio do *de cujus* (art. 1.784 do CC), provocando a assunção pelos herdeiros de todas as obrigações que não detenham caráter *intuitu personae*. Assim, por mais que o contrato de depósito possua origem personalíssima, a obrigação de restituir recai sobre os herdeiros do depositário. Raciocínio contrário esvaziaria o instituto, com total aniquilação do princípio da segurança jurídica e lesão à confiança e legítima expectativa do depositante, além de implicar apropriação indébita.

Todavia, muitas vezes o depósito poderá ser celebrado sem publicidade ou apenas verbalmente, não havendo possibilidade de o herdeiro saber que a coisa que lhe fora transmitida a título de sucessão era proveniente do referido contrato. Em tais casos, qualquer aliena-

ção que realize será pautada pela boa-fé - aqui em sua acepção subjetiva posto ser ela praticada na ignorância quanto à real titularidade da coisa negociada.

Como saída para o impasse criado entre a lesão ao patrimônio do depositante e a tutela da boa-fé do herdeiro alienante, o legislador propõe uma solução intermédia que não penalize excessivamente o alienante e possibilite ao depositante a recuperação da coisa.

Assim, o herdeiro do depositário deverá assistir o depositante no processo de reivindicação da coisa perante o terceiro. Nessa modalidade de intervenção de terceiros (art. 50 do CPC), o assistente (herdeiro) terá interesse jurídico em que o assistido (depositante) vença a demanda, pois a relação jurídica da qual aquele é parte (compra e venda com o réu) será atingida pela sentença que vier a ser proferida entre o assistido e a parte contrária. O assistente produzirá provas e praticará atos processuais que sejam benéficos ao assistido.

Se a presumida boa-fé subjetiva não for elidida pelo depositante, será o herdeiro apenas compelido a restituir ao adquirente o preço que este pagou pelo bem alheio, pois a coisa foi recuperada pelo real proprietário e o ordenamento não admite o enriquecimento injustificado. Apesar da omissão do Código Civil, provada a má-fé do herdeiro, ou seja, se sabia que a coisa era alheia e mesmo assim a negociou com terceiro, será responsabilizado eventualmente por perdas e danos, tanto pelo depositante como perante o adquirente, além de eventualmente sofrer as sanções do depositário infiel.

Tendo o herdeiro doado o bem ao terceiro, constatada a sua boa-fé, nada indenizará ao adquirente, lembrando-se de que não se pode reclamar a evicção nos contratos gratuitos (art. 447 do CC), pois o donatário não sofre prejuízo, mas apenas deixa de obter uma vantagem.

Por fim, caso o bem alienado tenha se perdido ou inutilizado, sem culpa do terceiro adquirente, caberá ao herdeiro indenizar o depositante pelo seu valor. Evidentemente, conhecendo o adquirente a real situação do bem, também se responsabilizará pela indenização.

Art. 638. Salvo os casos previstos nos arts. 633 e 634, não poderá o depositário furtar-se à restituição do depósito, alegando não pertencer a coisa ao depositante, ou opondo compensação, exceto se noutro depósito se fundar.

CC/1916: art. 1.273.

Quando cogitamos dos requisitos subjetivos para dar ou receber em depósito, devemos pensar na capacidade de fato para a prática de negócios jurídicos, ou na superação da incapacidade, pelos institutos da representação e assistência. Todavia, não se exige do depositante a qualidade de proprietário da coisa dada em depósito, sendo suficiente que a sua posse seja legítima.

Portanto, um locatário, comodatário ou usufrutuário são pessoas legitimadas a realizar o contrato de depósito, quando necessitem que o bem recebido em razão de uma relação de direito obrigacional ou real seja custodiado por um depositário. Em tais situações, haverá uma ampliação no desdobramento da posse, na medida em que o depositário será o possuidor direto e o depositante e o proprietário serão possuidores indiretos.

Sendo assim, não poderá o depositário negar a restituição a pretexto da eventual falta de titularidade sobre a coisa por parte do depositante. O dispositivo abre exceção para as hipóteses em que o depositário tenha conhecimento da pendência de execução sobre a coisa ou for ela judicialmente embargada. Certamente, são situações em que não seria aconselhável a restituição, sob pena de ser responsabilizado pelo credor do depositante (art. 312 do CC).

Outrossim, não poderá o depositário elidir a obrigação de restituir sob o argumento da existência de um crédito que lhe é devido pelo depositante, insinuando o instituto da com-

pensação. Ora, o art. 373, II, do Código Civil, é explícito ao vedar a compensação quando um dos débitos seja proveniente de contrato de depósito. De fato, justifica-se a inadmissibilidade da compensação por ser fundamental que o depositário restitua a coisa, além do que inexistente aqui a fungibilidade das dívidas - não só fungíveis individualmente, mas entre si requisito para qualquer compensação, a teor do art. 369 do Código Civil.

Art. 639. Sendo dois ou mais depositantes, e divisível a coisa, a cada um só entregará o depositário a respectiva parte, salvo se houver entre eles solidariedade.

CC/1916: art. 1.274.

A regra é desnecessária, pois as suas conclusões emanam de diretrizes da Teoria Geral das Obrigações, sem que exista nenhuma adaptação que justifique disciplina pormenorizada no contrato de depósito.

Destarte, quando o objeto do depósito for divisível por natureza, isto é, aquele que possa ser fracionado sem perda da substância ou do valor, o depositário restituirá a respectiva parte a cada um dos depositantes. Por mais que o artigo adote a expressão “e divisível a coisa”, não é possível restringir a dicção do texto aos casos de indivisibilidade por natureza, pois deverá o depositário atentar às hipóteses de indivisibilidade em razão da lei ou da convenção (art. 88 do CC), fatos que impedirão o fracionamento do débito.

Há que recordar que em qualquer hipótese de indivisibilidade da obrigação, com pluralidade de credores (depositantes), o devedor não poderá entregar o objeto a um só - pois poderá ser novamente cobrado pelos demais -, mas a todos conjuntamente, exceto se aquele que recebeu oferecer caução de ratificação dos outros credores (art. 260 do CC).

Caso exista a solidariedade, seja por convenção, seja por imposição da norma, o devedor somente se exonerará se restituir a integralidade da coisa a um só, ou, conjuntamente, a todos. Não se esqueça de que na dúvida sobre o significado de cláusulas contratuais inexistente solidariedade, pois ela não se presume, já que impõe um agravamento da responsabilidade do devedor (art. 265 do CC).

Art. 640. Sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servir-se da coisa depositada, nem a dar em depósito a outrem.

Parágrafo único. Se o depositário, devidamente autorizado, confiar a coisa em depósito a terceiro, será responsável se agiu com culpa na escolha deste.

CC/1916: art. 1.275.

Temos aqui uma especificação da própria natureza desse negócio jurídico, complementando o enunciado do art. 627. Não se confunda custódia com exploração econômica. Ao contrário do comodato e da locação, no depósito o possuidor recebe a coisa para guardar e não para usar e fruir, sob pena de responsabilidade contratual (art. 389 do CC). Naqueles contratos, a relação jurídica é estabelecida no interesse precípua de quem recebe a coisa, portanto a guarda da coisa é pressuposto para a sua utilização; já no depósito o interesse é do credor, que exige cuidados de proteção e conservação da coisa. A guarda não é um meio, mas a própria finalidade do negócio jurídico.

Todavia, se houver licença expressa do depositante, permite-se ao depositário a fruição da coisa e mesmo a possibilidade de estipulação (espaço excedente) de subcontratação com

terceiro, sem que se desnature o depósito. Cuida-se de medida excepcional, eis que desafia a natureza *intuitu personae* inerente à relação de confiança que justificou a realização do contrato com a pessoa do depositário.

Como adverte o parágrafo único, tanto os danos causados ao objeto pelo terceiro como a sua recusa em restituir a coisa implicarão responsabilidade do depositário. De fato, pune-se a lesão à legítima expectativa e à confiança do depositante quanto à diligência do depositário ao incumbir a guarda da coisa a quem não oferecia condições para tanto.

Art. 641. Se o depositário se tornar incapaz, a pessoa que lhe assumir a administração dos bens diligenciará imediatamente restituir a coisa depositada e, não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolhê-la-á ao Depósito Público ou promoverá nomeação de outro depositário.

CC/1916: art. 1.276.

Cuida a norma em epígrafe da incapacidade superveniente do depositário. Caso ele seja absoluta ou relativamente incapaz (arts. 3º e 4º do CC) ao tempo da contratação, a sanção será a invalidade do negócio jurídico, por nulidade ou anulabilidade, conforme o grau da incapacidade (art. 104 do CC).

Pelo fato de não existir no ordenamento a figura da “invalidade superveniente” - pois a validade do negócio é aferida ao tempo de sua origem a perda da capacidade pelo depositário acarretará a resolução do negócio jurídico, afetando o plano de eficácia da relação contratual, eis que haverá a ineficácia superveniente do negócio jurídico.

Sendo a capacidade a regra e a incapacidade a exceção, haverá necessidade de prolação de sentença em processo de interdição, com imposição de curatela, a teor do art. 1.767 do Código Civil. Por mais que os limites da curatela sejam variáveis em função da concretude do caso (art. 1.772 do CC), a norma em comento não opera nenhuma distinção entre a extinção do contrato pelo maior ou menor grau da interdição, pois ambos conduzem à resolução.

Quanto aos efeitos do contrato produzidos antes da interdição, parece-nos que apenas serão cancelados se o depositante já sabia do estado do interditado e este sofreu prejuízo com o negócio jurídico. Explico: a sentença de interdição é constitutiva, pois não é ela que cria a doença, mas altera o *status* da pessoa. Assim, para evitar insegurança jurídica, só operará efeitos retroativos quando da leitura das cláusulas contratuais for possível observar que o contratante agiu de má-fé para tirar proveito da especial situação da outra parte.

A consequência da interdição para o presente contrato será a imediata restituição da coisa ao depositante pelo curador do depositário, pois a função deste é personalíssima e não poderá ser exercitada pela pessoa nomeada pelo magistrado para administrar o seu patrimônio. Porém, sendo inviável a restituição, pela impossibilidade voluntária ou fática do depositante de aceitar a coisa antes do prazo, não haverá outra saída a não ser a consignação em pagamento, mediante recolhimento da coisa ao depósito público ou, se não houver, a nomeação judicial de depositário.

Contudo, abre-se ainda ao curador do interditado a opção de nomear um novo depositário. Isto é, detém o curador o direito potestativo de desconstituir a relação jurídica mediante devolução do objeto ou a possibilidade de eleição de uma pessoa capacitada a assumir o contrato, com as consequências dispostas na parte final do parágrafo único do art. 640, mesmo que não necessite o curador de autorização do depositante para designar o sucessor do incapaz.

Art. 642.0 depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

CC/1916: art. 1.277.

Ao exame do art. 636, observamos que não mais se justifica a busca por critérios distintivos entre força maior e caso fortuito, pois o art. 393 produz equiparação de consequência, qual seja exoneração do devedor pelo fato de o dano advir de um evento externo à sua atuação, de natureza inevitável.

Diante do fortuito será excluído o nexos causais entre a conduta do agente e o dano, pois a lesão resultará do imponderável e não do comportamento comissivo ou omissivo do devedor. Este alegará o tradicional brocardo *res perito domino* para justificar que a coisa pertence ao depositante, assumindo ele os riscos da perda no período anterior à restituição, provando o depositário que a supressão do objeto não se deveu à sua atuação, mas ao fortuito (art. 238 do CC). Isto posto, o depositário somente arcará com as perdas e danos se expressamente houver subscrito cláusula de responsabilidade pelo fortuito, conforme temos no art. 393 do Código Civil.

Não se olvide de que nas relações de consumo o contrato de depósito se tornou uma atividade profissional comzinha nos tempos atuais. Cuida-se de prestação de serviço em que o depositário é um fornecedor que onerosamente providencia a guarda de bens do consumidor (depositante), na forma do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. É patente que serão desconsideradas as cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade do fornecedor pela perda ou destruição da coisa (art. 25 do CDC), pois o equilíbrio contratual nas relações de consumo requer a responsabilização por todo e qualquer defeito do serviço que acarrete danos ao depositante.

Mesmo que inexistia remuneração, não é raro percebermos que o depósito nada mais é que uma forma de estimular o consumidor a realizar outras formas de relações de consumo. É o caso do depósito gratuito dos pertences nos estabelecimentos noturnos e o depósito de veículos em estacionamentos de *shoppings* e estabelecimentos comerciais. Os serviços são aparentemente gratuitos, pois a remuneração é indireta, traduzida na conquista da confiança da clientela e nas vantagens secundárias de uma suposta liberalidade para com o cliente.

Em qualquer caso, acreditamos que a resposta poderá ser encontrada na distinção entre o fortuito interno e o externo. Caso o evento lesivo ao patrimônio do depositante seja um fato externo à atividade do depositário, não será este obrigado a indenizar, pela inevitabilidade e imprevisibilidade da situação. Assim, não será lógico impor ao depositário de veículos a obrigação de indenizar os seus proprietários em razão de um tremor de terra que danifique os automóveis.

Contudo, existem situações em que a lesão aos bens do depositante é praticada por um evento externo à conduta do agente, mas que se relaciona imediatamente à atividade do depositário. Seria o caso do tão popular furto de veículos. Quem realiza o depósito de tais bens já conta com a previsibilidade de tais riscos, sendo possível evitá-los com algumas medidas de segurança. Caso fique provado que o depositário não adotou as medidas mínimas de cautela, será responsabilizado, eis que a “força maior” será agora um fortuito interno, relacionado às atividades ordinárias de diligência do depositário. Certamente haverá a necessidade de aplicar o princípio da proporcionalidade - a diretriz da concretude de Miguel Reale -, para apanhar cada situação em seu contexto e verificar os riscos inseridos pela própria atividade empresarial e aqueles a ela excedentes, que não podem ser imputados ao depositário.

Agostinho Alvim, artífice do Livro do Direito das Obrigações, sempre ponderou que o caso fortuito é um impedimento relacionado à pessoa do devedor ou à sua empresa, enquanto a força maior é um acontecimento externo. E assim deverá ser lido esse dispositivo, o depositário não responde pela força maior (fortuito externo), mas apenas pelo caso fortuito (fortuito interno).

Por fim, é sempre bom lembrar que as obrigações são complexas. Compõem-se da autonomia privada acrescida da boa-fé objetiva. Aquela ao tempo da formação do negócio jurídico, determinando a obrigação principal e as prestações das partes; a boa-fé, imposta pelo sistema, com a função integrativa de produzir deveres instrumentais, laterais ou anexos que objetivam conduzir a relação jurídica ao adimplemento (art. 422 do CC). Para tanto, os contratantes observarão deveres de proteção, cooperação e informação, evitando que os interesses do contrato sejam sacrificados. O dever de proteção implica a tutela da integridade física e o patrimônio do parceiro contratual. Qualquer lesão aos bens do depositário que possa ser associada à frustração da legítima expectativa de segurança que lhe fora prometida será considerada uma violação à sua confiança e, portanto, passível de indenização.

Jurisprudência: II - Nos termos da jurisprudência do Tribunal, cabe “a ação de depósito para o depositante obter do armazém geral depositário a restituição do produto agrícola objeto de contrato de depósito, assim como a prisão civil do depositário infiel”.

III - A infidelidade do depositário e a conseqüente prisão civil ficam excluídas sempre que se verificar a impossibilidade justificada da restituição da coisa depositada pela ocorrência do caso fortuito ou força maior.

IV - Irrelevante que o furto tenha sido praticado por empregado dos armazéns, desde que não tendo sido afirmada a participação direta dos depositários (sócios da empresa).

V - Em conclusão, afasta-se a prisão civil, mas subsiste a obrigação dos devedores de pagar o valor do débito. (STJ, *HC* n. 221.25/MG, Proc. n. 2002/0055406-1, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.10.2002, *DJ* 19.12.2002, p. 365)

Art. 643.0 depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem.

CC/1916: art. 1.278.

Aqui temos outra conseqüência direta da natureza do contrato de depósito. Sendo o negócio jurídico realizado em proveito do depositante, todo o dever de zelo e diligência do depositário implica a satisfação daquele. Assim, nada mais natural que responsabilizar o depositante pelas despesas realizadas com a coisa em seu exclusivo benefício, bem como pelos prejuízos provenientes do depósito.

Sob pena de enriquecimento injustificado, deverá o depositante restituir todas as despesas com materiais e trabalho empregados pelo devedor na conservação e custódia da coisa, como se fossem benfeitorias necessárias introduzidas pelo depositário. Aliás, mesmo benfeitorias úteis, por ele providenciadas de boa-fé, serão objeto de indenização, pois o dispositivo não explicita qual o tipo de despesa será paga pelo depositário, encaminhando o leitor para a regra geral do art. 242 do Código Civil.

Caso se negue o depositante a arcar com as despesas e/ou prejuízos do depositário, este exercitará o direito de retenção, a ser referido nos comentários do próximo artigo.

Lembre-se de que no contrato de comodato o legislador acertadamente distribuiu os deveres de conservação da coisa de forma diversa, imputando-os ao comodatário (art. 584 do CC). Com efeito, o comodato é realizado no interesse do comodatário, sendo ele quem efetivará a exploração do bem concedido em empréstimo gratuito, auferindo vantagens econômicas. Assim, justifica-se a distinção dos efeitos com o contrato de depósito.

Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.

Parágrafo único. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem.

CC/1916: art. 1.279.

O direito de retenção é o mecanismo de defesa que assiste ao possuidor de boa-fé e lhe possibilita constranger o devedor a indenizá-lo por despesas e benfeitorias de boa-fé realizadas com conservação e melhoramento do objeto. Enquanto o depositário não for indenizado, manterá o poder imediato sobre a coisa, mesmo que exista sentença concedendo a restituição do bem ao depositante, se tal decisão também condicionou a devolução ao pagamento das despesas provadas pelo depositário nos autos.

O Código Civil de 2002 aperfeiçoou a redação da norma, pois de agora em diante o direito de retenção se justificará não só como modo coercitivo para o depositário reaver as despesas descritas no art. 643 como ainda para obter a própria “retribuição devida”, nos casos em que o depósito for oneroso, por terem as partes avençado uma remuneração em favor do depositário, que não é paga pelo depositante.

Ressalva o parágrafo único que o exercício do direito de retenção é condicionado à liquidez dos débitos reclamados pelo depositário. Dívida líquida é aquela cujo valor pode ser extraído de mera análise da prova documental do depositário, dispensando-se provas testemunhai e pericial.

Em tais casos, o depositário se contentará em pleitear caução real (v. g., hipoteca) ou pessoal (v. g., fiança) por parte do depositante, para se acautelar diante de eventual inadimplemento. Impossibilitada a caução, subsidiariamente a saída será a remoção da coisa para o depósito público - determinada por ordem judicial - até a liquidação do débito.

Art. 645. O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo.

CC/1916: art. 1.280.

O depósito voluntário é o negócio jurídico resultante da autonomia privada, sendo dividido em duas espécies: regular ou ordinário e irregular. Até agora examinamos o depósito regular, cujo objeto é coisa infungível, perfeitamente individualizada. Nada obstante, é possível que as partes convencionem um contrato de depósito sobre coisas fungíveis, que podem ser substituídas por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade (art. 85 do CC).

No contrato de depósito irregular, poderá o depositário dispor da coisa fungível, sendo exonerado da obrigação de restituir a mesma coisa que recebeu, pois ao termo do contrato, ou quando lhe for solicitada a devolução (nos contratos sem termo), simplesmente entregará coisa equivalente.

O legislador fez questão de afirmar que tal modalidade de depósito voluntário será regida pelas normas relativas ao contrato de mútuo (arts. 586 a 592 do CC), em razão da grande aproximação entre os dois modelos, eis que o depositário não será um guardião por excelência da

coisa, pois poderá alienar ou consumir o que recebeu, sendo fundamental a devolução de igual quantidade e qualidade. Contudo, extrai-se a diferença da própria teleologia dos institutos. O mútuo é realizado no interesse do mutuário e o depósito no interesse do depositante. Enquanto o mutuário tem o seu patrimônio acrescido pelo empréstimo, com a obrigação de restituir no prazo contratado ou, supletivamente no termo legal (art. 592 do CC), o depositário não poderá incluir os bens fungíveis em seu ativo, pois deverá restituir a qualquer tempo, mantendo o equivalente permanentemente à disposição do depositante (art. 633 do CC).

Tradicional exemplo de depósito irregular pode ser extraído do depósito bancário, no qual a instituição financeira é depositária de quantia em dinheiro (bem fungível), utilizando-a em suas transações, podendo o depositante retirar ou movimentar os valores depositados a qualquer tempo.

Jurisprudência: 1 - No contrato de depósito bancário, o depositante transfere à instituição financeira depositária a propriedade do dinheiro, passando esta a ter sobre ele total disponibilidade. Esse contrato, por construção doutrinária e jurisprudencial, é equiparado ao contrato de mútuo. É chamado de depósito irregular (depósito de coisas fungíveis).

2 - Ocorrendo a liquidação extrajudicial da instituição financeira, os depósitos denominados irregulares passam a integrar a massa falida, gerando direito de crédito e não de restituição dos valores depositados, concorrendo o correntista com os demais credores quirografários. (STJ, REsp n. 492.956/MG, Proc. n. 2003/0012673-5, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 06.03.2003, DJ 26.05.2003, p. 268)

Art. 646. O depósito voluntário provar-se-á por escrito.

CC/1916: art. 1.281.

A redação da norma não deixa dúvidas. A forma escrita é necessária *ad probationem*, mas não é solenidade essencial, a ponto de influir na validade do contrato de depósito voluntário (art. 104, 111, do CC). Outrossim, admite-se as formas pública e particular, independentemente do valor.

É interessante que as partes reduzam o contrato a escrito, pois será possível demonstrar sua onerosidade (art. 628 do CC), bem como a fixação de um termo para a restituição (art. 633 do CC). Porém, tratando-se de contrato real, a prova testemunhal será admitida com cautelas pelo magistrado para atestar o ato físico da entrega do objeto, observando-se o art. 227 do Código Civil.

Ademais, para o ajuizamento de ação de depósito, a inicial será instruída com a prova literal da relação jurídica (art. 902 do CC), o que abrange tanto o contrato escrito - mesmo que essa forma não seja da essência do negócio jurídico - como outro documento escrito, como um tíquete ou cupom que demonstrem a ocorrência da tradição. A ausência do instrumento retira do depositante a ação especial, devendo se contentar com o rito ordinário.

O preceito ora comentando não se aplica à modalidade do depósito necessário, que será certificado por qualquer meio de prova, considerando-se a premência de sua efetivação (art. 648, parágrafo único, do CC).

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Furto de caminhão do pátio de oficina. Contrato de depósito voluntário. Formação que independe de pacto escrito, mas apenas da entrega da coisa. Assim, mesmo que gratuitamente, se o réu recebeu e concordou com o estacionamento do veículo nas suas dependências é por ele responsável, nos termos do art. 1.265 do CC. (TJRS, Ap. cível n. 70.003.167.921, 6ª Câm. Cível, 2ª Vara Cível de Caxias do Sul, rel. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. 21.11.2001)

Seção II

Do Depósito Necessário

Art. 647. É depósito necessário:

I - o que se faz em desempenho de obrigação legal;

II - o que se efetua por ocasião de alguma calamidade» como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque.

CC/1916: art. 1.282.

O capítulo destinado ao estudo do contrato de depósito é dividido em duas seções, uma para cada uma de suas espécies. Até agora comentamos o depósito voluntário, igualmente denominado de ordinário ou tradicional. Já a segunda espécie, a ser tratada doravante, é denominada depósito necessário, pois se aperfeiçoa independentemente de um ato de autonomia privada, mas por opções do legislador ou de situações extremas, com origem em fatos imprevisíveis.

O contrato de depósito necessário é dividido em duas espécies: a) depósito legal (art. 647, I); b) depósito miserável (art. 647, II).

O depósito legal é conseqüente ao desempenho de uma obrigação legal. Não podemos olvidar de que as obrigações não emanam apenas da vontade como também de outras fontes, como o ato ilícito, o risco da atividade e a lei. Neste último caso, podemos incluir o depósito público de bens litigiosos ou em poder dos que se tornam incapazes (arts. 634 e 641 do CC). Também será a hipótese das bagagens de viajantes e hóspedes nos locais em que se encontrem.

Além das situações descritas no Código Civil, o ordenamento jurídico disciplina uma série de situações de interesse público que recomendam a apreensão de bens seguida do depósito judicial, que não deixa de ser uma forma de depósito legal. O depositário judicial é auxiliar do juiz (art. 148 do CPC) e exercerá importante função de guarda e conservação de bens penhorados, arrestados e seqüestrados.

O inciso II versa sobre o depósito miserável. O nome resulta das próprias situações extraordinárias que justificam a necessidade de uma pessoa socorrer a quem se encontra em perigo, diligenciando na guarda de bens que estão na iminência de ser destruídos por uma calamidade. Aliás, as hipóteses alinhavadas no dispositivo são meramente exemplificativas. Diante da amplitude do conceito jurídico indeterminado “calamidade”, outros fatos jurídicos *stricto sensu* poderão resultar no dever de solidariedade.

Art. 648. O depósito a que se refere o inciso I do artigo antecedente, reger-se-á pela disposição da respectiva lei, e, no silêncio ou deficiência dela, pelas concernentes ao depósito voluntário.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se aos depósitos previstos no inciso II do artigo antecedente, podendo estes certificarem-se por qualquer meio de prova.

CC/1916: art. 1.283.

O *caput* da norma é singelo. No depósito legal atenderemos às imposições da legislação que cuida do tema, sobretudo as leis processuais. Porém, em tudo aquilo que ela for omissa, supletivamente será aplicado o Código Civil, na parte em que disciplina o depósito voluntário.

O parágrafo único estende a recomendação do *caput* ao depósito miserável e vai além, pois dispensa contrato escrito entre depositante e depositário, admitindo qualquer outro meio de prova.

Com efeito, não poderia ser diferente. Em situações emergenciais, calamitosas, desbordaria do razoável a formalização de instrumento público ou particular do depósito, pois não há tempo para negociações. Ademais, as situações excepcionais são notórias, de conhecimento geral, sendo fácil a sua comprovação por testemunhas.

Art. 649. Aos depósitos previstos no artigo antecedente é equiparado o das bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem.

Parágrafo único. Os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos.

CC/1916: art. 1.284.

O *depósito hoteleiro* é aqui equiparado ao depósito legal. Em qualquer contrato de hospedagem remunerado, o proprietário do estabelecimento é tido como depositário das bagagens e dos pertences do hóspede. Cuida-se de um acentuado dever de proteção ao patrimônio dos clientes, que se estende a qualquer espécie de pousada ou abrigo transitório capaz de acolher o público em geral.

Se o depósito é um acessório em relação à hospedagem, será a fidúcia que se estabelece entre as partes que justificará o acautelamento do patrimônio do hóspede, homenageando-se o princípio da boa-fé objetiva.

O depósito em tais situações independe da tradição real dos objetos ao depositário, sendo suficiente que as bagagens dos viajantes sejam introduzidas no estabelecimento, mesmo que remanesçam em poder direto dos hóspedes. A responsabilidade se estende a outros bens que pertençam ao depositante, mas obviamente não ingressem nas dependências internas do estabelecimento, como o veículo do hóspede.

Além dos riscos normais assumidos pelo depositário em razão de seus atos culposos na conservação dos bens dos hóspedes (art. 629 do CC), o parágrafo único disciplina especial situação de responsabilidade civil pelo fato de terceiro, em razão de furtos perpetrados por pessoas empregadas ou admitidas no estabelecimento.

Quando estudamos responsabilidade civil, aprendemos que a obrigação de indenizar é conseqüente a um comportamento lesivo - comissivo ou omissivo - que guarda nexos causais com o dano sofrido pelo lesado (art. 927 do CC). A conduta que provoca o dano será um fato próprio ou de terceiro. Consoante explicita o art. 932, o fato de terceiro será atribuído a um responsável quando houver uma relação jurídica de subordinação legal (v. g., pais, tutores e curadores por filhos, tutelados e curatelados) ou contratual (empregador pelos seus empregados).

Com o advento do Código Civil de 2002, a responsabilidade pelo fato de terceiro será objetiva, independentemente da existência de culpa do empregador na escolha do funcionário, abolindo-se a discussão a respeito da *culpa in vigilando*. Trata-se da teoria da substituição, pela qual a responsabilidade indireta do empregador é fruto do risco introduzido pela sua atividade.

Isso explica a responsabilidade do depositário perante os hóspedes, abrangendo todos os seus empregados e prestadores de serviços - “pessoas empregadas ou *admitidas* * -, tendo o depositante lesado a possibilidade de acionar alternativamente o empregador, o empregado ou ambos em litisconsórcio passivo, em virtude da solidariedade entre o autor e o responsável (art. 942, parágrafo único, do CC).

Apesar do silêncio da norma, lembramos o estudioso da menção que o art. 932, IV, do Código Civil faz à responsabilidade do depositário pelos danos causados por outros hóspedes ou freqüentadores que transitam pelo local ao patrimônio do depositante. Cuida-se de aplicação da teoria do risco proveito, pela qual aquele que aufere o proveito econômico pela pousada (bônus) assume os riscos inerentes aos danos causados aos hóspedes (ônus), seja pelos seus empregados, seja pelas demais pessoas que compartilham o mesmo espaço.

O contrato de hospedagem não admite a cláusula de exclusão de responsabilidade - cláusula de não indenizar. Será reputada como não escrita, pois a obrigação de indenizar é prevista em lei, sendo inadmissível convenção em contrário. Todavia, é defensável a aposição de limites pecuniários de responsabilidade, com restrição da indenização aos bens que ordinariamente são conduzidos pelo hóspede a qualquer estabelecimento (v. g., roupas, acessórios de limpeza e quantias razoáveis). Excluem-se as joias de alto valor e as quantias que extrapolam o necessário à pousada, a não ser que seja efetuada declaração acerca da existência e do valor dos bens, sendo eles entregues ao depositário e não simplesmente mantidos com o depositante em sigilo. Assim, objetos colocados em cofre devem ser descritos antecipadamente pelo hóspede, a fim de que o hospedeiro assuma a total obrigação de indenizar. Em suma, ao dever de proteção do hospedeiro se compatibiliza o dever de informação do hóspede, pois a relação de confiança se estende aos dois polos da relação obrigacional.

Aliás, a relação de consumo efetivada entre hospedeiro e hóspede implica a responsabilidade civil pelos danos materiais e morais provenientes do defeito da prestação de serviço, como alude o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Jurisprudência: Tem o hotel responsabilidade pelos hóspedes, sua segurança, bem-estar e integridade física, devendo indenizar em caso de acidente ocorrido nas dependências do mesmo, independentemente de culpa, nos termos do art. 14 do CDC, admitindo-se a cumulação de danos morais e materiais. (RT129/259)

Art. 650. Cessa, nos casos do artigo antecedente, a responsabilidade dos hospedeiros, se provarem que os fatos prejudiciais aos viajantes ou hóspedes não podiam ter sido evitados.

CC/1916: art. 1.285.

A isenção de responsabilidade dos hospedeiros pelos danos causados aos bens dos hóspedes é consequência da ocorrência de um fato inevitável e estranho à atividade do agente. Essa norma se coloca em consonância com o art. 642, que exonera o depositário de indenizar quando demonstrada a força maior.

Vimos que a força maior é associada ao fortuito externo, vale dizer aos eventos lesivos exteriores à atividade do depositário. Não é possível incluir nos riscos do hoteleiro a obrigação de indenizar pelos perigos que não foram por ele introduzidos, diante da ausência de nexo causai.

Assim, em não havendo ação ou omissão concorrente pelo depositário, é temerário acioná-lo pela perda das bagagens em razão de fortes enchentes, deslizamentos de terra e outras catástrofes incontrolláveis. Não se esqueça de que o fato exclusivo da vítima também elide a responsabilidade do hospedeiro, mas o mesmo não se diga do fato concorrente, pois, em sede de relação de consumo, qualquer parcela de participação do fornecedor para o resultado danoso já é suficiente para lhe impor a obrigação de indenizar, à luz do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

A demonstração do evento externo recai sobre o depositário» até mesmo pela própria distribuição do ônus da prova, atribuída ao réu, tratando-se da existência de fato impeditivo ao direito do autor (art. 333, II, do CPC).

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Incêndio de veículo em estacionamento de hotel. Tratando-se de verdadeiro contrato de depósito, responde o hotel pelos danos ocasionados em veículo sob sua guarda, quando não conseguir provar a ocorrência de caso fortuito ou força maior. (TJRS, Ap. cível n. 597.160.308/Porto Alegre, 7ª Câm. Cível, rel. Maria Berenice Dias, j. 05.11.1997)

Art. 651. O depósito necessário não se presume gratuito. Na hipótese do art. 649, a remuneração pelo depósito está incluída no preço da hospedagem.

CC/1916: art. 1.286.

Ao contrário do que ocorre no depósito voluntário (art. 628 do CC), nas hipóteses em que o depósito é necessário - seja por lei, seja pela situação de calamidade -, a presunção será a de onerosidade do negócio jurídico.

A distinção é explicada pelo fato de o depósito voluntário frequentemente contar com a cumplicidade dos parceiros contratuais e o ânimo do depositário de proteger graciosamente os bens do depositante. Todavia, no depósito necessário não há relação fraternal entre os parceiros, sendo a obrigação do depositário um risco relacionado à sua atividade profissional. Daí a imposição de uma remuneração àquele que cuida dos bens alheios em situações emergenciais, bem como do hoteleiro. Nesse caso, o valor do depósito já estará incluído (embutido) no preço da hospedagem, pois seria inconcebível uma cisão entre o ato de hospedar e o de depositar os pertences do hóspede, sendo esta uma espécie de obrigação inerente àquele contrato.

Caso as partes não alcancem um valor para o depósito necessário, será ele arbitrado judicialmente. Anote-se que, nas situações de calamidade, o negócio jurídico poderá ser anulado pelo depositante em função do vício da lesão (art. 157 do CC), quando o depositário exigir prestação manifestamente desproporcional para aceitar a custódia do objeto, aproveitando-se da situação de extrema necessidade do depositante.

Jurisprudência: Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Estacionamento de hotel. Contrato de depósito. O parque de estacionamento de estabelecimento de hotelaria, cujo preço acha-se embutido no preço da diária, e cujas chaves do veículo são entregues na portaria, implica responsabilidade por parte da empresa, pelo mau uso que seus prepostos venham a fazer. (TACRS, Ap. cível n. 188.107.619/Uruguaiana, Câm. de Férias Cível, rel. Ramon Georg Von Berg, j. 10.01.1989)

Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

CC/1916: art. 1.287.

A relação de confiança que se estabelece entre depositante e depositário indica que aquele pretenderá reaver o objeto dado em depósito assim que o reclamar ou superado o termo

contratual (art. 633 do CC). Destarte, a obrigação de restituir é algo ínsito ao contrato de depósito e o que o particulariza em relação a outros modelos negociais.

Atento ao art. 5º, LXVII, da CF, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, o legislador determinou que a sanção para o depositário infiel será a pena de prisão não excedente a um ano e o ressarcimento dos prejuízos. No fundo o que determina a prisão é a infidelidade, não a dívida.

A supressão da liberdade do devedor será uma consequência da quebra da fidúcia do depositante, pela recusa à restituição do objeto depositado. Trata-se de medida coercitiva que objetiva persuadir o devedor à devolução da coisa, pois no instante em que o depositário realiza a restituição a pena de prisão encerra, cumprida a sua finalidade. Aliás, o objetivo de constrangimento impõe a recusa aos benefícios normalmente concedidos ao condenado no sistema criminal (v. g., suspensão da pena; prisão domiciliar), pois eles frustrariam a própria intensidade da medida e a sua teieologia.

A pena de prisão civil é o desfecho da ação de depósito, que tem por finalidade a restituição do bem depositado (arts. 901 a 906, do CPC). A decretação da medida extrema só ocorrerá após a prolação da sentença, com o insucesso da expedição de mandado para entrega da coisa ou do equivalente em dinheiro.

A nosso viso, o artigo em comento já nasce sob o vício da inconstitucionalidade, pois a pena de prisão civil do depositário infiel é ofensiva ao Pacto de São José da Costa Rica, que penetrou no ordenamento jurídico interno mediante o Decreto federal n. 678/92. Em seu art. 7º autoriza a prisão civil apenas para o caso de inadimplemento da obrigação alimentar.

É cediço que o rol dos direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal não é *numerus clausus*, pois o art. 5º, § 2º, a eles acrescenta outros direitos e garantias provenientes de tratados internacionais. Portanto, as convenções subscritas pelo Brasil, quando versem sobre os direitos humanos, adentram nosso ordenamento com força de normas constitucionais, revogando a legislação anterior no que com ela conflitem. Assim, não se podendo mais cogitar de prisão civil em sede constitucional, perdem eficácia as normas editadas pelo legislador subalterno, como o presente dispositivo e o art. 902 do Código de Processo Civil.

Contudo, para aqueles que entendem que a convenção internacional avança na legislação positiva somente com força de norma federal ordinária, a edição do novo Código Civil traz um novo argumento, qual seja se o Pacto de São José havia revogado a pena de prisão inserida na legislação processual, o art 652 acaba de restaurar a prisão civil, pois exclui o referido tratado de nosso sistema jurídico.

Tanto o Decreto-lei n. 911/69 como o Código Civil (art. 1.363) situam o devedor fiduciante na posição de depositário no contrato de alienação fiduciária, pois mantém a posse direta do bem pela tradição ficta (constituto possessório), cuja propriedade fora transferida em garantia ao credor fiduciário (art. 1.361 do CC). Pela equiparação do fiduciário ao depositário, caso seja ajuizada ação de busca e apreensão sem que o bem seja restituído - ou o equivalente em dinheiro -, sujeitar-se-á à pena de prisão após a conversão em ação de depósito (art. 4º do Decreto-lei n. 911/69) e a prolação da sentença condenatória.

Para além da motivação já apontada, contrária a qualquer pena de prisão no contrato de depósito em razão da subscrição pelo Brasil de convenção internacional de direitos humanos, some-se mais um argumento específico no que tange à supressão da liberdade na alienação fiduciária.

O contrato de depósito tipicamente requer a entrega da coisa com o objetivo de uma posterior devolução. Isso não ocorre na alienação fiduciária, pois desde o início o fiduciante (depositário) efetua pagamentos sucessivos com vistas à aquisição da propriedade, jamais no intuito de restituir a coisa. Vale dizer: cuida-se de depósito atípico, pois a propriedade do depositante é resolúvel e o depósito é apenas uma fase necessária para o depositário resgatar

definitivamente a propriedade. Portanto, sendo a pena de prisão civil do depositário infiel uma sanção inserida no Capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais” (art. 5º), deverá ser interpretada restritivamente, apenas alcançando o contrato de depósito típico e não aquele apenas a ele equiparado.

Acreditamos ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana impede que alguém seja privado de sua liberdade em razão de uma discussão meramente econômica (art. 1º, III, da CF). O limite que separa a ideia de pessoa e de coisa é justamente aquele em que o ser humano é instrumentalizado, coisificado, em razão da prevalência de questões patrimoniais sobre as existenciais. Os critérios de legitimidade de qualquer atividade econômica serão modelados e legitimados pelos direitos da personalidade e pela proteção ao ser humano concreto que se insere por trás das abstratas relações financeiras. O ordenamento jurídico deverá criar garantias econômicas que tutelem o credor sem que o seu direito subjetivo ao crédito seja exercitado de forma abusiva, desvirtuando a função para a qual fora concedido e vulnerando os limites materiais e éticos do sistema (art. 187 do CC).

Enfim, tanto para os casos de prisão decorrente de depósito como de alienação fiduciária, caberá ao devedor impetrar o *habeas corpus*, em razão do desproporcional constrangimento ilegal pela invasão da esfera de liberdade como forma de prestigiar interesses patrimoniais.

Jurisprudência: *Habeas corpus*. Prisão civil. Contrato de depósito. Confissão de dívida. Dação em pagamento. Bens fungíveis. Algodão em caroço.

1 - Segundo a orientação da Corte, não cabe a prisão civil decorrente de contrato de depósito relativo a bens fungíveis, no caso concreto, algodão em caroço, oriundo de contrato de confissão de dívida.

2 - *Habeas corpus* deferido. (STJ, HCn. 24.829/SP, Proc. n. 2002/0129835-0, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.02.2003, DJ 31.03.2003, p. 214)

CAPÍTULO X DO MANDATO

Seção I **Disposições Gerais**

Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

CC/1916: art. 1.288.

O preceito inaugura o regramento reservado ao mandato, contrato consensual, em regra gratuito e unilateral, *intuitu personae*, mediante o qual alguém - sempre que a lei não o impeça, erigindo atos personalíssimos, como a elaboração de testamento, por exemplo, que não permite intervenção de mandatário - recebe poderes para agir no interesse de outrem. É consensual porque se perfaz com o simples ajuste de vontades, independentemente da prática de qualquer ato pelo mandatário, muito embora o começo da execução implique aceitação tácita (art. 659). É normalmente gratuito, porém é possível estipular sua onerosidade, presumida para os mandatários ditos profissionais (art. 658), quando então revela natureza bilateral, havendo, depois de aperfeiçoado, obrigações e prestações a ambas as partes, o que não sucede gracioso, por isso chamado unilateral ou, quando muito, bilateral imperfeito, pela existência ocasional de obrigações a cargo do mandante, por exemplo, a ressarcitória (art. 678). É

típico contrato daqueles denominados fiduciários, lastreado na confiança que se deposita na pessoa do mandatário, por isso inclusive revogável a qualquer tempo (art. 682,1),

A atual redação do art. 653 repete o CC/1916 (art. 1.288), persistindo na equivocidade que então já se suscitava. É que, na dicção dos dois diplomas, destarte pela sistemática da normatização civil, o mandato induz sempre a outorga de poderes para que o mandatário aja em nome do mandante, portanto como se fosse seu pressuposto a existência de representação. Na verdade, por natureza, porém, o mandato envolve, isto sim, a prática de atos ou a administração de interesses por conta, mas não, necessariamente, em nome de outrem. Noutros termos, a representação, que é o mecanismo, legal ou convencional, mercê do qual alguém fala em nome de outrem (v. arts. 115 e segs. do CC/2002), a rigor pode ou não estar no mandato. Malgrado se reconheça que, em regra, no mandato há a outorga de poderes de representação (*contemplatio domini*), nada impede que o mandatário atue em seu próprio nome, mas no interesse do mandante, assim sem representação, como está nos arts. 1.180 a 1.184 do Código Civil português e como, a bem dizer, o próprio CC/2002 não desconheceu quando previu a regra, adiante examinada, contida no art. 663, repetição, aliás, do que já se continha no art. 1.307 do CC/1916, e mesmo tendo agora tipificado a comissão, em que se age por conta, mas não em nome de outrem (v. comentário ao art. 693). E não é só. Da mesma forma que, em verdade, pode haver mandato sem representação, pode, inversamente, haver representação, e voluntária, sem mandato. Basta pensar, por exemplo, no empregado que possua poderes para vender objetos em nome do empregador, portanto, com representação constante, eventualmente, do contrato de trabalho. For fim, permanece o novo Código a estabelecer que a procuração é o instrumento do mandato. Fê-lo, decerto, ao pressuposto genérico, sobre o qual se baseou, como se viu, de que no mandato haja necessariamente a representação. É bem de ver, porém, que a procuração, antes, é sim o instrumento da representação convencional, a qual, repita-se, pode ou não estar num mandato. A procuração, destarte, em tese é independente do mandato, na exata medida em que a representação o é. Mesmo na sua configuração essencial, distinguem-se os dois institutos. O mandato é contrato, portanto negócio jurídico bilateral a reger as relações internas entre mandante e mandatário, que pressupõe aceitação, o que não ocorre com a procuração, ato jurídico unilateral mediante o qual são atribuídos ao procurador poderes para agir em nome do outorgante (autorização representativa) e para conhecimento de terceiros. Alguns nem mesmo consideram possa a procuração ser considerada negócio jurídico, posto que unilateral, pelo que insistem na terminologia *ato jurídico*, porque não visualizam qualquer efeito jurídico ao representante na simples outorga, não mais que um pressuposto para que, depois, sobrevenha o negócio praticado mercê da representação (para uma diferenciação da procuração como *ato* ou *negócio*, malgrado sempre unilateral, conferir: LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 151).

De toda a sorte, posto que, apesar do art. 663, optando a legislação - e não se nega que poderia fazê-lo, a despeito da natureza do instituto - por vincular o mandato à outorga de poderes de representação, ao revés da comissão, assim regrada separadamente, muito embora *a priori* para atos de aquisição e de venda (veja-se comentário ao art. 693), os conceitos não podem ser baralhados, de modo que se os trate como se fossem um só. Ainda a esse mesmo propósito, remete-se aos comentários do art. 663, em que se volverá ao assunto.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 1.089.531-0/0, 31ª Câ., rel. Des. Adilson de Araújo, j. 22.05.2007; TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.23798, 9ª Câ., rel. Des. Abreu e Silva, j. 08.08.2006; TFR, 2ª Região, Ag. n. 121.805, 1ª Turma, rel. Juiz Abel Gomes, j. 06.07.2005.

Art. 654. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

§ 1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.

§ 2º O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida.

CC/1916: art. 1.289.

O preceito reproduz a regra do art. 1.289 do CC/1916, com algumas alterações e basicamente com a supressão do anterior § 2º, cujo comando passou a dar conteúdo ao art. 655 do Código Civil de 2002, a seguir examinado. Cuida, fundamentalmente, da forma e dos requisitos de que deve a procuração se revestir. Diferente a questão da forma do mandato, que vem regradada em dispositivo diverso, o do art. 656, o qual inclusive prevê que possa ele se estipular por escrito ou verbalmente. E, ao revés, mesmo por, na essência, servir de prova da representação, que se deve fazer perante terceiro com quem se negocie (art. 118), o Código Civil estatui firmar-se a procuração por instrumento escrito, público ou particular, que valerá desde que contenha a assinatura do outorgante. O instrumento deve conter, ainda, o lugar e a data em que foi passado, a identificação das partes, outorgante e outorgado, o que de resto afasta a possibilidade da chamada procuração em branco, ou seja, a pessoa indeterminada (cf LOTUFRO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 156-8). Deve também discriminar, de modo preciso, os poderes conferidos. Modificando o que a propósito se continha no § 3º do art. 1.289 do CC/1916, que erigia o reconhecimento da firma do outorgante em requisito de validade (*rectius*: eficácia) da procuração, passada por instrumento particular, perante terceiro, o Código Civil de 2002 apenas faculta a este terceiro a exigência de reconhecimento da firma do outorgante, o que, vale advertir, não se aplica ao mandato *ad judicium* (art. 38 do CPC, com redação dada pela Lei n. 8.952/94). Desde o Decreto n. 29.151/51, depois substituído pelo Decreto n. 83.858/79, alvitrou-se a outorga de procuração por telegrama, uma vez observados os requisitos lá dispostos quanto à autenticidade da assinatura. Da mesma forma, poder-se-á cogitar da outorga pela via telemática, pela informática, mas sempre e somente quando identificáveis as partes e, frise-se, pelo meio devido, mesmo de controle de assinatura digital, a se regulamentar, a autenticidade de sua declaração de vontade, inclusive cuja comprovação pode ser exigida pelo terceiro, na forma do § 2º (ver a propósito: SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. “Do mandato”. In: *O novo Código Civil* - estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale, coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo, LTr, 2003, p. 597-600).

A procuração por instrumento particular somente poderá ser outorgada por pessoa capaz, como está no *caput* do artigo em comento, destarte impondo-se a forma pública para os relativamente incapazes, porquanto assim se atesta a assistência e se garante a fidelidade do consentimento de quem a lei quer proteger, se bem que só para outorga de poderes *ad negotia*, por se vir entendendo que o art. 38 do CPC dispensa a formalidade para as procurações *ad judicium*? em que também dispensável, sempre, o reconhecimento de firma (Lei n. 8.952/94, que deu nova redação ao mesmo preceito processual). De igual maneira, só por instrumento público o analfabeto outorga procuração, já que inviável a sua assinatura, como quer a lei. Deve-se ressaltar a excepcional possibilidade de o menor púbere outorgar procuração, sem o seu assistente, para fins trabalhistas (art. 792 da CLT) ou para formulação de queixa-crime ou representação (art. 34 do CPP), aqui apenas se discutindo o exato elastério do dispositivo processual penal, que alude à idade entre 18 e 21 anos, isso diante da redução da maioridade pelo Código Civil de 2002. Da mesma forma, há de se admitir possa o interdito, ele próprio, outorgar procuração para se postular o levantamento de sua interdição, por cessação da respectiva causa. Já aos pródigos se deve deferir a livre outorga para os atos em que a assistência não seja

exigível (art. 1.782). Quanto aos menores impúberes e aos demais absolutamente incapazes, a lei garante-lhes a representação legal pelos pais, pelos tutores ou pelos curadores, não havendo cogitar possam eles, pessoalmente, outorgar procuração, de resto privados da possibilidade de livre gestão de seus interesses, o que está na base da faculdade de outorga da procuração. Quanto à outorga de procuração, em nome do absolutamente incapaz, pelos representantes, vale anotar a regra geral de que o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela são, de forma genérica, indelegáveis, mas lembrando-se, quanto aos pais, que são usufrutuários dos bens dos filhos, agindo, na sua administração, por direito próprio, muito embora nos limites do quanto preserve a higidez do patrimônio dos filhos sob sua autoridade, pelo que inviáveis atos que ultrapassem a mera administração, senão por autorização judicial (art. 1.691), até por isso não se excluindo, nesses lindes, eventual outorga de procuração, às vezes inclusive indispensável, como no caso da constituição de advogado. Mesmo ao tutor, afora a nova hipótese contida no art. 1.743, já antes do Código Civil de 2002 e malgrado a pessoalidade de seu exercício, não se excluía a delegação, por procuração, de poderes para prática de atos específicos, compreendidos no alcance da tutela, não se permitindo, isto sim, uma cessão genérica do exercício de direitos e deveres decorrentes deste instituto assistencial (v. g., CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. VI, p. 297). E, por fim, admitida, excepcionalmente, a procuração outorgada pelo representante em nome do absolutamente incapaz, desnecessária a forma pública se, afinal, fala, juridicamente, quem tem plena capacidade, nesse caso não se cogitando de assistência. Fomentada pela indistinção do Código Civil de 2002 acerca do mandato e da procuração (v. art. 653), a doutrina costuma traçar os requisitos subjetivos dos contratantes do mandato quando se dá a examinar o artigo presente, que, na realidade, versa sobre a forma da procuração, particularmente daquela passada por instrumento particular. De qualquer maneira, a capacidade do mandante segue o regramento geral, aferindo-se, mais, sua legitimação em função do negócio ou dos negócios para cuja atuação nomeia-se o mandatário. Já a capacidade do mandatário tem a normativa geral excepcionada pela disposição do art. 666, adiante comentado.

Jurisprudência: Sobre a outorga de procuração por menor, devidamente representado, e por instrumento particular, ver: TJSP, AI n. 217.533-4, 1ª Câm., rel. Des. Elliot Akel, j. 06.11.2001. Quanto à discussão sobre a higidez da vontade do outorgante, aplicando-se assim o regramento geral sobre os vícios do consentimento: JTJSP 227/17. Sobre a procuração outorgada por condomínio: TJSP, Ap. cível n. 948.243-00/4, 34ª Câm., rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 18.01.2006.

Art. 655. Ainda quando se outorgue mandato por instrumento público, pode substabelecer-se mediante instrumento particular.

CC/1916: art. 1.289, § 2º.

Normalmente conceituado como ato unilateral mediante o qual o mandatário transfere a outrem os poderes recebidos do mandante, tem-se que o substabelecimento, em verdade, o seja da procuração. Vale dizer, substabelece-se a procuração, e não o mandato propriamente {v. g., PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4.701, n. 1, p. 165). Sendo assim, o substabelecimento, por ato unilateral (ou negócio unilateral, a respeito remetendo-se ao comentário do art. 653), transfere ao substabelecido os poderes que lhe foram outorgados em uma procuração. Pode fazê-lo com ou sem reservas de poderes, isto é, mantendo-se também como procurador ou deixando de sê-lo para que o outro assumira seus poderes. Vale dizer, no primeiro caso há poderes cumulativos de substabelecimento e substabelecido; no

segundo, há integral substituição do procurador. O substabelecimento pode ainda ser total ou parcial, conforme se transfiram todos ou alguns dos poderes do substabelecete.

A autorização ou proibição de substabelecer, bem como as respectivas conseqüências quanto à responsabilidade do substabelecete, são tratadas pelo art. 667, a seguir examinado e a cujos comentários se remete. De resto, o dispositivo do artigo presente se dá a cuidar da forma do substabelecimento, procurando superar discussão que a respeito suscitava o § 2º do art. 1.289 do CC/1916. Isso porquanto, na anterior normatização, permitia-se o substabelecimento por instrumento particular só quando a procuração, lavrada por instrumento público, poderia tê-lo sido por instrumento particular. Em diversos termos, a forma do substabelecimento seguia a regra do negócio principal, de tal arte que o instrumento particular só seria admissível se a procuração também pudesse ter sido passada por instrumento particular, malgrado escolhida, no caso concreto, a forma pública. Hoje, essa é a inovação, o substabelecimento tem regramento autônomo quanto à sua forma, garantindo-se a possibilidade de lavratura por instrumento particular, mesmo que, por qualquer motivo, a procuração tenha obedecido a forma pública. A conclusão, pois, é a de que, ainda nas hipóteses em que a procuração deva ser pública, o substabelecimento pode ser particular. Sucede, porém - e a discussão é a mesma que, de maneira mais completa, se examinará nos comentários ao art. 657 -, que, a bem da segurança jurídica e da harmonização com este mesmo preceito citado, o Projeto de Lei n. 276/2007 tenciona adicionar um parágrafo ao artigo em comento para explicitar que “é da essência do ato a forma pública, quando a procuração visar a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis”. Reitere-se, isto, a rigor, na esteira da exigência do art. 657 no sentido de que a “outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado”.

Jurisprudência: Já entendendo, na vigência do CC/1916, ser possível substabelecer, por instrumento particular, poderes recebidos em mandato outorgado por forma pública, ver: STJ, REsp n. 21.236/ES, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 05.03.1996, DJU 15.04.1996, com a seguinte ementa: “Compra e venda. Mandato. É admissível substabelecer a procuração pública mediante instrumento particular. Não há impedimento de ordem legal”.

Art. 656. O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito.

CC/1916: art. 1.290, *caput*

O dispositivo trata da forma do mandato, contrato consensual, como se disse no comentário ao art. 653, por isso que entabulável sem exigência de forma especial, com a ressalva que se fará nos comentários ao artigo seguinte. De qualquer sorte, o mandato pode ser expresso, consumado por escrito ou verbalmente, tanto quanto pode ser tácito. O mandato tácito sempre foi assim definido a partir da perspectiva da aceitação do mandatário, que será tácita quando inferida do começo da execução do ajuste (art. 659). Porém, mesmo a declaração de vontade do mandante pode ser tácita, admitindo a prática de atos, no seu interesse, pelo mandatário, como no exemplo do empregador que age de modo a denotar outorga implícita de poderes para pequenas compras que, periodicamente, um empregado faz, no seu interesse (PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. *Instituições de direito civil* > 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, v. III, p. 255), o que para muitos configura, antes, gestão de negócios (v. g., PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado** 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4.706, n. 2, p. 192), mas o que se diferencia por, num caso, de mandato tácito, se exigir mais que o silêncio do empregador, assim uma conduta ativa, como o deixar recursos para as pequenas aquisições, desnecessária na segunda hipótese, de mera e omissiva anuência (ver a respeito: CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 131-2).

Muito embora nem sempre se faça essa distinção, difere, para alguns, o mandato tácito do mandato presumido, ou seja, de existência presumida até que se prove o contrário, ou mesmo que o presumido mandatário prove o inverso, como no caso do condômino presumido mandatário para administrar a coisa comum ou do portador presumido mandatário para preencher letra recebida sem data e lugar de saque (ver PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. XLII, § 4.680, n. 1, p. 38-9; t. XII, § 1.293, n. 2, p. 89), exemplos que, para muitos, são também de mandato tácito (v. g., BARROS MONTEIRO, Washington. *Direito das obrigações*. São Paulo, Saraiva, 1956, v. II, p. 275). A bem dizer, caso de mandato presumido, ou ao menos de aceitação presumida, havia no art. 1.293 do CC/1916. Presumia-se aceito o mandato entre ausentes quando o negócio para o qual dado fosse da profissão do mandatário, dissesse respeito à sua qualidade oficial ou fosse oferecido mediante publicidade, sem que o mandatário fizesse constar de imediato a sua recusa. Fato é, todavia, que a regra não foi repetida no novo Código Civil. No mais, e como já afirmado em comentários ao art. 654, a rigor não há confundir-se a forma do mandato com a forma da procuração. Ou seja, a regra para a forma do contrato de mandato vem disposta no artigo presente, destinando-se aquele a disciplinar a forma pela qual se outorga a procuração, instrumento da representação destinada ao conhecimento de terceiro, que, malgrado o que comumente ocorre, pode não conter todos os elementos do contrato de mandato (por exemplo, preço e condições de pagamento, se for oneroso), eventualmente em instrumento outro ou ajustado verbalmente. Pense-se, ainda exemplificativamente, na procuração outorgada a advogado, a qual não contém todas as condições do ajuste entre ele e seu cliente, próprias do contrato de mandato, assim sem possível confusão de um ou outro instituto, como se vem afirmando.

Jurisprudência: Sobre a forma livre do mandato, inclusive verbal, já à luz do CC/1916: II TACSP, Ap. cível n. 794.126-00/5, 7ª Câ., rel. Juiz William Campos, j. 23.03.2004. Sobre a possibilidade de mandato tácito: TJSP, Ap. cível n. 61.026-4, 2ª Câ., rel. Des. Linneu Carvalho, j. 14.10.1997; e Ap. cível n. 1.237.209.006, 30ª Câ., rel. Des. Marcos Ramos, j. 04.02.2009. Sobre a prova do mandato verbal: TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.40249, 13ª Câ., rel. Des. Ademir Pimentel, j. 13.12.2006.

Art. 657. A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito.

CC/1916: art. 1.291 (parcial).

A parte final do artigo presente, segundo a qual o mandato deve ser escrito quando o negócio a cuja prática se o outorgou for daqueles só consumáveis por igual instrumento escrito, repete a regra do art. 1.291 do Código Civil de 1916. Sob seu pálio, aliado ainda ao que se continha na disposição do art. 1.289, § 2º, do mesmo CC/1916, grassava a discussão sobre a adoção, em nosso sistema, da assim chamada tese da simetria, isto é, sobre se exigível, para o mandato, a mesma forma exigida à prática do negócio jurídico para o qual outorgados poderes pelo mandante. Assim, por exemplo, e particularmente nessas hipóteses, debatia-se sobre se para a contabulação de compra e venda de imóvel, a que é necessária escritura pública, também exigível o mandato respectivo pela pública forma. Pois bem. Primeiro ponto a ser realçado, de novo, está na diferenciação que se deve fazer entre a forma do mandato e a forma da representação que se tenha outorgado. Nesse sentido, já de há muito observava Pontes de Miranda que o preceito do art. 1.291 do CC/1916, na verdade, usava o termo *mandato por procuração*, meio de comunicação da outorga a um terceiro, de tal sorte que, outorgada a procuração por escrito, mesmo quando essa forma fosse da essência do ato principal a ser praticado, o mandato, em si,

poderia se dar de forma tácita, por exemplo pelo começo de execução (ver PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4.678, n. 2, p. 21).

Quanto à simetria, em si, dividia-se a doutrina, ora ao contentar-se com que, se escrita e pública a forma exigida para o negócio a cuja prática outorgada a procuração, se a outorgasse por escrito, outros entendendo que, nesses casos, também a procuração deveria ter a forma pública, não sendo suficiente o escrito particular. Procede a uma detalhada revista da doutrina, ora esposando uma tese, ora outra, o civilista Renan Lotufo (*Questões relativas ao mandato, representação e procuração*. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 117-25), para concluir pela ausência de simetria, mas sem olvidar relevante remissão à lição de José Paulo Cavalcanti, que já assinalava a importância de se distinguir a forma do mandato e da procuração e anotava - conclusão a que se acede - que, se o negócio a que outorgado poderes ao procurador é solene, exigindo a forma pública, é porque o legislador revelou especial preocupação com a manifestação de vontade refletida, assim importando que, malgrado a autonomia da procuração, se por meio dela se delibera outorgar poderes para a prática daquele negócio formal, então sua forma deve ser a mesma. Em diversos termos, assinala o autor que se a lei cuida de exigir forma especial e pública para determinado negócio jurídico, com isso tencionando garantir a deliberação refletida do sujeito, nenhuma diferença faz que essa deliberação seja tomada no próprio ato ou quando se outorgam poderes para a sua prática. E, pese embora a longa e grande divergência instaurada sobre o tema, parece ter o CC/2002, agora, definitivamente imposto a simetria, quando, na primeira parte do art. 657, que constitui inovação, porquanto ausente no art. 1.291 da legislação anterior, dispôs estar a outorga do mandato (*rectius*: procuração) “sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado”. De resto o que, na mesma esteira, o Projeto de Lei n. 276 de 2007, de Reforma do Código Civil, pretende acrescentar ao art. 655, a cujo comentário se remete.

Jurisprudência: Para uma revista da oscilação da jurisprudência, anterior ao novo CC, acerca da questão da simetria de forma entre o mandato e o negócio principal a ser firmado, ver remissões constantes de: *RSTJ*169/343. Sobre o mandato para alienação de imóveis: TJSP, Ap. cível n. 4.268.434.800, 4ª Câ., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 05.03.2009.

Art. 658. O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa.

Parágrafo único. Se o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento.

CC/1916: art. 1.290, parágrafo único (parcial).

Seguindo a tendência do Código Civil de 1916, a nova normatização manteve a regra do mandato presumidamente gratuito, sem, entretanto, estabelecer que essa gratuidade seja da essência do mandato (o *ofício de amizade*). Com efeito, malgrado presumindo-o gratuito, permitiu a lei que o mandato pudesse ser estabelecido de forma onerosa. E, mais, fê-lo não somente quando dispôs sobre a possibilidade de pactuar-se, expressamente, uma remuneração, como quando o objeto do ajuste for daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão. Bem de ver, então, que o mandato será oneroso quando, independentemente da natureza de seu objeto, tiverem as partes convencionado uma retribuição. Mas também o será sempre que o mandato se recebe por quem, nessa condição, exerce profissão lucrativa, como o advogado, por exemplo, ou mesmo quando o mandatário atue profissionalmente na gestão de interesse alheio. Daí vir-se de costume afirmando que o mandato mercantil não pode ser

considerado gratuito por presunção, revelando-se, ao contrário, um dos casos em que a retribuição é de rigor, de resto tal qual já o determinava o Código Comercial brasileiro (art. 154, revogado), caracterizando-o como contrato necessariamente oneroso (ver, ainda: MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 292).

Todavia, como já na vigência do CC/1916 se ressaltava, a presunção de gratuidade pode ainda se infirmar, posto que não pelo pacto de retribuição ou pelo exercício profissional dos poderes outorgados, mas pelo quanto resulte das circunstâncias do caso, que façam acreditar na existência de convenção tácita, no dizer de De Plácido e Silva (*Tratado do mandato e prática das procurações?* 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. I, p. 39). Conforme sua lição, as circunstâncias fáticas do caso podem bem levar à admissão de que tenha sido intenção das partes remunerar os serviços do mandatário. Pois se por qualquer das hipóteses examinadas havida remuneração, seu valor se estabelece pelo quanto preveja a lei ou o contrato. Mas, conforme está no parágrafo único do dispositivo em comento, omissos lei e contrato, a remuneração se fixará segundo os usos do lugar, ou seja, a praxe local, se houver, ou, se não, de acordo com arbitramento judicial. Nesse caso, os salários do mandatário são arbitrados pelo juiz tomando-se em consideração o objeto do mandato, a dificuldade para sua execução e o proveito gerado. Vale aqui, de resto, socorro analógico aos mesmos critérios que a lei estabeleceu para o arbitramento dos honorários relativos ao mandato *ad judicium*, quando não convencionados, e que devem ser compatíveis com o trabalho realizado e com o valor econômico envolvido (art. 22, § 2º, da Lei n. 8.906/94). O arbitramento se fará em processo de conhecimento, formando título judicial executivo, em se tratando de mandatário profissional liberal mediante o rito sumário (art. 275,11,^ do CPC, sobre o conceito de profissional liberal, valendo conferir: MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo, RT, 2000, p. 120-2). Por fim, diga-se que, se devidos, os honorários deverão ser pagos ainda que o negócio para o qual outorgado não surta os efeitos desejados, salvo culpa do mandatário, a propósito do que se remete ao comentário ao art. 676, *infra*.

Jurisprudência: Assentando de natureza profissional o mandato outorgado a advogado, assim credor de respectiva remuneração, mas desde que diligente no cumprimento de sua obrigação, apesar de que, em princípio, de meio, ver: II TACSP, Ap. cível n. 661.537-00/6, rel. Juiz Marcondes D'Angelo, j. 07.06.2004. Ver, ainda: TJSP, Ap. cível n. 838.377-00/2, 26ª Câ., rel. Des. Andreatta Rizzo, j. 30.01.2006.

Art. 659. A aceitação do mandato pode ser tácita, e resulta do começo de execução.

CC/1916: art. 1.292.

O preceito repete a mesma redação do art. 1.292 da anterior normatização e prevê que, ademais de forma expressa, a aceitação do mandato possa também se dar de forma tácita. A previsão, a rigor, dimana da característica de consensualidade de que se reveste o contrato de mandato, aperfeiçoado, sem exigência de forma especial, pelo ajuste, pela manifestação de vontade das partes, que pode ser expressa ou tácita, valendo relembrar a diferença entre a forma do mandato e da procuração, a respeito remetendo-se ao quanto expendido nos comentários aos arts. 656 e 657. Importa ainda ressaltar que, malgrado a pertinência do preceito à questão da aceitação tácita, igualmente já se examinou, por ocasião dos comentários ao art. 656, *supra*, que mesmo a manifestação de vontade do mandante pode ser tácita.

De toda sorte, cuidando da aceitação do mandato, que completa seu processo de formação, garante o preceito em comento que ela se possa operar de maneira expressa, por escrito ou verbalmente, bem assim de forma tácita, pelo começo da execução do ajuste. Bem de ver que, de maneira geral, as declarações de vontade nos negócios informais pode externar-se a

partir mesmo de comportamentos chamados concludentes, ou seja, ações que revelam a vontade, de que se pode inferir o intuito de contratar. Por exemplo, nos contratos de massa, as declarações de vontade manifestam-se muito costumeiramente de forma tácita, pelo comportamento, como quando se contrata transporte coletivo urbano ou um táxi, o que se aperfeiçoa com conduta gestual, ou ainda quando se ajusta uma compra de produtos em máquinas automáticas, dentre outras tantas hipóteses. Nada de diverso ocorre com a aceitação do mandato, a qual se pode consumir pelo comportamento do mandatário que já se dá a cumprir o ajuste, então com essa conduta denotando sua aceitação. Porém, na verdade, a interpretação do dispositivo não deve ser estreita e, assim, insta se admita como aceitação, além do início da execução, qualquer conduta pela qual o mandatário demonstre haver aceito o contrato. Cuida-se, enfim, de qualquer ação típica e própria de quem seja mandatário, da qual se possa inferir a tácita aceitação (nesse sentido: ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil comentado*, coord. Ricardo Fiuza. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 598). Por fim, cabe menção à diferenciação que se costuma efetivar entre aceitação tácita e presumida, a propósito remetendo-se ao comentário ao art. 656, em que a matéria já foi enfrentada.

Art. 660.0 mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos os do mandante.

CC/1916: art. 1.294.

O artigo presente, como já o fazia seu correspondente no CC/1916, diferencia os casos de outorga de poderes, a qual, no mandato, pode ser geral ou especial. Vale dizer, quanto à extensão de outorga de poderes que envolve, o mandato pode ser geral ou especial. Tradicionalmente, entende-se que será geral quando não se determinem os negócios para cuja prática seja outorgado, assim induzindo a outorga de poderes de ordinária administração de todos os negócios ou interesses do mandante. Será especial quando, ao revés, especifiquem-se o negócio ou os negócios para cuja gestão se outorguem poderes, assim, em diversos termos, conferidos para a prática de certo ou certos atos ou negócios. Essa clássica definição, porém, pressupõe uma indiferenciação sobre o que seja a outorga de *poderes gerais* (mandato geral) do mandato *em termos gerais*, aquele de que trata o art. 661, logo a seguir examinado. Como salienta De Plácido e Silva, distinção haveria a se fazer, porquanto o mandato geral ou com poderes gerais é aquele outorgado em função da gestão da generalidade dos negócios do mandante, concedendo-se todos os poderes a tanto necessários (mandato total ou generalizado), enquanto o mandato em termos gerais significa uma outorga genérica, inespecífica de poderes, assim entendidos só como de administração, mas que podem referir-se a negócio certo ou determinado, destarte desenhando-se um mandato especial em termos gerais (*Treatado do mandato e prática das procurações*, 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. I, p. 188-91). Ou seja, para o autor, o que caracteriza o mandato geral ou especial é a generalização ou especificação dos negócios para o qual foi concedido; o que, diversamente, caracteriza o mandato em termos gerais é a generalização dos poderes conferidos (poderes genéricos), isto é, não especificados ou não determinados (110 mesmo sentido: MARMITT, Arnaldo. *Mandato*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 113). Certo que, para muitos, a distinção é obscura e ociosa (ver, a respeito, revisão da doutrina que se encontra em: SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. “Do mandato”. In: *O novo Código Civil*, coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo, LTr, 2003, p. 605-6). De toda sorte, relevante é que o mandato em termos gerais apenas confere poderes de ordinária administração, exigindo a lei que, para determinados atos, os poderes conferidos sejam específicos, determinados. É o que se contém no preceito adiante examinado.

Jurisprudência: Mandato. Poder especial. Inobservância. Ininvocabilidade, para justificá-la, da regra de que "quem pode o mais pode o menos". Princípio da especificação expressa. Arts. 1.294 e 1.295 do Código Civil (de 1916). Recurso provido. (JTJSP147/208)

Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

§ 2º O poder de transigir não importa o de firmar compromisso.

CC/1916: art. 1.295.

Com a ressalva que nos comentários ao artigo anterior se fez acerca da sua exata significação e da distinção que dele se costuma efetuar em relação ao mandato geral, explicita o CC/2002, tal como já se procedia no CC/1916, que o mandato concedido em termos gerais apenas implica a outorga de poderes de ordinária administração dos negócios do mandante. Ou seja, se genéricos os poderes outorgados, a atuação autorizada do mandatário restringe-se aos atos de mera gestão, de gerência mesmo dos interesses do outorgante. Certo que, nenhuma das duas leis civis, velha e nova, detiveram-se na elaboração de um rol do que reputam configurar atos de mera administração. Mas não menos certo que desta compreensão desde logo excluídos os atos enumerados no § 1º do preceito em comento, porque para sua prática o legislador exigiu, como se verá, poderes especiais e expressos.

Sendo assim, os atos de alienação ou gravação do patrimônio do mandante, bem assim de disposição de seus direitos, como regra, excluem-se ou exorbitam da mera gestão. Porém, mesmo nesses casos, sempre se ressaltou que alguns atos de disposição, por exemplo, podem conter-se nos poderes de ordinária administração assim quando os bens administrados sejam mesmo destinados à alienação. Também se considera possa haver alienação, malgrado a outorga só de poderes genéricos, quando haja perigo de deterioração dos bens ou quando se trate de frutos de bens principais (ver, a respeito, com larga remissão doutrinária: SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. "Do mandato". In: *O novo Código Civil*, coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo, LTr, 2003, p. 606).

Na verdade, os atos de administração ordinária devem ser analisados em função do negócio a que se referem, concebidos então como aqueles atos conservatórios, normais, de direção comum e usual conforme as circunstâncias da atividade principal a que estão voltados (cf. DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. I, p. 231).

Mas a lei, como se disse, para a prática de atos que exorbitem dessa ordinária administração exige a outorga de poderes especiais e expressos, como o parágrafo único do dispositivo presente prevê, e em que se mencionam, a título exemplificativo, os atos de alienação, hipoteca e transação. Primeiro que a ideia do legislador foi de, como regra, ao que já se explicitou, evitar que se contivesse nos poderes gerais do mandatário a prática de atos que, de forma genérica, envolvessem alienação, gravação e disposição de direitos do mandante, portanto não só os atos descritos no parágrafo único em comento, porquanto meramente enunciativo e, ademais, encerrado com a cláusula geral em que se constitui a menção a qualquer ato que exorbite a administração ordinária. Assim, por exemplo, atos outros, como de reconhecimento de filho, renúncia, confissão, fiança, emissão ou aceitação de títulos, aceitação de doação com encargo, remissão, todos exorbitantes da administração ordinária, por isso mesmo exigem poderes especiais e expressos.

Todavia, outra questão ainda se coloca e está na exata compreensão do que sejam poderes especiais e expressos, inclusive para verificação sobre se possuem significado diverso e pró-

prio ou se, ao referi-los, ambos, o legislador apenas pretendeu reforçar a cautela com atos de disposição ou gravação praticados por mandatário. Pois, se a propósito na doutrina e, em especial, na jurisprudência, grassa grande divergência, deve-se partir do suposto de que a lei não contém termos inúteis, sem significação própria. Por isso é que, para muitos, as expressões têm conteúdo próprio. Assim, poderes expressos identificam, de forma explícita (não implícita ou tácita), exatamente qual o poder conferido (por exemplo, o poder de vender). Já os poderes serão especiais quando determinados, particularizados, individualizados os negócios para os quais se faz a outorga (por exemplo, o poder de vender tal ou qual imóvel). Destarte, se no mandato se outorgam poderes de venda, mas sem precisão do imóvel a ser vendido, haverá poderes expressos mas não especiais, inviabilizando então a consumação do negócio por procurador. É certo, porém, como Carvalho Santos adverte (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 163), que, se o mandato envolve a outorga de poderes para venda de todos os imóveis do mandante, terá sido cumprida a exigência de poderes especiais. Já quanto à identificação da pessoa com quem haverá o mandatário de negociar, a exigência tem sido restrita aos atos de liberalidade (v. g., PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLII, § 4.679, n. 3, p. 38), porquanto *intuitu personae*, como sucede com a doação, por exemplo (ver ALVIM, Agostinho. *Da doação*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1972, p. 31-3).

Veja-se que toda a matéria é controversa, por exemplo, sustentando De Plácido e Silva a desnecessidade do que considera ser um reforço de expressões, já que, a seu ver, o sentido de *poder especial* já integra o sentido de *expresso* (op. cit., p. 216), de seu turno defendendo Sílvio Rodrigues que seja de todo ocioso identificar-se, em mandato que já contenha poderes para venda, o exato bem a ser vendido (*Direito civil*, 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 291). De toda sorte, menos discutível que a outorga de poderes especiais deva ser interpretada de forma restritiva, a fim de que não se admita deduzido do poder de vender o de hipotecar, ou vice-versa, do poder de vender o de prometer vender, como de resto o próprio § 2º do artigo em comento explicita não se compreender no poder de transigir o de firmar compromisso, verdadeiro regulamento da arbitragem (Lei n. 9.307/96). Excepcionalmente, todavia, poder-se-á deduzir poderes implícitos de outro especialmente conferido, quando lhe seja instrumental ou conseqüente. Assim, por exemplo, compreende-se no poder de vender o de receber o preço e dar quitação, no de comprar o de receber a coisa, no de cobrar letras o de protestá-las.

Jurisprudência: Dispensando a identificação do bem a ser hipotecado, por mandatário, mas exigindo poderes expressos, que não se contém nos poderes para alienar, conferir: *RT* 694/128. Sobre poderes expressos e especiais do mandatário, na doação, ver: *RSTJ*107/173. Diferenciando poderes expressos de especiais, condição que se reputou necessária ao ato de alienação, ver: *RJTJESP*129/189. No mesmo sentido: *JTJ5P*216/234. Sobre a impugnação ao ato praticado sem poderes especiais: TJSP, Ap. cível n. 919.308-0/4, 35ª Câmara, rel. Des. Artur Marques, j. 15.05.2006. Sobre os poderes específicos de alienação: STJ, Ag. Reg. no REsp n. 1.046.124, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, DJ 07.10.2009.

Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.

Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.

O artigo presente, cuja ideia se deve entender completada pela disposição do art. 665, examinado a seguir, cuida do ato praticado, em nome de terceiro, por quem não tenha poderes que a tanto o autorizem ou mesmo fora dos poderes que lhe foram outorgados. E, a propósito, o princípio central é o de que uma pessoa não pode ser obrigada por atos que outrem tenha praticado em seu nome sem ter para isso qualquer poder, sem poderes suficientes ou com excesso dos poderes conferidos. Já aí vale a ressalva de que, enquanto o art. 662 alude às hipóteses de falta de poderes ou de poderes insuficientes, o art. 665, de seu turno, refere a atuação do mandatário em excesso dos poderes que lhe foram outorgados. Mesmo assim, impende entender que, de qualquer forma, aja o mandatário com poderes insuficientes, ou *ultra vires*, vale dizer, além dos poderes que lhe foram conferidos, identicamente o mandante não se terá por obrigado, de resto como quando se age sem outorga de qualquer poder. Afinal, quem age além dos poderes conferidos atua sem poder, ou sem poder suficiente. Neste sentido, então, deve-se considerar não seja diversa a situação de quem atue sem suficientes poderes para o ato praticado e de quem o faça com excesso dos poderes conferidos (cf. DE PLÁCIDO K. SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*, 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. I, p. 334), sempre sem obrigação para o mandante, ressalvada sua ratificação.

O ato, todavia, praticado sem poderes, sem poderes suficientes ou em excesso de poderes conferidos não é inexistente, nulo ou anulável. É, sim, ineficaz perante o mandante, como hoje se explicita na lei e, antes, já advertia Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4.685, n. 2, p. 64). Até porque, de um lado, este ato pode ser ratificado, como se verá. De outro, o mandatário que se encontra em uma dessas situações obriga-se, pessoalmente, perante aquele com quem negociou, afora sua responsabilidade por eventuais danos que tenha provocado ao mandante.

Toda essa previsão, a rigor, não se distancia do que, na Parte Geral do Código, estatuiu-se para a representação (lembrando-se que o artigo em comento trata do ato praticado *em nome* de outrem, portanto, envolve representação, que se pressupõe no mandato, pese embora problemática a opção, valendo remissão ao comentário do art. 653), dispondo-se no art. 116 que o ato praticado pelo representante vincula o representado nos limites dos poderes outorgados. Mas, tanto quanto a hipótese fática difere daquela em que o representante age nos limites dos poderes, mas contra os interesses do representado (art. 119), a mesma ressalva se deve fazer, aqui, para o mandato. Ou seja, não se há de confundir o ato praticado pelo mandatário sem poderes, ou com excesso, do ato praticado nos limites dos poderes, mas contra os interesses do mandante. É em doutrina a distinção que se faz entre excesso e abuso de poderes. O abuso, o agir em dissonância com os interesses do mandante é questão atinente à relação interna do mandato, entre as partes contratantes, que não pode prejudicar terceiro, salvo se este souber do conflito de interesses entre mandatário e mandante, aí com o mesmo efeito anulatório do art. 119. Tem-se, a rigor, o mesmo princípio contido no art. 679, adiante comentado.

Envolve-se, ainda, no exame da matéria relativa à atuação de mandatário sem poderes, no caso suposto mandatário, a questão do chamado *mandato aparente* (ver, a respeito: MARMITT, Arnaldo. *Mandato*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 214-6). É a situação de quem atua em nome de outrem parecendo, em circunstâncias justificáveis, que levariam qualquer um a crer na outorga, ter recebido poderes para tanto. Porém, mais, é preciso que de alguma forma o mandante tenha contribuído para forjar essa situação de justificável aparência. Se assim for, o ato praticado pelo mandatário vincula o mandante, como corolário da proteção da boa-fé e confiança despertada em terceiros, afinal por conduta própria também do mandante.

Por fim, dispõe o parágrafo único do preceito em comento que o ato praticado em nome alheio por mandatário sem poderes, sem poderes suficientes ou em excesso de poderes pode ser ratificado pelo mandante, assim ganhando plena eficácia. Essa ratificação pode ser expressa ou tácita, isto é, inferida de conduta externada pelo mandante, a qual indique vontade de ratificar, por exemplo, quando ele paga despesas havidas com o ato praticado pelo mandatá-

rio. O certo, entretanto, é que, de uma maneira ou de outra, a ratificação pressupõe sempre a exata ciência do mandante sobre o ato praticado sem os devidos poderes. Veja-se que a ratificação importa no consentimento que previamente não se concedeu, assim seguindo a regra geral de forma para o mandato; mas, pela exigência de conhecimento do que se ratifica, sendo costume afirmar que reclama poderes especiais. O efeito da ratificação é *ex tunc*? o que equivale dizer que com ela o negócio passa a se ostentar eficaz desde quando praticado. Tudo sem prejuízo de a atuação do mandatário sem poderes, sem poderes suficientes ou além dos poderes conferidos ter afinal se ostentado útil ao mandante, com eventualidade ressarcitória a cargo deste, conforme previsão do art. 665, *infra*, a cujo comentário se remete.

Jurisprudência: Mandato aparente. Realização por terceiro de boa-fé com pessoa que aparenta ser representante de outrem. Validade (I TACSP). (1715/174)

Ainda sobre a teoria da aparência, no mandato, ver: TJRS, Ap. cível n. 70.021.104.468, 17ª Câm., rel. Des. Elaine Macedo, j. 13.09.2007.

Defendendo a validade e eficácia de ato praticado por ex-mandatário com terceiro de boa-fé, que desconhecia a extinção do mandato: STJ, Ag. Reg. no REsp n. 881.023/MS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.12.2007.

Sobre a ratificação da subscrição de contrato de locação firmada pelo filho do locador, e com efeito retroativo: TJSP, Ap. cível n. 1.028.985.009, 27ª Câm., rel. Des. Berenice Marcondes, j. 03.03.2009.

Art. 663. Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante.

CC/1916: art. 1.307.

O preceito repete, mas com diferente redação, a mesma regra que já se continha no art. 1.307 do CC/1916. É interessante notar que, em ambos os dispositivos, os dois Códigos acabaram, malgrado de forma esparsa e para fins diversos, por efetuar distinção que, todavia, não fizeram na abertura dos capítulos respectivos ou na normatização genérica reservada ao contrato de mandato. É que tanto o CC/1916 como o CC/2002, conforme já se assentou nos comentários ao art. 653, a que ora se remete, vincularam o contrato de mandato à outorga de poderes de representação, como se não pudesse haver mandato sem representação e como, inversamente, se a representação voluntária estivesse sempre e tão somente no contrato de mandato. Advertiu-se, porém, já naqueles anteriores comentários, que, a rigor, o contrato de mandato caracteriza-se pela outorga de poderes para que o mandatário atue no interesse e por conta do mandante, ainda que não necessariamente no seu nome. E no artigo em comento, sem desconhecê-lo, o Código Civil apenas ressalva que, tendo o mandatário praticado negócio em seu próprio nome, posto que no interesse do mandante, fica pessoalmente obrigado perante o terceiro com quem negociou. Ou seja, tendo o mandatário atuado no próprio nome, mandante e terceiro não se vinculam, reciprocamente, por efeito em si do mandato, ressalvadas as hipóteses de ações veiculadas com base direta no enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC/2002). Certo, porém, que ao mandante caberá sempre a propositura de ações contra o mandatário, na forma do contrato que ajustaram (arts. 668 e 671, *infra*).

Bem verdade que o dispositivo, tal como o que o precedeu, no CC/1916, e o que agora se reforça, na lógica do CC/2002, que regrou a comissão - muito embora, em princípio, só para atos de aquisição e de venda (ver art. 693 e seu comentário) -, mas coerente, enfim, com

a pressuposição de ambos os Códigos de que no mandato houvesse necessariamente outorga de poderes de representação, foi sempre focado como se havido desvio de conduta do mandatário que, tendo recebido poderes para atuar em nome do mandante, acabava efetuando o negócio em seu próprio nome, por reputá-lo a si vantajoso (ver, por todos: CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 272-3). De toda sorte, diversa não é a consequência da pessoal vinculação do mandatário perante terceiro e de sua responsabilidade perante o mandante, que o pode acionar pelo que, aceita a tese tradicional, terá sido uma fraude de mandatário infiel, mas que, a rigor, será sempre uma ação de cumprimento do contrato (ver comentários aos arts. 668 e 671).

Jurisprudência: Mandatário que atua em nome próprio fora dos limites que lhe foram concedidos. Fato que exime o mandante de qualquer responsabilidade. Inteligência do art. 1.307 do CC (de 1916). (RT 758/192)

Ver, ainda: TFR, 5ª Região, Ap. em MS n. 76.434, 1ª T., rel. Des. José Maria Lucena, j. 29.03.2007.

Reconhecendo a legitimidade passiva para a ação respectiva de quem tenha agido em nome próprio, mesmo que no interesse de outrem: TJSP, Ap. cível n. 1.031.772.005, 34ª Câmara, rel. Des. Gomes Varjão, j. 01.06.2009.

Art. 664. O mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em consequência do mandato.

CC/1916: art. 1.315.

Legislação correlata: art. 156 (*revogado*), Código Comercial.

Já estabelecia o Código Civil de 1916 um direito de retenção, no contrato de mandato, deferido ao mandatário para garantia do quanto houvesse despendido no desempenho do encargo a si cometido. Criticava-se, porém, a redação do respectivo preceito, o do art. 1.315, quando preconizava a retenção sobre o objeto do mandato, já que consistente sempre em uma operação jurídica, um negócio jurídico ou, enfim, a prestação de um fato cometida ao mandatário. Na verdade, portanto, já se sustentava que a retenção deveria ser compreendida como incidente sobre o objeto, justamente, da operação para cuja consecução se tivessem conferido poderes por meio do mandato, contrato em essência preparatório. Pois nesse sentido se coloca a redação do novo preceito do Código Civil de 2002, ora em comento, ao dispor que a retenção se procede sobre o objeto da operação de que incumbido o mandatário, e desde que se trate de bem passível de retenção, assim existente um objeto material do negócio jurídico-fim, para o qual outorgado o mandato.

Bem de ver, ainda, que o anterior Código Civil somente deferia a retenção para garantia de reembolso do quanto o mandatário houvesse gasto para a execução do mandato, ou seja, das despesas havidas para cumprimento do encargo. Destarte, não se deferia igual benefício para assegurar o recebimento de eventual remuneração do mandatário ou de indenização a que fizesse jus. Era exatamente essa a diferenciação que se fazia entre a retenção do mandato civil e a retenção também havida no mandato comercial, mas aí sem igual limitação da extensão do crédito garantido. Com efeito, pelo art. 156 do Código Comercial o mandatário podia exercitar a retenção no quanto bastasse para pagamento de *tudo* que lhe fosse devido em consequência do mandato, assim incluídas remuneração e ocasionais indenizações.

Ora, mas é precisamente essa a redação do Código Civil de 2002, veja-se, perfeita reprodução do dispositivo do art. 156 do Código Comercial, à evidência indicando, então, que o mandato, hoje, civil ou comercial, até porque, com a nova normatização, unificadas as obri-

gações, suscita direito de retenção por tudo que seja devido ao mandatário em razão do mandato. Apenas persiste a exigência de que a retenção se deva exercer sobre bem que o mandatário haja recebido por força e em função do mandato, e não por qualquer outro motivo» exigindo-se também que, quando do exercício da retenção, este mesmo bem ainda esteja sob sua posse. Igualmente de direito de retenção do mandatário, mas criando diferenciação problemática, cuida o art. 681, *infra*, a cujo comentário se remete.

Art. 665. O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos.

CC/1916: art. 1.297.

A regra do artigo presente complementa aquela que se contém no art. 662 logo antes examinado, impondo-se o exame e interpretação conjuntos de ambos os preceitos. Quer isto dizer, de um lado, que persiste o princípio geral de que alguém não se vincula por atos que outrem tenha praticado em seu nome sem poderes para tanto, sem poderes suficientes ou além dos poderes conferidos, senão quando havida ratificação, expressa ou tácita. De outro, insta compreender de forma extensiva o comando do art. 665, atinente não só à situação do mandatário que atua em excesso de poderes como também daquele que atua sem os mesmos poderes ou sem poderes suficientes que, assim, e sem a ratificação, será considerado mero gestor de negócios. Afinal, quem atua além dos poderes recebidos atua sem poderes ou sem poderes suficientes para a prática daquele determinado ato.

Ainda mais, a interpretação conjunta dos preceitos citados leva à conclusão de que, se o mandatário abusa dos poderes, ou seja, age nos seus lindes, porém contra o interesse do mandante, este só não se vincula se o conflito for ou devesse ser do conhecimento do terceiro com quem se negocia, como, de resto, e a todo esse propósito, já se viu no comentário do art. 662, a que se remete.

Mas, enfim, dizer que quem age por outrem sem poderes, sem poderes suficientes ou com excesso de poderes será considerado mero gestor de negócios significa explicitar a vinculação pessoal deste que atua perante terceiros com quem negocia, mas também significa, de outra parte, ressaltar direito a ressarcimento se a gestão tiver sido útil e tiver trazido proveito ao mandante. É o que se estatui no capítulo próprio da gestão de negócios (ver comentários aos arts. 861 a 875) e, mais, é a mesma regra que se faz explícita no art. 695, parágrafo único, que trata, justamente, da comissão exercida com excesso, espécie contratual a que, a rigor, são aplicáveis os mesmos princípios do mandato, como se verá (cf. comentários dos arts. 693 e 709).

Jurisprudência: Indenização. Imóvel objeto de compromisso de compra e venda. Responsabilidade assumida por mandatário, copromitente-vendedor, por si, e por seu mandante, em desacordo com a procuração. Ato não ratificado, transformando-o em mero gestor de negócios. Arts. 1.297, 1.331 e 1.332 do Código Civil (de 1916). Ação procedente apenas em relação ao mandatário. Recurso provido para esse fim. (*RJTJESP*135/99)

Ver, ainda: TJRJ, Ap. cível n. 2004.001.06189, 2ª Câ., rel. Des. Antônio Palheiro, j. 30.06.2004.

Art. 666. O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores.

CC/1916: art. 1.298.

Manteve o Código de 2002 a regra, contida já na disposição do art. 1.298 do CC/1916, permissiva da outorga de mandato a um específico relativamente incapaz, ou seja, o menor entre 16 e> agora, 18 anos, quando se completa a maioridade civil, isso independentemente da manifestação de vontade de seu assistente. O pressuposto do comando estava, como ainda está, na consideração de que o menor relativamente incapaz, enquanto mandatário, gere interesses alheios, assim comprometendo patrimônio que não é seu, portanto sem causa suficiente à incidência dos preceitos protetivos que inspiram todo o regramento das incapacidades.

Mais, e na mesma esteira, desde o Código Civil anterior, o que se mantém no atual, estatui-se que o mandante, a quem é afeto o risco de outorgar poderes ao chamado menor púbere, mas porque nele deposita confiança, característica do mandato, não tenha contra ele qualquer ação pelo mal cumprimento do encargo que lhe foi cometido, segundo a lei cabendo tão somente ações conformes às regras gerais aplicáveis às obrigações contraídas pelo menor. A propósito, sempre exemplificou a doutrina com a ação de enriquecimento sem causa ajuizável pelo mandante contra o mandatário menor que se tenha beneficiado, pessoalmente, no desempenho do mandato. Devem ser acrescentadas, porém, hipóteses em que o menor retenha consigo, indevidamente, bens do mandante, ou sempre que ele tenha agido com dolo, como adverte Arnaldo Marmitt (*Mandato*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 134), afora a incidência da regra geral contida no art. 180 do Código Civil.

Superada, com a unificação das obrigações civis e comerciais, vale dizer, com o tratamento unificado das obrigações e, dentre elas, dos contratos, revogada a primeira parte do Código Comercial, a discussão sobre se o mandatário mercantil podia ser menor, em face do que se continha no dispositivo genérico do art. 129, I, da lei comercial, mas que muitos já consideravam inaplicável ao mandato mercantil (v. g., DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. I, p. 135).

Problema, na verdade, havia e ainda há na consideração sobre se a norma presente deve ser considerada excepcional e, assim, excludente da possibilidade de outorga de mandato a qualquer outro incapaz. Vale dizer, impende saber se, ao permitir mandato a menor púbere, o Código Civil exclui, ao revés, a outorga a outros incapazes, ao menos de sorte a que se vincule o mandante, perante terceiros, por atos de que incumbido o mandatário incapaz. Por exemplo, sustenta De Plácido e Silva (op. cit., p. 127-33) que, a rigor, o princípio, em relação aos demais incapazes, na sua visão mesmo os que o sejam de forma absoluta, não é diferente daquele que ilumina o preceito vertente. Afinal, a seu ver, se o mandante escolhe e confia poderes ao incapaz, qualquer que seja a incapacidade, não lhe pode ser dado valer-se dessa circunstância para subtrair-se aos efeitos do negócio ajustado. E mesmo sob a perspectiva do incapaz, persiste o mesmo pressuposto de que não obriga o próprio patrimônio, na exata medida em que gere interesse alheio. Por isso, enfim, a crítica no sentido de que a opção do Código Civil deveria ser uniforme a esse respeito. Isso sem contar especificamente a situação do pródigo, a quem só se vedam os atos de alienação e gravação, enfim, de comprometimento de seu próprio patrimônio, também o que não se dá com o mandato.

Jurisprudência: Sobre o mandato outorgado a relativamente incapaz: TFR, 3ª Região, Remessa ex *officio* em MS n. 181.567, 3ª T., rel. Juiz Rubens Calixto, j. 01.08.2007.

Seção II

Das Obrigações do Mandatário

Art. 667.0 mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

§ 1º Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento.

§ 2º Havendo poderes de substabelecer, só serão imputáveis ao mandatário os danos causados pelo substabelecido, se tiver agido com culpa na escolha deste ou nas instruções dadas a ele.

§ 3º Se a proibição de substabelecer constar da procuração, os atos praticados pelo substabelecido não obrigam o mandante, salvo ratificação expressa, que retroagirá à data do ato.

§ 4º Sendo omissa a procuração quanto ao substabelecimento, o procurador será responsável se o substabelecido proceder culposamente.

CC/1916: art. 1.300 (parcial).

O artigo presente, tal como o anterior art. 1.300 do CC/1916, em seu *caput* inalterado, inaugura o elenco de obrigações do mandatário, resultantes do contrato de mandato, começando por determinar-lhe todo o zelo e cuidado necessário na execução do ajuste, assentando deva aplicar toda sua diligência habitual ao fazê-lo, o que se deve compreender como a diligência média, esperável do homem médio, e não aquela que, insuficiente, possa ser a forma habitual de agir do mandatário a respeito de seus próprios negócios.

Além disso, na execução do mandato o mandatário não pode afastar-se das instruções recebidas do mandante, ressaltando-se a hipótese de tê-lo feito em proveito daquele. Assim, por exemplo, se o mandatário recebe instruções para adquirir determinado bem por um valor e o faz por preço superior, e se para alguns autores nesse caso fica privado até de compelir o mandante a receber o bem (v. *g.*, CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 233), para outros, o que se entende melhor, pode obrigá-lo ao recebimento, mas respondendo, pessoalmente, pelo *plus* do preço.

A execução do mandato é indivisível, o que significa a obrigação do mandatário de cumpri-lo por completo, só sendo cogitável a suspensão ou parcial cumprimento se de acordo com as ordens recebidas ou se para evitar prejuízo ao mandante. Da mesma forma se pode cogitar do descumprimento mesmo do mandato, todavia por tê-lo percebido o mandatário prejudicial ao mandante. Havido o desrespeito injustificável das obrigações elencadas, responde o mandatário pelos prejuízos que sua conduta houver provocado, o que se deve considerar mesmo no mandato gratuito, e não só no oneroso se, de toda sorte, a aceitação não é obrigatória e se o tratamento legal de ambos se deu de maneira unificada, com mesma exigência de zelo e cuidado, por isso que, inclusive, inaplicável a disposição do art. 392 do Código Civil (em sentido contrário, admitindo resposta o mandatário sem remuneração, mas mercê de culpa apreciada com menor rigor: RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil* 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 293).

E se o mandato, para seu cumprimento, reclama conhecimento técnico do mandatário, deve-se presumi-lo se afinal aceito, por exemplo, não cabendo ao advogado valer-se da escusa, perante o mandante, de que desconhecia certa lei.

O mandato é contrato fiduciário, por isso que *intuitu personae*, o que significa admitir a obrigação que tem o mandatário de cumpri-lo pessoalmente. Porém, fazendo-se o mandatário substituir, na execução do ajuste, por outrem, o que se dá mediante o chamado substabelecimento (ver comentário ao art. 655), ou seja, a transferência dos poderes que recebeu, reservando-se-os também e simultaneamente para si, ou não (com ou sem reservas), três podem ser as situações: a) se o mandatário possui poder para substabelecer, os atos praticados pelo substabelecido vinculam o mandante e por eles o mandatário não responde, salvo se, como preceitua o § 2º em comento, tiver agido com culpa na escolha do substabelecido - por exem-

pio tratando-se de pessoa notoriamente negligente ou insolvente - ou nas instruções a ele dadas; b) se dentre os poderes conferidos ao mandatário não se explicita, mas nem se proíbe o de substabelecer, e, ao contrário do que previa o Código Comercial, nesta parte derogado (art. 146), tem-se entendido, desde o CC/1916, possível o substabelecimento, não só pelo quanto disposto no *caput* do preceito em comento, afinal contemplativo da ocorrência de substabelecimento sem autorização» como também porque no art. 661 não exigidos poderes especiais para tanto, só que, então, hoje expressando o § 4º do artigo presente, do Código Civil de 2002, que o mandatário responderá, perante o mandante, pelos prejuízos que lhe forem provocados por qualquer ato culposo do substabelecido; c) se, por fim, ao mandatário se proibiu o substabelecimento, e ele, mesmo assim, o faz, de um lado não se vincula o mandante pelos atos praticados, salvo ratificação, e que, aqui, deverá ser expressa (§ 3º do artigo ora comentado, nesta parte inovado), de outro respondendo o mandatário pelos prejuízos provocados pelo substabelecido» posto que mercê de fortuito, ressalvada a prova de que de toda a forma o evento teria sucedido» prova cujo ônus é a ele, substabelecimento» afeto. A nova regra do § 3º do artigo em comento importa porquanto sempre se entendeu que» mesmo proibido o substabelecimento, se afinal efetuado, mas a quem, entretanto, acabava praticando ato nos limites dos poderes conferidos ao mandatário, obrigava o mandante. O substabelecimento proibido, portanto» apenas agravava a responsabilidade do mandatário-substabelecimento. Agora, pretendeu o Código Civil de 2002 textualmente estabelecer que, se proibido o substabelecimento, não se obriga o mandante, *a priori* nem mesmo ressalvando os atos praticados nos limites dos poderes outros conferidos, podendo-se argumentar que, a não ser assim, a disposição seria ociosa, ante o que já preceitua o art. 662 atrás examinado. O que, de toda sorte, não deve ser infenso a crítica, bastando pensar em alguém substabelecido, mesmo proibida essa substituição, mas consumando exatamente o negócio que pretendia o mandante, malgrado por intermédio de seu mandatário. Todavia, o fato é que o Código Civil de 2002 parece ter querido igualar a situação do substabelecimento proibido à da falta de poderes (art 662).

Jurisprudência: Fixando indenização por desídia do mandatário na celebração de locação e fiança com pessoas inidôneas: *JTACSP-Lex* 203/550. No mesmo sentido: TJSP, Ap. cível n. 1.091.356.002, 30ª Câ., rel. Des. Orlando Pistoiresi, j. 17.12.2008. Sobre a responsabilidade do mandatário que se omite em tomar providências que evitem prejuízo ao mandante: TJRJ, Ap. cível n. 2005.001.15950, 6ª Câ., rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. 26.07.2005. Aplicando o preceito a advogado que perde prazo para recurso com chance real de sucesso: STJ, REsp n. 1.079.185, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrigli, DJ 04.08.2009.

Art. 668.0 mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.

CC/1916: art. 1.301.

Outra obrigação que o Código Civil impõe ao mandatário, decorrente do contrato de mandato, e na mesma esteira do que já fazia o Código anterior (art. 1.301), é a de prestar contas de sua gestão ao mandante. A propósito, vale não olvidar que o mandatário é alguém que atua no interesse alheio, gere interesse de outrem, por isso que lhe sendo imposto o dever de prestar contas. Essa prestação em regra se dá ao cabo do mandato, vale dizer, quando cumprido o encargo. E com ela se tem por integralmente executado o ajuste. Quer isso dizer que o negócio ou os negócios para os quais outorgado o mandato podem já ter sido consumados que» ainda assim, sem a final prestação de contas o contrato não haverá sido cumprido por completo. Prestações de contas parciais ou antes do término do contrato podem ocorrer conforme o que se tenha ajustado. Mesmo a exoneração do mandato, isto é, a liberação do encargo, não

implica a liberação da prestação das contas, que não pode ser presumida. Muito embora a prestação de contas seja inerente ao mandato, eis que contemplativo de hipótese de gerência de interesse alheio, nada impede que dela seja dispensado o mandatário, por ato do mandante, a quem cabe o direito de exigí-las e que, afinal, dele pode dispor, mesmo por liberalidade.

Caso natural de inexistência de prestação de contas é o da procuração em causa própria, nem bem um mandato, como se verá, assim como o da outorga feita por marido e mulher casados no regime da comunhão universal, quando se esteja a gerir, em última análise, interesse que é comum, portanto quando o seja (a respeito, ver, por todos: DK PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. II, p. 764).

Tem-se entendido que a obrigação de prestar contas se transmite aos herdeiros do mandatário.

Por fim, prestadas as contas e apurada vantagem resultante da execução do mandato, deve toda ela ser transferida ao mandante. Explicita a lei que todo e qualquer proveito decorrente do mandato deva ser entregue ao mandante, por exemplo, quando se vende coisa por preço superior ao que foi estipulado pelo mandante, impondo-se a entrega do que sobejar - bem diferente do que se dá no contrato estimatório (art. 534).

Jurisprudência: Entendendo assistir direito, ainda, à prestação e contas, mesmo havida quitação pelo mandante, mas atinente apenas aos valores nela declarados, e com vasta remissão a outros arestos, ver: *RT* 803/272. Admitindo prestação de contas quando antes existente mero recibo genérico: STJ, REsp n. 245.804/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 28.03.2000, *DJU*22.05.2000. Ver ainda: TJSP, Ap. cível n. 1.029.216-0/9,32ª Câm., rel. Des. Ruy Coppola, j. 17.08.2006: TJRJ, Proc. n. 2006.001.11194, 1ª Câm., rel. Des. Maria Augusta Vaz, j. 01.08.2006. Assentando ser da essência do mandato a prestação de contas: STJ, REsp n. 687.101/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.04.2006.

Art. 669. O mandatário não pode compensar os prejuízos a que deu causa com os proveitos que, por outro lado, tenha granjeado ao seu constituinte.

CC/1916: art. 1.302.

A regra contida no artigo presente, desde o Código de 1916, em que se a repetia, sofreu sempre a crítica da ociosidade, dado que, é curial, a compensação reclama, como um de seus requisitos, que as dívidas a compensar sejam recíprocas, isto é, entre credores e devedores que o sejam reciprocamente. Isso significa dizer que, salvo no caso de fiança, ninguém pode compensar crédito alheio com dívida sua. Pois é exatamente o que o artigo em comento dispõe. Os proveitos que o mandatário, na redação do preceito, granjeou em favor de seu constituinte não são seus. São do mandante. Por isso mesmo não lhe é dado socorrer-se desse proveito que não lhe pertence para compensar com dívida consistente no prejuízo que, na execução do mandato, tenha eventualmente provocado ao mandante.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 968.137.003, 31ª Câm., rel. Des. Antônio Rigolin, j. 31.03.2009.

Art. 670. Pelas somas que devia entregar ao mandante ou recebeu para despesa, mas empregou em proveito seu, pagará o mandatário juros, desde o momento em que abusou.

CC/1916: art. 1.303.

O dispositivo, inalterado em relação ao que o CC/1916 dispunha, determina a incidência de juros sobre importâncias que o mandatário haja indevidamente retido, quando deveria repassá-la ao mandante. Ou, da mesma forma, incidirão os juros sobre quantias que o mandatário haja recebido do mandante, para despesas com a execução do mandato, mas que tenha usado em proveito próprio. Trata-se de hipótese de abuso, portanto de desvio na execução do mandato. Os juros terão incidência desde o instante em que o mandatário haja aplicado somas do mandante em seu benefício sem necessidade de qualquer interpelação ou notificação. É preciso, pois, não confundir a incidência de juros, desde o abuso, quando o mandatário se utilize dos recursos do mandante, indevidamente, em seu próprio proveito, com aqueles casos em que o mandatário haja caído em mora na entrega de montante ao constituinte, submetidos, assim, ao regramento geral a respeito instituído. Ou seja, incidirão juros sobre quantias não repassadas ao mandante, ainda que não utilizadas pelo mandatário, em seu próprio proveito, mas então com termo *a quo* conforme as regras da constituição em mora, automática (*ex re*), se no ajuste fixado de antemão prazo para o repasse, ou mediante interpelação, se inexistente esse prazo (*ex persona*). A taxa dos juros será a legal (arts. 406 e 407), a propósito remetendo-se aos respectivos comentários. Tudo sem prejuízo de que, além dos juros, seja o mandatário compelido a compor perdas e danos cuja ocorrência se demonstre.

Jurisprudência: Mandatário que desvia numerário devido ao mandante. Juros que fluem desde a data do abuso, e não da interpelação ou da citação. Inteligência do art. 1.303 do CC (de 1916) (RT182/229). No mesmo sentido, já sob a égide do CC/2002: TJSP, Ap. cível n. 923.020.007, 29ª Câm., rel. Des. Luís de Carvalho, j. 28.01.2009. Ver, ainda: RSTJ139/385.

Art. 671. Se o mandatário, tendo fundos ou crédito do mandante, comprar, em nome próprio, algo que devera comprar para o mandante, por ter sido expressamente designado no mandato, terá este ação para obrigá-lo à entrega da coisa comprada.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 152 (*revogado*), Código Comercial.

O artigo presente, que não encontra semelhante no Código revogado, cuidou de positivizar princípio e consequência que, porém, já se entendia estivessem implícitos nas disposições dos arts. 1.301 e 1.307 do CC/1916, a par da explicitude do art. 152, mas do Código Comercial. Com efeito, mesmo antes da edição da novel legislação, já se considerava assistir ao mandante ação para reivindicar do mandatário o que este houvesse adquirido, e retido, no exercício do mandato, mesmo que a aquisição se tivesse dado em seu próprio nome. Sustentava-se, a respeito, que não se poderia conferir ao mandatário que tivesse adquirido, para si, bem em seu nome, quando devesse tê-lo feito em benefício do mandante, no exercício do encargo conferido, a escusa da titularidade da aquisição, eis que se estaria a permitir a alegação da própria infidelidade, da própria torpeza, o que o sistema repele (v. g., MARMITT, Arnaldo. *Mandato*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 220-1; CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 273).

Tratava-se, como ainda se trata, de verdadeira regra de equidade que, como aponta, em vetusto artigo, Ponciano Ferreira de Oliveira (*São Paulo Judiciário*, v. XXIII, ano VIII, maio/agosto de 1910, p. 427-43) remonta mesmo à lição de Pothier, muito embora abraçada pelo Código Comercial com ressalvas. É que, em primeiro lugar, exigia-se, como se deve exigir, a demonstração de que a aquisição pelo mandatário se tenha dado no exercício do mandato conferido, com outorga explícita de poderes para que fosse adquirido aquele específico bem.

Mais ainda, o Código Civil de 2002 exigiu também, na esteira do que fazia o art. 152 do Código Comercial - de que, em verdade, a regra em comento se origina -, que essa aquisição infiel pelo mandatário tenha ocorrido com fundos ou crédito pertencentes ao mandante. Tem-se, como se vê, condição de equilíbrio entre desapropriar o mandatário de bem, afinal adquirido em seu nome, e a infidelidade com que para tanto se houve. A opção equitativa e de ponderação, pelo legislador, foi a de abrir a possibilidade de reivindicar-se o bem do mandatário, posto que adquirido em seu nome, mas não quando com fundos próprios. Todavia, mesmo assim, ainda que não se demonstre a aquisição com fundos do mandante, a indenização dos prejuízos comprovadamente havidos será caminho sempre aberto. Afinal, ter-se-á ostentado conduta indevida do mandatário, infiel às instruções recebidas e aos poderes de que foi incumbido, solução que, de resto, e forte na lição de Durantou, já sustentava, no mesmo artigo, Ponciano Ferreira de Oliveira (*idem*, *ibidem*).

Art. 672. Sendo dois ou mais os mandatários nomeados no mesmo instrumento, qualquer deles poderá exercer os poderes outorgados, se não forem expressamente declarados conjuntos, nem especificamente designados para atos diferentes, ou subordinados a atos sucessivos. Se os mandatários forem declarados conjuntos, não terá eficácia o ato praticado sem interferência de todos, salvo havendo ratificação, que retroagirá à data do ato.

CC/1916: art. 1.304 (parcial).

O dispositivo consagra as formas pelas quais se pode apresentar o mandato conferido, por um mesmo instrumento, a mais de um mandatário e que são: (a) mandato solidário (*in solidum*), em que cada mandatário pode agir isoladamente, independentemente da ordem de nomeação; (b) mandato conjunto (coletivo ou simultâneo), em que os mandatários só podem agir juntos; (c) mandato fracionário (ou distributivo), em que os mandatários recebem cada qual poderes distintos dos demais, para operações diversas; (d) mandato sucessivo, em que os mandatários só atuam um na falta do outro, conforme a ordem de nomeação. Tal a mesma diferenciação que se continha no preceito do art. 1.304 do CC/1916.

A fundamental alteração, porém, está em que, no Código Civil anterior, se nada tivesse sido explicitado, o mandato a mais de um mandatário era considerado sucessivo. Já agora, ao revés, e como está no texto da norma vertente, o mandato conferido a mais de um mandatário, no silêncio, será considerado solidário. Se explicitamente se designarem mandatários de forma conjunta, assenta a lei a ineficácia do ato praticado sem a interferência de todos, reservando, todavia, a ratificação, que não se exige seja expressa e a qual, quando quis, o Código Civil exigiu (art. 667, § 3º). Já quanto ao mandato sucessivo, persiste o mesmo elastério extensivo quanto à falta daquele nomeado em primeiro lugar, e que justifica possa o seguinte agir. Cuida-se não só de não poder o primeiro mandatário desincumbir-se do encargo como também de não querer fazê-lo.

Art. 673.º terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente.

CC/1916: art. 1.306 (parcial).

Com diferença apenas de redação, o art. 673 mantém o princípio que já se continha no art. 1.306 do CC/1916, mas que se completava pela disposição do art. 1.305, este não repetido. Vale dizer, no Código revogado dispunha-se, no primeiro dos preceitos citados, que o mandatário era obrigado a apresentar o instrumento do mandato (*rectius*: a procuração) a terceiros com quem negociasse, sob pena de responsabilidade pessoal por atos cometidos em excesso de poderes. Porém, no artigo seguinte acrescia-se que, apresentada a procuração, nenhuma responsabilidade teria o mandatário por atos excessivos se o terceiro conhecesse a extensão dos poderes conferidos. Apenas se ressaltava ação do terceiro contra o mandatário se este tivesse se obrigado a obter ratificação do mandante ou se tivesse se responsabilizado pessoalmente. Pois pese embora a ausência de reprodução do art. 1.305, entende-se que a sistemática permaneça exatamente a mesma. Na regra do Código Civil, obrando o mandatário nos limites dos poderes recebidos, não se obriga pessoalmente, vinculando, pelo contrário, o mandante, em cujo nome tenha agido. Se age em seu próprio nome, mesmo no interesse do mandante, obriga-se, então, pessoalmente (art. 663). Se, da mesma forma, age sem poderes, com poderes insuficientes ou com excesso de poderes, também se obriga pessoalmente, sem qualquer vinculação para o mandante (art. 662, *supra*). Aí coloca-se a disposição exceptiva em comento. Posto ausentes poderes, ou seja, mesmo agindo o mandatário além dos poderes recebidos (*ultra vires*), se disso tinha ciência o terceiro então, excepcionalmente, o mandatário deixa de responder pessoalmente. O terceiro passa a correr o risco de ter negociado com mandatário que excedia seus poderes, isto é, que de maneira geral não tinha poderes para aquele negócio, o que era da sua ciência e o que, já antes inexistente qualquer ação ajuizável contra o mandante, não vinculado por ato a cuja consumação não outorgou poderes, atualmente passa a impedir qualquer demanda também contra o mandatário. O terceiro ciente do excesso apenas terá ação contra o mandatário se este tiver prometido a ratificação do mandante, quando então a hipótese se rege pelo contido nos arts. 439 e 440 do Código Civil, ou desde que o mandatário se tenha responsabilizado pessoalmente, vale dizer, tenha se obrigado por si, malgrado no interesse, que seja, do mandante.

Tudo isso, todavia, faz sentido se se admite incumbir ao mandatário provar seus poderes, permitindo seu conhecimento a terceiro. Daí aceder-se à assertiva de Sílvia de Salvo Venosa no sentido de que a regra do art. 1.305 do Código anterior, embora não repetida, foi absorvida pela disposição do art. 673, ora comentado (VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 273-4). E mais. Se, como se viu no comentário ao art. 653, o Código Civil de 2002 permanece a pressupor haja representação no mandato, então a regra do art. 1.305 do CC/1916 encontra-se perfeitamente reproduzida no art. 118, segundo o qual o representante deve provar sua qualidade e extensão dos poderes recebidos a terceiro, sob pena de responder pelos atos excessivos. Em diversos termos, se o Código Civil dispõe, já na parte geral, que os requisitos e efeitos da representação voluntária são os da parte especial (art. 120) e se, na parte especial, preceitua que o instrumento do mandato seja a procuração, mercê da qual, na verdade, outorga-se a representação, então o mandatário, que, na regra do Código, é também representante, deve provar sua representação (art. 118). Se não é representante, atua, mesmo que à conta do mandante, mas em nome próprio, aí obrigando-se pessoalmente (art. 663).

Jurisprudência: Já sob a égide do CC/1916: "Mandato. Poderes limitados. Negócio realizado com terceiro. Art. 1.306 do CC. Não pode o terceiro realizar com o mandatário contrato que exorbite os poderes conferidos na procuração sob risco de invalidade do negócio".

(TJSP, Ap. cível n. 78.429-4, 6ª Câmb., rel. Des. Ernani de Paiva, j. 29.04.1999)

Art. 674. Embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, deve o mandatário concluir o negócio já começado, se houver perigo na demora.

CC/1916: art. 1.308.

A regra, inalterada em relação ao que dispunha o Código anterior, representa exceção à obrigação que tem o mandatário de suspender a execução do mandato, ou nem iniciá-la, se toma conhecimento de causa extintiva do ajuste. E, com efeito, dentre essas causas de extinção, expressas no art. 682, *infra*, estão a morte, interdição ou mudança do estado do mandante. Pois nessas específicas hipóteses extintivas do mandato, excepcionalmente deverá o mandatário concluir negócio já começado, desde que haja perigo da demora. Ou seja, dois serão os pressupostos para que o mandatário, a despeito da extinção do mandato, ultime sua execução. Um, à evidência, se se menciona a conclusão do negócio, está em que a execução do mandato deve ter sido iniciada. Outro, o de que sua interrupção possa trazer prejuízo ao mandante ou seus sucessores, o que se quer evitar, como imperativo de lealdade que permeia as relações obrigacionais.

Veja-se, todavia, que, da mesma forma do quanto previsto no CC/1916, apenas diante das causas extintivas elencadas no preceito em comento é que afeta ao mandatário a obrigação de cumprir integralmente o mandato, quando iniciada sua execução e quando houver *periculum* no seu abandono. Não assim, portanto, quando concorra hipótese outra também de extinção do mandato, como a revogação ou renúncia, muito embora, quanto a esta última, se exija notificação a tempo de o mandante substituir o mandatário (art. 688). Sempre que se configurar situação em que o mandatário deva ultimar o negócio, e desde que ele o tenha omitido, ficará sujeito à composição dos prejuízos que seu inadimplemento provocar.

Jurisprudência: Doação. Escritura irregularmente lavrada com reserva de usufruto quando moribundo o doador. Validade dentro dos poderes do mandato. Anulação, porém, da parte não abrangida pelos poderes do instrumento outorgado pelo *de cujus*. Inteligência dos arts. 1.308 e 1.322 do CC (de 1916). Voto vencido. (RT 770/240. Ver, ainda: RJTJESP 126/47)

No mesmo sentido, sobre a ultimação de negócio de alienação: TJRS, Ap. cível n. 70.018.563.155, 7ª Câ., rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 28.03.2007.

Seção III

Das Obrigações do Mandante

Art. 675. O mandante é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido, e adiantar a importância das despesas necessárias à execução dele, quando o mandatário lho pedir.

CC/1916: art. 1.309.

Depois de, na seção anterior, o Código dedicar-se à enumeração das obrigações do mandatário, exsurgidas da entabulação do contrato de mandato, fá-lo agora, nesta seção terceira, com relação ao mandante, portanto identificando as suas obrigações, a começar por aquela básica, que é a de honrar o negócio para cuja consecução se outorgou o mandato. Como já se viu, logo nos comentários ao art. 653, o mandato é contrato instrumental ou preparatório (ver LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo, Saraiva,

2001, p. 116), exatamente voltado à prática de negócios ou atividade jurídicos aos quais se habilita um mandatário, ou seja, alguém que atuará por conta, no interesse do mandante, assim vinculado aos atos perpetrados pelo mandatário, se nos limites dos poderes outorgados.

Bem de ver, porém, que toda essa lógica do Código Civil impõe-se coerente com o pressuposto estabelecido de que, no contrato de mandato, haja outorga de poderes de representação. Aí sim, agindo em nome do mandante, desde que nos limites dos poderes outorgados, o mandatário pratica atos que se refletem na esfera jurídica daquele, assim vinculado às obrigações contraídas. Isso porquanto, como se acentuou no comentário ao art. 663, se o mandatário age em nome próprio, vincula-se pessoalmente, e não ao mandante.

Da mesma forma, se age o mandatário, malgrado em nome do mandante, mas sem poderes, sem poderes suficientes ou excedendo aos poderes recebidos, também se obriga pessoalmente, e não ao mandante, salvo sua ratificação (art. 662), quando então deverá honrar as obrigações assumidas, como corolário do preceito em comento.

Mercê de seu comando, ainda mais, terá o mandante a obrigação de adiantar as despesas necessárias ou úteis a que o mandatário cumpra o encargo de que incumbido sempre que este lho solicitar. Ou seja, tem o mandante, como regra geral, a obrigação de cobrir todas as despesas que o mandatário experimente para executar o mandato, mesmo que o negócio principal não surta o efeito desejado. É o que se verá no comentário ao artigo seguinte. Porém, pode o mandatário pedir que as despesas necessárias ao cumprimento do contrato lhe sejam adiantadas, porque pela lei não é obrigado, ele próprio, a adiantá-las. Ressalva Carvalho Santos apenas as hipóteses de urgência, em que algum ato a ser praticado pelo mandatário não possa esperar a solicitação de numerário, quando então sustenta haver obrigação de adiantamento pelo mandatário, contida no elo com que deve se desincumbir do mandato outorgado (CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 279-80). Se, solicitado o adiantamento, omite-se o mandante, a consequência, inclusive tal qual o explicitava o Código Comercial, malgrado nesta parte revogado (art 144), todavia cujo princípio subsiste, é a desobrigação do mandatário no cumprimento do ajuste, podendo mesmo suspender sua execução, se já iniciada, mas com fundos insuficientes e não suplementados.

Jurisprudência: TJRJ, Ap. cível n. 2005.001.52409, 3ª Câm., rel. Des. Werson Rego, j. 03.10.2006.

Art. 676. É obrigado o mandante a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas da execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa.

CC/1916: art. 1.310.

Muito embora em regra gratuito, nada impede que, no contrato de mandato, se ajuste uma remuneração devida ao mandatário, verdadeiramente salários ou honorários que lhe sejam devidos pelo cumprimento do encargo de que foi incumbido. Essa remuneração pode ter sido convencionada de maneira expressa ou mesmo tácita, por exemplo quando se cuide de exercício profissional do mandato (art. 658, *supra*), em que a onerosidade é a regra, malgrado omissa o ajuste. Pense-se, por exemplo, no mandato judicial, com honorários não previamente estabelecidos de forma expressa, porém devidos, ante a natureza e as circunstâncias da entabulação. Nessas hipóteses em que a remuneração seja devida, mas não tenha sido estipulada pelas partes, dar-se-á seu arbitramento judicial, atentando-se, dentre outros critérios, aos usos do lugar onde se deve cumprir o mandato, conforme já determinava o Código Comercial, mesmo que nesta parte revogado (art. 154). O pagamento da remuneração, em

geral, efetua-se no instante do encerramento, da prestação das contas do mandato, malgrado seja possível a convenção para pagamento antecipado ou mesmo em cotas periódicas. Tais salários devem ser pagos ao mandatário, ainda que equitativamente proporcionalizados e mesmo se a execução do mandato não se completar, todavia sem culpa do outorgado.

Além dos honorários, deve o mandante reembolsar as despesas que o mandatário tiver enfrentado para cumprimento do ajuste, portanto desde que com ele se relacionem e desde que justificadas em função da execução do encargo cometido. Como se viu nos comentários ao artigo precedente, é sempre responsabilidade do mandante cobrir as despesas que sejam atinentes à execução do encargo entregue ao mandatário. E isso o mandante pode fazer por adiantamento, quando lhe seja solicitado, ou por reembolso, como se prevê no artigo em comento. É costume, porém, com base na lição de Washington de Barros Monteiro, afirmar-se que o mandante não se pode escusar do reembolso das despesas ao argumento de que foram excessivas ou que poderiam ter sido menores, isto quando não haja, a propósito, instruções específicas, que tenham sido desrespeitadas pelo mandatário (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil - direito das obrigações*. São Paulo, Saraiva, 1956, v. II, p. 291). Deve-se, contudo, apreender o exato significado da asserção. Decerto que poderá o mandante, sempre, questionar despesas que reputa supérfluas ou manifestamente desnecessárias, tudo como consequência, afinal, da obrigação que tem o mandatário de agir com zelo e diligência. Segue-se então que, havida exacerbação injustificada das despesas experimentadas, caberá, sim, seu questionamento pelo mandante na exata medida da verificação da conduta culposa, sem zelo e diligência, por parte do mandatário. O que é bastante diferente de simplesmente dizer, sem qualquer prévia instrução específica, que as despesas poderiam ser menores, muito embora se tenham mantido nos limites do que era razoável.

Por fim, vale a ressalva da lei no sentido de que a obrigação do mandante de pagar a remuneração e de reembolsar as despesas na execução do mandato independem do êxito, do proveito que tenha ensejado o negócio principal, a cuja consumação foram outorgados poderes ao mandatário. Isto porquanto este não assume obrigação que seja de resultado. Só não haverá obrigação de pagamento, ou de pagamento completo, conforme o caso, se a falta de efeito surtido do negócio principal decorrer de culpa do mandatário. Pense-se, a respeito, no exemplo do mandatário judicial que fará jus a remuneração e a reembolso de despesas mesmo que seu constituinte não saia vencedor na demanda, salvo se tiver para tanto contribuído obrando com culpa, justamente com falta de zelo e diligência.

Jurisprudência: A remuneração pode se cingir aos honorários do mandatário, mercê de cláusula contratual, mesmo autorizado o substabelecimento, com reserva de poderes: II TACSP, Ap. cível n. 814.268-00/6, 10ª Câm., rel. Juiz Irineu Pedrotti, j. 17.03.2004. Sobre a dívida da remuneração, mesmo que o negócio principal não surta o efeito esperado, porém sem culpa do mandatário: TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.00497, em decisão monocrática, 12ª Câm., rel. Des. Bianto de Castro, j. 18.01.2006.

Art. 677. As somas adiantadas pelo mandatário, para a execução do mandato, vencem juros desde a data do desembolso.

CC/1916: art. 1.311.

Como se vem de examinar nos comentários dos dois artigos precedentes, ao mandante incumbe reembolsar as despesas enfrentadas pelo mandatário na execução do mandato. Cabe inclusive ao mandatário solicitar o adiantamento dessas despesas. Mas pode preferir adiantá-las, malgrado não lhe assista tal obrigação (salvo em casos de urgência, como salientado

no exame do art. 675), assim fazendo jus, depois, a seu reembolso. Porém, estabelece a lei, como de resto já se fazia no Código Civil anterior, a incidência de juros sobre toda e qualquer quantia adiantada pelo mandatário, sempre que concernente à execução do mandato, preenchidos os requisitos, portanto, para que seja obrigação do mandante o seu reembolso.

A previsão do Código Civil tem em vista a privação de numerário que o mandatário empenha na execução do mandato. Trata-se, a rigor, do reverso do que se contém no art. 670, que garante a incidência de juros sobre quantias que o mandatário devia entregar ao mandante e que empregou em seu próprio proveito. Apenas que, no dispositivo mencionado, os juros a cargo do mandatário são moratórios, enquanto estes outros, previstos no preceito em comento, e afetos ao mandante, são compensatórios. Sua taxa, todavia, será, à falta de previsão, igualmente aquela legal, cabendo idêntica remissão ao quanto estatuído nos arts. 406 e 407.

A incidência dos juros se fará a partir de quando o mandatário tiver desembolsado os valores que, ademais, deverão, com mesmo termo *a quo*, ser atualizados, pena de indevida vantagem ao mandante, propiciada pela depreciação monetária.

Por fim, desde o CC/1916 tem-se defendido que, por somas adiantadas, que vencem juros, deve-se entender também quantia do mandatário que fique à disposição do mandante, sempre com pertinência à execução do mandato (ver por todos: CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 286).

Art. 678. É igualmente obrigado o mandante a ressarcir ao mandatário as perdas que este sofrer com a execução do mandato, sempre que não resultem de culpa sua ou de excesso de poderes.

CC/1916: art. 1.312.

O dispositivo presente reproduz a regra do art. 1.312 do Código anterior e institui mais uma obrigação do mandante, qual seja, a de ressarcir o mandatário por todos os prejuízos que ele, sem culpa sua ou excesso de poderes, tenha experimentado na execução do mandato. Trata-se das chamadas perdas *ab mandatum*, que a lei quer ver ressarcidas ao mandatário como forma de se garantir que ele não experimente um prejuízo com o fiel cumprimento de ajuste que, afinal, é entabulado para consumação de negócio ou atividade no interesse e proveito do mandante, por isso a quem se comete o dever ressarcitório.

Impende, porém, que os prejuízos tenham sido sofridos, como está no preceito, na execução do mandato, o que significa dizer por causa do cumprimento do encargo ou mesmo por ocasião desse mesmo desempenho. Esse ressarcimento somente não se imputará ao mandante se a perda tiver sido provocada por conduta culposa do próprio mandatário ou se ele tiver agido sem os devidos poderes, até porque não vinculado o mandante ao respectivo resultado (art. 662).

Mas, se são essas as excludentes da obrigação ressarcitória em comento, é bem de ver, então, que ela, ao revés, não se afasta se ocorrido fortuito ou força maior. Ou seja, mesmo que as perdas do mandatário dimanem do *casus*, o mandante permanecerá com o dever de ressarcir. Em diversos termos, e sempre à consideração de que o mandato se cumpre, mercê de sua outorga, em seu interesse, ao mandante está afeto o risco de perdas que o mandatário sofra no exercício do mister, risco este somente afastável se ele, mandatário, tiver obrado com culpa ou, o que é equivalente, sem poderes, aí sim, assumindo o risco de prejuízo para si.

A toda esta previsão é indiferente, como salienta De Plácido e Silva, que o mandato seja oneroso ou gratuito, porquanto geral a regra estabelecida (DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. II, p. 644). Na mesma esteira a lição de Carvalho Santos, comentando o art. 1.312 do CC/1916, e para quem, mais,

a indenização também será devida aos herdeiros do mandatário, quando ele vem a falecer por causa e no desempenho do mandato (CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 288-9).

Art. 679. Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções.

CC/1916: art. 1.313.

A regra do dispositivo, repetida em relação ao que se continha no anterior Código, vem exatamente ao encontro do quanto já se expendeu nos comentários ao art. 662, *supra*, em particular da diferenciação, que se efetuou, entre falta ou excesso e abuso de poderes. Se a falta ou o excesso de poderes não vincula o mandante, diversa é a situação quando, nos limites dos poderes outorgados, age o mandatário contra, em conflito com os interesses do mandante, mesmo assim vinculado, malgrado com pretensão reparatória contra o outorgado.

Da mesma forma, no artigo em comento, prevê-se que se o mandatário contraria instruções do mandante, mas sem extravasar os poderes que lhe foram outorgados, age vinculando-o, a despeito de se ressaltar a mesma postulação ressarcitória mencionada. Isso porquanto, a rigor, tende-se a preservar a situação do terceiro de boa-fé que negocia com o mandatário o qual, enfim, atua nos limites dos poderes que lhe foram outorgados e que são conhecíveis por aquele com quem trata. Pressupõe-se, destarte, que as instruções tenham se circunscrito à relação interna entre mandante e mandatário, por isso inoponíveis ao terceiro, o qual, assim, possui amplo direito de exigir do mandante a obrigação que, em seu nome, tenha sido assumida pelo mandatário, sempre garantido regresso ressarcitório. Porém, por idênticos motivos, se o terceiro conhecia ou devia conhecer a desobediência às instruções do mandante, portanto faltando-lhe boa-fé, entende-se incidir a mesma consequência anulatória referida nos comentários ao art. 662 e prevista no art. 119 do Código Civil. Em diversos termos, nesta última situação mancará, justamente, o elemento axiológico que dá sustento à regra do artigo vertente. Não se compadece o sistema, e a eticidade que se quer a ele inerente, com a atuação de má-fé de terceiro que sabe, ou deveria saber, que o mandatário, mesmo nos limites dos poderes outorgados, age em desacordo com as instruções recebidas do mandante, em nome de quem, na pressuposição do Código Civil, como já se viu (ver comentário ao art. 653), assume obrigação. Por isso que a regra da norma presente deve concernir à situação do mandatário que atua nos lindes dos poderes outorgados, contra as instruções recebidas do mandante, o qual mesmo assim se vincula perante terceiro, desde que de boa-fé, então apenas se garantindo ao mandante ação, contra o mandatário, pelas perdas e danos que a inobservância das instruções lhe tenha provocado.

Jurisprudência: Muito embora nominando-o como excesso, mas recorrendo à tese do abuso, ver: "Compra e venda. Imóvel. Venda realizada através de procurador. Quitação da dívida, constante da escritura pública, por valor inferior ao estipulado pelo mandante. Excesso de mandato. Adquirente que não pode ser responsabilizado por tal ato. Art. 1.313 do Código Civil (de 1916). Direito à imissão na posse. Recurso provido" (RJTJESP137/56). Ver, ainda: TJSP, Ap. cível n. 911.465-0, 31ª Câm., rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 19.12.2006.

Art. 680. Se o mandato for outorgado por duas ou mais pessoas, e para negócio comum, cada uma ficará solidariamente responsável ao mandatário por todos os com-

promissos e efeitos do mandato, salvo direito regressivo, pelas quantias que pagar, contra os outros mandantes.

CC/1916: art. 1.314.

Da mesma forma que se possibilita seja o mandato concedido a mais de um mandatário, como se viu nos comentários ao art. 672, o contrato pode implicar diversa pluralidade subjetiva, quando outorgado por mais de uma pessoa, assim concorrendo mais de um mandante. Pois o dispositivo em comento, na mesma esteira do que já fazia o art. 1.314 do CC/1916, cuida da responsabilidade de cada qual dos mandantes, perante o mandatário, que se institui solidária quando a outorga for para a consumação de negócio comum. Ou seja, excepcionalmente, cada mandante responderá, não pela sua quota-parte, como é a regra, mas pela totalidade dos encargos devidos ao mandatário, ou aos mandatários, sempre que o mandato tiver sido concedido num mesmo instrumento e para a execução de um negócio comum, de interesse comum de todos os outorgantes, assim solidários. Isso porquanto, se há mandatos instrumentalizados em separado, por atos diversos, isto é, concedidos separadamente por cada mandante, mesmo que para negócio comum, as relações contratuais são individualizadas e, assim, terá o mandatário a ação que lhe competir contra cada qual de seus contratantes. De igual maneira, posto seja um só o instrumento do mandato, se outorgado por vários mandantes mas para negócios a cada um deles afeto, então também haverá relações individualizadas. Destarte, apenas se um só for o instrumento e comum o negócio para o qual outorgado o mandato por mais de uma pessoa é que haverá a solidariedade.

A responsabilidade solidária dos mandantes, imposta pelo preceito em comento, abrange tudo quanto seja devido ao mandatário, em razão da execução do mandato. Abarca, pois, o direito do mandatário à remuneração, ao reembolso de despesas, aos juros acaso devidos (art. 677) ou à recomposição das perdas sofridas. Mas essa solidariedade se impõe tão somente na relação interna entre os mandantes e o(s) mandatário(s). Vale dizer, a solidariedade não se estabelece na relação externa, dos mandantes diante de terceiro com quem o mandatário haja negociado.

Impende não olvidar que a solidariedade não se presume, decorrendo necessariamente de lei ou da vontade das partes (art. 265). E, no caso, a lei apenas estabelece a solidariedade dos mandantes, cumpridos os requisitos já examinados, perante o mandatário. Não, destarte, perante terceiros, salvo declaração de vontade, ou seja, se outorgados ao mandatário poderes para assunção de obrigação solidária dos mandantes.

Jurisprudência: Assentando a responsabilidade solidária dos mandantes: TJSP, AI n. 1.231.439.002, 35ª Câ., rel. Des. Clóvis Castelo, j. 12.01.2009.

Art. 681.0 mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu.

CC/1916: art. 1.315.

Já se viu nos comentários ao art. 664, *supra*, que o mandatário tem, hoje, sobre o objeto da operação que lhe foi cometida, direito de retenção até pagamento de tudo o que lhe for devido em consequência do mandato. Sucede que, no preceito em comento, o Código Civil de 2002 repete a atribuição de direito de retenção ao mandatário, mas agora, de um lado, estabelecendo que ele incide sobre a coisa de que tenha o outorgado a posse em virtude do mandato e, de outro, ressaltando que para garantia e até reembolso do que no desempenho do encargo se despendeu.

Ou seja, o art. 1.315 do CC/1916, que estatuiu o direito de retenção do mandatário, foi como que separado no Código Civil de 2002 em dois artigos, o 664 e o 681. Ou, se se preferir, enquanto o art. 664 reproduziu o art. 156 do Código Comercial, o art. 681 reproduziu o art. 1.315 do CC/1916, adequando sua redação, eis que neste se mencionava retenção sobre o objeto do mandato, como já se disse no comentário do art. 664 sempre a prestação de um fato, não necessariamente com objeto tangível, por isso que agora aludindo-se à coisa de que o mandatário tenha a posse em virtude de mandato.

Mas, de qualquer sorte, criou-se, no Código Civil de 2002, o que se considera ser dicotomia indevida no tratamento do direito de retenção do mandatário, em dois artigos distintos. No art. 664, instituiu-se direito de retenção para garantia de pagamento de tudo quanto for devido ao mandatário, em consequência do mandato. Já no art. 681, o direito de retenção envolve garantia mais restrita, eis que apenas assegura o reembolso das despesas enfrentadas pelo mandatário no cumprimento do encargo, assim não, por exemplo, a eventual remuneração a que faça jus. Veja-se que, tal qual se expendeu nos comentários ao art. 664, era já uma crítica que se fazia ao CC/1916, quando, em seu art. 1.315, restringia a retenção à garantia do reembolso de despesas. Melhor, afirmava-se, era a regra do art. 156, de que ausente igual limitação.

Pois após ter o Código Civil de 2002, no art. 664, estendido a retenção, como na legislação comercial, no artigo presente volta a repetir a limitação do Código revogado. Fá-lo assentando uma diferenciação que, reputa-se, não se justifica. Assim porquanto, no art. 664, assenta-se direito de retenção a ser exercido sobre o objeto da operação, do negócio principal cometido ao mandatário, mercê do contrato preparatório de mandato. Já no art. 681, o direito de retenção se exerce sobre coisa de que o mandatário tenha a posse em virtude do mandato, mas não por ser o objeto da operação principal, do negócio para cuja consumação foram outorgados poderes, o que faria aplicável o art. 664.

Só resta, então, concluir que a coisa de que o mandatário tenha a posse em virtude do mandato, conforme previsão do preceito em comento, seja aquela pertencente ao mandante, entregue para a consumação do negócio principal, e não recebida em razão dele, de resto cuja possibilidade se discutia já na vigência do CC/1916 (v. g. > CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 297), o que agora, portanto, se deve admitir viável. Melhor, porém, ao que se crê, teria sido o tratamento unificado e abrangente da retenção com aplicação do art. 664, destarte incidindo, para garantia de tudo quanto devido ao mandatário em razão do mandato, quer sobre coisa objeto da operação principal, quer sobre coisa recebida do mandante para execução do encargo.

Jurisprudência: Negando direito de retenção sobre quantias levantadas a pretexto de que devidos honorários ao mandatário, restringindo a aplicação do preceito a hipóteses de gastos efetivados pelo mandatário: TJSP, Ap. cível n. 1.217.274.005, 32ª Câm., rel. Des. Ruy Coppola, j. 07.05.2009.

Seção IV

Da Extinção do Mandato

Art. 682. Cessa o mandato:

- I - pela revogação ou pela renúncia;
- II - pela morte ou interdição de uma das partes;
- III - pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer;
- IV - pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio.

O Código, no artigo presente, tal como disposto pelo CC/1916 no art. 1.316, e mercê de idêntica redação, dispõe sobre as causas de extinção do contrato de mandato, a começar por duas que se podem dizer voluntárias: a revogação e a renúncia.

A *revogação* é ato unilateral por meio do qual o mandante exerce faculdade potestativa de destituir o mandatário do encargo que lhe havia cometido. Essa potestade é da essência do mandato, ressalvadas as hipóteses excepcionais a seguir examinadas (arts. 683 a 685), se, afinal, o contrato é daqueles fiduciários, portanto baseados em confiança, a qual pode desaparecer, ademais instituído no interesse do mandante, também passível de cessação. Não há forma especial, nem mesmo aquela por que consumado o mandato, para a revogação, que pode ser total ou parcial, bem assim expressa ou tácita, como quando o mandante nomeia outro mandatário para cumprir o mesmo encargo (art. 687), ou quando ele próprio pratica o ato para o que havia outorgado poderes. A revogação deve ser comunicada ao mandatário e a terceiros (art. 686). Se existente mandato com procuração lavrada por escritura pública, a revogação deve ser averbada no mesmo instrumento e, se levada a efeito em outras notas, deve haver comunicação ao tabelionato em que consumado o ato revogado, para a referida averbação (no Estado de São Paulo há determinação administrativa a respeito, consubstanciada nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça - Provimento CG n. 58/89, nesta parte com redação dada pelos Provimentos ns. 13/94 e 21/94 Capítulo XIV, itens 22.1 a 22.3). Os efeitos da revogação são *ex nunc*, portanto, não afetam os negócios já entabulados pelo mandatário.

Havendo mais de um mandante, a revogação por um só não desfaz a relação existente com os demais, salvo se o negócio cometido ao mandatário for indivisível. Se o negócio principal não for de interesse comum dos mandantes, a revogação por um deles, da mesma forma, não afeta os demais, a rigor tratando-se de relações individualizadas, ainda que instrumentalizadas por ato único.

O mandante que revoga o mandato sujeita-se ao ressarcimento das despesas adiantadas pelo mandatário, sem prejuízo, na advertência de Caio Mário da Silva Pereira, mesmo que o mandato seja por prazo indeterminado, de indenização se, malgrado discricionária (*ad nutum*), sua conduta for abusiva (*Instituições de direito civil*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, v. III, p. 263), lembrando-se que, hoje, a teoria do abuso não se liga apenas aos atos dolosos, deliberados ou propositadamente voltados a causar danos (art. 187). Destarte, ao caso, entende-se, deve ser aplicado o mesmo princípio de solidarismo, de boa-fé objetiva que anima a previsão do art. 473, parágrafo único, do Código Civil.

Já se o mandato for oneroso, tem-se entendido que o mandante submete-se à composição dos prejuízos causados pelo exercício da revogação, quando não se justificar por conduta culposa do mandatário (ver, por todos: DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. II, p. 837), de resto como sucede no Direito italiano, em que, textualmente, se estatui obrigação indenizatória afeta ao mandante que revoga, sem justa causa, mandato oneroso, conferido por tempo determinado ou para determinado negócio, estabelecendo, mais, igual indenização quando o ajuste seja por prazo indeterminado, porém revogado sem razoável aviso prévio (art. 1.725). Tudo sem prejuízo de, ainda no mandato oneroso, se pagar a remuneração proporcional ao quanto já cumprido do ajuste, quando revogado depois de iniciada a sua execução. E sem prejuízo, ainda, da indenização que, em caso de revogação de mandato irrevogável, se prevê no artigo seguinte.

Outra causa voluntária de extinção do mandato é a *renúncia*, ato unilateral praticado pelo mandatário, cuja possibilidade se funda nos mesmos pressupostos que fazem da revogabilidade a regra no mandato. Mas, também aqui, excepcionalmente, pode haver a irrenunciabilidade, que se considera ocorrer nos mesmos casos em que o mandato for irrevogável (cf. DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., p. 870-1). A renúncia não guarda exigência de forma especial, podendo-se mesmo inferir a respectiva intenção do mandatário a partir de sua conduta, como a de devolver a procuração ao mandante, todavia devendo, em qualquer hipótese, haver

sempre comunicação ao outorgante, e a tempo de haver proveitosa substituição, pena de indenização, que adiante se examinará (ver art. 688). A renúncia em mandato conjunto, por um dos mandatários, extingue o contrato, eis que necessária, ao seu cumprimento, a interferência de todos os mandatários.

Já uma causa legal de extinção do mandato é a *morte*, e de qualquer dos contratantes, afinal não se olvidando cuidar-se de ajuste fiduciário e *intuitu personae*. Não só a morte natural, como também a presumida, em sentido amplo, abrangendo a ausência, deve-se entender extintiva do mandato. Da mesma forma se subsume à espécie a dissolução e liquidação da pessoa jurídica. A despeito de se tratar de causa extintiva que opera de pleno direito, portanto independentemente de qualquer notificação, se falecer o mandatário, seus herdeiros, cientes do ajuste, darão aviso ao mandante, pendente ainda o negócio principal (art. 690), certo que, ao revés, morto o mandante, serão validados os atos posteriores praticados pelo mandatário insciente do falecimento, diante de terceiros de boa-fé (art. 689, *infra*). Mais, e como já se examinou (art. 674), mesmo havida a morte do mandante, ou mesmo mudança de seu estado, deve o mandatário concluir negócios já iniciados, se houver perigo de demora na sua interrupção.

De modo excepcional, não se extinguirá pela morte do mandante o mandato em causa própria (art. 685) e aquele estabelecido no interesse comum, portanto também do mandatário. Outra hipótese é a de o mandante já ter quitado o mandatário de todas as suas obrigações antes do falecimento. Havendo mais de um mandatário, extingue-se com a morte de um deles o mandato conjunto. Tudo afora as hipóteses dos arts. 674, 689 e 691.

Outra causa legal de cessação do mandato é a *interdição* de mandante ou mandatário, dada a limitação de capacidade que ela induz, mas desde quando haja sido judicialmente declarada, de resto aplicando-se-lhe as mesmas regras e ressalvas válidas para a morte.

A terceira causa legal extintiva do mandato é a *mudança do estado* de qualquer das partes, que as inabilitem a conferir poderes ou a exercer os poderes recebidos. Aqui devem ser compreendidos não só os casos que afetem a capacidade da parte, muito mais ligados à interdição, como outros que digam com a legitimação para a prática de determinado ato. Por exemplo o casamento, que não seja no regime da separação (art. 1.647), afeta o mandato outorgado para venda, por alguém então solteiro. Da mesma forma, o mandato *ad judicium* cessa se o mandatário ingressa em concurso incompatível com a advocacia.

A falência do mandatário será também causa extintiva da espécie em exame, excetuada a outorga para atos estranhos ao comércio; já a falência do mandante, que antes não extinguia o mandato conferido para prática de negócios que interessassem à massa, salvo revogação pelo síndico, na forma do disposto no art. 49 do Decreto-lei n. 7.661/45, agora, nos termos do art. 120 da Lei n. 11.101/2005, faz cessar seus efeitos, ressalvado o mandato conferido para representação judicial do devedor, que continua em vigor até que seja expressamente revogado pelo administrador judicial.

Por fim, são causas naturais de extinção do mandato o *término de seu prazo* e a *conclusão do negócio* para o qual foi outorgado. O que pressupõe, no primeiro caso, tenha sido estabelecido termo *ad quem*, o que não é obrigatório, podendo-se pactuar o mandato por prazo indeterminado, e no segundo que o mandato tenha sido outorgado para negócio ou negócios específicos, assim esgotando-se o ajuste pela ultimação do encargo conferido.

Jurisprudência: Considerando indevida restrição à validade e eficácia do mandato, sem causa extintiva, a exigência de órgão público de comprovação semestral da vigência do ajuste, ver: RT 693/198. Determinando o pagamento de honorários pelos serviços desempenhados até revogação ou renúncia do mandato: II TACSP, Ap. cível n. 436.401-8, 2ª Câmp. Esp., rel. Juiz Vasconcellos Pereira, j. 18.07.1990. No mesmo sentido, assentando a possibilidade de denúncia imotivada, mas garantindo remuneração pelos serviços até então prestados: TJSP, Ap. cível n. 1.257.575.004, 32ª Câmp., rel. Des. Ruy Coppola, j. 30.07.2009. Negando qualquer indenização ao mandatário em

virtude da extinção por morte do mandante, em caso de outorga para serviços advocatícios futuros: *RSTJ*143/309. Sobre a extinção, pela conclusão do negócio a que atinente: *JTJSP* 201/347. Sobre a irregularidade do negócio entabulado, e não apenas ultimado, por mandatário após a morte do mandante; TJSP, Ap. cível n. 487.324-4/6-00, 1ª Câ., rel. Des. Ruy Camilo, j. 30.01.2007; TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.02970, 15ª Câ., rel. Des. Benedicto Abicair, j. 06.03.2007.

Art. 683. Quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará perdas e danos.

CC/1916: art. 1.317,1 (parcial).

Como se vem de examinar nos comentários ao artigo precedente, o mandato, por encerrar ajuste fiduciário, assim *intuitu personae*, é, em essência, revogável pelo mandante. Mas, disse-se também que há hipóteses excepcionais de irrevogabilidade, que começam a ser tratadas, pelo Código, no artigo presente. Com efeito, e tal como já constava do art. 1.317,1, do CC/1916, prevê a lei, antes de tudo, que as próprias partes possam, corolário de sua autonomia privada, convencionar a irrevogabilidade.

A diferença, porém, está em que, no anterior Código, expressava-se no artigo mencionado, sem mais, sem qualquer ressalva, a irrevogabilidade de mandato ajustado com cláusula desse jaez, destarte abrindo-se a discussão sobre se haveria um direito de o mandatário executar o ajuste, ainda que de forma coativa, negando-se qualquer efeito à revogação que, a despeito de cláusula vedatória, viesse a ser externada pelo mandante (de resto tal qual é a solução, de ineficácia, para a hipótese de revogação alvitada no artigo seguinte, *infra*, a cujos comentários se remete).

Na verdade, contudo, já avultava o entendimento de que, malgrado a irrevogabilidade convencionada, poderia, ainda assim, o mandante revogar os poderes conferidos, ante a natureza do contrato de mandato, só que, nesse caso, obrigando-se a compor perdas e danos, se não houvesse justa causa para a revogação.

Por outra, já se defendia que a cláusula de irrevogabilidade impunha uma obrigação de não fazer, mas sem consequência outra, resultante de seu descumprimento, que não fosse a composição de perdas e danos (v. g., BARROS MONTKIRO, Washington de. *Curso de direito civil* - direito das obrigações. São Paulo, Saraiva, 1956, v. II, p. 301; SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 265).

Pois agora, com a redação dada ao art. 683, do Código Civil de 2002, positiva-se esta orientação, ou seja, no sentido de que, quando convencionada a irrevogabilidade, a revogação, mesmo assim, opera efeito, por ser da essência do mandato, mas sujeitando o mandante, e aí a consequência, a compor perdas e danos como qualquer contratante inadimplente.

Por fim, vale a ressalva de que a leitura a contrário do preceito não deve levar à conclusão de que, se não pactuada a irrevogabilidade, a revogação exima o mandante, sempre, de qualquer consequência indenizatória. Consoante se advertiu nos comentários ao artigo antecedente, a que ora se remete, a revogação do mandato, mesmo se não vedada pelo ajuste, e ainda que a entabulação tenha sido por prazo indeterminado, pode também suscitar composição de perdas e danos, mas mercê de diferente cognição, que envolve a verificação de abuso, segundo o paradigma da boa-fé objetiva, vale dizer, de padrão de comportamento leal que se espera dos contratantes.

Jurisprudência: Sobre a revogabilidade do mandato, mesmo quando pactuada a irrevogabilidade, apenas com consequência indenizatória, ainda à luz do CC/1916: II TACSP, Ap. cível n. 415.249-8, 1ª Câ., rel. Juiz Santi Ribeiro, j. 27.11.1989. Já sob a égide do Código Civil de 2002, no mesmo

sentido: TJSP, AI n. 415.115.4/0-00, 4ª Câm., rel. Francisco Loureiro, j. 22.09.2005. Ver, ainda: *RT* 805/301. E garantindo o pagamento de cláusula penal representada pela totalidade da remuneração prevista: TJSP, Ap. cível n. 1.260.771.003, 34ª Câm., rel. Des. Nestor Duarte, j. 17.08.2009.

Art. 684. Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz.

CC/1916: art. 1.317, II (parcial).

Segue o Código, no dispositivo presente, e como já se disse no comentário ao artigo anterior, tratando de excepcionais hipóteses de irrevogabilidade do mandato. Só que, agora, diversamente do que se previu no preceito antecedente, e reforçando a conclusão lá externada, a propósito da consequência da revogação de que cuida, estabelece o Código a sanção de ineficácia para a revogação que se venha a externar quando a irrevogabilidade, no dizer do artigo ora em comento, for condição de um negócio bilateral ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário. Vale dizer, se se cuida de revogação de mandato pactuado, sem mais, com cláusula de irrevogabilidade, a consequência é indenizatória, mas operando efeitos o ato revocatório (art. 683). Já se a irrevogabilidade é condição de negócio bilateral ou interessa só ao mandatário, então a revogação será, antes, ineficaz (art. 684).

Essa é a diversidade de tratamento que o novo Código reservou às hipóteses descritas, genericamente, sob a única rubrica da irrevogabilidade, no art. 1.317 do CC/1916.0 mandando que seja condição de um negócio jurídico bilateral não se revoga como decorrência da própria irrevogabilidade deste negócio principal.

Na explicação de Pontes de Miranda, a hipótese se refere à contratação, em um ajuste bilateral, de um mandato que sirva ao cumprimento de prestações convencionadas (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4.690, n. 2, p. 86). Da mesma forma, se o mandato é estabelecido no interesse exclusivo do mandatário, como quando contém a cláusula *in rem suam* (v. artigo seguinte) ou quando já se lhe tenha dado integral quitação de suas obrigações (ver comentário ao art. 682), igualmente haverá irrevogabilidade e ineficácia da revogação que, apesar disso, manifeste-se.

O manciato conferido no interesse comum do mandante e do mandatário, ou do mandante e de terceiro, via de regra, como observa De Plácido e Silva (*Tratado do mandato e prática das procurações*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. II, p. 892), subsume-se à hipótese da primeira parte do preceito ou, então, significa forma de cumprir qualquer obrigação ou negócio preliminar, o que se contemplou no art. 686, parágrafo único, adiante examinado. Aliás, em virtude desse preceito, não se repetiu, no artigo em comento, a segunda parte do inciso II do art. 1.317 do CC/1916, não se tendo repetido seu inciso III por concernir a matéria de direito societário.

Jurisprudência: Sobre a irrevogabilidade do mandato conferido somente para ultimar negócio de interesse do mandatário, já na forma do art. 1.317, II, do CC/1916:1 TACSP, Ap. cível n. 591.689-2, 10ª Câm. Esp., rel. Juiz Paulo Hatanaka, j. 30.01.1995.

Art. 685. Conferido o mandato com a cláusula “em causa própria”, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais.

CC/1916: art. 1.317, I (parcial).

Já se estabelecia, no Código anterior, que, dentre outras hipóteses, inclusive examinadas nos comentários aos artigos antecedentes, a chamada procuração em causa própria era irrevogável (art. 1.317,1). Explicita, agora, o Código Civil de 2002, que o mandato que contenha a cláusula *em causa própria* é irrevogável e, mais, que a sua revogação, assim, não terá eficácia, mesma consequência disposta no art. 684, mas não no art. 683, atrás enfrentados.

O mandato com a cláusula referida (*in rem propriam* ou *in rem suam*), na realidade, é instituído no interesse do mandatário. Em diversos termos, por meio desse ajuste o mandatário é nomeado para agir no seu próprio interesse, por isso que ficando dispensado de qualquer prestação de contas. Pelo mesmo motivo é que esta espécie de mandato é irrevogável e não se extingue com a morte do mandante ou do mandatário.

Sempre houve, porém, grande discussão sobre se a cláusula *in rem suam* chegava a implicar transferência do direito incidente sobre o objeto do negócio principal ao mandatário. Pontes de Miranda, por exemplo, sustentava que nesta espécie de mandato não se transfere, em concreto, qualquer direito de crédito e, menos ainda, a propriedade, a seu ver transmitindo-se, em abstrato, um poder de disposição de direitos no interesse do mandatário, como se fosse seu o direito a transmitir, porque seu o respectivo proveito (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4.700, n. 1, p. 157).

Contudo, e ao revés, sempre houve posição menos restrita, a defender que o mandato em causa própria induz verdadeira transferência, cessão indireta de direitos, portanto assim sustentando-se que, a rigor, nem bem mandato é, eis que descaracterizado na sua essência e, por isso, inclusive, interpretado à luz de negócio traslativo de direitos, isto é, uma cessão, uma alienação, onerosa ou gratuita (para uma exemplificação dos defensores de uma ou outra teoria, e de seus respectivos argumentos, de forma mais detalhada, conferir: MARMITT, Arnaldo. *Mandato*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 45-6).

Bem de ver, porém, que o debate não é meramente acadêmico. Se se admitir que a cláusula *in rem suam* implica transferência de direitos, então forçoso será concluir que o instrumento deste mandato, quando obedeça aos requisitos do contrato traslativo a que se volta, vale por ele, e não só como ajuste preliminar ou preparatório, portanto sem necessidade de negócio posterior, inclusive contratado consigo mesmo, isto é, o mandatário contratando pelo mandante e por si. Assim, por exemplo, admitir-se-á, como a jurisprudência já aceitava, o registro do instrumento do mandato em causa própria, lavrado por escritura pública, para alienação de direito real imobiliário.

E, com efeito, entende-se que a própria origem dessa espécie de negócio, vindo do Direito romano, em que instituído para possibilitar, justamente, a cessão de obrigação, então contemplativa de um vínculo pessoal, por isso impassível de cessão a qual, pelo mandato em exame, se fazia de forma indireta, pois, a um *procurator in rem suam*, indique cuidar-se de verdadeira transferência de direitos. Ou seja, um mandato que, impropriamente, produz mais que efeitos de gestão de interesse alheio, operando, antes, efeitos mesmo traslativos de direitos, de que acaba realmente titular o mandatário.

Mais, a prática denota a utilização desta espécie negociai precisamente para transferir direitos. Certo que a redação do artigo em comento não é de todo esclarecedora quando alude à possibilidade de que o mandatário *in rem suam* possa transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais, como se sempre houvesse a necessidade de um negócio principal e posterior. Deve-se entender, porém, que, se atendidas as exigências de forma e conteúdo do negócio contratual principal, o mandato em causa própria já valha por ele, destarte mais que mero negócio preliminar. Isso sempre à consideração, enfim, de que o mandato em causa própria vai além da mera concessão de poderes ilimitados a mandatário dispensado de prestar contas, dado que, por seu intermédio

- sendo essa sua função fundamental e seu efeito principal atribui-se ao mandatário a *qua-*

lidade de dono da coisa ou do negócio sobre o qual incide o ajuste (DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. I, p. 504).

Jurisprudência: Sobre irrevogabilidade do mandato outorgado em causa própria, ainda na vigência do CC/1916, ver: RT 692/82. Considerando que nele haja verdadeira transferência de direitos: *RJTJESP*140/100. Assentando justa a posse exercida por quem recebeu substabelecimento de procuração em causa própria: STJ, REsp n. 238.750-7/PE, 4ª T.ª rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 16.12.1999, *DJU* 08.03.2000. Dispensando, no mandato em causa própria, a prestação de contas: TJSP, Ap. cível n. 5.931.804.600, 1ª Câm., rel. Des. Paulo Razuk, j. 07.04.2009.

Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.

Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado.

CC/1916: arts. 1.317, li (correspondência com o parágrafo único) e 1.318 (correspondência com o *caput*).

Como se disse por ocasião do exame do art. 682 do Código Civil, a revogação, uma das formas de extinção do mandato, resultante de iniciativa do mandante, que destitui o mandatário do encargo conferido, deve ser a este, e a terceiros que com ele negociem, devidamente comunicada.

Com efeito, cuidando-se de unilateral rescisão de contrato, dela insta tenha ciência o outro contratante, que é o mandatário, bem assim os terceiros que com ele estejam tratando. Daí afirmar-se que a revogação dimana de declaração de vontade receptícia, ou seja, que somente produz efeitos depois de conhecida pelo declaratório e por terceiros que com ele negociem. Na verdade, com a regra procura-se não só preservar a confiança de terceiros no tráfico negocial como, mesmo, assegurar-se mantenha o mandatário devidamente informado das circunstâncias da outorga de poderes, cuja revogação se pretenda, corolário do solidarismo que deve permear as relações jurídicas.

Inexistente a comunicação da revogação, tem-se hipótese de verdadeiro mandato aparente, em que justificadamente há a crença, por terceiros, na condição de mandatário de alguém que assim atua, e por concorrência da conduta do mandante, que se omite na comunicação da revogação (ver comentário ao art. 662, sobre o mandato aparente, seus requisitos e eventuais efeitos). O resultado, então, ausente a devida comunicação da revogação, é a vinculação do mandante por obrigações assumidas pelo mandatário diante de terceiros inscientes daquela mesma revogação. Se, porém, o mandatário tinha conhecimento da revogação, malgrado não os terceiros, embora perante estes o mandante se obrigue, pode voltar-se contra o mandatário pelos prejuízos que tenha sofrido.

A comunicação da revogação não exige forma especial, malgrado se utilize a lei da expressão *notificação*, a rigor uma cientificação a que se agrega uma cominação, impondo-se, isso sim, meio eficaz de conhecimento do mandatário e de terceiros. Se os terceiros são indeterminados, tem-se entendido que, ainda assim, se deva proceder à cientificação para conhecimento geral, por meio de publicações, editais, ou meio idôneo a atingir o universo de pessoas potencialmente em contato com o mandatário.

Já no parágrafo único do artigo em comento, complementa-se o princípio que se contém no art. 684, antes examinado, hipóteses, ambas, que davam redação ao inciso II do art. 1.317 do CC/1916. Ou seja, deve-se ter por ineficaz, consequência aqui omitida, mas expressa no referido art. 684, repita-se, o que consubstanciava um só preceito no Código anterior,

eis que o princípio é o mesmo, a revogação de mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios entabulados e aos quais se vincule. É, por exemplo, o mandato conferido para pagamento de débitos, enfim para execução de contratos, inclusive preliminares. São, no dizer de Caio Mário, mandatos acessórios de outro contrato, ou mesmo cláusula dele constante (*Instituições de direito civil*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, v. III, p. 265), apenas valendo não olvidar a abusividade de previsões, desse jaez, que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico de consumo em nome do consumidor (art. 51, VIII, da Lei n. 8.078/90 e Súmula n. 60 do STJ).

Jurisprudência: Súmula n. 60, STJ: É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.

Sobre mandato utilizado para lavratura de escritura de cumprimento de compromisso anterior, mesmo após a morte do mandante, ver: *RJTJESP* 126/47. Não só cláusulas-mandato nos termos da Súmula n. 60 do STJ, mas também e com maior razão aquelas que autorizem desconto em folha para pagamento de financiamento são consideradas abusivas: STJ, REsp n. 550.871/RS, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 28.06.2004, *DJU* 02.08.2004. E mais: "Mandato. Revogação. Divulgação pelo édito. Exercício de direito que não causa dano. Arts. 870 do CPC e 1.318 do CC (de 1916). Reconvênção improcedente. Recurso não provido". (*RJTJESP* 129/189). Validando os atos praticados por mandatário judicial, quando não comunicada a revogação procedida por instrumento particular, sem reconhecimento de firma: TJSP, AI n. 6.185.394.500, 4ª Câ., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 29.01.2009.

Ainda: "A revogação do mandato não se opera em relação a terceiros de boa-fé, quando feita a notificação apenas ao mandatário. Assim, se o mandante se sentir lesado, poderá se valer de ação de perdas e danos em desfavor do procurador desconstituído, que, indevidamente, realizou o negócio jurídico". (STJ, Ag. Reg. no AI n. 1.026.632, 3ª T., rel. Des. Convocado Vasco Delia Giustina, DJ 03.09.2009)

Art. 687. Tanto que for comunicada ao mandatário a nomeação de outro, para o mesmo negócio, considerar-se-á revogado o mandato anterior.

CC/1916: art. 1.319.

Como já se disse no comentário ao art. 682, a revogação do mandato não se efetiva sempre de maneira expressa, podendo ostentar-se tácita quando, tal qual dispõe o dispositivo em comento, o mandante nomeia outro mandatário, com isso denotando quebra da confiança que o fez nomear o anterior. Bem de ver, todavia, que essa revogação tácita, pela nomeação de novo mandatário, depende da outorga de poderes para consumação do mesmo negócio cometido ao anterior. Daí que não haverá revogação pela outorga de poderes gerais que suceda uma outorga de poderes especiais.

Portanto, insta que se revele situação de incompatibilidade na execução de um mesmo encargo, não se podendo presumir que o segundo mandatário tenha sido constituído para atuação conjunta com o primeiro, o que deve dimanar de disposição textual. Em compensação, como adverte Carvalho Santos, mesmo se a segunda nomeação for inválida ou não aceita já se terá operado a revogação do antecedente mandato porque evidenciada, de toda sorte, a quebra da confiança (CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 328).

Ademais, tal revogação tácita, para produzir efeitos, deve ser comunicada ao mandatário, na mesma senda da disposição do artigo anterior, a cujos comentários se remete, igualmente, como lá se disse, sem forma especial e, mais, por iniciativa não só do mandante como do novo mandatário, ou mesmo, no exemplo do mandato judicial, pela juntada da nova procuração aos autos.

Jurisprudência: Ao tratar do mandato judicial, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "no caso de novo mandato, sem ressalva, há de se entender que automaticamente o posterior revogou o anterior, prevalecendo a nova procuração" (*RSTJ*151/20). Porém, condicionando a produção de efeitos à comunicação do anterior mandatário: TJSP, AI n. 1.217.000.008,30ª Câ., rel. Des. Orlando Pistoiresi, j. 21.01.2009. Ver, ainda: "Mandato. Revogação automática. Ocorrência com a nomeação de novo procurador. Art. 1.319 do Código Civil (de 1916). Eventuais direitos do primitivo mandatário devem ser reclamados nas vias próprias" (*JTJSP*148/108). Ver, também: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.37787,17ª Câ., rel. Des. Maria Inês Gaspar, j. 01.08.2007.

Art. 688. A renúncia do mandato será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à substituição do procurador, será indenizado pelo mandatário, salvo se este provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável, e que não lhe era dado substabelecer.

CC/1916: art. 1.320 (correspondência, com acréscimo).

Da mesma forma que o contrato de mandato pode ser unilateralmente resilido por vontade do mandante, poderá sê-lo por iniciativa do mandatário, o que se dá mediante a renúncia, terminologia criticada, por mais se referir à abdicação dos poderes outorgados, quando, por meio dela, no caso dá-se, a rigor, a extinção do contrato de mandato (ver, por todos: LOTUPO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 117).

De toda sorte, porém, a opção terminológica foi sempre coerente com a adstrição, em que laborou o Código Civil, do mandato à representação (ver comentário ao art. 653). Trata-se, tanto quanto a revogação, de declaração de vontade receptícia, portanto que exige comunicação ao mandante, a partir de cuja ciência passa a produzir efeitos e antes do que permanece o mandatário obrigado pelos encargos resultantes do ajuste.

Se se cuidar de mandato judicial, o efeito da renúncia dá-se, ademais do pressuposto da cientificação, a termo, porquanto somente depois do transcurso de dez dias, durante os quais, se necessário para evilar prejuízo ao mandante, o mandatário continuará a representá-lo (arts. 45 do CPC e 5º, § 3º, da Lei n. 8.906/94, Estatuto da Advocacia).

A cientificação da renúncia pode se dar por qualquer forma que seja eficaz ao fim a que se destina. Excepcionalmente, nas mesmas hipóteses em que for irrevogável, bem assim quando se o pactuar, poderá o mandato ser irrenunciável. Não é, decerto, a regra, que permite a renúncia, inclusive imotivada. Mas, apesar disso, explicita o Código Civil, na mesma esteira da legislação anterior, que a renúncia não pode ser inoportuna ou abrupta, isto é, sem tempo de substituição do mandatário. Malgrado se considere inoportuna a renúncia sempre que não haja tempo suficiente para substituição do mandatário, revelando-se, assim, *ex abrupto*, como indica o significado semântico do termo, juridicamente a inoportunidade vai além e pode se revelar mesmo com tempo razoável de aviso prévio, mas porque, por exemplo, já iniciada a execução do ajuste de modo a inviabilizar, de forma igualmente proveitosa, a ultimação pelo próprio mandante ou por outro mandatário.

Pois desde que se tenha evidenciado o que se deve considerar uma abusiva renúncia, a exemplo do que se viu a propósito da revogação (ver comentário ao art. 682), impõe-se a

consequência indenizatória. Ressalva o Código Civil, todavia, que esse corolário reparatório não se verificará se, a despeito da inoportunidade, até, demonstrar o mandatário que não poderia continuar na execução do ajuste sem considerável prejuízo e, o que representa inovação da nova legislação, se demonstrar ainda que não lhe era dado substabelecer. Ou seja, deve o mandatário, para se furtar à consequência indenizatória de sua renúncia, comprovar, a uma, que lhe era inviável continuar na execução do mandato sem grave prejuízo, de qualquer natureza, para si, para pessoas próximas ou mesmo para o objeto do mandato, a duas impondo-se-lhe a demonstração de que não lhe era possível, por qualquer motivo razoável, portanto não só a vedação contratual, substabelecer.

Veja-se, enfim, que toda essa sistemática, à semelhança do que se dá quanto à revogação do mandato, é típica revelação, de novo aqui, do princípio da boa-fé objetiva, vale dizer, de um padrão de comportamento leal e solidário com que devem as partes obrar em suas relações, assim permeadas pela eticidade que dá sustento, de maneira muito especial, à nova legislação.

Jurisprudência: TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.61195, 1ª Câ., rel. Des. Ernani Klausner, j. 09.01.2007.

Art. 689. São válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele ou a extinção do mandato, por qualquer outra causa.

CC/1916: art. 1.321.

O mesmo princípio que se contém nos dispositivos dos arts. 686 e 688, acerca de atos praticados após a revogação ou renúncia do mandato, não comunicadas, inspira a edição da regra vertente, haurida já da previsão do CC/1916. Com efeito, aqui, de maneira geral, assenta-se a orientação segundo a qual as causas extintivas do mandato, a rigor, produzem o respectivo efeito, de forma exauriente, desde que delas cientes mandatário e terceiros que com ele negociem. Ou seja, enquanto o mandatário ignorar a ocorrência de qualquer das causas de extinção do mandato, mesmo as legais ou naturais, não se extrairá daí qualquer efeito diante de terceiro de boa-fé, vale dizer, terceiro que também ignora a cessação do ajuste.

Apenas que, em se tratando de revogação ou renúncia, também hipóteses extintivas, posto que voluntárias, previu-se regra específica, todavia não de diverso princípio que anima a disposição do artigo em comento, atinente à morte ou às demais causas extintivas elencadas no art. 682 do Código Civil. Veja-se que mesmo causas que induzem a extinção legal e automática, ignoradas pelo mandatário, não podem ser opostas a terceiros de boa-fé. Ou seja, tem-se regra que visa a preservar a confiança de terceiros, inscientes da causa extintiva do mandato, portanto perante quem elas não poderão ser opostas, se tiverem negociado com o mandatário igualmente de boa-fé.

Quanto ao fato de, aqui, exigir-se a insciência também do mandatário, o que se dispensa no art. 686, importa acentuar que, lá, pressupôs-se incúria do mandante, que não cuidou de comunicar a revogação também a terceiros. Em diversos termos, perante terceiros ostentou-se mandato aparente, mas com concorrência culposa do mandante (ver comentário ao art. 662). Não é este o caso das hipóteses extintivas outras, subjacentes ao artigo em tela. Por isso é que, pelo seu preceito, serão ineficazes os atos praticados pelo mandatário, mas ciente da extinção do mandato, mesmo perante terceiros de boa-fé (v. g.,^y PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4.690, n. 4, p. 93). Ter-se-á, afinal, nesta situação, mandatário já despedido de poderes, mas que atua sem qualquer participação culposa do mandante, que possa criar quadro de justificada aparência, perante terceiros, de poderes ainda vigentes.

Por fim, assente-se que, embora persista o Código atual, destarte tal como estava na redação do art. 1.321 do Código Civil anterior, a mencionar a validade dos atos do mandatário insciente da extinção, a bem dizer o caso é de eficácia destes mesmos atos.

Jurisprudência: Escritura definitiva de compra e venda. Outorga por mandatário após a morte do mandante. Admissibilidade. Ato praticado em complementação a compromisso de compra e venda em caráter irrevogável e irretratável, firmado pelo mesmo procurador do alienante, antes de sua morte. Transações, ademais, firmadas com lisura. Aplicabilidade dos arts. 1.308 e 1.321 do Código Civil (de 1916). Ação improcedente. Recurso não provido. (RJTJESP 126/47).

No mesmo sentido, especificamente sobre ato praticado após a morte do mandante, disto insciente o mandatário: STJ, REsp n. 618.587/SP, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 04.08.2005.

Compra e venda. Escritura. Procurador do vendedor com mandato revogado. Inexistência de prova que, antes da lavratura, tivesse o outorgado ciência da revogação. Deferimento, em favor do adquirente, da liminar de imissão na posse. Recurso provido. (JTJSP181/143)

Art. 690. Se falecer o mandatário, pendente o negócio a ele cometido, os herdeiros, tendo ciência do mandato, avisarão o mandante, e providenciarão a bem dele, como as circunstâncias exigirem.

CC/1916: art. 1.322.

A morte de qualquer das partes, como se viu, extingue o mandato (art. 682, II). Tem-se assim que, falecido o mandatário, estará cessado o contrato. Porém, igualmente tal qual já ressaltado no comentário ao artigo mencionado, mesmo *post mortem* o mandato pode ainda produzir efeitos, malgrado de forma excepcional.

Pois uma destas exceções, e no caso instituída no próprio interesse do mandante, está na disposição do artigo em comento. Por ela, impõe-se aos herdeiros do mandatário, desde que cientes do mandato, ainda pendente, e do paradeiro do mandante, dar aviso a este da morte daquele. Mais, impõe-se-lhe ainda a prática de atos conservatórios ou ultimação mesmo de negócios pendentes, sempre que houver perigo de demora (ver comentário ao artigo seguinte). O preceito não se aplica aos herdeiros de mandatário que o fosse em causa própria, transmitida, a rigor, com a morte, a própria titularidade do objeto do mandato, mercê da verdadeira cessão que esta espécie de mandato encerra (art. 685).

De outra parte, e ao revés, sustentam alguns autores que a interpretação da providência aqui estabelecida deva se dar de forma extensiva, para abarcar outras hipóteses de cessação do mandato, mas por causa atribuível, atinente ao mandatário. Assim, por exemplo, nas hipóteses de interdição ou falência do mandatário, caberia aos respectivos representantes dar aviso ao mandante e tomar as providências previstas no artigo seguinte (ver, por todos: CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 335). A omissão dos herdeiros em dar aviso e tomar as medidas devidas a bem do mandante, como e quando o exige o artigo em tela e o subsequente, submete-os à composição dos danos daí advindos.

Jurisprudência: Ver fiT770/240 (ementa transcrita por ocasião do exame ao art. 674, a que ora se remete).

Art. 691. Os herdeiros, no caso do artigo antecedente, devem limitar-se às medidas conservatórias, ou continuar os negócios pendentes que se não possam demorar sem perigo, regulando-se os seus serviços dentro desse limite, pelas mesmas normas a que os do mandatário estão sujeitos.

CC/1916: art. 1.323.

O artigo complementa a regra da disposição precedente, esclarecendo quais são os atos que devem os herdeiros do mandatário falecido praticar, quando pendente o negócio que a este se cometera. Isto, reitere-se, sempre que os herdeiros tenham ciência do mandato, por ocasião do falecimento do mandatário. Pois sendo assim, impõe-se-lhe, primeiro, a tomada de medidas conservatórias, ou seja, que tendam apenas a acautelar o negócio cometido ao mandatário falecido, enquanto o mandante, avisado, não nomeia substituto. São, enfim, providências de mera custódia do objeto do mandato, a fim de evitar seu perecimento.

Compreende-se a limitação erigida pela lei na exata medida em que os herdeiros do mandatário não assumem, propriamente, sua posição contratual. Não são ou não se tornam mandatários. Tanto assim que, mesmo sejam necessárias mais que medidas simplesmente acautelatórias, portanto quando prevê a lei devam os herdeiros praticar verdadeiros atos de execução do mandato, também são impostos limites. Na realidade, somente praticarão atos de execução do ajuste quando houver perigo de demora, vale dizer, quando a interrupção do cumprimento do mandato puder comprometer o proveito ou interesse do mandante. Tal como, de resto, já se acentuou nos comentários - a que se remete - ao art. 674, que guarda o mesmo princípio. E, por fim, se assim for necessário, pela urgência verificada, os herdeiros agirão conforme as regras contratuais e legais que seriam aplicáveis à própria atuação do mandatário falecido.

Seção V

Do Mandato Judicial

Art. 692. O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código.

CC/1916: arts. 1.324 a 1.330.

Inova o Código Civil de 2002 na matéria concernente ao mandato judicial, mas para legar sua regulamentação, de forma primária, à legislação processual, diferentemente do que fazia o Código anterior. Isto porque o CC/1916 dava-se a regular o mandato judicial, particularmente nos arts. 1.324 a 1.330, porém, como lembra Renan Lotufo (*Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 159), justamente pela inexistência de normatização processual quando de sua edição.

Certo que, nem só por revelar objeto específico, o mandato judicial deixa de ser um mandato. Mas não menos certo que a ele se aplicam regras específicas, inclusive dispostas em legislação esparsa, fora do Código Civil, e não só no Código de Processo Civil, tal qual o indica a redação do artigo em comento, como também no chamado Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94).

Cuida-se, de toda sorte, de mandato outorgado a profissional para defesa de direitos e interesses do constituinte em juízo (*ad judicium*). Diversamente do que se afirmou nos comentários ao art. 653, envolve-se, aqui, necessariamente, a representação do outorgante pelo mandatário. Por isso mesmo, necessária a apresentação de procuração, instrumento escrito, ressalvada, todavia, a possibilidade de prática de atos urgentes, sem a sua juntada, que, entre-

tanto, deverá ser providenciada em quinze dias, prorrogáveis por mais quinze, pena de inexistência dos atos praticados e composição de perdas e danos. É a procuração *de rato*, regrada no art. 37 do CPC e art. 5º, § 1º, da Lei n. 8.906/94.

Casos de assistência judiciária e representação legal *ex officio*, como a dos entes públicos, dispensam apresentação de procuração. Trata-se de ajuste firmado com profissional e, por isso mesmo, presumidamente oneroso. Pagam-se, por ele, então, os honorários advocatícios, conforme o pactuado e além daqueles sucumbenciais. Na falta de pacto, haverá arbitramento judicial, em processo de conhecimento.

A concessão dos poderes gerais da cláusula *ad judicium* habilitam o advogado à prática dos atos do processo, ressalvado o recebimento de citação, confissão, reconhecimento do pedido, transação, desistência, renúncia, quitação ou compromisso, para o que se exigem poderes especiais (art. 38 do CPC). As causas de extinção deste mandato são as normais, ressalva feita à renúncia, necessariamente a termo, porquanto persiste a representação durante os dez dias seguintes à notificação do mandante, acerca de sua ocorrência, para evitar prejuízo (arts. 45 do CPC e 5º, § 3º, da Lei n. 8.906/94).

CAPÍTULO XI DA COMISSÃO

Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 165 (*revogado*), Código Comercial.

Com o artigo presente o CC/2002 inaugura o regramento dedicado a contratos até então tratados em normatização mercantil, codificada ou esparsa, fruto da tendência que abraçou de reunificar não o direito privado como ele era na sua origem, abrangendo o direito civil, o comercial e o trabalhista, mas o direito obrigacional, tão somente, razão inclusive de sua edição haver se prestado, de forma específica e pontual (art. 2.045), à revogação só da primeira parte do Código Comercial, exatamente aquela voltada às disposições acerca das obrigações e dos contratos comerciais.

Fê-lo, quanto a estes últimos, a começar pela comissão, que definiu como o ajuste mercê do qual alguém, denominado comissário, adquire ou aliena bens, em seu próprio nome, mas no interesse de outrem, o comitente. Era o que, no Código Comercial, previa-se no art. 165, porém com objeto mais amplo, eis que o comissário desempenhava, no seu próprio nome, malgrado no interesse do comitente, a gestão de quaisquer negócios mercantis, portanto não só os de compra e venda. Mais, explicitava a legislação comercial, no preceito citado, que a comissão era, verdadeiramente, uma espécie de mandato, porém sem a representação, vale dizer, sem que o mandatário, de resto um profissional, agisse em nome do mandante, embora sempre no seu interesse. Por isso mesmo acabou sendo comum definir-se a comissão como um mandato sem representação ou, para outros, um mandato com representação mediata ou imperfeita.

É certo que muito se combateu essa adstrição da comissão ao mandato (ver PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4.723, n. 2, p. 293; MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 334), como também se criticou a diferenciação de ambos os contratos feita com base apenas nas relações externas deles exsurgidas, ou seja, tomando-se em consideração os efeitos produzidos, em relação às partes originárias, pelos negócios praticados pelo outorgado com terceiros, ora em seu nome, ora em nome do outorgante. E mesmo essa distinção, que se lastreia, pois, na

representação, ausente na comissão, pressupõe seja ela constante no mandato, o que não é da essência dessa espécie de contrato, a despeito de se reconhecer que tenha o Código Civil pretendido assim caracterizá-lo (ver comentário ao art. 653).

O problema, no entanto, é que o Código Civil de 2002 manteve o dispositivo do art.

1.307 do CC/1916, agora art. 663, igualmente a cujo comentário se remete o leitor, e que, a rigor, alvitra a possibilidade de prática de atos por mandatário, como tal constituído, mas em seu próprio nome, e não no do mandante, posto que, para alguns, sempre de modo abusivo, desviando-se a finalidade do ajuste.

Poder-se-ia então dizer que a diferenciação estaria na natureza profissional da atuação do comissário, portanto, não se configurando a comissão, mas sim mandato sem representação, quando de uma simples ou eventual compra ou venda entabulada por alguém, em seu próprio nome, contudo no interesse de outrem, tal como o defendia, por exemplo, Orlando Gomes, apesar de que ainda na vigência da legislação anterior (*Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 400).

Sustentam outros, porém, que o tratamento unificado que reservou o Código Civil de 2002 aos contratos pode ter superado essa distinção, destarte vislumbrando factível uma comissão que se poderia dizer eminentemente civil ou, se se preferir, sem implicar atividade profissional do comissário (v. g., venosa, Sílvio de Salvo. *Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 552), muito embora, não se negue, sempre se tenha apresentado a comissão como uma verdadeira forma de colaboração entre empresários. É por isso que ainda hoje se defende que o comissário deve ser um empresário, necessariamente remunerado, assim diferenciado do mandatário, mesmo quando sem representação (cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 358).

Nessa esteira, a se procurar, ainda, alguma diferenciação intrínseca, seria de cogitar justamente dessa onerosidade inerente ao contrato de comissão (art. 701), como regra ausente no mandato, posto que sem representação, se se o admite, e não só como um desvio de sua natureza, pela prática de ato abusivo do mandatário (ver comentário ao art. 663).

Na realidade, entretanto, ainda que se reconheça que, na lógica do Código Civil, que pressupôs a representação no mandato, é esse o dado a distingui-lo da comissão, acede-se à observação de Waldírio Bulgarelli, tanto mais porque efetivada na senda da sistematização que a matéria recebeu no direito italiano (arts. 1.731 e segs. do CC peninsular), fonte relevante do CC/2002 para o regramento em exame, no sentido de que mandato e comissão não guardam nenhuma nítida distinção na relação interna entre as partes contratantes (*Contratos mercantis*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 1984, p. 464-8). Para o autor, e já examinando o que à época era o projeto de CC, a comissão, a exemplo do sistema italiano, não seria mais que um mandato, sem representação, mas com finalidade específica, qual seja a de cometer ao comissário tão somente a compra e venda de bens, e não outros negócios, em seu nome, embora à conta do comitente.

Daí, de um lado, a redação restritiva do artigo em comento, se comparado ao que dispunha o art. 165 do Código Comercial, permissivo da comissão para a realização de outros negócios, que não só a compra e venda, de outra parte explicando-se a remissão do art. 709 às normas atinentes ao mandato, posto de aplicação subsidiária.

De toda sorte, caracteriza-se a comissão como contrato consensual, aperfeiçoado sem exigência de forma especial; bilateral, indutivo de prestação e obrigação a ambas as partes afetadas; *intuitu personae*, lastreado na confiança que se deposita na pessoa de quem recebe poderes para agir à conta de outrem; oneroso, devido à comissão, mesmo que não ajustada, como remuneração do comissário (art. 701).

Jurisprudência: Distinguindo a comissão do mandato, pela ausência de representação: STF, Rec. MS n. 15.233, Tribunal Pleno, rel. Min. Hermes Lima, j. 25.08.1965. Também da Suprema Corte, caracterizando o contrato de comissão, ver: RE n. 95.052/RS, 1ª T., rel. Min.

Neri da Silveira, j. 26.10.1984. Diferenciando a comissão da representação comercial: I TACSP, Ap. cível n. 768.819-3, 11ª Câm. de Férias, rel. Juiz Maia da Cunha, j. 17.08.1998. Impedindo o saque de título representativo de venda de mercadorias por comitente a comissário, porquanto ausente nesta espécie contratual: *RT* 646/112.

Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 166 (parcial) (*revogado*), Código Comercial.

Viu-se, já no comentário ao artigo precedente, que a característica básica da comissão, seu conteúdo mesmo, é a entabulação de negócio de compra ou venda por alguém que o faz no interesse de outrem, mas no seu próprio nome; agora se acrescenta que, via de regra, envolve coisas móveis, embora não se vedando propriamente sua pertinência a imóveis, apenas que sem maior utilidade na prática negociai, dado que, pelo sistema do registro, para agir em nome próprio deveria o comissário adquirir o bem para si, a fim de cumprir a comissão (ver a respeito: THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Do contrato de comissão no novo Código Civil". In: *Revista dos Tribunais*, v. 814, p. 26-43).

De qualquer sorte, esse conteúdo voltado à entabulação de uma compra ou venda revela a própria origem do instituto, destinado a possibilitar aquisições ou alienações por quem, desde a Idade Média, não se podia fazer presente no local do negócio, com vantagens em relação ao mandato, dentre as quais a dispensa de apresentação de documento de habilitação para agir em nome alheio e a manutenção de segredo acerca das operações do comitente, protegendo-o da concorrência (ver BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 1984, p. 455). No Brasil, foi comum sua utilização no mercado de compra e venda de café, ora por conveniência de sigilo do comitente, ora mesmo pela necessidade de presteza na entabulação, facilitada porquanto consumada em nome do comissário.

De qualquer maneira, sempre esteve envolvida no contrato a realização, pelo comissário, de negócios à conta de outrem, mas em nome próprio, de resto o que distingue a comissão da corretagem, em que o corretor não entabula, tão só aproxima, as partes que serão as contratantes. Daí que na comissão há mais que uma intermediação, concorrendo mesmo a prestação de um serviço (cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 358).

Como o comissário pratica o ato em seu nome, ele próprio se obriga com quem contrata. Ou seja, comitente e terceiro não mantêm entre si nenhum vínculo direto. Um não move ação direta contra o outro, ao menos por força do contrato em si, ressalvadas, quando o caso, medidas fundadas na articulação de enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886), e pese embora a existência de princípio diverso no direito italiano - exemplo referido dada sua influência no Código Civil de 2002 -, segundo o qual ao comitente se permite a direta reivindicação de coisa móvel adquirida no seu interesse pelo comissário, em poder do alienante, preservado o direito de terceiro de boa-fé (art. 1.706).

A regra, ainda que restritiva, do CC/2002 não se altera mesmo se o comissário indica o nome do comitente no contrato, desde que continue pactuando em nome próprio. Se o faz, baseado em ajuste de comissão, em nome do comitente, ele o está representando sem outorga de poder para tanto, o que induz necessidade de ratificação - sem a qual haverá ineficácia perante o comitente - mas, assim, em verdade, desnaturada a espécie contratual. Tanto é que, para Orlando Gomes (*Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 401), ratificando e

tomando o comitente o negócio para si, converte-se a comissão em mandato, supondo-se, é certo, que sejam tipos diversos (ver comentário ao artigo anterior).

Ou, como acentua o próprio artigo em comento, comitente e terceiro terão ações recíprocas somente se, aliado à comissão, houver negócio jurídico de cessão de direitos que o comissário faça a um ou a outro. É, de resto, o que já continha no art. 166 do Código Comercial, apenas que alusivo ao comissário, à sua firma ou razão social, decerto ao pressuposto da natureza profissional de sua atividade, o que no CC não se repete e, em princípio, possibilitaria a tese da comissão civil, não profissional, com a ressalva que se fez no comentário ao artigo anterior acerca da origem e da tradição comercial da atividade, de verdadeira colaboração entre empresários, que a comissão sempre envolveu.

Jurisprudência: Descaracterizando o contrato de comissão, se o comissário não age e não se obriga em nome próprio: **STJ**, Ag. n. 220.506, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.03.1999, *DJU* 13.04.1999.

Art. 695.0 comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes.

Parágrafo único. Ter-se-ão por justificados os atos do comissário, se deles houver resultado vantagem para o comitente, e ainda no caso em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com os usos.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 168 e 169 (parcial) (*revogados*), Código Comercial.

Malgrado atuando em nome próprio, o comissário o fará à conta, isto é, no interesse do comitente, de modo a proporcionar, com o negócio cuja prática lhe incumbe, vantagem ou proveito a quem o delega. Por isso mesmo, deve o comissário agir segundo as ordens e instruções recebidas do comitente, tal como se dá no mandato.

É certo que, na dicção da nova lei, mas não em diferente sentido do que já se continha no art. 168 do Código Comercial, pode ocorrer de terem sido omitidas as ordens ou instruções e, mais, sem que haja tempo viável para que o comissário as solicite, o que é seu dever, quando só então estará autorizado a agir, sempre no interesse do comitente, agora de acordo com os usos em casos semelhantes, ou seja, de acordo com a prática negociai, tal como faria se agisse em negócio próprio. E nessa aferição, malgrado unificado o tratamento das obrigações civis e comerciais, não se deverá olvidar do fato de ser ou não o comissário um profissional, admitida, por hipótese, essa extensão (ver comentário ao art. 693). Em diversos termos, e suposta viável a comissão civil, como se disse fugindo de sua origem, será preciso verificar o que seria razoável esperar de quem fosse e de quem não fosse um profissional no desempenho de comissão sem ordens ou instruções recebidas.

A consequência do cumprimento desidioso da comissão sem ordens ou instruções é a indenizatória. Da mesma forma, recebidas ordens e instruções e delas se apartando o comissário na execução do negócio, responde por perdas e danos perante o comitente, a par de sua vinculação pessoal diante do terceiro com quem contratou. É o excesso de poderes que, no entanto, a lei considera justificável, destarte sem induzir responsabilidade indenizatória, quando haja resultado útil ao comitente, ou seja, vantagem que experimente em virtude da atuação do comissário, ou quando haja perigo de demora, vale dizer quando ruinosa ao comitente a omissão na imediata prática do negócio jurídico cometido ao comissário. De novo, verifica-se aqui o que se estabeleceu para a hipótese genérica do mandato, a teor do

previsto no art. 665, a cujo comentário se remete o leitor. Tem-se então que, nessas hipóteses excepcionais, ressalvadas pelo parágrafo do preceito em comento, é superado o excesso cometido, e a comissão produz, destarte, todos os efeitos normais, como se cumprida de acordo com as ordens e instruções do comitente.

Jurisprudência: Já antigo aresto, da Suprema Corte, ocupava-se de evidenciar a adstrição do comissário ao estrito cumprimento das instruções do comitente: STF, RE n. 28.695, 2ª T., rel. Min. Henrique D'Avila, j. 06.10.1959.

Art. 696. No desempenho das suas incumbências o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio.

Parágrafo único. Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 170 (parcial) (*revogado*), Código Comercial.

O artigo consagra obrigação básica do comissário, a exemplo do que, para o mandatário, se explicita no art. 667, que é a de agir com zelo e diligência no cumprimento do encargo que lhe tiver sido cometido. Aqui se deve ressaltar, primeiro, que o cuidado e a diligência exigíveis do comissário não são tão somente os que permeiam sua forma habitual de se portar, senão aqueles suficientes e idôneos a evitar qualquer prejuízo ao comitente e, antes, a lhe garantir o proveito esperado da operação.

De outra parte, e como já se disse no comentário ao artigo anterior, a aferição sobre esse nível de exigência não pode olvidar a circunstância eventual de o comissário ser profissional

- o que pressupõe admitir-se, portanto, que a comissão pode envolver atividade não profissional (ver comentário ao art. 693). Com efeito, deve-se diferenciar o que razoavelmente se espera da forma diligente de agir de quem seja e de quem não seja um profissional. Isso sem prejuízo de obrar o comissário de acordo com as ordens recebidas, o que está no preceito antecedente, mas ao qual o vertente se agrega para explicitar que, mesmo de conformidade com as instruções do comitente, a atuação do comissário deverá ser diligente.

Nessa obrigação genérica de cuidado, impende considerar que estejam abrangidos deveres específicos que vinham dispostos no Código Comercial e que sejam compatíveis com a limitação do Código Civil acerca do objeto do encargo cometido ao comissário (art. 693). Assim, por exemplo, a obrigação de guarda e conservação da coisa adquirida e que deva ser entregue ao comitente ou dele ser recebida para venda (art. 170), dando aviso de danos porventura havidos na *res* (art. 171). Da mesma forma, enquadra-se a obrigação de procurar negócio a ser efetivado em condições não mais onerosas do que as correntes, no tempo e lugar da entabulação (art. 183).

O CC/2002, na mesma esteira do Código Comercial, silenciou sobre a possibilidade de o comissário, sem infringência ao dever de zeloso cumprimento da comissão, adquirir para si a coisa do comitente que lhe tenha sido entregue para venda (contrato consigo mesmo ou autocontrato). Defende-se, todavia, essa possibilidade, desde que sem abuso do comissário e com proveito ao comitente (cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 559), de resto como segue hoje explicitado no mandato acerca da procuração em causa própria (art. 685).

Para Orlando Gomes, que sustenta a existência de autorização implícita de contratar consigo mesmo, possibilidade então somente afastada se houver cláusula explícita proibindo

o autocontrato, condiciona-se a verificação do proveito ao comitente a que a negociação se faça sobre coisa com preços cotáveis de forma corrente, a fim de se efetivar a comparação com o preço pago pelo comissário (*Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 406). É certo, porém, que, mesmo sem essa limitação, o proveito ao comitente deve ser demonstrado, já que existe um intrínseco conflito de interesses com o comissário.

Por fim, estabelece o preceito em tela, no parágrafo único, a consequência pelo descumprimento da obrigação de zelo e diligência afeta ao comissário, impondo-lhe dever reparatorio, exceto, segundo a dicção legal, se havida força maior. Na verdade, erigiu-se responsabilidade contratual do comissário por conduta culposa, de novo tal qual no mandato (art. 667), sempre ressalvada na comissão profissional, exercida por pessoa jurídica, a ocasional incidência, configurada a relação de consumo, da legislação respectiva (Lei n. 8.078/90) e da responsabilidade sem culpa lá instituída.

Art. 697. O comissário não responde pela insolvência das pessoas com quem tratar, exceto em caso de culpa e no do artigo seguinte.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 175 (*revogado*), Código Comercial.

O dispositivo estabelece a regra geral de que o risco pela solvência daquele com quem o comissário trata é do comitente. Ou, em diversos termos, o princípio é que o comissário não responde pelo cumprimento da obrigação que contratar no interesse do comitente. Não responde, enfim, pela execução ou pelo pagamento do negócio entabulado à conta do comitente.

É certo, porém, que a referida responsabilidade, que como norma geral ele não tem, poderá ser carregada ao comissário se agir com culpa na escolha daquele com quem contrata. É o que, na dicção do art. 175 do Código Comercial, se revelava pela contratação com pessoa inidônea ao tempo da entabulação. Ou seja, pessoa que se sabia ou deveria saber insolvente, não no sentido estrito, jurídico, mas sim alguém que já se prenunciava que poderia faltar ao cumprimento do ajuste. Ou, da mesma forma, alguém insolvável, sem garantia suficiente a compor a responsabilidade pela obrigação contraída. Ter-se-á em hipóteses tais, verdadeiramente, a desatenção à obrigação que tem o comissário de agir com diligência e zelo. Importa, todavia, a aferição das condições subjetivas desta pessoa com quem o comissário trata ao instante em que a contratação se consuma.

Por fim, remete o preceito ao artigo seguinte como contemplativo de outra hipótese em que se quebra a regra da irresponsabilidade do comissário pelo adequado cumprimento do negócio tratado à conta do comitente. É o caso da comissão *dei credere*? a seguir examinada.

Art. 698. Se do contrato de comissão constar a cláusula *dei credere*, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 179 (parcial) (*revogado*), Código Comercial.

A cláusula *dei credere* encerra pacto adjeto ao contrato de comissão e pode ser conveniada verbalmente, dado que é informal o próprio ajuste a que se refere, conforme acen-

tua Sílvio Venosa (*Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 558) e já o assegurava o art. 179 do Código Comercial, cujo conteúdo é, quebrando a regra geral contida no artigo antecedente, fazer do comissário um garante solidário pela solvabilidade e pontualidade daquele com quem contrata à conta - e não em nome - do comissário, como inadequadamente é aludido no artigo em comento, visto ser característica da entabulação a atuação do outorgado em nome próprio, malgrado sempre no interesse do outorgante.

Ou seja, pela cláusula *dei credere* o comissário passa, excepcionalmente, a responder por tudo quanto se disse no artigo anterior ser-lhe estranho, em termos de responsabilidade. Passa a responder, enfim, pela boa execução do ajuste contratado no interesse do comitente, pelo seu cumprimento, pela sua completa e tempestiva satisfação. Mais, expressa a lei que essa responsabilidade é solidária, para muitos em virtude da natureza de verdadeira fiança que tem o *dei credere*, de resto lembrando que a fiança comercial era sempre solidária (art. 258 do Código Comercial), todavia o que não se repete no Código Civil. Já para outros ter-se-ia, no caso, uma espécie de seguro, em que o pagamento de remuneração maior ao comissário significaria mesmo um prêmio pela responsabilidade por ele assumida, uma contrapartida a cargo do comitente pelo ônus imposto ao comissário. De toda sorte, cuida-se de uma garantia que o comissário pode prestar, se assim se pactuar, e com caráter de solidariedade previsto em lei.

A remuneração maior em virtude dessa garantia não é obrigatória, conforme ressalva o próprio texto legal. Mas, para tanto, será necessária expressa menção do ajuste, sobretudo nos casos em que a remuneração tiver de ser arbitrada judicialmente, portanto quando já não vier estipulada em valor previamente convencionado (art. 701).

Muito se discutiu, ainda sob a égide do Código Comercial, sobre a possibilidade da comissão *dei credere se* o negócio pactuado pelo comissário com terceiro fosse de pagamento à vista, ao argumento de que então não seria justificável uma garantia que, afinal, é remunerada. Ou, por outra, não faria sentido possibilitar uma maior remuneração ao comissário por garantia vazia, já que, pagando o terceiro à vista, seria irrelevante a questão de sua solvabilidade. Bem de ver, porém, que a contratação da cláusula *dei credere se* faz aprioristicamente, antes da contratação do comissário com o terceiro e antes de saber quem será esse terceiro, portanto de toda sorte cabendo a garantia remunerada de que trata o artigo (ver a respeito: MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 345).

Jurisprudência: Já de há muito permitindo livre ajuste sobre a cláusula *dei credere*, sem qualquer vinculação com o art. 468 da CLT: STF, 2ª T., rel. Min. Hermes de Lima, j. 14.05.1965. Também desvinculando a mesma cláusula, que pode haver na comissão, da representação comercial: TJRS, Ap. cível n. 70.001.405.539, 15ª Câm., rel. Des. Freitas Barcellos, j. 20.12.2000.

Art. 699. Presume-se o comissário autorizado a conceder dilação do prazo para pagamento, na conformidade dos usos do lugar onde se realizar o negócio, se não houver instruções diversas do comitente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 176 (*revogado*), Código Comercial.

O preceito consagra a regra geral, complementada, é certo, pelo quanto constante do art. 700, adiante examinado, mas no sentido de caber ao comissário a prerrogativa de, a seu juízo e conforme os usos, conceder prazo para pagamento das vendas que efetuar à conta do comitente. Ou seja, se não houver específica ordem em contrário do comitente, poderá o comissário tratar da concessão de prazos, ou da respectiva dilação, conforme os costumes locais, que sejam atinentes às alienações por ele procedidas.

A previsão, a rigor, tem em vista a relativa liberdade de atuar do comissário naquilo acerca do que inexistir instrução específica, sempre de modo a propiciar maior proveito ao comitente, o que ocasionalmente se dá nas negociações a prazo, de resto muito comuns em algumas vendas de mercadorias, por exemplo as faturadas para pagamento a certo tempo e, às vezes, em mais de uma prestação. Pois se tudo isso é lícito ao comissário ajustar, não havendo proibição contratual, deve ele avisar ao comitente, como exige o art. 700, sob pena de se considerar feita à vista a alienação.

Vencidos os prazos, omitiu-se o Código Civil de 2002 na reprodução da regra estampada no art. 178 do Código Comercial, que impõe ao comissário o dever de pronta cobrança dos terceiros com quem tenha negociado, caso não efetuem o pagamento. Há que ver, no entanto, que essa obrigação, de um lado, decorre do fato em si de o comissário contratar em seu nome e, de outro, da exigência de, nesse ajuste, agir de forma a preservar os interesses do comitente (art. 696), sob pena de responder pelos prejuízos que com sua inércia ou retardo provocar.

Art. 700. Se houver instruções do comitente proibindo prorrogação de prazos para pagamento, ou se esta não for conforme os usos locais, poderá o comitente exigir que o comissário pague incontinenti ou responda pelas conseqüências da dilação concedida, procedendo-se de igual modo se o comissário não der ciência ao comitente dos prazos concedidos e de quem é seu beneficiário.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 177 (parcial) (*revogado*), Código Comercial.

Como se vem de examinar no comentário ao artigo anterior, se lá se consagra a regra geral de que ao comissário seja dado negociar com terceiros a prazo, conforme os costumes locais, desde que ausente instrução em contrário do comitente, aqui, no dispositivo em comento, estabelece-se a conseqüência para o caso de desatendimento dos dois pressupostos impostos para exercício daquela mesma discricionariedade, disposta como norma geral. Vale dizer que o artigo presente prevê considerar-se à vista a alienação feita a prazo pelo comissário, quando em desacordo com instruções contrárias do comitente ou quando dissociada da prática local ou dos usos do lugar da entabulação. Faculta-se ao comitente a imediata exigibilidade do resultado líquido da venda, ou de prejuízo maior que eventualmente demonstre haver experimentado. A rigor, cuida-se de mera especificação do que já contém o dispositivo dos arts. 695 e 696, que determinam que aja o comissário de acordo com as instruções recebidas e sempre com zelo e diligência, sob pena de ser responsabilizado por perdas e danos.

O dispositivo em tela, porém, vai mais além e explícita, com igual conseqüência indenizatória pelo descumprimento, a obrigação que, afeta ao comissário, é verdadeiramente de prestação de contas. Impõe-se-lhe, com efeito, que informe o comitente, de imediato, sobre os prazos concedidos e seus beneficiários. Típico dever de lealdade no desenvolvimento da relação contratual, revelado pela informação precisa sobre as condições dos negócios entabulados com terceiros, cuja desatenção também carrega ao comissário responsabilidade indenizatória, nos mesmos moldes havidos para a contrariedade às instruções de venda à vista ou de sua efetivação a prazo, mas fora do que é a *proxis* local para aquela espécie de negócio.

Art. 701. Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 186 (*revogado*), Código Comercial.

Como já se disse no comentário ao art. 693, a comissão é um contrato essencialmente oneroso, a ponto até de a sua designação servir também para identificar a remuneração a que faz jus o comissário. Com efeito, é hábito tratar-se a remuneração do comissário como comissão, via de regra um percentual do negócio cuja prática lhe foi cometida, malgrado nada impeça a fixação em valor certo.

Tal qual explicitava o Código Comercial em seu art. 186, segundo o qual era sempre lícito ao comissário exigir do comitente a remuneração pelo seu trabalho, ainda que na falta de prévia fixação do respectivo importe, repete o atual Código Civil que, ausente estipulação das partes, a comissão devida será arbitrada segundo os usos do lugar da execução do encargo. Segue-se então que, não estabelecida a remuneração por ajuste dos contratantes, ainda assim ela será devida, mediante arbitramento a ser procedido judicialmente, atentando-se, como critério, à prática negociai do local em que a comissão deve ser cumprida, ademais da consideração das condições do encargo cometido ao comissário e do esforço exigido para seu cumprimento.

Deve-se lembrar que, se contratada a cláusula *dei credere*, a remuneração a ser arbitrada judicialmente deverá ser por isso majorada; para Pontes de Miranda, no dobro do que seria devido (*Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4.730, n. 1, p. 322), o que, de toda sorte, cabe também ao prudente arbítrio do julgador.

Regularmente concluído o negócio a cargo do comissário, sua remuneração será devida por inteiro, o que implica reconhecer que a comissão poderá ser proporcionalizada, caso não completado o encargo, o que, conforme a hipótese, preveem os artigos a seguir examinados.

Jurisprudência: Sobre a unilateral fixação da remuneração para negócios futuros, ausente regra que o impeça: STJ, REsp n. 617.244/MG, 4ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.03.2006.

Art. 702. No caso de morte do comissário, ou, quando, por motivo de força maior, não puder concluir o negócio, será devida pelo comitente uma remuneração proporcional aos trabalhos realizados.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 187 (parcial) (*revogado*), Código Comercial.

A ideia central do dispositivo, tal como já continha o art. 187 do Código Comercial, é remunerar o comissário pelo serviço que ele tenha prestado, de forma proveitosa, mesmo que não completamente, isto é, mesmo que não ultimado o negócio cuja prática lhe foi cometida, mas sem sua culpa, tudo a fim de evitar, a rigor, indevido enriquecimento do comitente à custa do trabalho alheio.

Segue-se pois que a remuneração do comissário, se ele não tiver podido concluir o negócio de que tenha sido incumbido, será devida proporcionalmente ao trabalho que chegou a desempenhar em proveito do comitente. Isso, diz a lei, ocorrerá sempre que, antes de finalizado o encargo, o comissário vier a falecer, transmitindo-se a seus herdeiros o direito à percepção proporcional da comissão, ou quando sobrevier fortuito, em sentido amplo, a impedir a continuidade do serviço a si cometido.

A proporcionalização se fará em função de quanto do contrato de comissão foi cumprido até a morte ou fortuita interrupção. Há que ver que o Código Comercial, no referido art. 187, cuidava também da comissão devida proporcionalmente em caso de despedida do comissário, hoje tratada nos arts. 703 e 705, conforme haja ou não justa causa para tanto.

Art. 703. Ainda que tenha dado motivo à dispensa, terá o comissário direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao comitente, ressalvado a este o direito de exigir daquele os prejuízos sofridos.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 187 (parcial) (*revogado*), Código Comercial.

O que, no Código Comercial, se tratava num só artigo, o 187, hoje é fracionado no artigo presente e no imediatamente anterior. Ou seja, o artigo referido da legislação mercantil cuidava da comissão devida ao comissário de forma proporcional aos serviços prestados, mas por causas diversas. Uma, a do negócio inconcluso sem culpa do comissário; outra, a da sua despedida, mas já aí por sua culpa, dado que a despedida sem justa causa era tratada no Código Comercial em artigo diverso, o 188, de resto agora parcialmente reproduzido no art. 705, a seguir examinado. Melhor andou o CC/2002 ao prever, num dispositivo, a proporcionalização da comissão quando não concluído o negócio cometido ao comissário sem sua culpa (art. 702) e, noutro, o ora em comento, a mesma proporcionalização, mas quando se tenha dado a despedida do comissário, veja-se, com justa causa.

Isso, na verdade, porque, embora a proporcionalização se dê de igual maneira em função de quanto se prestou de serviço útil ao comitente, posto que não ultimado, tendo havido despedida do comissário, a ele se impõe, em contrapartida, a respectiva obrigação ressarcitória. Ou seja, havida a despedida do comissário, por ter faltado com qualquer das obrigações que, na execução da comissão, são-lhe afetas, já atrás examinadas no comentário aos artigos precedentes, deverá ele compor os prejuízos que, com sua conduta desidiosa, haja provocado ao comitente. Mas, mesmo assim, fará jus à remuneração pelos serviços que, antes da despedida, tenha prestado de forma útil ao comitente, malgrado não ultimados, pelo mesmo princípio vedatório do enriquecimento sem causa que anima o artigo precedente.

Tem-se então que, a despeito da culpa do comissário pela resolução do ajuste, não se pode aproveitar o comitente de serviços úteis que lhe tenham sido prestados, sem a respectiva remuneração. Apenas que o correspondente importe poderá vir a ser compensado, respeitados os requisitos contidos nos arts. 368 e seguintes, com o montante de indenização que o comissário seja obrigado a pagar, ou de sua fixação abatido.

Art. 704. Salvo disposição em contrário, pode o comitente, a qualquer tempo, alterar as instruções dadas ao comissário, entendendo-se por elas regidos também os negócios pendentes.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo presente, que constitui inovação no sistema, consagra a prerrogativa de o comitente, a qualquer tempo, modificar as ordens e instruções dadas ao comissário, o que se aplica desde logo, mesmo aos negócios pendentes. O pressuposto subjacente ao preceito é, de um lado, a consideração de que afinal a comissão se exerce, malgrado em nome do comissário, no interesse e para o proveito do comitente, assim senhor de suas conveniências. De outra parte, não fugiu à percepção do legislador, como salienta Jones Figueiredo Alves (*Novo Código Civil comentado*, coord. Ricardo Fiuza. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 639), a constante mutação da dinâmica do mercado, que impõe, por vezes, a alteração de instruções dadas ao comissário, destarte adequando-se as circunstâncias da contratação de que foi incumbido às novas exigências da praxe negocial do lugar.

Bem de ver, porém, que, cuidando-se de direito dispositivo, podem as partes ajustar a inalterabilidade das instruções originalmente dadas ao comissário. Todavia, mesmo se não o fizerem e, assim, prevalecer a regra geral da mutabilidade das instruções, sua alteração deve ser feita sempre de modo a preservar o princípio da boa-fé objetiva que marca as relações jurídicas em geral, mercê da eticidade que ilumina toda a nova legislação. Isso significa a exigência de padrão de comportamento leal e solidário que se espera dos contratantes e que impõe ao comitente o exercício de sua potestativa prerrogativa de alterar as instruções, a qualquer tempo, de forma a evitar causar dano ao comissário (dever de cuidado com o cocontratante), ademais informado-o claramente das novas ordens (dever de informação). É, enfim, o exercício do direito de alterar as instruções sem abuso, todavia compreendido não só sob vertente subjetiva, envolvendo deliberado propósito de prejudicar, e sim em razão do *standard* de conduta de colaboração e cooperação que se reclama nas relações contratuais e, antes, nas relações em geral (art. 187 do CC).

Mas, atendidos esses requisitos, não é dado ao comissário opor-se à modificação de suas instruções, se afinal age no interesse de quem as modificou.

Art. 705. Se o comissário for despedido sem justa causa, terá direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 188 (parcial) (*revogado*), Código Comercial.

Se no art. 703, antes examinado, regram-se as conseqüências da despedida do comissário com justa causa, ou seja, por motivo de conduta culposa que lhe seja imputável, no artigo em estudo prevê-se a extinção do contrato de comissão por iniciativa do comitente, sem culpa atribuível ao comissário. É mesmo a denúncia imotivada ou a revogação da comissão que, como já se disse para o mandato, no comentário ao art. 682, a que ora se remete o leitor, decorre da essência fiduciária do ajuste, ou seja, da confiança depositada no outorgado que, assim, justifica, uma vez cessada, a retirada do encargo delegado.

Mas, também conforme se acentuou no comentário ao art. 682, uma vez remunerada a atividade do outorgado, como é intrinsecamente o que se dá na comissão, é devida indenização pelo que, aqui, o Código Civil chama de despedida sem justa causa do comissário. Até por esse dever indenizatório, muitos se recusavam a admitir que pudesse haver mesmo um direito de revogação da comissão, malgrado reconhecendo-se a possível ocorrência de uma denúncia vazia do ajuste (v. *g.*, Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, §4.731, n. 2, p. 326).

De toda sorte, já previa o Código Comercial, no artigo acima aludido, que poderia o comitente *retirar* o encargo conferido ao comissário, ainda que o indenizando. Apenas que, na legislação comercial revogada, estabelecia-se um limite ressarcitório mínimo *a forfait*, quando se determinava, havida a injustificada despedida, o pagamento de não menos que a metade da comissão devida, mesmo que não correspondesse exatamente aos trabalhos exercitados.

No Código Civil, contudo, o ressarcimento compreenderá a comissão proporcionalizada de acordo com a extensão dos serviços úteis prestados, tal como nos arts. 702 e 703, mas além disso com a composição de perdas e danos que a conduta do comitente tiver provocado ao comissário, incluindo lucros cessantes, pelo que, inclusive, muitos sempre defenderam que, no caso de despedida sem justa causa, a comissão devesse ser paga por inteiro (ver por todos: GOMES, Orlando. *Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 404; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*? 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 248).

A diferença, no entanto, para o que está no Código Civil de 2002, é que o suplemento da comissão, em relação aos serviços prestados de forma útil, antes da despedida, não se dará de forma automática, mas a título de lucros cessantes, assim desde que atendidos os requisitos respectivos (art. 403). Sem contar os casos em que não é ajustado, previamente, o valor da comissão.

Enfim, da mesma forma que a culpa do comissário o obriga a indenizar, na despedida com justa causa (art. 703), a denúncia imotivada do comitente o sujeita a igual reparação.

Art. 706. O comitente e o comissário são obrigados a pagar juros um ao outro; o primeiro pelo que o comissário houver adiantado para cumprimento de suas ordens; e o segundo pela mora na entrega dos fundos que pertencerem ao comitente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 180 e 185 (parcialmente correspondentes) (*revogados*), Código Comercial.

O artigo em questão, antes de mais nada, consagra obrigações do comitente e do comissário que no Código Comercial eram previstas de forma direta e, portanto, mais clara, nos arts. 180 e 185. De toda sorte, incumbe (a) ao comitente o dever de ressarcir as despesas que o comissário houver adiantado para o cumprimento do encargo que lhe foi conferido; e (b) ao comissário o dever de pronta entrega de fundos que pertençam ao comitente, especialmente o produto do negócio a cuja prática se volta a comissão. A rigor nada diverso do que, acerca do mandato, previu o Código Civil nos arts. 668, 675 e 676, já atrás examinados.

De um lado, exercendo-se a comissão no interesse e proveito do comitente, a este cabe arcar com as despesas necessárias e úteis ao seu cumprimento, disponibilizando-as, desde logo, se solicitado pelo comissário (ver MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 343), tal qual no mandato (art. 675), ou reembolsando, de imediato, à vista, salvo convenção em contrário, as despesas que o comissário tiver adiantado.

De outro lado, pelo mesmo motivo, ao comissário se impõe a básica obrigação de transferir ao comitente exatamente aquele proveito auferido com o negócio que lhe foi cometido, incontinenti ou conforme o prazo ajustado, tanto quanto lhe é vedado malversar ou empregar para fim diverso fundos que lhe tenham sido entregues para cumprimento do ajuste.

Pois num ou noutro caso incidirão juros à taxa legal (art. 406), de novo tal qual se estabeleceu, em idêntica contingência, para o mandato (arts. 670 e 677, a cujos comentários se remete o leitor). Vencerão em desfavor do comissário, com natureza moratória, se e desde quando tiver dado destino diverso a valores recebidos para despesas da comissão ou tiver deixado de transferir o proveito dela resultante, pertencente ao comitente, aqui se respeitando as regras gerais de constituição em mora, *ex reu* ou *ex persona*, conforme haja sido ou não estabelecido prazo certo para o repasse; em desfavor do comitente, com natureza compensatória, se e desde o instante em que o comissário tiver adiantado despesas a cargo daquele, porquanto necessárias ou úteis à execução da comissão.

Art. 707. O crédito do comissário, relativo a comissões e despesas feitas, goza de privilégio geral, no caso de falência ou insolvência do comitente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 189 (parcial) (*revogado*), Código Comercial.

Manteve o Código Civil a regra contida no Código Comercial, em seu art. 189, que confere ao crédito do comissário, pela sua comissão ou reembolso de despesas efetuadas, deven-

do-se acrescentar os juros respectivos (ver artigo anterior), preferência legal no concurso de credores. Ou seja, concede a lei privilégio geral ao crédito referido do comissário, no caso de falência ou insolvência do comitente, o que significa classificá-lo, dentre os créditos contra o comitente, antes dos quirografários, malgrado depois daqueles garantidos por direito real, ressalvados ainda os débitos trabalhistas e fiscais (art. 83 da Lei n. 11.101/2005).

A preferência, de qualquer sorte, teve em vista a verdadeira contraprestação por trabalho prestado que a comissão envolve, incluídas as despesas efetivadas e para tanto úteis ou necessárias, muito embora hoje se possa pensar na admissão de uma comissão civil, não profissional, como já expendido no comentário ao art. 693.

Por fim, diga-se que o artigo em comento não repetiu a especificação que estava no art. 189 do Código Comercial acerca de hipoteca instituída em favor do comissário, porquanto dispôs sobre direito de retenção para assegurar o recebimento do mesmo crédito ora tratado, de resto o que muitos já admitiam encerrar uma mesma providência, o que se verá no artigo seguinte.

Art. 708. Para reembolso das despesas feitas, bem como para recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu poder em virtude da comissão.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil, no artigo presente, positivou, de forma textual, o direito de retenção em favor do comissário, que muitos já entendiam previsto no art. 189 do Código Comercial, quando aludia a uma hipoteca privilegiada a garantir o crédito daquele pela comissão e por despesas adiantadas (ver, por todos: BULCARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 1984, p. 474). Ou mesmo se podia inferir a retenção da interpretação conjunta dos arts. 190 e 156, também do Código Comercial.

De qualquer maneira, agora, e de novo a exemplo do que se dá no mandato (arts. 664 e 681), se explicita o direito de retenção que ao comissário se concede, incidente sobre bens ou valores que estejam em seu poder, em virtude da comissão, para reembolso das despesas efetuadas e recebimento de sua remuneração. Exige-se, destarte, que os bens ou valores sobre os quais se exercitará a retenção estejam em poder do comissário e necessariamente por causa ou em razão do exercício da comissão.

Apenas se pondera que, de maneira mais abrangente, poderia o artigo em questão haver expressado a pertinência da retenção à garantia de *tudo* quanto devido ao comissário em virtude da comissão, tal como se procedeu no art. 664, a cujo comentário se remete o leitor, portanto incluindo até eventuais indenizações.

Art. 709. São aplicáveis à comissão, no que couber, as regras sobre mandato.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 190 (*revogado*), Código Comercial.

Afora, sobretudo, o que dispunha o art. 165, quando conceituou a comissão, a referência à aplicação subsidiária do regramento atinente ao mandato (art. 190), o que ora se repete, ainda que não só por isso, mas pelo que fazia o Código Comercial quando tratava do ajuste em comento, levou grande parte da doutrina a sustentar que a comissão fosse, em verdade, uma espécie de mandato, caracterizado pela ausência de representação (mandato sem representação

ou com representação imperfeita). É certo, também, que muito se combateu essa tese, procurando-se identificar uma autonomia no contrato de comissão, posto que semelhante ao mandato e com regras a este relativas, que lhe fossem aplicáveis de maneira subsidiária, a propósito inexistindo dúvida a levantar ante o que se contém, hoje, no artigo ora em comento.

Viu-se, todavia, ao longo dos comentários aos artigos do Capítulo presente, destinado ao tratamento da comissão, que constantes são as referências a idênticas previsões e mesmo a idênticos princípios, regras, direitos e obrigações concernentes ao mandato. Daí se ter sustentado, logo no art. 693, que o Código atual parece ter cuidado da comissão, malgrado em capítulo próprio, como um verdadeiro mandato sem representação, embora forçosamente oneroso, só que com finalidade específica, ou seja, para aquisição ou alienação de bens no interesse do comissário. De qualquer maneira, impende, a todo esse respeito, remeter ao que já se expendeu no comentário ao referido art. 693.

CAPÍTULO XII DA AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil de 2002, no artigo presente, seguindo a tendência de trazer ao seu texto contratos de natureza mercantil por causa do tratamento unificado que reservou ao direito obrigacional, tipificou o ajuste que denominou de agência e, como uma espécie sua, a distribuição. Definiu a agência como o contrato mercê do qual uma pessoa, com habitualidade mas sem induzir relação de dependência ou mesmo de emprego, promove, angaria ou intermedeia negócios em benefício de outrem, em uma zona circunscrita, mediante o pagamento de uma comissão, isto é, da remuneração correspondente.

Trata-se de contrato *consensual*, porque aperfeiçoado sem a exigência de forma especial; *bilateral* porque, uma vez firmado, induz direitos e deveres a ambas as partes, agente e, como está na lei, proponente (a rigor preponente ou agenciado); *oneroso*, devido à remuneração ao agente (art. 714); e *intuitu personae*, porquanto baseado na confiança que o proponente deposita no agente, daí dizer-se personalíssimo e intransferível. Seu objeto é o desempenho, pelo agente, de atividade voltada à obtenção ou à promoção de negócios em favor do agenciado, do preponente.

Pela habitualidade, estabilidade e permanência que a caracterizam, ademais da delimitação da área de atuação do agente, a agência difere da corretagem, também uma mediação tendente a promover negócios à conta e interesse de outrem, mas sem aqueles mesmos elementos. Difere também da comissão porquanto o agente, ao contrário do comissário, não é partícipe, não contrata em seu nome o negócio fim, aquele a cuja consumação, sempre no interesse de outrem, tendem ambos os ajustes.

O grande problema, porém, que o Código Civil de 2002 acaba fomentando, sobretudo quando, no art. 721, sem maior explicitação, ressalva a aplicação, no que couber, da legislação especial, malgrado já candente a dúvida mesmo antes de sua edição, é se o contrato de agência guarda alguma relevante distinção da representação comercial, regradada na Lei n.

4.886/65, com alterações introduzidas pela Lei n. 8.420/92. Pese embora a existência de opostas opiniões a respeito, tem-se que, a rigor, apenas cuidou o Código Civil de dar nova denominação à mesma figura tipificada naquela legislação especial, seguindo a esteira de outras legislações, em especial a italiana (art. 1.742), como já se disse no comentário ao art. 693, uma fonte relevante.

Na verdade, ao que se entende, alguma diferenciação se poderia fazer se na atividade do representante comercial houvesse uma verdadeira e intrínseca representação que lhe permitisse enlugar os negócios que angaria ou promove em favor do representado. Mas não é o que ocorre. Ou, ao revés, tal como se prevê no parágrafo único do artigo em comento, o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 4.886/65 prevê que a concessão de poderes de representação ao representante se dá de forma excepcional. Mais, e a reforçar a tese, a própria definição de representante comercial, no mesmo art. 1º da legislação especial, não revela nenhum traço diferencial que seja relevante em comparação ao art. 710 do atual Código Civil. Em última análise, destarte, o que fundamentalmente dá conteúdo aos contratos previstos no Código Civil e na legislação especial é a mesma ideia de agenciamento de negócios, de clientes para o preponente, em troca de uma remuneração por essa atividade, que se desenvolve profissionalmente e que é, afinal, de colaboração empresarial. Aliás, a própria Lei n. 4.886/65 não deixou de aludir, logo no citado art. 1º, que o representante se incumba de *agenciar* propostas ou pedidos para transmiti-los ao representado, da mesma forma que o Código Civil não se furtou a remeter à lei especial o cálculo de indenização devida em caso de dispensa do agente (art. 718).

Todavia, malgrado cuidando-se de um só contrato, a ausência de maior explicitude do Código Civil de 2002 poderá trazer questões de conflito de leis. Antes, contudo, insta acentuar que é possível a admissão, quando não houver antinomia, da coexistência de ambas as legislações, caracterizando-se o direito moderno, ou pós-moderno, como já se defende, pela multiplicidade de fontes normativas, incluída aí a pluralidade de diplomas regendo um mesmo instituto, até mesmo de forma a se complementarem mutuamente, atendidos os princípios básicos que o norteiam e o papel unificador do sistema que têm os preceitos constitucionais que sejam a propósito aplicáveis. Aliás, por vezes, o próprio Código Civil ressaltou sua simultânea aplicação com a lei especial (ver art. 718, como se acaba de afirmar, sem contar o art. 721, já colacionado). Mas, havendo conflito, considera-se que deva ser aplicada a legislação posterior (critério cronológico), dado que, quando trata do contrato de agência, o Código Civil não pode ser considerado lei geral. Assim, por exemplo, e como se verá no respectivo comentário, reputa-se prevalecente, para o caso de denúncia do ajuste firmado por prazo indeterminado, o prazo de aviso prévio estabelecido no art. 720 do Código Civil, e não o do art. 34 da lei especial. Da mesma forma a questão da exclusividade do ajuste (ver artigo seguinte). Porém, ao revés, são plenamente compatíveis ambas as normatizações quanto à exigência de registro em órgão próprio (art. 6º da Lei n. 4.886/65) para desempenho da atividade objeto do ajuste vertente, afinal de índole profissional, ou à permissão de que a exerça também pessoa jurídica (art. 1º da Lei n. 4.886), o que não se explicita no art. 710 nem pode ser inferido, consoante se examinará, da previsão do art. 719, ambos do Código Civil.

Quanto ao contrato de distribuição, termo equívoco que, em sentido amplo, pode ser também usado para designar um gênero de que a própria agência, além da concessão comercial, seria uma espécie, junto com a franquias, inclusive, conceitua-o o atual Código, é certo, como uma verdadeira agência, mas com uma particularidade diferencial, que está na disponibilidade, pelo agente, da coisa a ser negociada em favor ou no interesse do agenciado. Mas duas ordens de questões são suscetíveis. Uma é o que se entende por *disponibilidade*. Outra, conseqüente, é se essa distribuição, prevista no Código Civil, identifica-se com o contrato atípico de concessão comercial ou com a distribuição tratada, para os veículos automotores, na Lei n. 6.729/79.

Pela concessão comercial sempre se entendeu a atividade de alguém que adquiria, ou adquire, para revenda, produtos de um fornecedor, experimentando remuneração consis-

te na diferença entre o preço da compra e o da venda. É certo que a caracterizam elementos como a continuidade ou a estabilidade da relação, a que se agregam deveres complementares atinentes à preservação da própria marca do produto negociado. Para muitos, dela seria exemplo a concessão de veículos automotores, que ganhou regramento específico (Lei n. 6.729/79), identificando-se como uma distribuição que envolve a mesma aquisição, pelo distribuidor, de produtos de uma marca, para revenda, e com obrigação suplementar de manter assistência técnica, estoque de reposição de peças, tudo sob a fiscalização do fornecedor, como forma de assegurar a qualidade de sua marca. Não se nega que seja feita, por vezes, uma distinção inclusive entre a concessão comercial e a distribuição, sobretudo de veículos automotores - pese embora o que está no art. 1º da Lei n. 6.729/79, que refere mesmo uma concessão entre as partes -, que estaria na autonomia que tem o distribuidor e, ao contrário, na maior interferência do concedente na concessão comercial (ver a respeito: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 635). Mas, da mesma forma, em um ou outro ajuste há a aquisição pelo concessionário ou distribuidor do bem que será revendido, dando-se, ademais, sua remuneração nunca pelo pagamento de uma comissão devida pelo fornecedor, e sim pela diferença entre o montante da compra e o da venda.

Pois o que se discute e se pergunta no Código Civil de 2002 é se a distribuição por ele tratada se amolda à figura da concessão atípica ou da distribuição já tratada, para veículos, na lei especial citada, a chamada Lei Ferrari. E se para muitos a resposta é positiva - pelo que a concessão teria ganho regramento típico ou, se se a entender diversa da distribuição comercial, teria igualmente esta passado a ser contrato com tipicidade geral, não só para autos, porém acerca dos quais vigoraria a lei aqui sem dúvida especial, em relação ao Código Civil - considera-se que deva ser negativa a conclusão. Ao que parece, o Código Civil regrou o que denominou de distribuição como uma espécie determinada de agência, todavia sob o influxo dos mesmos elementos que a caracterizam. Ou seja, uma atividade de intermediação, de agenciamento, enfim, paga com uma comissão devida pelo preponente, apenas que dispondo o agente não da propriedade, mas da posse da coisa a ser negociada. Tanto assim que todas as normas subsequentes do capítulo em exame cuidam de direitos e obrigações típicas de quem chamou, unificadamente, de *proponente* (*rectius*: preponente) e *agente*, sem nenhuma alusão específica ao distribuidor, ou a direitos e deveres que fossem compatíveis com sua condição de proprietário da coisa a ser renegociada. Tem-se em mira, na verdade, no Código Civil de 2002, uma distribuição de produtos de outrem, como observa Humberto Theodoro Júnior, mas por conta alheia, por mera preposição, e não uma distribuição por conta própria, como sucede no que, a seu ver, e ao que se acede, é uma verdadeira concessão comercial (“Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil” In: *Revista dos Tribunais*, v. 812, p. 22-40).

Jurisprudência: Ainda que tratando de específica condição de agente, mas definindo a natureza e características de sua atuação, ver: STJ, REsp n. 410.172/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 02.04.2002, DJU 29.04.2002. Assentando, já antes do Código Civil de 2002, a indistinção entre a agência e a representação comercial: TJRS, Ap. cível n. 590.044.616, 1ª Câmara, rel. Des. Castro do Nascimento, j. 14.08.1990; Ap. cível n. 590.072.161, 4ª Câmara, rel. Des. Pires Freire, j. 19.12.1990. Caracterizando o contrato de distribuição: STJ, Ag. n. 581.581, em decisão monocrática, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.08.2004. Considerando, antes do Código Civil de 2002, a distribuição de veículos verdadeira concessão comercial: I TACSP, AI n. 1.003.268-5, 10ª Câmara, rel. Juiz Frank Hungria, j. 26.06.2001. No mesmo sentido: STJ, MC n. 5.856, em decisão monocrática, Min. Cesar Asfor Rocha, j. 06.12.2002. Assentando que a distribuição de bebidas se rege pelo Código Civil, sem possível incidência da Lei n. 6.729/79: STJ, REsp n. 789.708/RS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.09.2006. Diferenciando a distribuição e a representação comercial porque, naquela, “o lucro resulta das vendas que o distribuidor faz por sua conta e risco”: TJSP, Ap. cível n. 7.285.490.900, 11ª Câmara, rel. Des. Moura Ribeiro, j. 15.01.2009.

Art. 711. Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 27, *i*, e 31, Lei n. 4.886, de 09.12.1965.

O artigo presente consagra a regra da exclusividade, e recíproca, no contrato de agência e de distribuição, ademais presumida, se não houver cláusula em contrário, o que significa inovação no sistema. É certo que a lei dos representantes comerciais já continha preceito alusivo à exclusividade - remetendo-se o leitor ao comentário ao artigo anterior para exame da controvérsia sobre se se agitava do mesmo ajuste versado aqui no Código Civil. Porém, os arts. 27, *i*, e 31 da Lei n. 4.886/65 referiam-se a uma exclusividade do exercício da representação em favor do representante, e tão somente se assim se tivesse ajustado. Ou seja, a exclusividade não era nem recíproca nem presumida. Agora, ao revés, dispõe-se, para os contratos de agência ou distribuição, que, se não houver cláusula em contrário, a exclusividade se presume, e não só mais do representante, todavia também em benefício do representado.

Quer dizer que, em determinada zona, e para um mesmo tipo de negócio, em regra não poderá o proponente nomear mais de um agente para agir por sua conta, como não poderá o agente aceitar o mesmo encargo para atuar em favor de mais de um proponente (v. artigo anterior sobre essa denominação). A quebra da exclusividade por qualquer uma das partes, como de resto já se previa na lei especial (art. 36, *b*),^y autoriza a resolução do ajuste por inadimplemento culposos, sujeitando o inadimplente à composição de perdas e danos, a propósito valendo remissão ao quanto se contém na disposição do art. 714, adiante comentado. Aplica-se esse preceito também para o caso de o proponente ter realizado diretamente o negócio incumbido ao agente, naquela zona, o que, se para muitos não representa afronta à exclusividade (v. g., GOMKS, Orlando. *Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 415), pode, na reiteração, levar à dispensa indireta, de que cuida o art. 715, parte final, do Código Civil.

A zona de atuação do agente, com exclusividade, na ausência de previsão em contrário, deve ser compreendida como uma base territorial, mas, como observa Fábio Ulhoa Coelho, também um mercado com clientela específica e perfil determinado, podendo-se excluir, por exemplo, negócios entabulados por via eletrônica ou com um mesmo grande empresário, para suprimentos diversos (*Curso de direito comercial*, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 114).

Por fim, diga-se que se, como se sustentou no comentário ao artigo antecedente, o Código Civil tratou da mesma representação comercial que estava na Lei n. 4.886/65, sobre ela prevalece no caso de conflito de disposições, portanto a partir do atual Código presumindo-se a recíproca exclusividade, no silêncio do contrato.

Jurisprudência: Já antes do Código Civil de 2002, dando pela constitucionalidade da previsão de exclusividade, em contrato de distribuição, igualmente sem infração a dispositivo da Lei Antitruste, ver: TJPR, Ap. cível n. 23.558, rel. Des. Roberto Silva, j. 11.02.2004. Liberando negociações em áreas livres, fora dos limites da exclusividade: *RJTJESP* 118/110.

Art. 712. O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 28, Lei n. 4.886, de 09.12.1965.

Caso típico de aplicação conjunta, de modo a se complementarem o Código Civil de 2002 e a Lei n. 4.886/65, como se defendeu no comentário ao art. 710, ao qual ora se remete o leitor, é esse relativo à previsão dos deveres impostos ao agente ou distribuidor, no cumprimento do contrato entabulado. Isso porquanto o respectivo elenco não se esgota na previsão do artigo em comento.

De toda sorte, e em primeiro lugar, é evidente que ao agente se impõe a obrigação de agir com zelo e cuidado no cumprimento do encargo que lhe foi cometido. Vale aqui não olvidar que o agente age no interesse e em benefício de outrem. Por isso mesmo, e da mesma forma que ocorre no mandato e na comissão (ver comentários aos arts. 667 e 696), o agente deve atuar de modo a atender à razoável expectativa que tem o preponente ao lhe cometer o desempenho da atividade de promoção de negócios à sua conta. Em diversos termos, a conduta do agente deve não só se ostentar escoimada de tudo quanto possa causar dano ao preponente mas, também, deve se mostrar adequada a lhe proporcionar a vantagem que razoavelmente poderia esperar com a entabulação do ajuste. Tanto assim que já era hábito, e não será hoje inviável, fixarem-se metas mínimas de produção do agente.

Mais, impende ao agente obrar em conformidade com as instruções do preponente. Ou seja, embora o agente goze de relativa autonomia no desempenho de sua atividade, organizando-a como queira, inclusive valendo-se de auxiliares ou subagentes, adstringe-se àquilo que tenha ordenado o preponente, já que por este contratado para atuação no seu interesse. É o que se dá, por exemplo, quanto à fixação de preço de mercadorias cuja negociação se agencia, ou mesmo no que diz respeito às condições para tanto estabelecidas (art. 29 da Lei n. 4.886/65).

Todavia, há que reconhecer que os deveres do agente ou do distribuidor vão mais além e abrangem ainda, até como corolário da boa-fé objetiva, que em sua função supletiva cria os chamados deveres anexos ou laterais, verdadeiramente de conduta solidária e leal, a devida informação que lhe incumbe prestar sobre os negócios agenciados e sobre seu andamento, de resto, tal como expressa o art. 28 da Lei n. 4.886/65, contemplativo, em acréscimo, conforme interpretação que se lhe empresta, também da devida informação sobre as condições do mercado, a situação dos clientes, a do comércio em geral e da praça em que se desenvolve a agencia (v. g., MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 325).

De igual maneira deve o agente prestar contas dos negócios consumados por sua gestão e interferência, no cumprimento do contrato de agência ou distribuição, também como se contém no art. 19, *e*, da lei especial, por exemplo quanto a documentos ou recibos que lhe tenham sido entregues em virtude do agenciamento.

Por fim, outro dever anexo, atinente à agência e distribuição, está na reserva sobre as atividades desenvolvidas, portanto a subtração do conhecimento público de fatos ou dados que possam prejudicar o preponente, seus negócios ou a vantagem por ele razoavelmente esperada, o que decorre igualmente do princípio da boa-fé objetiva, destarte a par do que foi previsto no art. 19, *d*, da Lei n. 4.886/65.

Jurisprudência: Considerando, já bem antes do Código Civil, que o representante comercial que age além dos poderes recebidos, entabulando negócio que somente deveria agenciar, não obriga o representante, antes obrigando a si próprio, conferir: *JB141/33*. Sobre o dever de diligência e guarda dos instrumentos de contratos decorrentes do exercício da agência: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.48727, 2ª Câm., rel. Des. Carlos Eduardo Passos, j. 12.09.2007.

Art. 713. Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor.

Mesmo antes da edição do Código Civil de 2002, defendia-se, em doutrina, que as despesas, diretas ou indiretas, experimentadas em razão da atividade de agência ou distribuição coubessem ao agente, incumbindo-se o preponente tão somente do pagamento da comissão (v. g., GOMES, Orlando. *Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 416).

Expressa-o agora o artigo presente, sempre à consideração de que, afinal, a agência e a distribuição implicam atuação habitual e profissional do agente, a quem são afetos os custos para tanto necessários. E assim mesmo aqueles indiretos, como o são, por exemplo, os devidos pela propaganda do produto ou mercadoria cuja negociação se vem a agenciar. Exemplifica Sílvio de Salvo Venosa, ainda, com despesas de treinamento de pessoal, viagens e remessa de amostras, já que a seu viso, afinal, tem-se em mira verdadeiro negócio autônomo e próprio do agente, que é a atividade contratada de agência (*Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 632).

Bem de ver, porém, que a regra é dispositiva, o que significa dizer que podem as partes pactuar o inverso, ou seja, que as despesas correntes do agenciamento fiquem afetas ao preponente.

Jurisprudência: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.32449, 14ª Câm., rel. Des. José Carlos Paes, j. 15.08.2007.

Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 31, Lei n. 4.886, de 09.12.1965.

Como se viu no comentário ao art. 710, que inaugura o capítulo, é inerente à agência ou distribuição a promoção, pelo agente ou distribuidor, de determinados negócios, à conta do preponente, em uma zona determinada. Mais, estabeleceu-se agora, no Código Civil de 2002 (art. 711), que, como regra, portanto salvo estipulação em contrário, o agente ou distribuidor desempenha sua atividade, na zona circunscrita, de forma exclusiva.

Pois, como corolário natural, se nessa mesma zona, mesmo sem a interferência do agente ou distribuidor, se conclui negócio compatível com aquele cujo agenciamento lhe houvera sido cometido, devida se fará sua remuneração. Era, de resto, o que já explicitava o art. 31 da Lei n. 4.886/65. Fazia-o, mais, anotando fazer jus o agente à comissão por negócios realizados em sua zona de atuação exclusiva por intermédio de terceiros ou mesmo do próprio preponente.

E, de fato, muito embora para alguns não esteja impedido o preponente de, ele próprio, consumir negócios, a despeito do contrato de agência, sem que isso signifique inadimplemento, a não ser que indireto, quando o proceder se repetir de modo a privar o agente do interesse econômico atinente à entabulação (v. g., GOMES, Orlando. *Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 415), nesse caso, de toda sorte, sempre se entendeu devida a comissão como se o negócio tivesse sido ultimado por intervenção do agente ou distribuidor. Como a exclusividade, porém, malgrado presumida, não é da essência do contrato, podendo-se ajustar o inverso, se assim se pactuar, aí então negócios por outrem ou pelo preponente realizados na zona de atuação do agente não lhe darão direito à comissão. Ou, mais até, não se impede que se pactue a possibilidade de o próprio preponente firmar diretamente negócios de seu interesse, embora a tanto impedidos outros agentes, sem que o agente contratado tenha direito à percepção de remuneração, ressalvada sempre a resolução indireta pela inexpressividade econômica do ajuste, revelada na forma do art. 715, a seguir comentado.

Jurisprudência: Já, sob a égide da lei especial dos representantes comerciais, admitindo o pacto contratual no sentido da possibilidade de o representado consumir, diretamente, negócios na zona de atuação do representante, ver: *JTACSP*191/225.

Art. 715.0 agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 32, § 7º, e 36, Lei n. 4.886, de 09.12.1965.

Já se ocupava a Lei n. 4.886/65 - reiterada a ressalva que no comentário ao art. 710 se efetuou acerca de seu confronto com a agência regradada pelo CC/2002 - de elenco de causas de resolução do contrato de representação por fato imputável ao representado, consistente no descumprimento de obrigações contratuais que lhe eram afetas, o que se encontrava no art. 36, ou em seus diversos incisos, como se verá não com diferente sentido do quanto, hoje, contém o CC/2002.

Pois dentre esses incisos, ou letras, a legislação especial discriminava hipóteses da chamada dispensa indireta do representante, ou enfim de causas culposas de resolução de sua contratação pela inviabilização mesmo de sua atividade, mercê de atitude que viesse o representado a adotar. Assim, por exemplo, se estabelecia, na letra c do artigo citado, que o representante poderia resolver o ajuste, por culpa do representado, sempre que este elevasse, abusivamente, os preços de seus produtos ou mercadorias de modo a impedir a ação regular daquele, em sua zona de atuação. Sem contar que na letra a do mesmo preceito se previa igual causa de resolução quando o representado reduzisse a esfera de atividade do representante. Sobrevinda a Lei n. 8.420/92, que deu nova redação a preceitos da lei dos representantes, explicitou-se a vedação de quaisquer alterações que implicassem, direta ou indiretamente, diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência do ajuste.

Veja-se todavia que, a rigor, o espírito a animar a disposição do art. 715 do Código Civil não é diferente. Em primeiro lugar porque é, afinal, obrigação do preponente atender às propostas agenciadas, nos termos das instruções recebidas, pelo agente. Ou seja, haverá real inadimplemento contratual, direto até, se o preponente se der a recusar, sem causa justificável, a entabulação dos negócios promovidos, no seu interesse, pelo agente. Depois, identicamente terá o preponente obrado de forma indevida se, de novo sem justificativa plausível, reduzir o atendimento das propostas encaminhadas pelo agente de modo a retirar, do ajuste de agência, todo seu interesse econômico.

É o que também se dá, de resto, e tal como mencionado no comentário ao artigo anterior, se o preponente passa, de maneira habitual, a realizar negócios diretamente, sem a interferência do agente, em sua zona de atuação, admitido por hipótese que não impeça, já *de per se*, a exclusividade que hoje é presumida (ver comentário ao art. 711 e GOMES, Orlando. *Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 415), ou mesmo quando ela tenha sido excluída. No fundo, trata-se de conduta dissonante do padrão de eticidade e solidarismo que deve permear as relações contratuais e que é imposto pelo princípio da boa-fé objetiva. Verdadeira hipótese de abuso, nos termos do art. 187 do Código Civil de 2002 e da tese objetiva a propósito lá insculpada. Em outras palavras, uma atuação do preponente que frustra a confiança do outro contratante, inviabilizando o proveito econômico razoavelmente esperado pelo agente com o serviço contratado, induzindo assim, posto que de forma indireta, uma dispensa injustificada ou uma violação do dever de boa-fé contratual, a justificar a resolução com perdas e danos.

Jurisprudência: Já considerando a frustração da confiança da parte, levada a efetivar altos investimentos, para depois ver resilido o contrato, mesmo que firmado por prazo indeterminado, assim desde há muito tomando-se a exigência de lealdade nas relações, por isso que se estabelecendo indenização, ver: *JB141/136*.

Art. 716. A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente.

CC/1916: sem correspondente.

Já sob a vigência da Lei n. 4.886/65 se entendia ora que a comissão fosse devida ao representante sempre que o negócio por ele agenciado não se consumasse por culpa que não fosse a si imputável (ver, por todos: MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 325), ora que a remuneração não fosse devida sempre que o negócio não se realizasse sem culpa do representado (cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 416).

O Código Civil de 2002 superou essa dicotomia e assentou que a comissão será sempre devida quando o negócio agenciado não se consumir por fato que seja imputável ou atribuível ao preponente e não escusável. Portanto, não basta que o negócio não se ultime sem culpa do agente. É preciso que isso ocorra por fato atribuível ao preponente. Mais: insta que o fato ao preponente imputável não tenha justa causa. Ou seja, tem-se uma atividade proveitosa realizada pelo agente, que promove negócio somente não firmado por injustificável circunstância relativa à pessoa do preponente, que lhe seja imputável, como quer a lei. É, de resto, o mesmo espírito do preceito anterior.

Imagine-se, por exemplo, o preponente que, sem justa causa, se recusa a fornecer a mercadoria cuja alienação foi agenciada pelo agente. É a mesma conduta culposa que, repetida e reiterada, encontra previsão no artigo antecedente, encerrando mesmo causa de resolução do ajuste, com perdas e danos. Aqui, por qualquer causa a si imputável, e injustificável, impedindo o preponente a ultimação de negócio proveitosamente agenciado pelo agente, a comissão deste deverá ser, de toda forma, paga por inteiro.

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 1.235.777.005,26ª Câmb., rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 14.04.2009.

Art. 717. Ainda que dispensado por justa causa, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos.

CC/1916: sem correspondente.

É regra geral dos contratos, contida no art. 475 do CC, a possibilidade de sua resolução por inadimplemento de uma das partes, portanto sempre que esta descumprir seus deveres contratuais, ademais de sua sujeição à composição dos prejuízos daí advindos. É o que o preceito em exame quer significar quando alude à dispensa do agente, por justa causa, com sua consequente responsabilização pelos prejuízos que tiver assim causado ao preponente. Mais: é ainda o que já previa a Lei n. 4.886/65 no seu art. 35, ao facultar a dispensa justificada do representante sempre que desidioso no cumprimento do ajuste, sempre que atuasse de modo a desacreditar o representado no mercado, ou quando, enfim, faltasse aos deveres decorrentes do contrato, da lei e do padrão de retidão que a boa-fé objetiva impõe nas relações contratuais.

Porém, ressalva agora o Código Civil de 2002 que, a despeito da justificada dispensa, ou da resolução do contrato por inadimplemento do agente, faz ele jus à percepção da comissão devida em razão dos negócios úteis que tiver antes promovido. Trata-se, a rigor, da mesma previsão que se fez inserir no capítulo da comissão, particularmente no art. 703, a cujo comentário se remete o leitor. E, como lá se disse, a ideia do legislador foi evitar que o preponente, apesar de autorizado a resolver o contrato, por culpa do agente, pudesse se aproveitar dos serviços por este já prestados de forma útil, sem lhe pagar a respectiva remuneração, o que significaria evidente enriquecimento sem causa, condenado pelo sistema. Isso em que pese a indenização a que pode fazer jus o preponente, pelos prejuízos que o inadimplemento lhe causou, cujo importe pode ser passível de compensação com a remuneração com que tenha de arcar, respeitados os requisitos dos arts. 368 e seguintes do CC. Ou o abatimento desta no cálculo da indenização.

Jurisprudência: Confirmando o direito do agente ao recebimento pelos serviços úteis prestados, mesmo em caso de dispensa por justa causa, para evitar enriquecimento indevido: TJSP, Ap. cível n. 7.153.881.100, 21ª Câ., rel. Des. Siqueira De Pretto, j. 19.02.2009.

Art. 718. Se a dispensa se der sem culpa do agente, terá ele direito à remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações previstas em lei especial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 27, y e § 1º, Lei n. 4.886, de 09.12.1965.

Enquanto o preceito do artigo anterior cuida da dispensa do agente com justa causa, portanto mercê de inadimplemento a si imputável, o dispositivo presente trata de sua dispensa sem justa causa, quer dizer, sem sua culpa. E, na mesma senda, tratará a norma do art. 719 da impossibilidade de o agente prosseguir em sua atividade por motivo de força maior.

De toda sorte, se há resolução do contrato por iniciativa do preponente, sem causa que a justifique, atribuível ao agente, conforme explicitação do art. 35 da Lei n. 4.886/65, a este se garante a percepção, de um lado, das comissões até então devidas e, mais, mesmo daquelas que resultem de negócios não ultimados, mas cujo agenciamento ele já tiver iniciado. São os negócios pendentes, a que se refere o artigo ora em comento. Além disso, fará jus o agente ou distribuidor à indenização que a conduta injustificada do preponente lhe tiver causado, remetendo o CC/2002, nesse passo, à lei especial.

E, com efeito, o art. 27, j, e o § 1º, da Lei n. 4.886/65, com redação dada pela Lei n. 8.420/92, previram indenização devida quando houvesse dispensa do representante, fora das hipóteses em que tivesse agido com culpa, corrigida a remissão que continha o dispositivo citado ao preceito do art. 34, e não 35, como agora está, da mesma normatização, emenda que a Lei n. 8.420/92 efetivou. Mais: distinguiram-se, em ambas as hipóteses, casos de dispensa sem justa causa quando o contrato fosse por prazo determinado, então aplicando-se a regra do § 1º do art. 27, e quando fosse por prazo indeterminado, incidindo, de seu turno, a regra da letra ;do mesmo artigo.

Na primeira hipótese, a do § 1º, a lei especial estatui uma indenização fixada em função da média das comissões recebidas até a resolução, multiplicada pela metade dos meses que ainda faltavam para o contrato findar. Já na segunda hipótese, a mesma lei estabelece indenização não inferior a 1/12 do total das comissões recebidas durante o tempo de exercício da atividade de agenciamento.

Bem de ver que, no caso de contrato por prazo indeterminado, em que a faculdade de denúncia é inerente, a indenização se fará mediante aplicação conjunta do artigo presente com a previsão do art. 720, a seguir comentado, isto é, a indenização só será devida se a denúncia imotivada de ajuste com prazo indeterminado não atender à regra do art. 720.

Observa-se que os patamares indenizatórios da lei especial não excluem a possibilidade de suplementação, provado prejuízo maior, corolário, inclusive, da imposição constitucional de integral reparação dos direitos violados. A rigor, enquanto o § 1º institui critério para fixação do que é verdadeiramente importe de lucros cessantes, portanto sem prejuízo da demonstração de danos emergentes, por exemplo consistentes nos investimentos feitos para exercício da agência pelo restante do prazo do contrato, a redação da letra *j* do mesmo art. 27 textualmente ressalva cuidar de um patamar mínimo, de uma indenização, quando devida, nunca inferior ao percentual lá estabelecido. Não se pode olvidar, a propósito, do caráter social da indenização que, no caso, se deve em virtude do exercício do que é um trabalho, à semelhança da indenização devida ao empregado, quando despedido sem justa causa. Por isso mesmo, aliás, não se vem admitindo cláusula contratual que exclua a indenização em caso de injustificada despedida do agente. Como acentua Arnoldo Wald, as regras da representação comercial se inspiram nos direitos sociais do trabalhador (“Do regime jurídico do contrato de representação comercial”. In: *Revista dos Tribunais*, outubro de 1993, v. 696, p. 17-27).

Jurisprudência: Sobre a abusividade de cláusula liberando o representado de indenizar o representante nos casos de resolução unilateral injustificada, com rica e vasta remissão, ver: *RT*800/289 e 743/303. Fixando indenização, já à luz da lei especial, para o caso de resolução do contrato por prazo determinado, por iniciativa do representado e sem justa causa: STJ, REsp n. 37.620, 4ª T., rel. Min. Fontes de Alencar, j. 26.05.1997, *DJU* 08.09.1997.

Art. 719. Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 36, *e*, Lei n. 4.886, de 09.12.1965.

O dispositivo versa, na realidade, sobre uma causa justificável de cessação das atividades do agente, portanto inapta a retirar-lhe o direito à percepção das comissões pelos negócios até então promovidos. Com efeito, sempre que seu trabalho se impossibilitar por força maior, ou por caso fortuito, a tanto equivalente em suas conseqüências (art. 393), o serviço útil até então prestado pelo agente deve ser remunerado, constituindo crédito transmissível aos herdeiros, no caso de sua morte. A rigor, a Lei n. 4.886/65 previa, em seu art. 36, *e*, que a força maior constituísse justo motivo para que o contrato de representação comercial fosse resolvido pelo representante. E, de mais a mais, se, para evitar enriquecimento sem causa, até mesmo nas hipóteses de rescisão por conduta culposa do agente a ele se garante remuneração pelo trabalho útil desempenhado (art. 717), com muito maior razão igual tratamento lhe deveria estar reservado se a interrupção de seus serviços decorrer de fato irresistível, inevitável e de força maior.

Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 34, Lei n. 4.886, de 09.12.1965.

Em primeiro lugar, vale assentar que o contrato de agência, por natureza de duração, já que induz uma relação não eventual (art. 710), pode se fazer por prazo determinado ou indeterminado. No primeiro caso, ele pode ser prorrogado de forma tácita e, mesmo que de forma expressa, necessariamente por prazo indeterminado, como exige o art. 27, § 2º, da Lei n. 4.886/65, com redação dada pela Lei n. 8.420/92, para proteger o agente de renegociações que lhe possam ocasionar desvantagem (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 108).

Mas, se o contrato já foi firmado por prazo indeterminado, ou se se encontra assim prorrogado, é facultado a qualquer das partes o que tecnicamente se denomina resilir unilateralmente o ajuste, terminologia agora incorporada ao Código Civil de 2002 (art. 473). Isso se opera pela denúncia, necessariamente notificada à outra parte, de novo conforme regramento geral da matéria, valendo remissão ao mesmo art. 473 do CC. Ocorre que, dado o caráter social da entabulação que ora se agita, de resto consoante com o comentário já detalhado no artigo anterior, obriga a lei, como já o fazia a lei especial (art. 34 da Lei n. 4.886/65), que a denúncia se faça mediante aviso prévio, com prazo de noventa dias, prevalente sobre o prazo de trinta dias que a lei dos representantes instituía, não só porque é mais benéfico a quem se quer proteger, como ainda porque, aparentemente se tratando da mesma figura contratual, com diversa denominação, no caso de conflito o critério de solução é o cronológico (ver, a propósito, comentário ao art. 710).

Apenas que, de novo como antes já se examinou no mesmo artigo citado, inexistindo conflito, lei especial e Código Civil se complementam. Por isso que, incorrido o aviso prévio, se paga o equivalente pecuniário estabelecido e quantificado pelo art. 34 da Lei n. 4.886/65, e sem prejuízo da indenização que se faça cabível, na forma do art. 27,, do mesmo diploma, a que remete o art. 718 do CC.

Outra distinção, porém, que efetuou o atual Código em relação à lei especial está no condicionamento a que se exerça, de forma regular, o direito potestativo de resilir o ajuste por prazo indeterminado. Não que igual previsão não contivesse a lei especial. Sucede que, nela, tarifava-se um prazo mínimo para que a resilição unilateral pudesse se consumir. Com efeito, apenas depois de seis meses de vigência da representação é que qualquer das partes poderia dá-la por encerrada, sem causa justificada. Já o Código Civil de 2002, consentâneo com a regra geral a respeito disposta no art. 473, parágrafo único, sem quantificar e legando a correspondente aferição ao juiz para o caso de divergência das partes, sujeita o exercício da faculdade de resilir unilateralmente o ajuste de prazo indeterminado, sem justa causa, ao decurso de um tempo que seja compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente. Ou seja, trata-se de não frustrar a expectativa de quem confiava em que o ajuste perduraria por tempo bastante a compensar o vulto dos investimentos efetuados para o desempenho da atividade, ademais observando-se a natureza, as características, o tipo de agenciamento, enfim. Típica regra, vale anotar, inspirada pela boa-fé objetiva, tantas vezes referida, e pelo padrão de eticidade e de solidarismo que se impõe na relação contratual (arts. 187 e 422).

Jurisprudência; Sobre a simultânea incidência de aviso prévio e de indenização por prejuízos causados, portanto assentando a inexistência de alternatividade entre a regra dos arts. 34 e 27, j, da Lei n. 4.886/65, e a inviabilidade de entender que o aviso prévio exclua indenização, quando devida, ver *RTJ* 75/672 e mais: STJ, REsp n. 4.474/SP, 4ª T., rel. Min. Athos Carneiro, j. 04.06.1991, *DJU* 01.07.1991; REsp n. 9.144/MG, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 10.06.1991, *DJU* 01.07.1991; TJSP, Ap. cível n. 178.759-2, 15ª Câ., rel. Des. Borroul Ribeiro, j. 01.09.1992, *JTJ* 138/78. Assentando a extinção automática pelo decurso do tempo do contrato, sem indenização: STJ, REsp n. 108.753/SP, 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 04.12.1997, *DJU* 04.05.1998. Aplicando o dispositivo a contrato de distribuição: TJPR, AI n. 11.215, 5ª Câ., rel. Des. Vidal de Oliveira, j. 10.02.2004.

Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo presente, que encerra o capítulo destinado ao regramento dos contratos de agência e de distribuição, em primeiro lugar, ao que se entende, quando a ambos alude indistintamente, reforça a conclusão, já externada no comentário ao art. 710, de que a distribuição não está a consubstanciar nada mais que uma específica agência, apenas tendo o agente a disponibilidade da coisa, compreendida como a posse do produto ou mercadoria cuja negociação se agencia.

De outra parte, o preceito em comento explicita que a agência e a distribuição são contratos daquele gênero que envolve a atuação de alguém no interesse ou à conta de outrem. Segundo se diz, em outros termos, há uma colaboração, um ajuste desse tipo caracterizado por atividade que é própria mas desempenhada a propósito de interesses alheios, como o são, também, o mandato e a comissão, por isso mesmo referidos no texto do artigo.

Por fim, aludindo à lei especial, o artigo parece identificar na agência a mesma representação comercial de que cuida a Lei n. 4.886/65. Foi a tese que se esposou logo no comentário ao art. 710, de novo a que se remete o leitor. Há que ver, nessa senda, que os comentários aos artigos do capítulo partiram sempre desse pressuposto, repita-se, logo expresso quando se examinou o artigo que o inaugura, e em que se ressalvaram as objeções que a respeito podem ser levantadas, destarte matéria lá enfrentada e cuja reiteração é aqui desnecessária.

Jurisprudência: Fixando os pontos de contato e de distinção entre representação comercial, mandato e comissão, ver: *JB141/112-3*.

CAPÍTULO XIII DA CORRETAGEM

Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

CC/1916: sem correspondente.

Antes dispersa em leis especiais, ou mesmo no Código Comercial (arts. 36 e segs.), a corretagem agora, no Código Civil de 2002, passa ao *status* de contrato típico e nominado, definido nos seus caracteres essenciais, portanto, não mais objeto de regulamentação que era muito mais da profissão de corretor.

Com efeito, sempre se regrou a corretagem sob a perspectiva de seu exercício por um profissional. Em outras palavras, a legislação, via de regra, tratava da profissão de corretor em suas diferentes modalidades. Assim, conhece-se o corretor oficial, ou seja, que recebe investidura oficial para o desempenho de seu mister, como os corretores de mercadorias, de navios, de valores, de câmbio, de seguros, todos com atividade regulamentada por inúmeras leis especiais (art. 729, *infra*). Da mesma forma, tem-se o corretor livre, vale dizer, cuja atividade se exerce independentemente de investidura oficial, como é o caso típico, e mais freqüente, dos corretores de imóveis, de resto também considerados integrantes de uma profissão objeto de regramento específico (Leis ns. 4.116/62 e 6.530/78).

Pois a partir do CC/2002, sem prejuízo da simultânea aplicação de toda a legislação especial existente, assunto ao qual se tornará no comentário ao art. 729, estatui-se uma normatização típica para o contrato assim nominado de corretagem, com regras próprias e gerais.

Nessa esteira, definiu-se a corretagem, genericamente, como o contrato de mediação em que, sem mandato ou relação de dependência, se obriga o corretor a obter, para outrem, um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas. Cuida-se de verdadeira intermediação para a celebração de contratos outros, em que o corretor aproxima de seu cliente pessoas interessadas na entabulação de um negócio. É, portanto, fundamentalmente um contrato acessório, como quer a doutrina, mas, na justa observação de Gustavo Tepedino ("Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem". In: *Temas de direito civil* Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 113-36), muito mais porque sua função econômica se volta ao contrato que o corretor tenciona promover, embora não de modo a que a inconclusão desse negócio necessariamente faça desaparecer a eficácia da corretagem, como se verá no comentário ao art. 725, logo adiante. É também contrato bilateral, porquanto móvel, uma vez firmado, de prestação a ambas as partes; oneroso, presumidamente, como está no art. 724; e aleatório, já que, a despeito dos esforços e das despesas experimentados pelo corretor, nem por isso sua remuneração será devida, conforme não resulte útil a aproximação por ele desenvolvida, também consoante se examinará mais à frente, e malgrado não se impeça ajuste comutativo da comissão a ser paga.

Caracteriza-se, por fim, como contrato consensual, que, destarte, se aperfeiçoa sem a exigência de forma especial, podendo mesmo ser entabulado verbalmente, ou mercê de comportamento concludente, observando-se, na pior das hipóteses, quanto à prova apenas de seu conteúdo, mas não de sua existência, tal qual ressalva Tepedino (op. cit., p. 119), a restrição do art. 401 do CPC, mas de resto cuja incidência se vem afastando em casos de prestação de serviços (ver jurisprudência *infra*). Diferencia-se da comissão porque, nela, o comissário, embora atue igualmente na promoção de negócios no interesse de outrem, o faz em nome próprio, ao passo que o corretor não participa do negócio que promove.

Diferencia-se também da agência pois o agente, apesar de se obrigar a promover negócios à conta e no interesse do preponente, e mesmo sem vínculo de dependência, atua de modo não eventual e em zona determinada, o que não ocorre na corretagem.

Jurisprudência: No sentido de que, mesmo firmado verbalmente, a regra do art. 401 do CPC não impede a cobrança da corretagem, conferir: *JSTJ-Lex* 45/258. Ver, ainda: TJSP, Ap. cível n. 250.910-2/0, 17ª Câmara, rel. Des. José Cardinale, j. 07.02.1995; e Ap. cível n. 273.099-2/5, 8ª Câmara, rel. Des. Antônio Rodrigues, j. 09.05.1997; II TACSP, Ap. cível n. 774.080-0/0, 7ª Câmara, rel. Juiz Antônio Rigolin, j. 25.02.2003; e Ap. cível n. 992.060.604.041, 25ª Câmara, rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 12.11.2009. Em sentido contrário: STJ, REsp n. 11.553/MG, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 17.12.1991. Sobre a conceituação da corretagem, ver, ainda: TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.24200, 14ª Câmara, rel. Des. Ferdinando do Nascimento, j. 14.11.2006; Ap. cível n. 2006.001.63812, 20ª Câmara, rel. Des. Letícia Sardas, j. 05.01.2007.

Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios; deve, ainda, sob pena de responder por perdas e danos, prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e do mais que possa influir nos resultados da incumbência.

Além do dever do corretor de agir na conformidade das instruções recebidas do cliente, o que se contém na disposição do artigo precedente, o Código Civil, no artigo em comento, estabelece a obrigação básica que ele tem de, no desempenho da corretagem, portar-se de forma diligente, ou seja, com zelo e cuidado, exatamente como se dá no mandato (art. 667), na comissão (art. 696) e na agência (art. 712), vale dizer, em todas as formas de atuação jurídica no interesse de outrem ou à conta de alguém cuja justa e razoável expectativa no proveito do negócio a ser firmado deve ser preservada pela conduta prudente de quem atue em seu favor.

Como já se disse nos comentários aos dispositivos citados, a conduta do corretor deve não só evitar prejuízo que possa ser causado ao cliente mas, antes e igualmente, ostentar-se apta a lhe gerar o razoável proveito esperado do negócio agenciado. Mais, e de novo tal qual já se afirmou a propósito da mesma incumbência que tem o agente (art. 712), cabe ao corretor o dever de informar, na verdade, também como antes expandido, um dever anexo ou lateral que o princípio da boa-fé objetiva, na sua função supletiva, impõe nas relações contratuais, como exigência de um padrão de lealdade e solidarismo o qual, mercê de comando até mesmo constitucional (art. 3º, 1), obrigatoriamente as permeia (art 422 do CC).

Nesse sentido, o atual Código Civil foi explícito ao atribuir ao corretor o dever, primeiro, de informar seu cliente sobre o andamento dos negócios que esteja a promover ou a intermediar. Mas não só. Incumbe ainda ao corretor o dever mesmo de esclarecer, de aconselhar seu cliente sobre a segurança e o risco do negócio, portanto incluindo o dever de informar sobre as condições dos interessados em entabulá-lo, o que não significa, da mesma forma que não significa na comissão (art. 698), uma corretagem *dei credere*, vale dizer, com presumida cláusula, malgrado admissível, se expressa, de automática responsabilidade do corretor sobre o pagamento do contrato que agenciou, sobre sua execução, mas que implica, decerto, sua obrigação de informar sobre tudo quanto possa influir na realização do contrato. Tanto assim que, acrescente-se, deve o corretor informar sobre alteração de preços dos objetos dos negócios a serem firmados, informando até sobre o que seja relevante a evitar, por exemplo, negócios inválidos. Tudo sob pena de responder por perdas e danos. Daí a redação deliberadamente aberta quando refere o preceito em comento a obrigação que tem o corretor de informar sobre o mais que possa influir nos resultados da incumbência. Nada diverso, a rigor, do que em doutrina já se sustentava antes mesmo da edição do Código Civil de 2002.

Com efeito, já era corrente o entendimento de que, a despeito de não responder pela execução do contrato intermediado, deveria o corretor informar, sempre, sobre qualquer dado ou elemento, no dizer de Orlando Gomes, interessante à realização do negócio, compreendido como influente na apreciação da conveniência da realização do contrato, aí incluídos dados ou elementos atinentes às pessoas dos contratantes, bem assim relativos a qualquer modificação do valor dos bens que serão objeto do mesmo ajuste (*Contratos*, 9. cd. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 430). Típica revelação, insista-se, do princípio da boa-fé objetiva, de seu turno evidenciando clara da eticidade que ilumina toda a nova legislação.

Jurisprudência: Isentando de responsabilidade o corretor quando tenha havido atraso do comprador na obtenção de financiamento para pagamento do preço, máxime porquanto existente cláusula eximindo o intermediário de qualquer garantia pela consumação do empréstimo: R7804/270. Mas sujeitando o corretor à devolução da comissão quando houve falha no dever de informar, porque intermediado negócio com obrigações que sabia ou devia saber inviáveis: TJSP, Ap. cível n. 6.059.324.900, 4ª Câ., rel. Des. Enio Zuliani, j. 01.10.2009. Responsabilizando o corretor de seguros por falha de informação e cálculo do prêmio a menor, isentando o segurado diante da seguradora, de quem aquele se entendeu preposto e representante: TJSP, Ap. cível n. 1.240.887.000, 28ª Câ., rel. Des. Celso Pimentel, j. 26.05.2009. Ver, ainda, a respeito, art. 775, *infra*.

Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.

CC/1916: sem correspondente.

A remuneração do corretor, via de regra denominada comissão, devida pelos negócios a cuja intermediação procede, é justamente a contrapartida contratual pelo desempenho dessa atividade. Ou seja, é a prestação devida pelo cliente em razão do serviço de aproximação que lhe presta o corretor, e desde que se tenha revelado útil, como se verá no comentário ao artigo seguinte.

Antes, porém, importa realçar o valor que se deve atribuir a tal remuneração, que, desde logo, pode vir previsto em lei, a propósito lembrando, conforme acentuado no comentário ao preceito do art. 722, que a corretagem pode ser oficial. Se não estabelecido o importe da comissão em lei, insta então verificar se a respeito houve ajuste das partes. E tal entabulação normalmente se faz mercê do estabelecimento de um percentual em dinheiro - não obviada a fixação em espécie - do negócio agenciado, embora nada impeça a determinação de um valor fixo a título de remuneração.

Discute-se sobre a possibilidade de ajuste da comissão correspondente a um maior valor que o corretor consiga apurar no negócio agenciado, se confrontado com o que por isso pretendia o cliente - o chamado *over price*. Pois pese embora ressalva por vezes decorrente até de regulamentação da profissão de corretor, como lembra Antônio Carlos Mathias Coltro, remetendo, para o caso de corretagem de imóveis, à previsão do art. 16 da Resolução n. 145/82, do Conselho Federal de Corretores de Imóveis, tem-se entendido viável a corretagem *over price*, desde que previamente ajustada essa forma de remuneração (*Contrato de corretagem imobiliária*. São Paulo, Atlas, 2001, p. 66-7).

Inexistente previsão legal ou ajuste das partes, a comissão deverá ser arbitrada judicialmente, atentando-se à natureza do negócio e aos usos locais, ou seja, aos costumes, de que é exemplo a taxa de 6% para a corretagem de imóveis.

Importa salientar, por fim, que o pagamento da comissão incumbe a quem tenha contratado o corretor, não valendo - o que alhures se pretende particularmente na corretagem imobiliária - socorro ao art. 490 do CC/2002, eis que não se está a tratar de despesas com escritura ou tradição da *res*.

Cabe ainda a ressalva de que a cobrança da comissão, uma vez devida, não pode ficar condicionada à comprovação de registro profissional, a par de consequências outras que daí podem advir, de índole administrativa, mas que não inibem o recebimento, afinal, por serviço efetivamente prestado, de resto como se pode mesmo inferir da consideração de verdadeira inconstitucionalidade, pela Suprema Corte, já do que previa o art. 7º da então vigente Lei n. 4.116/62, que regulava a profissão de corretor de imóveis, antes da edição da Lei n. 6.530/78.

Jurisprudência: Pela sua vasta remissão doutrinária e jurisprudencial, acerca da desnecessidade de registro profissional para cobrança da corretagem, ver: II TACSP, Ap. cível n. 605.716-0/6, 12ª Câ., rel. Juiz Romeu Ricupero, j. 24.05.2001. A esse respeito, antiga a orientação do STF, dando mesmo pela inconstitucionalidade do condicionamento do registro profissional para exigência da comissão: *RTJ* 58/279. Impondo o pagamento da comissão ao comprador, quando por ele contratada a mediação: *RT* 814/252. Sobre o percentual remuneratório do corretor de imóveis: TJRJ, Ap. cível n. 2005.001.39274, 13ª Câ., rel. Des. Name-tala Machado Jorge, j. 30.11.2005. E, fixando em 4% essa comissão: TJSP, Ap. cível n. 1.203.124.004, 29ª Câ., rel. Reinaldo Caldas, j. 03.06.2009.

Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo presente, de relevante conteúdo, enfrenta controvérsia que há muito se estabelece acerca do pressuposto para que o corretor faça jus ao recebimento de sua comissão. Em diversos termos, cuida-se de aferir mediante quais circunstâncias e condições o trabalho do corretor deverá ser remunerado, em especial se de alguma forma se frustra o negócio por ele intermediado.

Pois a propósito sempre grassou grande divergência sobre se a obrigação que assume o corretor é de meio ou de resultado, portanto se a comissão depende ou não do êxito do negócio final. E, malgrado se tenha firmado tendência em admitir que seja de resultado a obrigação contraída na corretagem, sendo mesmo costume subordinar a percepção da remuneração do corretor ao que se convencionou chamar de *aproximação útil* a que tenha ele procedido, a dificuldade esteve e está em identificar quando a aproximação, conteúdo de sua prestação, revela-se útil e proveitosa.

Decerto que quando o negócio principal, por mediação do corretor, tiver sido consumado, normal e definitivamente, a aproximação haverá alcançado resultado útil. Ocorre, e aí a discussão, que, para muitos, apenas nesse caso o resultado da corretagem terá se produzido de maneira eficiente. Ou seja, a comissão somente será devida se o negócio principal se tiver formalizado, portanto, quando traduzido o consenso obtido com o trabalho útil do corretor pelo aperfeiçoamento regular e, conforme o caso, formal do negócio por ele intermediado.

Já para uma posição mais liberal, o resultado útil da corretagem está na contribuição do corretor à obtenção de um consenso das partes por ele aproximadas, porém levado mesmo que não a um documento suficiente para aperfeiçoamento do negócio intermediado, suficiente à respectiva exigência. Assim, por exemplo, na corretagem imobiliária, ter-se-á evidenciado o proveito da aproximação sempre que as partes tiverem firmado, se não a escritura de venda e compra, uma promessa ou, simplesmente, um recibo de sinal ou equivalente.

Por fim, de maneira ainda mais liberal, defende-se que a aproximação será útil logo que, mesmo sem a concretização de algum documento, posto que se cuidando de negócio agenciado que o exija, dela resulte o consenso das partes aproximadas pelo corretor, cujo trabalho, a rigor, é remover ou eliminar óbices a que as pessoas cheguem àquele comum acordo (THPEDINO, Gustavo. “Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem” *Temas de direito civil* Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 113-36).

É certo porém que, qualquer que seja o instante em que a aproximação se tenha revelado útil, consoante a tese esposada, não se furtando a explicitar adesão à última dentre aquelas expostas, expressou o novo CC que o arrependimento de qualquer das partes, por motivos que lhe sejam alheios, não retira do corretor o direito à percepção da comissão. E, defendendo-se que o resultado se terá atingido pela prova, mas por qualquer meio, do consenso a que chegaram as partes aproximadas pelo corretor, mesmo a ulterior desistência - destarte não arrependimento em sentido técnico, pressupondo negócio formalizado - de qualquer delas não obviará a remuneração do trabalho por ele desempenhado.

Veja-se que é diversa a situação da desistência antes ainda de o consenso, por qualquer forma, se ter externado, portanto interrompendo-se meras tratativas, quando então nada será devido ao corretor, aí residindo a álea inerente ao seu trabalho.

Mas, mesmo adotada a segunda das teses expostas, havida a concretização do consenso em documento que, para os negócios formais, seja apto à coativa exigência do documento definitivo, substancial, como sucede na corretagem de compra e venda imobiliária, ainda

assim, recusado o documento essencial, nenhuma será a influência dessa recusa no direito à remuneração do corretor. Isso, é bom dizer, sempre que o arrependimento, no dizer da lei, se der por causa estranha à atividade do corretor. Pense-se, por exemplo, na subscrição de um documento provisório ou preliminar e na recusa em firmar o pacto definitivo pela descoberta de uma informação desfavorável ao negócio, acerca de seu preço ou da pessoa do outro contratante, não oportunamente noticiada pelo corretor, como o impõe o art. 723, a cujo comentário se remete o leitor. Sem dúvida que então nenhuma comissão será paga, cuidando-se mesmo de defeituoso cumprimento contratual do mediador, causa da frustração da consumação definitiva do negócio principal e, assim, excludente do dever de pagamento da comissão.

Jurisprudência: Com larga remissão a outros arestos, de soluções diversas conforme cada qual das teses que se vem de expor acerca do que seja aproximação útil, muito embora adotando, para deslinde, a segunda delas, vale conferir: *JSTJ-Lex* 139/154. Sobre o ônus de aprovar o proveito da aproximação: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.36351, 20ª Câmara, rel. Des. Conceição Mousnier, j. 31.07.2007. Assentando que o arrependimento de uma das partes não compromete a comissão do corretor: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.23395, 14ª Câmara, rel. Des. Ismênio Pereira de Castro, j. 27.06.2007. Defendendo que a comissão somente seja devida quando aperfeiçoado o negócio a que se volta: STJ, Ag. Reg. no AI n. 719.434, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 20.04.2009. Entendendo devida comissão por corretagem imobiliária quando se chega a elaborar o compromisso de venda e compra, com pagamento de sinal: TJSP, Ap. cível n. 944.269.000, 35ª Câmara, rel. Des. Manoel Justino, j. 02.03.2009.

Art. 726. Iniciado e concluído o negócio diretamente entre as partes, nenhuma remuneração será devida ao corretor; mas se, por escrito, for ajustada a corretagem com exclusividade, terá o corretor direito à remuneração integral, ainda que realizado o negócio sem a sua mediação, salvo se comprovada sua inércia ou ociosidade.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo presente, depois de assentar a regra básica de que o corretor não fará jus à comissão se o negócio principal acabar firmado diretamente pelo cliente, portanto sem a sua contribuição, sem seu trabalho de aproximação, define a questão relevante da exclusividade na corretagem. Ou seja, desde que haja o ajuste por escrito, pode o corretor receber uma autorização do cliente para agenciar o negócio principal com exclusividade.

Isso se faz, via de regra, por meio ou com associação da figura da opção, promessa que faz alguém, no caso o cliente, de dar preferência ao corretor para a alienação ou aquisição, para o negócio principal, enfim, assim obrigando-se o promitente a manifestar consentimento perante quem o mediador tenha indicado, se interessado na celebração, sempre nos termos das instruções constantes do instrumento da opção (ver, por todos: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 121; TKPHDINO, Gustavo. "Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem". In: *Temas de direito civil* Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 126-7; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de corretagem imobiliária*. São Paulo, Atlas, 2001, p. 78-9 e 171).

É certo, porém, sob pena de a desnaturar, conforme unânime entendimento da doutrina, e o que o dispositivo em comento deveria ter mencionado, que a exclusividade ajustada deverá sê-lo por prazo determinado, dado que a opção por ela induzida não pode vincular indefinidamente o promitente.

Todavia, autorizada a negociação com exclusividade, o corretor fará jus à sua comissão, *in totum* mesmo que o negócio afinal se consume sem a sua intervenção, desde que no prazo que

lhe foi concedido para tanto. Ou, posto que tenha sido realizado o negócio depois do mesmo prazo, ainda haverá direito do corretor à percepção da comissão, veja-se, já aí quando a consumação se tenha dado como fruto do seu trabalho, princípio idêntico ao que anima a regra do artigo seguinte. Por outra, como observa Tepedino (op. cit., p. 134), na verdade o prazo é para que se dê a aproximação por intermédio, exclusivamente, daquele corretor, ainda que depois dele se concretize o negócio, mas, frise-se, como resultado útil daquela mesma aproximação.

Apenas ressalva a lei que nenhuma comissão será devida se, embora no período de vigência da exclusividade, o negócio se consuma sem a mediação do corretor mas por causa de sua inércia ou ociosidade. Vale dizer, incumbirá ao cliente demonstrar que firmou o negócio principal sem a intermediação do corretor porque ele se mostrou desidioso, desinteressado no desempenho de seu mister, questão essencialmente fática e dependente de prova.

Jurisprudência: Vetusto aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo, sempre citado a respeito da exclusividade, conforme lembrado por Antônio Carlos Mathias Coltro (op. cit., p. 78), está publicado *in* 138/186 e, portanto, desde há muito, assenta a opção como o veículo mercê do qual se concede ao corretor a intermediação exclusiva do negócio principal, por tempo dentro do qual se o negócio se consuma sem sua intervenção ainda assim será devida a comissão. Ainda sobre a necessidade de ajuste escrito da exclusividade: STJ, REsp n. 555.929/RS, 3ª T., rel. Min. Menezes Direito, j. 14.06.2004, *DJU* 23.08.2004.

Assentando indevida comissão se firmado o negócio diretamente entre as partes: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.11800, 1ª Câm., rel. Des. Valeria Maron, j. 04.09.2007.

Art. 727. Se, por não haver prazo determinado, o dono do negócio dispensar o corretor, e o negócio se realizar posteriormente, como fruto da sua mediação, a corretagem lhe será devida; igual solução se adotará se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil de 2002, no artigo em comento, reconhece que se o cliente, o dono do negócio, dispensa os serviços do corretor, não havendo prazo para a corretagem, ou se, havendo, depois dele conclui diretamente o negócio principal, mas como fruto do trabalho do mesmo mediador, então a comissão de toda sorte a este será devida. São, destarte, duas hipóteses com o mesmo efeito. Numa, o contrato de corretagem não tem prazo. Noutra, ele tem, mas o prazo já está expirado.

Pois, se o negócio acaba se concretizando depois da dispensa, no primeiro caso, ou depois da expiração do prazo, no segundo, de qualquer maneira a comissão será devida ao corretor se essa concretização se dá ainda como resultado útil da aproximação que ele encetou antes da dispensa ou da cessação do prazo do ajuste. É, afinal, o reconhecimento de que o trabalho de aproximação resultou útil, pelo que é devida a respectiva remuneração. Importará é, no caso concreto, aferir se o negócio depois consumado efetivamente decorreu da intermediação do corretor. Para tanto, haverá de ser perquirido se se firmou o negócio principal com quem foi apresentado ou indicado pelo corretor e, mais, nas mesmas condições ou em condições muito próximas daquelas que vinham sendo tratadas pelo corretor.

Em diversos termos, cuidar-se-á de aferir se se consumou enfim o mesmo negócio que vinha sendo agenciado ou outro substancialmente diferente, quando então não terá aplicação o preceito vertente. Veja-se nesse sentido que, já não mais vigorando a entabulação de corretagem, se o cliente firma negócio, posto que com o mesmo interessado que lhe foi apre-

sentado pelo corretor, mas mediante preço muito diferente, ou ainda pago em condições sensivelmente diversas, no tocante a prazo ou parcelamento, ter-se-á, a rigor, negócio outro, sem se erigir, então, direito à comissão. Porém, se não há nenhuma importante diferença entre o negócio agenciado e, depois, aquele consumado, por vezes deliberadamente alterado, em mínima medida, somente para se excluir a comissão, aí sim ela será devida.

Jurisprudência: A tese hoje positivada no artigo presente já vinha da jurisprudência, valendo conferir, com remissão a outros arestos, inclusive dos Tribunais Superiores: II TACSP, Ap. cível n. 567.421-0/4, 2ª Câ., rel. Juiz Felipe Ferreira, j. 27.03.2000. Sobre a diferença do preço oferecido e depois praticado na venda: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.11719, 17ª Câ., rel. Des. Camilo Ruliere, j. 13.06.2007. Assentando devida a comissão se, depois de cessada a corretagem, o negócio se entabula como resultado do trabalho do corretor: TJRJ, Ap. cível n. 2005.001.39274, 13ª Câ., rel. Des. Nametala Machado Jorge, j. 30.11.2005.

Art. 728. Se o negócio se concluir com a intermediação de mais de um corretor, a remuneração será paga a todos em partes iguais, salvo ajuste em contrário.

CC/1916: sem correspondente.

Sem distinguir se em momentos simultâneos ou distintos, cuida o Código Civil, no artigo presente, do desempenho da atividade de corretagem por mais de um corretor, dispondo que a ambos será devida a comissão se de seu trabalho decorre resultado útil, tal como tratado no art. 725, a cujo comentário se remete o leitor. Ou seja, se o negócio principal se consuma como fruto do trabalho concorrente de mais de um corretor, então por consequência a ambos se deve a contrapartida pela aproximação útil a que procederam, pouco importando se o proveito da atividade de corretagem se deu como resultado de um trabalho simultâneo ou sucessivo. Tem-se verdadeira concausa da produção de resultado útil, que faz devida a comissão a mais de um corretor e, como diz a lei, mediante sua divisão em partes iguais, salvo se solução diversa tiver sido ajustada.

Jurisprudência: Assentando, em virtude do artigo presente, a ausência de solidariedade dos corretores em relação ao crédito da comissão: TJSP, Ap. cível n. 800.822-0/6, 27ª Câ., rel. Des. Carlos dos Santos, j. 16.01.2007.

Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial.

CC/1916: sem correspondente.

Tal como procedeu em relação à agência e à distribuição (art. 721), o Código Civil de 2002, ao tratar da corretagem, não excluiu a incidência da legislação especial também sobre ela existente. E, como se disse no comentário ao art. 722, que inaugura o capítulo, inúmeras são as leis especiais que disciplinaram, porém, muito mais a profissão do corretor, nas suas diversas modalidades, e menos o contrato de corretagem, o que o CC tencionou fazer.

De toda sorte, não custa lembrar que o corretor pode ser oficial, portanto, que desempenha sua atividade mercê de investidura oficial, como é o caso do corretor de fundos públicos, de mercadorias, de navios, de câmbio, de seguros e de valores, mas, veja-se, sempre com regramento especial que lhes é aplicável (Leis ns. 2.146/53 e 5.601/70, para os de fundos públicos; Leis ns.

806/1851 e 8.934/94, para os de mercadorias; Decretos ns. 19.009/29 e 54.956/64, para os de navios; Leis ns. 5.601/70 e 9.069/95, para os de câmbio; Lei n. 4.594/64 para os de seguros; Lei n. 4.728/65, para os de valores). Como também os corretores livres, aqueles que exercem sua atividade independentemente de investidura, de igual forma podem encontrar disciplina legal para tanto, tal qual sucede, por exemplo, com os corretores de imóveis (Lei n. 6.530/78).

Pois ressalva o Código Civil que toda essa legislação continua aplicável, mas, como observa Jones Figueirêdo Alves, e ao que se acede, de forma complementar (*Novo Código Civil comentado*, coord. Ricardo Fiuza. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 659). Vale dizer, naquilo que disser respeito ao contrato em si de corretagem, e não à profissão do corretor, deve-se reputar prevalente o Código Civil de 2002, que tencionou unificar esse regramento, dispondo sobre regras, malgrado não cogentes, mas atinentes a todo e qualquer contrato de corretagem.

Portanto, a rigor haverá multiplicidade de fontes normativas quanto a esses ajustes, mas com pertinência própria. E a do Código Civil diz com o conteúdo, com as regras do contrato em si de corretagem, que devem prevalecer como forma de atender à intenção de unificação do regramento contratual. Lembre-se, a propósito, que a interpretação deve chegar a um resultado que mantenha a unidade e a coerência do sistema, não se entendendo que a multiplicidade de fontes possa levar a contratos de corretagem, conforme sua modalidade, que tenham normas de conteúdo diferente, dispersas e esparsas. Mais, quando quis, o Código Civil remeteu ou permitiu a remissão à legislação especial mesmo que acerca de normas sobre o conteúdo do contrato típico de corretagem, como sucedeu em relação à remuneração (art. 724), o que mais reforça a conclusão de sua aplicação primária no concernente ao ajuste em si.

CAPÍTULO XIV DO TRANSPORTE

Seção I **Disposições Gerais**

Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

CC/1916: sem correspondente.

Antes disperso em inúmeras leis especiais, muito mais ocupadas em definir a responsabilidade do transportador, como no caso da chamada Lei das Estradas de Ferro (Decreto n. 2.681/12), ou do Código Brasileiro do Ar (Decretos ns. 483/38,32/66 e 234/67), e subsequente Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86), o contrato de transporte ganhou agora tratamento típico e autônomo no Código Civil de 2002, assim superando, inclusive, a discussão sobre sua natureza jurídica, se de locação de serviços ou de depósito, especialmente quando coisas sejam transportadas.

Trata-se hoje de ajuste com caracterização e regramento próprios, definido pela lei como aquele em que alguém se obriga, mediante uma retribuição, a transportar pessoas ou coisas de um lugar a outro. Envolve, destarte, uma obrigação de resultado, afeta ao transportador, de levar passageiros ou mercadorias incólumes a seu destino.

É, pois, contrato *bilateral sinalagmático*, que cria obrigações interdependentes, causa uma da outra, a ambas as partes, de *forma livre e de duração*, porquanto não executável de maneira instantânea, *consensual*, não se considerando, pese a existência de opinião em contrário, necessário o embarque do passageiro ou entrega da mercadoria, já atos de execução, para seu aperfeiçoamento, e, frise-se, necessariamente *oneroso*, o que afasta o deslocamento

propiciado por mera cortesia da incidência de suas regras, como se verá em particular no comentário ao art. 736.

Na ordenação das normas sobre o contrato de transporte, depois de estabelecer regras genéricas, o Código Civil separou o transporte de pessoas do transporte de coisas, destinando àquele a seção segunda e a este a seção terceira do capítulo. Afora essa divisão, cujo critério atende ao objeto do ajuste, pode-se também classificá-lo conforme o meio que se emprega para sua execução, evidenciando-se o transporte terrestre - de seu turno rodoviário ou ferroviário -, o transporte aéreo e o transporte aquático - marítimo ou fluvial. A distinção não é supérflua se considerada, como já se referiu, a existência de legislação especial sobre cada qual dessas formas de transporte, inclusive no Código Comercial, e em parte não revogada expressamente, matéria que se enfrentará no comentário ao art. 732.

Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código.

CC/1916: sem correspondente.

O atual Código, por estabelecer normas de direito privado, cuida, fundamentalmente, fixando-lhe as regras contratuais, do chamado serviço privado de transporte. Apenas ressalva, todavia, no artigo em comento, que, quando o transporte for objeto de serviço público, será regido primariamente pelas normas correspondentes e regulamentares de direito público. Noutros termos, tem-se que, inclusive em decorrência de comando constitucional, em alguns casos a exploração de serviços de transporte é cometida necessariamente ao Poder Público, que disso pode se desincumbir de forma direta ou mediante delegação de sua execução ao particular, por meio de concessão, permissão ou autorização, como sucede no transporte coletivo remunerado (arts. 21, XII, c, d, e, e 30, V, da CF/88).

Nesses casos, a ordenação do transporte deve atender, antes de tudo, aos parâmetros obrigatórios de prestação de serviço público, e que se contêm, primeiramente, na própria Constituição Federal (arts. 37, *caput* e § 6º, e 175). Depois, as regras incidentes são aquelas regulamentares e constantes dos próprios atos de delegação. Tão somente de forma complementar e subsidiária, aplica-se o regramento do Código Civil sobre o contrato de transporte, como se viu voltado, essencialmente, ao serviço privado de deslocamento de pessoas ou coisas.

Jurisprudência: Corrobora a necessidade de concessão ou permissão do Poder Público para exploração da atividade de transporte coletivo remunerado, no caso municipal, sob pena mesmo de apreensão dos veículos operados sem atendimento a essa exigência: *RT* 812/310 e 798/363. Sobre a prerrogativa de o Poder Público regulamentar o chamado transporte alternativo: *RT* 807/351.

Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.

CC/1916: sem correspondente.

A tipificação e o tratamento autônomo que o novo Código Civil reservou ao contrato de transporte, pretendendo fixar-lhe um regramento genérico, suscita questão - a mesma

também surgida em outras passagens, como no contrato de agência e distribuição, a cujos comentários se remete - atinente à coexistência de legislação especial anterior que igualmente se destinava a estabelecer regras relativas à espécie contratual vertente.

Assim, em primeiro lugar, o próprio Código Comercial dedicava na sua parte primeira, de forma atípica e esparsa, porque tratando, a rigor, dos condutores de gêneros e comissários de transportes, alguns dispositivos ao contrato transporte (arts. 99 a 118). Bem de ver, porém, que essa primeira parte do Código Comercial foi revogada expressamente pelo Código Civil de 2002 (art. 2.045). Mas, ainda na sua segunda parte, ocupando-se do comércio marítimo, a legislação comercial referiu o transporte por esse meio realizado, e mesmo de pessoas (arts. 566 e segs. e 629 a 632).

A propósito, se não diretamente incidente a regra do art. 2.045, citado anteriormente, o art. 732 cuidou de determinar a primazia do regramento do Código Civil sobre o conteúdo de outra norma referente ao contrato de transporte, por ter verdadeiramente intentado erigir um ordenamento único e geral que lhe fosse aplicável de forma primária.

Da mesma maneira se deve entender com relação à legislação especial editada acerca de outras espécies de transporte, o que sobreleva em especial acerca de regras incompatíveis com o Código Civil de 2002, dispostas no Código Brasileiro de Aeronáutica e mesmo, acerca do transporte aéreo internacional, na Convenção de Varsóvia, foco de freqüente discussão. Assim, exemplificativamente, quanto ao problema da limitação da indenização prevista no art. 22 da Convenção citada, de 1929, promulgada pelo Decreto n. 20.704/31, com redação do Protocolo de Haia, de 1955, de seu turno com promulgação pelo Decreto n. 56.463/65. Ou, na mesma esteira, concernente ao transporte aéreo nacional, a limitação relativa a danos pessoais ou causados por atraso, constantes do art. 257 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86), ou, para danos à bagagem, a previsão do art. 260 da mesma normatização.

Na verdade, mesmo antes do Código Civil de 2002, já se vinha defendendo, inclusive mercê do reconhecimento da incidência, aos casos de transportes, do Código de Defesa do Consumidor, que a prévia fixação de limites indenizatórios, sobretudo, embora não exclusivamente, em casos de danos pessoais, materiais ou morais, não se justificava à luz do ressarcimento integral que o sistema quer reservar ao indivíduo e, ainda, pela atual ausência de qualquer justificativa acerca da necessidade de, com a limitação, proteger e estimular atividade aérea que se possa considerar ainda incipiente.

Como também, ao que se crê, desautorizada a conclusão de que uma limitação de responsabilidade teria a contrapartida na redução dos custos, causa insuficiente a uma falta de completa garantia de indenidade do passageiro. A todo esse propósito, vale conferir estudo extenso e completo de Claudia Lima Marques, no qual descreve a evolução da responsabilidade do transportador aéreo, inclusive com o exame de todas as nuances das teses diversas esposadas sobre o assunto (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 812-29).

Tudo sem olvidar a observação, que se reputa fundamental, no sentido de que a reparação integral de quaisquer prejuízos sofridos pela pessoa, cuja inviolabilidade constitui princípio fundamental, decorre mesmo de imperativo constitucional, fato é que a superveniência do CC/2002 traz dado novo quando estabelece a primazia de seu regramento sobre qualquer lei especial, máxime quando conflitante com seus termos.

Ao contrário de autorizar qualquer limitação, fora das hipóteses dos arts. 734, parágrafo único, e 750, portanto antes de prestigiar nesse ponto o tratado internacional - recebido como lei ordinária, a não ser quando atinente a direito fundamental - ou o Código de Aeronáutica, o Código Civil, nos arts. 733 e 734, parece ter pretendido, na esteira do comando constitucional do art. 5º, inciso V e X, estabelecer a completa reparação dos prejuízos provocados pelo fato do transporte aos passageiros e ou à sua bagagem.

A solução é idêntica quando se cuida da responsabilidade por atraso de voo, em extensão mínima fixada previamente em lei especial - como a de quatro horas, prevista nos arts.

230 e 231 do Código de Aeronáutica - já que, afinal, o Código Civil sujeitou o transportador à observância de horário e itinerário, salvo força maior (art. 737). Neste passo, lei especial, em interpretação harmônica, só poderia ser aceita, ao fixar tempo mínimo para que o atraso seja indenizável, como contemplativa de uma indenização sem excludentes, independente da causa que a determinou. Nesse caso, caberia, inclusive, a tarifação, ou, sendo preferida, a chamada multa tarifada, porém sem excluir postulação em importe maior, com a contingência da demonstração de dano e da discussão de eximentes. Tal o elastério, por exemplo, que se deve reservar ao preceito do art. 15 da Lei n. 11.442/2007 e art. 17, § 2º, da Lei n. 9.611/98, que tratam, respectivamente, do transporte rodoviário de cargas em território nacional e do transporte multimodal (v. art. 756) e que, no caso de atraso na entrega das mercadorias, estabelecem limite indenizatório equivalente ao valor do frete, porém, igualmente, sem se excluir a possibilidade de o lesado se desincumbir do ônus de comprovação de prejuízo efetivo maior.

Por fim, também é possível a concorrência normativa do Código de Defesa do Consumidor com o Código Civil de 2002 em matéria de transportes. É certo que, ao determinar que o contrato de transporte seja necessariamente oneroso, o Código Civil acabou abarcando inúmeras relações de transporte que se ostentam de consumo. Não que isso seja obrigatório, bastando pensar em transporte de carga contratado por empresa que não se possa considerar destinatária final, fática ou econômica, conforme a posição que se adote sobre a definição da figura do consumidor.

A verdade é que, no mais das vezes, o transporte, agora regrado genericamente pelo Código Civil, estará ao mesmo tempo sujeito às normas da Lei n. 8.078/90, subjetivamente especial, eis que protetiva do consumidor, de resto como o impôs a própria Constituição Federal (art. 5º, XXXII). Ocorre que, confrontados o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, não raro haverá divergência de tratamento sobre questões concernentes ao transporte, o que impõe a verificação sobre qual norma aplicar. Por exemplo, o art. 740 prevê arrependimento do contratante, ausente no Código de Defesa do Consumidor; o art. 739 estabelece causas de recusa do passageiro diversas das causas previstas no mesmo Código, quando versada a questão da recusa de contratar; as excludentes de responsabilidade não são as mesmas em ambas as legislações, como se verá adiante (art. 734).

Em todos esses casos, segundo se entende, a interpretação deve sujeitar-se ao influxo da força unificadora da Constituição. Ou seja, se é comum, hoje, a multiplicidade de fontes normativas, inclusive legais e infraconstitucionais, evidentemente que entre elas há de se estabelecer um vínculo sistemático, de sorte a evitar que cada uma se coloque como um átomo isolado e incoerente com as demais normas do ordenamento. Esse papel de elo entre as diversas legislações, sobretudo quando tratam do mesmo assunto, quem o desempenha é a Constituição Federal, que, sempre que envolvida uma relação de consumo, antes de mais nada determina, como se viu, a tutela do consumidor, porquanto ocupante de posição intrinsecamente vulnerável na relação.

Além disso, como se verá nos comentários aos artigos seguintes, não raro, maior proteção ao consumidor concentra-se no Código Civil, quando confrontado com o Código de Defesa do Consumidor. É o que se dá, por exemplo, com a previsão do art. 740.

Por fim, vale anotar ainda que a interpretação das regras do contrato de transporte, quando confrontados os dois Códigos referidos, deve atentar a toda nova principiologia contratual, de resto que não é diversa nas duas legislações quando se cuida de garantir e mesmo fomentar a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual (ver comentários aos arts. 421 e segs.), princípios mediante os quais se asseguram elementos axiológicos básicos, dispostos na Constituição Federal, como o são a dignidade humana, o solidarismo e a justiça nas relações entre as pessoas (arts. 1º, III, e 3º, I).

Jurisprudência: Anteriormente à vigência do novo Código Civil, dando pela prevalência do Código de Defesa do Consumidor sobre a Convenção de Varsóvia nos casos de responsabilidade do transportador aéreo internacional: *R5TJ153/223* e *152/400*. Acerca de sua prevalência sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica: *RSTJ158/310*, *RT 790/219*. Ao deliberar aplicável a tarifação indenizatória da Convenção de Varsóvia apenas quando não determinável o valor do dano experimentado pelo extravio de bagagem: *RT799/257*. Interpretando de modo restritivo as hipóteses de indenização da lei especial: TJSP, Ap. cível n. 7.052.735-8, 15ª Câm., rel. Des. Souza José, j. 28.03.2006.

Art. 733. Nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas.

§ 1º O dano, resultante do atraso ou da interrupção da viagem, será determinado em razão da totalidade do percurso.

§ 2º Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto.

CC/1916: sem correspondente.

O transporte cumulativo é aquele desempenhado por mais de um transportador, cada qual responsável por um trecho do percurso a ser cumprido. Ou seja, cada um dos transportadores efetua o transporte incumbindo-se de cumprir uma fase do trajeto total. Importa, todavia, que haja unidade contratual, portanto sem que se contrate, individual, separada e independentemente, cada trecho da viagem, quando então se fala em transporte sucessivo (ver a respeito: THEODORO JR., Humberto. “Do transporte de pessoas no novo Código Civil” In: *Revista dos Tr/InmaSy* v. 807, janeiro de 2003, p. 11-26). Importa é que haja, no dizer de Pontes de Miranda, *unicidade* de contrato e *pluralidade* de transportadores, todos vinculados ao deslocamento prometido, não necessariamente subscrevendo contrato, já que o ajuste é informal (*Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, t. XLV, § 4.857, n. 2, p. 27-9).

Ter-se-á, portanto, uma unidade do vínculo obrigacional, prometendo-se prestação de deslocamento da saída ao destino, mas incumbindo-se de trechos separados e sucessivos cada qual dos transportadores. No mesmo sentido, o Código Civil italiano, de que é haurida a regra em comento, dispendo sobre o transporte cumulativo de cargas, caracteriza-o como sendo aquele assumido por vários transportadores que se sucedem no deslocamento, mas com um único contrato (art. 1.700).

O artigo em comento, inserido dentre as disposições gerais do capítulo, refere-se tanto ao transporte de pessoas, quanto de coisas, que são inclusive textualmente mencionados ao final do *caput*. Prevê-se que, tratando-se de transportadores cumulativos, cada qual responde pelos danos causados no trecho do percurso a si afeto. Já segundo o § 1º, o atraso atribuível a cada um só se aferirá ao final do trajeto, pois o retardo é pelo percurso todo, da saída ao destino, isso porquanto pode haver atraso numa fase que se compense pelo adiantamento em outra, enfim cumprindo-se o tempo devido.

Alguns problemas acerca da interpretação do preceito, porém, se colocam e, mais, fomentam-se ao serem analisadas as regras do § 2º e do dispositivo do art. 756, atinente ao transporte cumulativo especificamente de cargas (com a ressalva, nos respectivos comentários, sobre a concorrência normativa da Lei n. 9.611/98). Em primeiro lugar, a leitura do artigo induz possível conclusão de que, no transporte cumulativo, a responsabilidade dos transportadores por atraso ou danos a passageiros ou coisas, como o *caput* dispõe, é individual pelo evento que se tenha dado no ou em função do trecho de que foi incumbido. Quanto aos danos provenientes

de atraso, sem diversa atribuição de responsabilidade, apenas será preciso esperar e verificar se ele acaba se revelando ao final, no todo do percurso, aí então identificando-se em qual fase sucedido, para se definir o transportador individualmente responsável. Tal conclusão ganha força quando se nota a rejeição da emenda proposta pelo Deputado Bonifácio Neto, a qual, na tramitação do projeto de Código Civil, procurava alterar a redação do artigo para explicitar uma responsabilidade solidária dos transportadores cumulativos.

Não é só. No Código Civil italiano, que tem direta influência na codificação brasileira acerca dessa matéria, como observa Renan Lotufo (para quem a solução é mesmo a da responsabilidade individual, conferindo-se em “O contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil” In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, v. 43, p. 205-14), há igual previsão, no art. 1.682, de que no transporte cumulativo exclusivamente de pessoas cada transportador responda no limite de seu percurso, malgrado sem aludir à reparação do dano daí advindo. Porém, já para o dano às coisas, o Código Civil italiano previu no art. 1.700, tal como se fez no art. 756 do Código Civil brasileiro na acentuação de Pontes de Miranda, uma responsabilidade solidária dos transportadores pela própria dificuldade de se identificar, no transporte de mercadorias danificadas, em que fase do trajeto se deu o evento (op. cit., p. 31).

Mas, mesmo muito antes da vigência do Código Civil de 2002, criticando o sistema italiano, Pontes de Miranda já apontava para a inconveniência e falta de suficiente justificativa à diferenciação da responsabilidade entre transporte cumulativo de pessoas e de coisas, sustentando que, malgrado então ausente qualquer previsão legislativa de solidariedade, ambos transportadores, ainda que vinculados a executar o transporte só em um trecho do trajeto, respondiam pelo adimplemento da dívida de todo o percurso, porquanto prometido resultado final indivisível, inseparável dos resultados parciais (idem, ibidem). Porém, agora sobrevivendo o Código Civil de 2002, para Humberto Theodoro Jr. - inclusive com superação do argumento de que, convertida em perdas e danos a obrigação indivisível, por culpa de um dos coobrigados, somente a ele afeta a totalidade da dívida (art. 263, § 2º) estabeleceu-se na legislação uma responsabilidade solidária para o transporte de pessoas, mercê da incidência da regra do art. 733, em comento, que antes inexistia (op. cit., p. 19-20). Para o mesmo autor, essa solidariedade infere-se da redação do § 2º do dispositivo presente, que, se determinou a extensão da responsabilidade solidária a quem venha a substituir um dos transportadores durante o percurso, presumiu então já haver antes uma solidariedade.

Mas, ainda que não se entenda assim, há aqui uma concorrência normativa com o Código de Defesa do Consumidor, na forma dos comentários ao artigo anterior, que parece relevante à compreensão de uma regra de solidariedade entre os transportadores. É que, em primeiro lugar, evidenciada uma relação consumerista, impõe-se a responsabilidade solidária de todos quantos tenham integrado a cadeia prestadora de serviço. Ou seja, havendo vários fornecedores organizados para atender o consumidor, de todos é o dever legal de qualidade, de segurança e adequação dos serviços prestados (ver a respeito, analisando a regra do art. 20 do Código de Defesa do Consumidor: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 310). Portanto, nesse ponto, não se diferenciam o transporte de passageiros e o de coisas, em interpretação haurida do Código de Defesa do Consumidor, que, por beneficiar e proteger o consumidor de forma mais efetiva, deve prevalecer sobre a orientação diferente consubstanciada no art. 733 do Código Civil (ver comentário ao artigo anterior). E posto não se trate de relação de consumo, há contratos que, mesmo individuais, são interligados por um nexo funcional, voltados à prossecução de um objetivo comum, que é uma operação econômica única e global, de transporte no caso, na qual se revela rede contratual que, mercê da incidência do princípio da função social do contrato (art. 421), em seu conteúdo *ultra partes*, ostentando-se sua eficácia social, também haverá solidariedade perante o beneficiário do serviço (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007).

Jurisprudência: Ainda que firmados contratos distintos de transporte aéreo, já se decidiu que "o primeiro transportador se responsabiliza por todo o percurso, ainda que trechos subsequentes estivessem a cargo de outra companhia". (STJ 793/250)

Responsabilizando as transportadoras, de modo solidário, ao menos quando haja falha de ambas: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.23169, 11ª Câm., rel. Des. Cláudio Tavares, j. 29.08.2007.

Seção II

Do Transporte de Pessoas

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

CC/1916: sem correspondente.

Mesmo antes e a despeito da edição do Código Civil de 2002, sempre se admitiu que, ínsita ao contrato de transporte, havia, como de fato há, uma cláusula de incolumidade, porquanto ao transportador afeta uma obrigação de resultado, a de levar o passageiro e suas bagagens ao destino, a salvo e incólumes. Ademais, indubitável tratar-se de uma atividade perigosa, induzindo, assim, caso típico de risco criado.

Pois exatamente nessa esteira instituiu-se, de forma genérica, como se deu o Código Civil a reger o transporte, uma responsabilidade indenizatória para o transportador, do embarque ao desembarque - os quais, aliás, a Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) por exemplo, explicita serem parte da execução do contrato de transporte (art. 233) independente de culpa e só elidível por força maior, como está na lei e na esteira do que, para a responsabilidade civil em geral, se estabeleceu, quanto às atividades que ensejam risco especial, no art. 927, parágrafo único.

Era mesmo uma tendência, evidenciada desde a previsão do art. 17 do Decreto n. 2.681/12, que cuidava da responsabilidade das estradas de ferro, com culpa presumida. Assim, igualmente, comportou-se a jurisprudência, inclusive interpretando a regra do decreto citado como atinente a uma responsabilidade objetiva, mais que de culpa presumida, e estendendo-a a outras espécies de transporte.

Bem se verá, aliás, que o Código Civil de 2002, ao dispor sobre a responsabilidade no contrato de transporte, da mesma maneira com que regrou a responsabilidade civil, no capítulo próprio (ver comentários aos arts. 927 e segs.), incorporou a seu texto muito do que já haviam consolidado os tribunais. Pois, assentado que a responsabilidade do transportador, uma vez alcançado o resultado pelo qual se obrigou, prescinde da verificação de sua culpa, bastando a demonstração do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a atividade de transporte, ressaltou a lei - ademais da regra do art. 741, acerca da conclusão de viagem interrompida mesmo que pelo *casus* - que essa responsabilidade apenas se exclui se provada força maior, tal como, para as obrigações em geral, se previu no art. 393 do Código Civil. E lá se a definiu, sem distinção para o caso fortuito, o qual, portanto, se deve entender também excludente da responsabilidade do transportador, como fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Insta não olvidar, porém, que o transporte envolve forçosamente uma atividade que cria especial risco (v. art. 927, parágrafo único) e a que, destarte, inerentes alguns eventos de força maior ou caso fortuito. Ou seja, é preciso diferenciar o que se passou a denominar fortuito

interno do fortuito externo, conforme o acontecimento se apresente, ou não, ligado à organização inerente à atividade do transportador - vale dizer, ostente-se estranho, ou não, ao transporte. Por isso mesmo, vem-se considerando que eventos como o defeito mecânico ou o mal súbito do condutor não eximam o transportador da responsabilidade pelos danos causados no transporte (fortuitos internos). Ao revés, prejuízos ocasionados ao passageiro ou à bagagem por obra de enchente, terremotos, raios são, aí sim, fortuitos externos e, destarte, causa excludente, por efetivamente romperem o nexo de causalidade do dano com a atividade de transporte. O assalto, como regra, sempre se considerou um fortuito externo, o que se vem, todavia, revendo em casos com ocorrências repetidas, praticadas reiteradamente nas mesmas circunstâncias, sem medidas preventivas que razoavelmente se poderia esperar fossem tomadas.

Mais, até, como já tive oportunidade de sustentar, procurando fixar um conteúdo para a cláusula geral do art. 927, parágrafo único, e dissociado da ideia de defeito de segurança (periculosidade anormal, adquirida), no exercício da atividade que cria risco especial, assim compreendida a responsabilidade independente de culpa, ademais a que atinente a uma causalidade a merecer releitura, porquanto não só mais física, porém, antes, jurídica, reduz-se o espaço reservado para a entrevisão da estraneidade de eventos fortuitos, inclusive como, ocasionalmente, o assalto em relação ao transporte. Com efeito, se o transportador responde pelo risco especial que sua atividade induz, então deixa de importar, na mesma extensão, a discussão sobre medidas preventivas que pudesse razoavelmente tomar para impedir ocorrências como roubos, tiroteios ou outras semelhantes. Tal debate importaria à luz da necessidade de se verificar se sucedido defeito de segurança. Mas não é o que se admite dar substrato à responsabilidade pelo risco da atividade, inclusive levada, agora, à disposição geral do art. 927, parágrafo único, bastando aferir se a atividade desempenhada, de que decorrente o prejuízo havido, induz risco diferenciado aos direitos, bens e interesses alheios, ou seja, se o evento lesivo se favorece pelo exercício da atividade, dado o risco especial que ela enseja (ver comentário ao artigo e, ainda: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. São Paulo, Saraiva, 2009). Daí já se ter decidido, como citado no item reservado à jurisprudência, por exemplo, que o transportador de valores responde pelos danos impingidos à vítima de atropelamento de seu turno provocado por disparo de arma que atingiu o motorista.

Ainda quanto às excludentes, tem-se renovado o mesmo problema, já examinado nos comentários ao art. 732, a que se remete, relativo à concorrência normativa como o Código de Defesa do Consumidor. Por exemplo, na legislação consumerista, como se disse, a cuja conceituação via de regra, malgrado nem sempre, se subsumirá o transporte, prevê-se a culpa exclusiva da vítima como excludente da responsabilidade do fornecedor, o que o Código Civil omite, ao menos quando não haja concorrência do transportador (art. 738, parágrafo único). De toda a sorte, a culpa exclusiva da vítima, tal qual se dá, com infeliz frequência, nos casos do chamado *surf* ferroviário, quebra o nexo de causalidade e deve, assim, ter igual efeito excludente ao que se reserva ao fortuito externo. Porém, tornar-se-á a esse assunto da concorrência com o Código de Defesa do Consumidor, em matéria de excludentes, no exame dos artigos subsequentes.

De novo expressão da absorção, pelo Código Civil de 2002, de orientação jurisprudencial já consolidada, o artigo em comento veda ajuste, no contrato de transporte, de qualquer cláusula excludente de responsabilidade. É o que já constava na Súmula n. 161 do STF e já se havia incorporado à legislação consumerista (art. 25). Isso, na verdade, porque próprio do contrato de transporte, corolário da boa-fé objetiva nas relações contratuais (art. 422), é o dever de segurança afeto ao transportador, que não se pode afastar, sob pena, primeiro, de se desnaturar a avença e, segundo, tanto mais, uma vez evidenciada relação de consumo já intrinsecamente desequilibrada e o que não se pode agravar com a exclusão da responsabilidade do transportador. Não se veda a cláusula de limitação de responsabilidade desde que, por um lado, não se preste a burlar a vedação da exclusão, e por outro, com especial cautela nas relações desiguais, usada a fim de verificar se sua previsão decorre de consenso e não de imposição. Veja-se, mais

ainda, que, mesmo no regime do Código Civil de 1916, cláusulas excludentes já não eram aceitas para afastar responsabilidade por dolo, a que se equipara a culpa grave.

Por fim, e para se evitar incerteza quanto ao importe indenizatório, permite-se hoje, pelo parágrafo único do artigo em comento, que exija o transportador a declaração, feita pelo passageiro, do valor de sua bagagem, sob pena da recusa ao contrato - que não é a regra (art. 739) -, estabelecendo-se, dessa forma, o limite da indenização.

Jurisprudência: Súmula n. 161, STF: Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar.

Sobre a adoção da teoria do risco criado por atividade perigosa como fundamento da responsabilidade objetiva do transportador, ver: *RSTJ* 150/262. Ainda, pelo risco da atividade, responsabilizando empresa de ônibus pela queda de passageiro, quando o coletivo fazia uma curva: TJSP, Ap. cível n. 7.353.483.900, 14ª Câ., rel. Des. Tarciso Beraldo, j. 24.06.2009. E, nesta esteira, diferenciando o fortuito interno e externo, de acordo com a conexão que apresente, ou não, com a atividade do transportador, ver: STJ, REsp n. 469.867/SP, 3ª T., rel. Min. Menezes Direito, j. 27.09.2005. Considerando a possibilidade de dano moral pelo extravio de bagagem do passageiro: *RT* 803/177 e 799/257. Afastando a configuração de defeitos do veículo como fortuito externo, de modo a eximir o transportador de responsabilidade: *RT* 727/200. Incluindo nessa orientação o estouro de pneu do veículo: *RT* 792/272. Assentando que, pelas condições de ocorrência repetida, na mesma região, o roubo deixa de ser fortuito externo: *RT* 814/227. Negando ser fortuito externo o disparo de arma de fogo na plataforma de embarque ferroviário, também pela reiteração do evento, que se disse evitável e previsível: *RT* 795/228. Mas negando, no mesmo caso, qualquer responsabilidade da empresa ferroviária: STJ, REsp n. 431.091, 3ª T., rel. Min. Menezes Direito, j. 17.06.2003, *DJU* 25.08.2003. Admitindo que empresa de ônibus responde até por incêndio derivado de combustão de material explosivo carregado por passageiro, que entrou no veículo com pacote volumoso: *RT* 784/197. Em sentido contrário, também caso em que se ocultou explosivo em valise: I TACSP, Ap. cível n. 1.167.934-0, 7ª Câ., rel. Juiz Valle Ramos, j. 23.09.2003; ou, quando se ocultou explosivo em composição ferroviária: STJ, REsp n. 589.051/SP, rel. Min. Asfor Rocha, j. 23.03.2004. Excluindo a responsabilidade da via férrea por sinistro envolvendo passageiro que viajava no teto da composição (*surf* ferroviário), reputando havida culpa exclusiva da vítima, causa eximente: *RT* 758/239. Mas negando igual excludente quando a vítima viajava como pingente: *RT* 748/177. Admitindo, na mesma hipótese, concorrência de culpa da vítima: STJ, REsp n. 324.166/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado, j. 18.10.2001, *DJU* 18.02.2002. Mantendo a responsabilidade da ferrovia no caso de atropelamento de pedestre que atravessa a via em abertura clandestina, considerando haver falta de fiscalização e manutenção: *RSTJ* 170/314. Mas, no mesmo caso, admitindo concorrência de culpa: *RT* 807/229. Fixando a responsabilidade do transportador de valores por atropelamento provocado em virtude de disparo de projétil que atingiu o motorista, em virtude do risco especial da atividade: STJ, REsp n. 185.659/SP, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 26.06.2000. Considerando não escrita cláusula de isenção de responsabilidade pelo dano a bagagem transportada na parte interna do ônibus: TJRS, Ap. cível n. 70.018.034.843, 12ª Câ., rel. Des. Jorge Canto, j. 28.06.2007. Aplicando o Código de Defesa do Consumidor aos casos de arbitramento de indenização em virtude de extravio de bagagem: STJ, Ag. Reg. no AI n. 878.886/SP, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.10.2008, *DJ* 17.11.2008.

Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Novamente em reforço à constatação de que o Código Civil, na matéria atinente à responsabilidade do transportador, incorporou muito do que a jurisprudência já havia consolidado, conforme se vem acentuando desde os comentários aos artigos precedentes, no dispositivo em questão repete-se, a rigor, o que se continha na Súmula n. 187 do STF, estatuinto que o chamado fato de terceiro não elide a responsabilidade do transportador, contra quem terá ação regressiva.

O primeiro problema que a respeito se coloca é a exata definição de fato de terceiro, ou de quem seja terceiro, e mesmo sua diferenciação para a força maior, tratada no artigo anterior. Em princípio, na responsabilidade civil, deve-se entender como terceiro quem não integre um dos polos da respectiva relação, portanto quem não seja agente ou vítima. Ou, melhor, é preciso que alguém se interponha na relação agente/vítima, ademais mostrando-se estranho à responsabilidade daí dimanada. Por isso, para fins de excludente, não são terceiros os pais quando respondem pelos atos dos filhos, ou o patrão, acerca dos atos dos empregados. Nesse sentido, portanto, a condição de terceiro só se configurará como causa excludente caso se trate de alguém completamente estranho à pessoa causadora direta do dano, ou mesmo à sua atividade.

Em segundo lugar, é bom lembrar ter sempre se entendido em doutrina que o fato de terceiro, desde que a causa única do evento danoso e sem qualquer ligação com o devedor, fosse excludente de responsabilidade, porquanto, assim caracterizado, seria causa de quebra do nexo de causalidade. Tal como se viu quanto à força maior nos comentários ao artigo precedente, o fato de terceiro será estranho ao responsável no transporte quando não se ligar ao risco da atividade por ele desempenhada. Esse o ponto que se reputa nodal e por vezes confundido, quando se cuida de equiparar o fato de terceiro à força maior sempre que revelado por um evento inevitável. Parece mais se afeiçoar aos pressupostos atuais da responsabilidade civil, máxime em atividades indutivas de especial risco como é a de transporte (art. 927), a verificação sobre se o fato atribuível ao terceiro se coloca ou não dentro dos limites razoáveis do risco criado, e assim assumido, pela atividade do transportador.

Em terceiro lugar, considera-se diferencial do fato de terceiro, em relação à força maior, a possibilidade de se determinar um agente específico responsável pela conduta.

Pois preceitua o Código Civil de 2002 que o fato de terceiro não exclui a responsabilidade do transportador, solução exatamente oposta da que se contém no art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor. A antinomia, segundo se entende, mostra-se solucionável pela consideração de que, afinal, o fato de terceiro, conforme se apresente, pode ou não romper o nexo de causalidade. E, se rompe, exclui a responsabilidade civil, decerto do que não está a tratar o artigo do Código Civil, ora em comento. Mas isto, repita-se por relevante, desde que havida a estraneidade, ao transportador, do fato de terceiro, causa única do evento danoso. Então, rompe-se o nexo de causalidade, faltando assim requisito mesmo para aplicação de regra de responsabilidade sem culpa, já que não se cuida, no transporte, de teoria do risco agravado, sem excludentes, ao que soa da redação do próprio art. 734.

Já, ao revés, se a conduta do terceiro, mesmo causadora do evento danoso, coloca-se nos lindes do risco do transportador, destarte se relacionando, mostrando-se ligada à sua atividade, então, a exemplo do fortuito interno, não se exclui a respectiva responsabilidade. É o que ocorre, por exemplo, quando o passageiro sofre prejuízo porque o veículo em que conduzido é fechado por terceiro. Esse foi o pressuposto sobre o qual se assentou a Súmula n. 187 do STF e parece ser a interpretação reservada ao artigo em exame. Tanto assim é que os tribunais, em inúmeras oportunidades, já vinham afastando a incidência da súmula naqueles casos em que o passageiro fosse atingido, por exemplo, por uma pedra lançada por terceiro, dado configurar-se no caso um fato externo à atividade, todavia não quando o evento se repetisse nas mesmas circunstâncias, sem medidas preventivas que razoavelmente se esperava fossem tomadas, tal como se disse em relação ao assalto nos comentários ao artigo anterior, e com a mesma da redução ao

âmbito de incidência da excludente em virtude da aplicação da cláusula geral do art. 927, parágrafo único. Com isso, harmonizam-se as previsões do Código Civil, no artigo vertente, e as disposições do Código de Defesa do Consumidor, do art. 14, § 3º, II.

Jurisprudência: Súmula n. 187, STF: A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Mitigando, já antes do novo Código Civil, o rigor da Súmula n. 187, o próprio Supremo Tribunal teve oportunidade de assentar, tratando de caso em que se atirou pedra contra passageiro, que "ao eximir de responsabilidade a estrada de ferro, o acórdão recorrido não divergiu da Súmula n. 187 do STF, que se refere a culpa de terceiro por fato inerente ao transporte, não ao ato de pessoa estranha ao tráfego de veículos" (STF, RE n. 112.411/RJ, 1ª T., rel. Min. Octávio Galotti, j. 21.04.1987, *DJU* 22.05.1987). Em sentido contrário, reputando, na mesma hipótese, existente responsabilidade do transportador: I TACSP, AI n. 820.005-7, 11ª Câmara, rel. Juiz Heraldo de Oliveira, j. 10.05.2001, e TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.07408, 3ª Câmara, rel. Des. Werson Rego, j. 17.08.2006. Considerando equiparável ao fortuito externo o fato de terceiro, quando imprevisível e inevitável, no caso concreto porque atingido o conduzido do transportador por outro desgovernado, em virtude de abalroamento por ele próprio sofrido, e com voto vencido: *RT* 799/246. Também em caso de passageiro lesionado, quando em conduzido de empresa transportadora, mas em virtude de colisão causada por veículo de terceiro, prestigiando, porém, a incidência da Súmula n. 187: *RT* 810/264. No mesmo sentido: STJ, Ag. Reg. no AI n. 1.083.789, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 27.04.2009.

Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia.

Parágrafo único. Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil de 2002, no artigo em comento, enfrenta antiga discussão sobre a natureza do transporte feito por cortesia ou amizade, a carona que se dá a alguém que vem a sofrer dano durante o percurso. O debate não era ocioso dado que, admitida a tese de se tratar de contrato, e porque gratuito, a responsabilidade daquele a quem o ajuste não beneficiava, portanto o transportador, somente se erigiria em caso de dolo ou culpa grave, que a ele se equipara, conforme já previa o art. 1.057 do Código Civil de 1916, repetido no Código Civil de 2002 (art. 392).

Destarte, suposta contratual a responsabilidade de quem oferece carona, apenas por dolo, ou culpa grave, haveria o dever de indenizar o passageiro danificado durante o transporte gratuito - este por amizade ou cortesia. Pois era essa a tese que parecia prevalecer, não sem críticas, antes da edição do Código Civil de 2002, mercê inclusive da edição da Súmula n. 145 do STJ, segundo a qual "no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave".

Todavia, a nova normatização civil expressa, no artigo em comento, não se submeter ao regime contratual o transporte feito por mera amizade ou cortesia. Assim, ao que se entende, consagra-se, para este transporte desinteressado, a tese da responsabilidade extracontratual, que se rege pelos arts. 927 e segs., suscitando discussão outra, sobre se o caso é de teoria da culpa ou do risco,

muito embora não se furte a observar que a carona não encerra, nos termos do parágrafo único daquele mesmo art. 927 e a despeito do perigo inerente a todo transporte, uma *atividade normalmente desenvolvida* de modo a criar habitual risco aos direitos de outrem, pelo que a responsabilidade será baseada na demonstração de dolo ou de qualquer modalidade ou grau de culpa, mesmo que leve. Mas é bem de ver que, no quanto aqui interessa, a hipótese não se sujeitará ao regramento do contrato de transporte. Não se sujeitará, mesmo, ao regime dos contratos.

Porém, ressalva o Código Civil de 2002 que, por vezes, mesmo sem remuneração direta, o transporte não é desinteressado. Produz, ao revés, vantagens indiretas, portanto, bem longe de consubstanciar mera cortesia ou amizade. Nesses casos, a regência é do ordenamento aplicável ao contrato de transporte. Assim, por exemplo, o sistema de concessão de milhagens, bilhetes de fidelidade, ou mesmo o transporte solidário, o chamado rodízio. Da mesma forma, no exemplo de Humberto Theodoro Jr. (“Do transporte de pessoas no novo Código Civil”. In: *Revista dos Tribunais*, 2003, v. 807, p. 11-26), o corretor que leva o cliente em seu veículo para visitar um imóvel. Muito menos haverá de se cogitar de regramento outro que não o contratual nos casos de transporte coletivo clandestino, que, malgrado feito ao arrepio da regulamentação estatal, como se impõe (art. 731), não pode, no âmbito civil, excluir a responsabilidade do transportador, nos termos deste Código. Por fim, igualmente não se vem considerando seja desinteressado o transporte coletivo devidamente regulamentado, mas disponibilizado ao idoso sem pagamento de passagem, pois em verdade há custo diluído que indica não agir o concessionário por mera cortesia.

Jurisprudência: Considerando que a isenção de pagamento de passagem pelo idoso não tipifica transporte por mera cortesia, induzindo responsabilidade contratual: *RT* 805/262. Ver, ainda, sobre o transporte por cortesia: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.31996, 2ª Câm., rel. Des. Heleno Nunes, j. 04.07.2007.

Art. 737.0 transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior.

CC/1916: sem correspondente.

A regra em comento nada mais significa senão a obrigação que tem o transportador de cumprir sua prestação, tal como convencionada. Ou seja, incumbe-lhe atender, no deslocamento que propicia ao passageiro, o exato horário previamente estabelecido e, também, o itinerário antecipadamente informado. Isso implica, ao revés, em que, havido atraso ou alteração de trajeto, responde o transportador pelos prejuízos decorrentes, ressalvada a prova de que ocorrida força maior.

Veja-se, quanto ao atraso, e conforme já acentuado nos comentários ao art. 732, a que ora se remete, que, já não fosse a força revogadora da superveniência do Código de Defesa do Consumidor, lei posterior subjetivamente especial, a previsão dos arts. 230 e 231 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) acerca do transporte nacional efetuado pelo meio aéreo, ao fixar limite mínimo para que o atraso de voo pudesse ensejar indenização, ostentasse visivelmente incompatível com a disposição do art. 737 do Código Civil, ora em comento.

É bom não olvidar que, no art. 732, o atual Código estabeleceu a primazia de seus preceitos em relação a dispositivos da lei especial que com ele se mostrassem, como no caso, incompatíveis. Na melhor das hipóteses, também como já se disse nos comentários ao art. 732, o limite mínimo de quatro horas de atraso, determinado no Código de Aeronáutica, apenas pode ser admitido, em interpretação sistemática e harmonizadora com o Código Civil de 2002, se compreendido como uma hipótese em que a indenização se paga de forma automática, só pelo fato

do retardo, sem qualquer excludente, porém com possibilidade de tarifação ou limitação do *quantum* indenizatório. Mas sempre sem prejuízo de se poder provar dano maior, evidente que com o ônus a tanto atinente, assim correndo-se o risco de nada se conseguir provar.

O atraso pode provocar danos materiais e, muito frequentemente, pode provocar também danos morais. A essa verificação importará a aferição das circunstâncias do caso concreto, a extensão e condições do atraso e do passageiro durante sua permanência, valendo diferenciar, a propósito, o que seja mero e pequeno incômodo, contingência própria da vida de relações, do que signifique verdadeiro abalo psíquico, frustração grave de justa expectativa do contratante, real afronta a direito da personalidade.

Da mesma forma, a mudança do itinerário pode, conforme a hipótese fática, induzir dano ao passageiro, material e/ou moral, de possível cumulação, valendo não olvidar o padrão de transparência que a boa-fé objetiva impõe nas relações contratuais, particularmente caracterizadas pela adesão, como via de regra se dá nos transportes, assim sobressaindo a necessidade de detida informação sobre as condições do deslocamento, aí incluindo-se o itinerário a ser percorrido, até para possibilitar a mais livre escolha do passageiro diante das opções que existem para o deslocamento pretendido.

Ocorrência lamentavelmente comum que se tem dado, sobretudo no transporte aéreo, é o chamado *overbooking*, resultado da venda de bilhetes em número superior ao de assentos, como forma de prevenção contra desistências que, se não sucedem, levam à necessidade de recolocação de alguns passageiros em voos não raro com horários e percursos diversos, por exemplo, com conexões que a contratação original não envolvia. Evidente que o caso é de indenização pelos prejuízos causados, não excluída ou afastada pela ocasional autorização administrativa dos órgãos reguladores.

A responsabilidade pelos danos decorrentes de atraso e mudança de itinerário, de acordo com a lei, somente se elide pela ocorrência de força maior. A respeito das excludentes no contrato de transporte, remete-se ao exame já detidamente efetuado nos comentários aos arts. 734 e 735, apenas reiterando, quanto à força maior e caso fortuito, conforme já acentuado no comentário ao art. 734, que cios devem ser externos para afastar a responsabilidade objetiva do transportador, e que isso não ocorre quando se trata de defeitos mecânicos do veículo de transporte.

Jurisprudência: Responsabilizando a transportadora, independentemente de culpa, pelo atraso de voo, e sem limitação do valor ressarcitório: *RT* 815/272. Admitindo incluída a compensação do dano moral daí decorrente: *RT* 799/243. Mas, afastando a indenização moral por considerar pequeno transtorno, no caso concreto, a mudança de escala e horário de voo: *RT* 771/01. Deliberando devida indenização pelo chamado *overbooking*: *fiT* 793/250 e 789/393. Considerando relevante, para haver dano moral, a extensão do atraso: TJRS, Ap. cível n. 70.014.775.555, 9ª Câmara, rei. Des. Marilene Barbardi, j. 31.05.2006. Considerando que as condições climáticas sejam causa excludente da responsabilidade pelo atraso: TJRS, Ap. cível n. 70.015.224.736, 9ª Câmara, rel. Des. Tasso Delabary, j. 07.06.2006.

Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

Por sua natureza bilateral, o contrato de transporte, uma vez aperfeiçoado, enseja obrigações a ambas as partes. Pois, das obrigações básicas do passageiro, a par do pagamento do preço do bilhete, cuida o artigo em comento. Conforme seus termos, o passageiro é obrigado, durante o transporte, a atender as instruções legais, administrativas e regulamentares que visam a garantir a segurança do deslocamento e a tranquilidade dos demais passageiros. Assim, deve-se abster o passageiro da prática de qualquer ato que, como genericamente está na lei, dificulte ou impeça o normal deslocamento, a regular prestação do serviço de transporte. Apenas que, quanto a específicas instruções para determinada forma de transporte, devem ser objeto de regular informação ao passageiro, corolário do dever de transparência que a boa-fé objetiva exige venha a permear as relações contratuais (art. 422). Repete-se, de maneira genérica é dever do transportado não agir de modo a perturbar os outros passageiros e a prejudicar o normal transcurso do transporte.

Aliás, a propósito, vale não olvidar previsão da lei especial de regulação do transporte aéreo, compatível com o novo Código Civil e por isso com plena aplicabilidade, dispondo sobre verdadeiro poder de polícia ao comandante da aeronave (arts. 165 e segs., da Lei n. 7.565/86), podendo mesmo ordenar o desembarque de passageiro de qualquer forma inconveniente, porquanto infringente das obrigações mencionadas anteriormente. Aliás, a mesma prerrogativa é reconhecida por Sílvio de Salvo Venosa a qualquer preposto do transportador que seja responsável pelo deslocamento, sempre a bem da segurança do serviço, afinal um dos deveres de quem o presta (*Direito civil*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 490).

Por fim, o parágrafo único do dispositivo em comento trata da indenização dos danos sofridos pelo passageiro e/ou pela bagagem durante o transporte, mas para cuja eclosão tenha este contribuído. Ou seja, cuida-se da culpa concorrente da vítima, que deve levar à proporcionalização da indenização. Tem-se causa de redução da indenização de responsabilidade objetiva do transportador. E aqui impende repetida menção à questão da concorrência normativa da legislação consumerista, que não faz qualquer remissão à culpa concorrente, mas apenas à culpa exclusiva da vítima como excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços (art. 14).

Porém, consoante já se vinha entendendo, mesmo sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, a redução da indenização imposta pela concorrência da culpa da vítima constitui medida de prestígio à própria boa-fé objetiva, que inúmeros deveres anexos ou laterais impõe ao fornecedor. Ou seja, de ambos os contratantes, mesmo nas relações intrinsecamente desiguais, se exige padrão de comportamento solidário e leal que, a rigor, decorre mesmo de imperativo constitucional (art. 3º, I, da CF). Significa dizer que não seria leal, solidário, equitativo que a vítima se beneficiasse de uma indenização completa quando, mesmo objetiva a responsabilidade do outro contratante, tivesse contribuído, com sua conduta culposa, para a ocorrência dos danos que veio a sofrer. Por isso, a previsão de culpa concorrente no novo Código Civil, a rigor, não se mostra verdadeiramente incompatível com o Código de Defesa do Consumidor. Além disso, no parágrafo em comento, essa concorrência de culpa acaba ostentando plena coincidência com a regra geral a respeito editada no capítulo da responsabilidade civil (art. 945 e seu comentário).

Por fim, duas últimas ressalvas. Primeiro, a de que, hoje, seja conforme o parágrafo presente, seja de acordo com o art. 945, quando se alude à redução equitativa da indenização, concorrendo culpa da vítima, não se reparte necessariamente em porções iguais o valor da reparação, mas sim proporcionalizado de acordo com o grau de contribuição da vítima para o prejuízo experimentado. Segundo, a de que, havida exclusiva culpa da vítima, causa única do dano ocorrido, não haverá indenização a ser paga pelo transportador, já que quebrado o correspondente nexo de causalidade daquele prejuízo com o serviço do transporte. E, malgrado ausente expressa a alusão do novo Código Civil à culpa exclusiva enquanto causa excludente, ao contrário do que está no art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor,

sua incidência se deduz mesmo da previsão de que a concorrência de culpa da vítima reduz a indenização. Por isso, sua culpa exclusiva afasta, de todo, a indenização. A propósito, remete-se ao que já expendido nos comentários ao art. 734.

Jurisprudência: Considerando concorrência de culpa da vítima que invade local proibido para atravessar via férrea, vindo a ser atropelada: *RT773/182*. Vide, ainda, acerca de hipóteses de concorrência, arestos citados nos comentários ao art. 734. Isentando o transportador rodoviário de responsabilidade quando o passageiro, em parada de ônibus, deixa de voltar no horário determinado e não reaparece mesmo chamado pelo serviço de alto-falante do local: TJSP, Ap. cível n. 7.344.442.900, 17ª Câmara, rel. Des. Maia da Rocha, j. 03.06.2009.

Art. 739. O transportador não pode recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem.

CC/1916: sem correspondente.

Em primeiro lugar, há serviços de transporte que, mesmo entregues à execução dos particulares por concessão, permissão ou autorização, são públicos e essenciais, assim de prestação continuada e que, portanto, não podem ser recusados. Veja-se, a propósito, o já expendido no comentário ao art. 731, bastando lembrar, como exemplo, o transporte coletivo municipal, tal como está no art. 30, V, da Constituição Federal, que, ademais, deve ser combinado com o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

Mas, de maneira geral, colocando-se o transportador em estado de oferta pública e permanente, obriga-se à contratação perante um público indistinto de usuários, desde que paguem o bilhete e se mantenham adequados às condições gerais que permitam a escorreita prestação do serviço, de forma segura e sem perturbar os demais passageiros, assim, antes de mais nada, conforme as circunstâncias já mencionadas no artigo anterior, e por isso, exemplificativamente, sendo recusável o embarque de passageiro menor desacompanhado ou não autorizado, na forma e quando o exija a Lei n. 8.069/90 (ECA).

Porém, mais ainda, salienta o artigo agora em comento que o transporte poderá ser igualmente recusado se o passageiro, além de não atender às instruções legais ou regulamentares, apresentar-se ao transporte em condições de saúde e higiene que potencialmente afetem ou prejudiquem os demais passageiros. Nesse ponto, de novo incide a concorrência normativa do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza a recusa do fornecimento do serviço, no art. 39, II, em conformidade com os usos e costumes. É o que se entende também aplicável de maneira geral ao transporte, porquanto na senda de sua principiologia e posto não se trate, na hipótese fática, de relação de consumo. Pense-se no exemplo do passageiro que não se ostente convenientemente trajado, o que se deve aferir *in rebus*, conforme a época e o lugar do transporte.

Por fim, mas não em diferente sentido, mesmo causas inespecíficas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, desde que consonantes com a finalidade de preservar, de maneira geral, a regular prestação do serviço de transporte, devem ser admitidas como fonte de recusa do passageiro. Assim qualquer hipótese de risco à segurança, não só à saúde alheia ou aos bons costumes. Pense-se, como exemplo, em pessoa que queira embarcar acompanhado de animal perigoso.

Jurisprudência: Considerando legal e regular transporte de menor acompanhado de pessoa sem vínculo consanguíneo, mas companheiro da avó, com base no art. 226, § 3º, da CF: *RT733/201*.

Art. 740.0 passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada.

§ 1º Ao passageiro é facultado desistir do transporte, mesmo depois de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar.

§ 2º Não terá direito ao reembolso do valor da passagem o usuário que deixar de embarcar, salvo se provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar, caso em que lhe será restituído o valor do bilhete não utilizado.

§ 3º Nas hipóteses previstas neste artigo, o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo presente trata, a rigor, da desistência do passageiro, em situações diversas, mas de maneira mais abrangente do que dispõe o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, que apenas permite, no prazo de sete dias, arrependimento nos casos de contratação à distância e, conforme interpretação extensiva, de vendas emocionais.

Assim, reforçando-se o quanto já expendido nos comentários ao art. 732, ter-se-á, mesmo nas hipóteses em que o transporte envolva, o que não se dá sempre, de maneira necessária, uma relação de consumo, a aplicação do Código Civil, que, nesta parte, é mais afeiçãoado ao comando constitucional de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII), à ideia básica de equilíbrio e solidarismo nas relações entre as pessoas, também emanada da Constituição (art. 3º, I).

Nesta senda, permite o Código Civil de 2002 que o passageiro rescinda - na verdade, tecnicamente um caso de resilição unilateral, porque de verdadeira desistência ou arrependimento (art. 473) - o contrato de transporte, por sua vontade, com consequências diversas conforme a existência de prévia comunicação e o tempo de sua manifestação. Em diversos termos, o artigo em comento cuida da desistência, com consequências diferentes, nas seguintes situações:

a) antes de iniciada a viagem, quando então será devida a restituição do valor da passagem ao passageiro, desde que comunicada aquela desistência a tempo de o transportador renegociar o bilhete, independentemente de haver, de fato, conseguido fazê-lo;

b) quando já iniciada a viagem, com direito do passageiro à restituição do valor do trecho faltante, mas só se demonstrado que, efetivamente, outra pessoa foi transportada em seu lugar;

c) mesmo antes de iniciada a viagem, mas sem comunicação prévia da desistência, com direito à restituição do valor da passagem apenas quando igualmente se comprovar que outra pessoa foi transportada no lugar do desistente.

Nesses casos em que o transportador deve devolver o valor do bilhete, fará jus, como está na lei, à multa de até 5% da importância da restituição. Trata-se de cláusula penal compensatória, pelo que, por um lado, não há antinomia real com o art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece uma cláusula penal moratória. De outro tanto, não se compreende, se se estatui cláusula penal, por natureza convencional, haver uma estipulação legal, que independa de prévio ato de manifestação de vontade, tanto mais se a lei alude a uma multa de até 5%, portanto o que deverá ser previamente pactuado, aí sim, observado o teto da legislação.

Pelo seu silêncio a respeito, bem como pelo que se poderia inferir da interpretação *a contrario sensu* do artigo, nos casos de o passageiro, antes da viagem, desistir sem comunicar a

tempo de haver substituição, ou de desistir durante o percurso sem provar sua substituição no trecho faltante, ser-lhe-ia imposta a total perda do valor do bilhete. Aliás, o Código Civil foi explícito em caso de desistência sem aviso prévio e sem prova de que houve substituição (§ 2º).

Bem de ver, todavia, que tal orientação não só conflita com o princípio traduzido pela previsão do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, que pretende vedar a perda total de valores pagos quando inadimplente o consumidor, como, antes, parece não se ajustar aos valores mencionados anteriormente, de equilíbrio e solidarismo nas relações jurídicas, dispostos na Constituição Federal, de que inclusive há exemplos múltiplos no Código Civil de 2002, até mesmo quando possibilita a redução, veja-se, de cláusulas penais que o juiz repute excessivas (art. 413). Trata-se de imperativo de equidade que, segundo se entende, determina uma interpretação sistemática, e à luz da Constituição, do artigo vertente, portanto muito além de seu sentido literal.

Por isso se poderá reputar abusiva a perda completa do valor pago, acrescentando-se que a abusividade não consubstancia fenômeno de exclusiva repressão na legislação consumerista, na exala medida em que, como se disse, afronta a ideia, diretamente dimanada da Constituição Federal (art. 3º, I), de equilíbrio nas relações jurídicas, posto se a pondere de forma adequada à eventual formação de vínculo entre iguais. De toda sorte, caberá ao juiz, nessas hipóteses, estimar a extensão da perda do valor da passagem, conforme o prejuízo que possa o passageiro ter causado, mas por qualquer de suas modalidades, por qualquer forma de manifestação.

Art. 741. Interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível, fica ele obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria, ou, com a anuência do passageiro, por modalidade diferente, à sua custa, correndo também por sua conta as despesas de estada e alimentação do usuário, durante a espera de novo transporte.

CC/1916: sem correspondente.

A regra do artigo presente revela com clareza o risco que o legislador entendeu inerente à atividade de transporte; por isso, impôs-se ao transportador uma responsabilidade independente de culpa e a obrigação, nessa esteira, de concluir viagem iniciada e que se tenha interrompido mesmo que por evento fortuito ou de força maior. Em outros termos, e porque lhe é afeta uma obrigação de resultado, caso o transporte se tenha iniciado, é dever do transportador concluí-lo, sempre, mesmo se houver interrupção por fato alheio, que não lhe seja atribuível.

Além disso, impende fazê-lo, à sua custa, nos mesmos moldes do transporte contratado, ou seja, por veículo da mesma categoria, como a lei determina, só se admitindo meio diverso se houver o *placet* do passageiro. Até que se implemente o novo transporte para conclusão da viagem, ocasionais despesas com hospedagem e alimentação correm também por conta do transportador. José Maria Trepas Cases (*Código Civil comentado*, coord. Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo, Atlas, 2003, v. VIII, p. 174-5), com base inclusive em aresto do STJ, lembra que, em virtude da regra em comento, a qual impõe a responsabilidade dos transportadores pela conclusão da viagem iniciada e interrompida, mesmo pelo *casus*, é dever de todos eles aceitar o passageiro de outro para dar cabo da exigência legal em comento, sob pena de compor perdas e danos.

Jurisprudência: Já mesmo antes do novo Código Civil, assentando a obrigação de o transportador aéreo disponibilizar outras aeronaves caso não se possa mesmo iniciar a viagem, por defeitos daquela designada, ver: fff 727/198 e 729/224.

Art. 742.0 transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso.

CC/1916: sem correspondente.

Bem de ver, antes de mais nada, que legislação especial, particularmente acerca do transporte de cargas, já conferia ao transportador o direito de reter coisas transportadas como garantia do pagamento do frete. Assim, o próprio Código Comercial, nos arts. 116 e 117, malgrado referindo a uma não mais existente hipoteca tácita, que foi substituída pela noção de direito de retenção (v. *guy mautins*, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 261), dispunha que o transportador podia reter a mercadoria para vendê-la e, com o respectivo produto, ver seu crédito pago. Da mesma forma o vetusto Decreto n. 19.473/30, alterado pelo Decreto n. 19.754/31, previa igual direito ao transportador, de retenção das coisas transportadas.

Trata-se mesmo de uma medida inspirada na equidade, de sorte a equilibrar a relação contratual, permitindo ao transportador que retenha consigo coisa transportada ou bagagem e objetos de passageiros, até ser pago o valor ajustado pelo respectivo transporte. É o que o Código Civil explicita para o transporte de pessoas, à semelhança da retenção que faculta ao hoteleiro, para garantia do pagamento do valor da hospedagem, mas sem erigir um penhor legal, tal qual procede no art. 1.467,1.

A distinção é relevante porquanto, na retenção que se faz para tornar o penhor legal efetivo, há a necessidade de posterior ato judicial homologatório (homologação de penhor legal), o que não ocorre com o direito de retenção, exercitado extrajudicialmente, eis que não é necessária qualquer formalidade homologatória posterior (ver a respeito: FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1944, p. 287).

Porém, tanto quanto no penhor legal que tem o hospedeiro sobre a bagagem do hóspede, ou mesmo o do fornecedor de alimento sobre bens do freguês, a ideia do legislador foi garantir de forma especial o pagamento à consideração de que geralmente é desconhecido o usuário do serviço.

O transportador que retém a bagagem ou outros objetos pessoais que estiverem com o passageiro por ocasião do transporte passa a ter sobre a res o dever de custódia, empregando na guarda e conservação a diligência que o exigir a natureza da coisa, aqui, de novo, à semelhança do que se dá com o credor pignoratício (art. 1.435,1). Tem, em contrapartida, porquanto possuidor da coisa, o direito básico de defender essa posse, pela utilização dos interditos, e de ser ressarcido pelas despesas de conservação ou prejuízos decorrentes de ignorados vícios da *res*. A todo este propósito vale conferir, ainda uma vez, Arnaldo Medeiros da Fonseca (op. cit., p. 267-76).

Veja-se, por fim, que o Código Civil concede ao transportador o direito de retenção apenas para garantia do valor da passagem e não de eventuais danos que o passageiro tenha provocado.

Seção III

Do Transporte de Coisas

Art. 743. A coisa, entregue ao transportador, deve estar caracterizada pela sua natureza, valor, peso e quantidade, e o mais que for necessário para que não se confunda com outras, devendo o destinatário ser indicado ao menos pelo nome e endereço.

CC/1916: sem correspondente.

No contrato de transporte de coisas, o transportador as recebe do expedidor ou remetente para entregá-las ao destinatário ou consignatário. Impende que a coisa recebida esteja devidamente especializada, identificada, individuada, a fim de que não seja confundida com outras, conforme a lei determina. A ideia é a de que seja sempre reconhecível a coisa - e suas condições - entregue ao transporte, para perfeita execução e eficácia do contrato, ademais de viabilizar a concreta responsabilidade do transportador. Por isso, exige-se que a mercadoria a ser transportada, além de ser devidamente acondicionada, sob pena de se poder rejeitar seu deslocamento (art. 764), venha a ser caracterizada, com indicação de natureza, peso, valor e quantidade, também para servir à sua identificação.

Em diversos termos, objeto passível de transporte é a coisa identificável, mercê de dados que, como se verá nos comentários ao artigo seguinte, serão aludidos no conhecimento de transporte, sem prejuízo de o transportador exigir sua relação escrita e assinada.

Por isso, afeta ao expedidor o dever mesmo de declarar os dados de identificação da mercadoria, até como forma de se estabelecer a exata responsabilidade do transportador pelos danos que sejam causados à coisa, além de evitar qualquer fraude do remetente, de resto como já se continha no art. 5º do Decreto n. 2.681/12. Da mesma forma, o expedidor deve especificar quem seja o destinatário, ao menos indicando seu nome e endereço. Nada impede que o destinatário seja o próprio expedidor.

Art. 744. Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial.

Parágrafo único. O transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento.

CC/1916: sem correspondente.

O conhecimento de transporte, de frete ou de cargas, é o documento que o transportador emite quando recebe a mercadoria a ser transportada. Prova o recebimento da coisa, devidamente identificada, com os dados mencionados no artigo anterior, tanto quanto se identificam as partes envolvidas, assim o expedidor, o transportador e o destinatário, por fim detalhando-se as condições do transporte, tal como o valor do frete, vale dizer, a remuneração devida pelo deslocamento contratado.

O Código Civil remete à legislação especial porquanto, de fato, conforme a natureza do transporte de coisas, inúmeras leis regem a expedição ou emissão do conhecimento de transporte. Por exemplo, o Decreto n. 1.832/96 regula o transporte ferroviário e o conhecimento que dele se expede. Já o art. 235 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) cuida do conhecimento de transporte aéreo de carga, discriminando tudo quanto ele deve conter, acrescentando o art. 240 que, por ele, se presume, de forma relativa, a conclusão do contrato, o recebimento da carga e as condições do transporte. Mas bem adverte o art. 226, da mesma normatização, que a falta, irregularidade ou perda do conhecimento de carga não prejudica a existência e eficácia do contrato de transporte, apenas que inviabilizando possa o transportador pretender limitar sua responsabilidade em função do que dele constaria, por exemplo no que toca ao valor da carga, sujeitando-se a eventual arbitramento.

Editada a Lei n. 11.442, de 05.01.2007, tendente a disciplinar o transporte rodoviário de cargas em território nacional, igualmente se dispôs, no art. 6º, sobre a prestação desse serviço sob contrato ou conhecimento de transporte, que deve conter os dados identificativos das partes e do frete. Nada diverso do quanto, antes, para o transporte multimodal (um único contrato de

transporte, contudo efetuado por mais de um meio), já se havia levado ao texto dos arts. 8º e 9º da Lei n. 9.611/98. Lembre-se, porém, conforme se acentuou nos comentários ao art. 730, que o contrato de transporte não exige forma especial, pelo que o conhecimento não pode condicionar o seu aperfeiçoamento. Como, do mesmo modo, não se há de olvidar da primazia do regramento geral do CC/2002 acerca do transporte, quando confrontado com a lei especial (art. 732). Apenas que, como está no item da jurisprudência, a seguir, ausente o conhecimento, inverte-se o ônus de provar questões afetas ao conteúdo da mercadoria transportada.

Lembre-se, a propósito, conforme se acentuou já nos comentários ao art. 730, que o contrato de transporte não exige forma especial, pelo que o conhecimento não condiciona seu aperfeiçoamento. O conhecimento de transporte sempre foi considerado um título de crédito, desde o Decreto n. 19.473/30, que regulamentava os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, depois alterado pelos Decretos ns. 19.754/31, 20.454/31 e 21.736/32, Decreto-lei n. 4.938/42 e Decreto n. 90.959/85, o chamado Regulamento Geral dos Transportes. São títulos impróprios, porque representativos das mercadorias, mas dotados, se não emitidos com a respectiva proibição, portanto com a cláusula *não à ordem*, da possibilidade de endosso, de tal sorte que o endossatário presume-se o titular das coisas nele discriminadas, ou, na justa advertência de Fran Martins (*Contratos e obrigações comerciais*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 252-3), titulares do direito de receber ou retirar a mercadoria transportada.

A perda ou extravio do conhecimento enseja procedimento próprio previsto também na lei especial, com aviso que se deve dar ao transportador, para que retenha a mercadoria. A essa matéria se tornará quando do exame do art. 754.

Acrescenta, finalmente, o parágrafo único, do artigo em comento, ser direito potestativo do transportador exigir declaração assinada pelo expedidor, dando conta da discriminação das coisas a serem transportadas. Trata-se de medida de cautela de que pode se valer o transportador, assim garantindo-se contra o eventual transporte de carga ilegal. Uma vez exigida e apresentada a declaração, uma de suas duas vias passa a fazer parte integrante do conhecimento.

Jurisprudência: Assentando não se prejudicar a consumação do contrato de transporte e respectiva responsabilidade do transportador pela ausência de emissão de conhecimento de frete: *RT* 811/313. Invertendo o ônus da prova caso se afirme alteração do conteúdo da mercadoria, devidamente individualizado pelo usuário no conhecimento: *177718/238*.

Art. 745. Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência.

CC/1916: sem correspondente.

Já se viu, em primeiro lugar, até por conta da responsabilidade a ele afeta, que o transportador pode exigir, por um lado, a devida discriminação, pelo expedidor, das mercadorias que deverão ser transportadas, de suas condições, natureza e características. Por outro lado, como em qualquer contrato, no transporte deve imperar padrão ético de conduta das partes, que, pelo quanto o princípio da boa-fé objetiva lhes impõe, na sua função supletiva, devem cuidar da devida informação sobre o que interesse ao escorreito cumprimento da prestação.

Nesse sentido é que se refere a lei à precisa informação que deve prestar o expedidor sobre as mercadorias a serem transportadas, inclusive de modo que tais dados, levados ao conhecimento de transporte, sejam exatos.

Não se olvide a responsabilidade do transportador e a possibilidade de que ele venha a experimentar algum prejuízo decorrente da incorreção de dados fornecidos pelo expedidor e levados ao conhecimento. Não é diferente a previsão que em lei especial já se continha, como o art. 239 do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o transporte aéreo. Segundo esse preceito, sem prejuízo de sua responsabilidade penal, o expedidor deve responder pela exatidão das indicações e declarações constantes do conhecimento aéreo e pelo dano que, em consequência de suas indicações ou declarações irregulares, inexatas ou incompletas, venha a sofrer o transportador ou qualquer outra pessoa.

Na redação de igual artigo do Código Civil de 2002, este que ora se comenta, o problema está em que se estabelece prazo decadencial para exercício da ação indenizatória pelo transportador que tenha experimentado prejuízo em decorrência das informações imprecisas do remetente - fugindo à regra geral acerca dos prazos de ação de responsabilidade, que são de prescrição, por não envolverem direitos potestativos, estes sim, indutivos do curso de prazo de decadência, segundo o Código Civil de 2002 - de 120 dias, frise-se, contados, segundo a dicção legal, *daquele ato*, sugerindo a possível interpretação de que o termo *a quo* se contaria da emissão do conhecimento.

Sucede que, mesmo havido dano diretamente oriundo dessas inexatas informações levadas ao conhecimento, como quando o transportador seja apenado pela incorreção, pela irregularidade das condições de peso, por exemplo, o fato constitutivo de seu direito ressarcitório não se terá ostentado já no momento da emissão do conhecimento. Pior, pense-se, na exemplificação de Zeno Veloso (*Novo Código Civil comentado*, coord. Ricardo Fiuza. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 672), no transporte de mercadoria inflamável, circunstância não informada, que se incendeia durante o transporte e causa dano ao transportador.

Evidente que a ação ressarcitória não pode ter seu prazo de propositura iniciado da expedição do conhecimento, supondo-se até que o caso seja de prejuízo diretamente resultante da imprecisão do conhecimento de transporte, já ao que não se acede. De toda a forma, nessas hipóteses não se considera que o termo inicial de contagem de prazo se possa dar antes de havido o prejuízo, cujo ressarcimento se perseguirá com a propositura da demanda indenizatória.

Art. 746. Poderá o transportador recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens.

CC/1916: sem correspondente.

Foi sempre previsão constante, nas leis especiais editadas acerca do transporte de cargas (art. 49, Decreto n. 51.813/63; art. 37, Decreto n. 90.959/85; Decreto n. 1.832/96), a possibilidade de o transportador recusar a mercadoria a ser transportada em virtude do seu mal acondicionamento. Isso porque é obrigação do expedidor embalar adequadamente a coisa que será deslocada, de acordo com sua natureza, de modo a evitar a causação de danos a pessoas ou coisas. Pois o Código Civil de 2002 repete a regra, mas acrescenta uma cláusula geral, a autorização para a recusa sempre que a coisa cujo transporte se pretende possa por em risco, de qualquer modo, a saúde das pessoas ou a integridade do veículo transportador ou de quaisquer outros bens. Porém, ao ser aceito o transporte, sem ressalva, responsabiliza-se o transportador pelos danos que a carga possa sofrer, a par da responsabilidade perante terceiros dos danos que ela possa provocar.

Bem de ver que, nos casos de carga proibida - ou com regras específicas para deslocamento, pela sua especial periculosidade - a recusa não é uma opção do transportador, mas um dever seu, tanto quando desacompanhada de seus correspondentes documentos, como

está no artigo seguinte. A exigência de correto acondicionamento da coisa, que se impõe ao expedidor, bem assim a prerrogativa de recusa, pelo transportador, se a embalagem for inadequada, na verdade representam ainda a contrapartida da responsabilidade do condutor. Ou seja, como é responsabilidade do transportador a preservação da higidez da coisa transportada, então natural que se exija seja-lhe ela entregue adequadamente embalada, conforme sua natureza e o meio de deslocamento que se fará.

A não ser assim, e sobrevindo o dano à carga, resultante do mau acondicionamento pelo expedidor, afasta-se a responsabilidade do transportador, inclusive como, para o transporte rodoviário de cargas, se expressou no art. 12, II, da Lei n. 11.442/2007 ou, antes, para o transporte multimodal - regido por um único contrato, mas executado mediante mais de uma modalidade de transporte - já se havia levado ao texto do art. 16, II, da Lei n. 9.611/98. Isso, porém, vale a ressalva, na relação interna entre os contratantes, eis que não se exime o transportador da responsabilidade por danos havidos a terceiros, posto que assegurado direito regressivo diante do expedidor (v. ainda, comentários ao art. 735).

Veja-se, de outra parte, que o Código Civil de 2002 não fez nenhuma ressalva, ao contrário do que se poderia considerar inferido da redação do art. 50 do Decreto n. 51.813/63, por exemplo, que pudesse induzir interpretação de que o transportador é obrigado a receber a coisa se seu reclamo contra o mau acondicionamento não for acatado, apenas se eximindo da respectiva responsabilidade. Antes de tudo, o regramento presente procura evitar danos, que inclusive podem atingir terceiros, assim além da questão da responsabilidade do transportador, apenas. Confira-se, a respeito, o que se deduziu no comentário ao art. 739, acerca da questão da segurança como justificativa da recusa do transportador à entabulação do ajuste.

Jurisprudência: Diferenciando hipótese em que o acondicionamento defeituoso se deu, não da mercadoria, pelo expedidor, mas de sua alocação e proteção no veículo do transporte, portanto com responsabilidade do transportador: *RT* 796/276. Dando pela responsabilidade do transportador pela acomodação da carga no veículo, ainda que seu carregamento caiba ao expedidor: *RT* 785/259. Assentando que Container não é embalagem, mas equipamento do veículo transportador: *RT* 699/90. Responsabilizando o transportador que não recusa a carga: TJSP, Ap. cível n. 7.347.193.300, 18ª Câm., rel. Des. Carlos Lopes, j. 21.07.2009.

Art. 747. O transportador deverá obrigatoriamente recusar a coisa cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento.

CC/1916: sem correspondente.

Se no dispositivo anterior se autoriza o transportador - portanto, sendo-lhe deferida uma prerrogativa - a recusar o transporte de mercadorias que estejam mal acondicionadas ou que possam colocar em risco a saúde alheia, o veículo pelo qual se efetua o deslocamento ou outras mercadorias, no artigo presente se obriga o transportador a recusar o transporte de cargas proibidas ou desacompanhadas da respectiva documentação.

E também aqui, não se cuida de regra nova, eis que já antes constante de legislação especial, por exemplo valendo a remissão ao que previa o art. 242 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86). Quando se determina a recusa de transporte de mercadoria proibida, preserva-se mesmo a licitude do objeto do contrato. Ou, caso se prefira, do objeto da prestação do transportador.

Com efeito, não se compadece o sistema com a possibilidade de que sejam transportadas coisas cuja comercialização seja proibida, ou cuja posse por vezes constitui mesmo crime,

como no caso dos entorpecentes. Deve-se lembrar, ainda, a ocasional existência de restrições legais ao transporte de coisas perigosas, como combustível, por exemplo, que devem ensejar obrigatória recusa do transportador a tanto não adequado.

Por fim, estabelece o preceito também a obrigatória recusa quando a mercadoria não estiver acompanhada de sua documentação, exigida por norma legal ou regulamentar. Pense-se, por exemplo, no transporte rodoviário de cargas desacompanhadas de sua nota fiscal.

Art. 748. Até a entrega da coisa, pode o remetente desistir do transporte e pedi-la de volta, ou ordenar seja entregue a outro destinatário, pagando, em ambos os casos, os acréscimos de despesa decorrentes da contraordem, mais as perdas e danos que houver.

CC/1916: sem correspondente.

Tal como se dá no transporte de pessoas, a propósito remetendo-se aos comentários do art. 740, e lá fixando-se um limite especial, não estipulado no presente dispositivo, ao menos por incidência do Código Civil, para a respectiva cláusula penal compensatória, pode haver desistência do contrato de transporte de coisas, manifestável até sua entrega ao transportador.

Além disso, veja-se que, no transporte de pessoas, esse exercício não se condiciona, propriamente, ao início do percurso, eis que mesmo durante o trajeto poderá haver desistência. A previsão de desistência para o transporte de mercadorias até sua entrega reforça antigo entendimento que via nesta espécie um contrato real, somente aperfeiçoado com a tradição da coisa a ser transportada. Mas, como se viu nos comentários logo ao art. 730, o contrato de transporte, mesmo de cargas, é consensual, sendo que a entrega já constitui ato de execução.

De mais a mais, nada impedia que a lei estabelecesse, mesmo assim, a possibilidade de arrependimento. Porém, ao fazê-lo, exatamente porque o contrato já estaria então aperfeiçoado, não eximiu o desistente de compor as perdas e danos provocadas pelo seu arrependimento. É possível a fixação prévia desse valor, por acordo das partes, mediante o estabelecimento de cláusula penal, malgrado sem o limite que se determinou para o transporte de pessoas, mas atendendo-se ao princípio de equilíbrio das relações contratuais que permeia o ordenamento como um todo (art. 3º, I, da CF), não só o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. A propósito, remete-se aos comentários do art. 732.

Bem de ver que, no Decreto n. 19.473/30, particularmente em seu art. 7º, facultava-se ao remetente, todavia então obrigado a pagar o frete por inteiro, exigir o desembarque imediato da mercadoria, mesmo já em trânsito, portanto ainda depois de sua entrega (*right of stoppage in transitu*). Nem se considera que essa possibilidade esteja excluída pelo novo Código Civil, apenas se ressalvando a verificação de eventual prejuízo maior, inclusive, quanto aos lucros cessantes, que se componha pelo pagamento integral do frete, sempre observada eventual abusividade, conforme o dano real comprovado no caso concreto.

Mas, além da desistência, o preceito em questão permite que o expedidor altere o destino da carga, tal qual já se continha no art. 113 do Código Comercial. Ao que se entende, tal alteração poderá ser feita mesmo quando a mercadoria já estiver em trânsito, sempre mediante o ressarcimento do acréscimo de despesas que a contraordem pode induzir, inclusive reajuste do frete, se for o caso. A ressalva, porém, que se há de fazer quanto a qualquer alteração que se faça com relação ao destino de mercadoria cujo deslocamento já se iniciou é a eventual onerosidade excessiva que a variação pode ensejar e que persista mesmo diante da revisão do frete. Essa situação autoriza a recusa da alteração pelo transportador, tal qual o caso em que não se acorda o reajuste do frete devido pelo acréscimo de esforço para o servi-

ção alterado, quando então o transportador permanece com a obrigação de entrega no local do destino original.

Art. 749.0 transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto.

CC/1916: sem correspondente.

O contrato de transporte de cargas, quanto à responsabilidade do transportador, a rigor não difere do contrato de transporte de pessoas, essencialmente envolvendo-se, tanto num quanto noutro, uma obrigação de resultado, afeta ao transportador, de fazer chegar a pessoa ou coisa a seu destino, sem qualquer dano, incólume. É a cláusula de incolumidade ínsita a essa espécie contratual, pelo que responde o transportador independentemente de culpa, como de resto se dá, no Código Civil de 2002, no tocante às atividades de risco inerente e especial, como é a de transporte. Certamente, essa responsabilidade encontra excludentes, valendo, a propósito, remissão aos comentários aos arts. 734 e 735, em que a matéria já foi enfrentada e cuja substância aqui não se altera.

É bem de ver que o artigo em questão cuidou do deslocamento da coisa de modo a não só evitar que ela sofra dano, bem como a que se a faça entregar no tempo ajustado. De novo, tal qual se estabeleceu para o transporte de pessoas, sem qualquer ressalva de prazo de carência, determinou-se que o transportador obedecesse ao tempo ajustado para entrega da coisa transportada. Por isso, também nesse passo, cabe a advertência feita nos comentários ao art. 737, a que se remete, acerca da inaplicabilidade de lei especial que fixe prazos mínimos para que o dano resultante de atraso seja indenizado, que não se compreenda apenas como um período acima do qual o ressarcimento se fará de maneira automática, sem qualquer excludente, mas com possibilidade de limitação ou tarifação do *quantum* indenizatório. De toda a sorte, vale a remissão aos comentários dos artigos mencionados anteriormente, evitando-se repetição.

Conforme regra em si do direito obrigacional, se não for ajustado termo final para entrega, tratando-se de prestação que, naturalmente, envolve tempo para ser cumprida, deve-se cogitar não da exigibilidade à vista, mas do chamado prazo moral, ou seja, aquele razoável para adimplemento, de acordo com as circunstâncias específicas do transporte contratado.

Jurisprudência: Deliberando não excluía a responsabilidade do transportador por furto da carga durante transporte noturno: *RT* 793/255. Mas, excluindo esta responsabilidade no caso de roubo da carga: STJ, REsp n. 433.738/SP, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.11.2002; Ag. Reg. no AI n. 686.845/MG, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 03.10.2006, *DJ* 23.10.2006; Ag. Reg. nos Emb. Decl. no REsp n. 772.620/MG, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.12.2005, *DJ* 19.12.2005; Ag. Reg. no REsp n. 703.866/SC, rel. Min. Asfor Rocha, j. 13.09.2005, *DJ* 13.02.2006. Fixando prazo razoável para entrega das mercadorias, quando a tanto não estabelecido prazo certo: */?7813/267*. Assentando a responsabilidade pelo extravio da carga: TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.70301, 4ª Câ., rel. Des. Fernando Fernandes, j. 11.01.2007. Do mesmo modo, quando havido roubo: TJSP, Ap. cível n. 7.130.846-4, 11ª Câ., rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 03.05.2007.

Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; ter-

mina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado.

CC/1916: sem correspondente.

Em primeiro lugar, o Código Civil de 2002 preestabelece o valor da mercadoria, pelo qual responde o transportador. Não se trata, aqui, de limitação indevida, porquanto, como se viu nos comentários aos arts. 743 e 744, o conhecimento de transporte da carga deverá identificar seu valor, inclusive mercê de devida informação do expedidor. Por isso mesmo, esse o importe que se considera seja o das coisas transportadas, e que define a extensão da responsabilidade que a propósito é afeta ao transportador, e que, evidentemente, não exclui a eventual obrigação de indenizar por título ou causa outra, como lucros cessantes ou mesmo, se for o caso, danos extrapatrimoniais.

Além disso, fixa o Código Civil de 2002, no artigo em comento, o exato instante em que o transportador passa a responder pelas mercadorias cujo transporte lhe é confiado. A lei estabelece que isso se dá desde quando haja o recebimento da carga. A disposição não é diversa daquela que já se continha no art. 101 do Código Comercial, determinando o mesmo termo inicial para a responsabilidade do transportador. Da mesma forma, o Decreto n. 2.681/12, cuidando do transporte ferroviário, dispôs no seu art. 3º que a responsabilidade do transportador começava ao ser recebida a mercadoria na estação pelos empregados da estrada de ferro, antes mesmo do despacho. Quanto ao transporte aéreo, fixou-se a mesma responsabilidade desde o recebimento da carga (art. 245, Lei n. 7.565/86). Assim, ainda, o art. 9º, *caput*, da Lei n. 11.442/2007, que dispôs sobre o transporte rodoviário de cargas em território nacional, apenas omissa na referência à consignação, todavia o que se deve colmatar pelo socorro à parte final do artigo em comento; ou o art. 13, *caput*, da Lei n. 9.611/98, acerca do transporte multimodal, realizado mercê de um único contrato, todavia executado por mais de um meio de transporte.

Toda essa legislação especial sempre estendeu a responsabilidade do transportador até o instante da entrega da mercadoria ao destinatário. Pois é, também, o que explicita o novo Código Civil, ressaltando que, não sendo encontrado o consignatário, a coisa deve ser depositada em juízo.

Já se decidiu, porém, conforme citação a seguir, que a omissão do transportador no preenchimento do conhecimento de transporte não pode servir de eximente à sua responsabilidade pelos danos havidos na carga transportada, tanto mais se, como se viu nos comentários aos arts. 730 e 744, o contrato de transporte é informal.

A questão, porém, que se põe, surge quando o expedidor não declara o valor das mercadorias. Por exemplo, o art. 14, parágrafo único, da Lei n. 11.442/2007, que disciplina o transporte rodoviário de cargas em território nacional, nesses casos limita a responsabilidade do transportador ao importe equivalente a dois Depósitos Especiais de Saque (DES) por quilograma de peso bruto transportado. É, a rigor, uma tarifação legal apriorística do valor de mercadorias que o expedidor omitiu. E que, portanto, somente pode ser entendida quando essa omissão for imputável a ele, expedidor, mas, segundo se crê, sempre que não lhe seja possível provar valor maior, ônus que passa a ser seu, a si afeto (v. comentários ao art. 744), sob pena de indevido enriquecimento do transportador e mesmo de afronta ao sistema constitucional e geral do CC/2002 no sentido da plena reparabilidade dos prejuízos havidos no desempenho de atividade que induz especial risco (v. comentários aos arts. 732 e 927, parágrafo único). Exatamente o mesmo problema que, antes do CC/2002, suscitava já o art. 17, § 3º, da Lei n. 9.611/98, ordenadora do transporte multimodal.

Portanto, se a ausência da devida informação não pode beneficiar o expedidor, do mesmo modo não pode ser foco de indevida vantagem ao transportador. Tudo, assim, se há de apreciar, seja dado reiterar, uma vez informal o contrato de transporte, no campo da prova produzida e que, nesse ponto, incumbe a quem expede a carga. Ainda se admita, conforme a previsão de lei, uma tarifação apriorística, destarte falhando a prova, do valor das mercadorias.

Jurisprudência: Explicitando incluir-se na responsabilidade do transportador aéreo, que vai desde o recebimento até a entrega da mercadoria em seu destino, o manuseio, a operação de carga e descarga da res transportada, e não apenas seu deslocamento físico: *RT 808/257*. Afirmando a responsabilidade do transportador, mesmo quando não havido preenchimento do conhecimento de transporte: TJRS, Ap. cível n. 70.014.520.829, 11ª Câmara, rel. Des. Antônio Maria Iserhard, j. 12.07.2006. Ainda, responsabilizando o transportador por subtração da carga já chegada ao destino, mas não descarregada: TJSP, Ap. cível n. 1.057.564.300, 15ª Câmara, rel. Des. Antônio Ribeiro, j. 15.09.2009.

Art. 751. A coisa, depositada ou guardada nos armazéns do transportador, em virtude de contrato de transporte, rege-se, no que couber, pelas disposições relativas a depósito.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo presente assenta a responsabilidade do transportador pela coisa a si confiada, durante o período em que ela esteja à sua disposição, depositada ou guardada em seus armazéns, quer porque, caso já tenha sido recebida, aguarda o despacho, o deslocamento, quer porque, se o transporte já tiver sido feito, espera a entrega ao destinatário.

Neste interregno, o Código Civil estabelece que a responsabilidade do transportador rege-se pelas mesmas regras que regulamentam a responsabilidade do depositário. Com efeito, pelo contrato de depósito, como é sabido, o depositário recebe objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame (art. 627). Incumbe-lhe, fundamentalmente, um dever de custódia, um dever de cuidado na guarda e conservação da coisa. É, da mesma forma, a diligência que se exige do transportador, a respeito das coisas que deverão ser ou que foram transportadas, mas se encontram depositadas a seus cuidados, à sua disposição.

Impende é que, seguindo a norma geral do artigo anterior, a mercadoria já tenha sido recebida pelo transportador e ainda por ele não entregue ao destinatário. Ou seja, sua responsabilidade, enquanto a coisa esteja depositada, se dá desde que tal depósito já se tenha feito a seus cuidados, vale dizer, durante o período que vai do recebimento à entrega, que é, segundo a lei, o interregno durante o qual o transportador responde pela carga. Tal dever acessório que tem o transportador, de guarda e cuidado para com a coisa transportada, já levou mesmo antiga doutrina a definir a natureza do transporte como verdadeiro depósito, o que se encontra superado pela entrevisão de um contrato autônomo e, agora, típico, cuja prestação principal é o deslocamento da coisa ou da pessoa. Claro que o transportador também é responsável por eventual armazenamento que se faça em meio ao percurso, por interrupção do deslocamento, sempre sem a necessidade de que o local do armazenamento seja próprio do transportador. Importa é que a coisa esteja ainda sob seus cuidados, armazenada em local de sua responsabilidade, de sua escolha.

Art. 752. Desembarcadas as mercadorias, o transportador não é obrigado a dar aviso ao destinatário, se assim não foi convencionado, dependendo também de ajuste a entrega a domicílio, e devem constar do conhecimento de embarque as cláusulas de aviso ou de entrega a domicílio.

CC/1916: sem correspondente.

No contrato de transporte, o lugar da entrega da coisa transportada é aquele que tiver sido convencionado pelas partes, sem que, como regra, tenha o transportador o dever de avisar o destinatário sobre o desembarque, isto é, sobre a chegada da mercadoria a seu destino.

A entrega deverá ser procedida no domicílio do consignatário apenas se isso se ajustar, o que se deve explicitar no conhecimento de transporte emitido. Da mesma forma, é nesse conhecimento que se deve explicitar se o transportador assumiu o encargo de dar aviso de chegada das mercadorias, embora esse dever não lhe toque, em princípio.

Porém, como já foi acentuado nos comentários ao art. 744, deve-se lembrar que a falta do conhecimento de transporte não prejudica a eficácia do contrato de transporte e, assim, a convenção sobre local de entrega e de aviso que de outra forma se tenha consumado. Todavia, é importante reiterar que o transportador somente estará adstrito a entregar a coisa no domicílio do consignatário e a dar aviso do desembarque da carga se isso se tiver convencionado.

Por fim, se a lei refere a necessidade de menção expressa à entrega no domicílio do consignatário, é lícito entender que, no silêncio do contrato, a entrega deve-se proceder no armazém do transportador, devendo ser de lá retirada pelo destinatário ou por quem se apresentar com o conhecimento endossável e endossado, conforme art. 754. Nesse sentido, José Maria Trepas Cases observa que, na verdade, qualquer outro local de entrega, que não o armazém do transportador, deve ser objeto de explícita estipulação (*Código Civil comentado*, coord. Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo, Atlas, 2003, v. VIII, p. 195).

Jurisprudência: Assentando a responsabilidade do transportador aéreo, quando ajustada a entrega a domicílio, por sinistro ocorrido durante o deslocamento terrestre da mercadoria: *RT 747/394*.

Art. 753. Se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador solicitará, incontinenti, instruções ao remetente, e zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo força maior.

§ 1º Perdurando o impedimento, sem motivo imputável ao transportador e sem manifestação do remetente, poderá aquele depositar a coisa em juízo, ou vendê-la, obedecidos os preceitos legais e regulamentares, ou os usos locais, depositando o valor.

§ 2º Se o impedimento for responsabilidade do transportador, este poderá depositar a coisa, por sua conta e risco, mas só poderá vendê-la se perecível.

§ 3º Em ambos os casos, o transportador deve informar o remetente da efetivação do depósito ou da venda.

§ 4º Se o transportador mantiver a coisa depositada em seus próprios armazéns, continuará a responder pela sua guarda e conservação, sendo-lhe devida, porém, uma remuneração pela custódia, a qual poderá ser contratualmente ajustada ou se conformará aos usos adotados em cada sistema de transporte.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo consagra importante e discutível inovação, para quando impossibilitado ou interrompido o transporte, e à falta de instruções do remetente, permitindo-se, então, a alienação da coisa transportada, que estava já aos cuidados do transportador.

Mas, em primeiro lugar, o *caput* cuida da hipótese de o transporte não se poder iniciar ou se interromper, impondo-se ao transportador o dever de, a uma, solicitar, de pronto, instruções ao remetente e, depois, velar pela coisa, à semelhança do depósito, tal qual já se viu nos comentários ao art. 751, portanto respondendo por perecimento ou avarias, salvo em caso de força maior, a propósito, no que toca às excludentes, valendo remissão ao quanto já expendido no exame do art. 749.

Não se estabeleceu prazo para que o transportador solicite informações quanto ao destino da mercadoria cujo transporte se impossibilitou ou se interrompeu, da mesma forma que não se especificou o tempo durante o qual a resposta do remetente deve ser aguardada. Certo que, para a solicitação das instruções, determinou o legislador que o transportador agisse incontinenti, isto é, desde logo, de imediato, sem qualquer retardo, tudo dentro do que é razoável para o caso concreto, sob pena de responder pela demora.

Da mesma forma, para esperar a resposta, deve-se considerar igualmente período razoável, conforme as condições e o domicílio das partes, bem como a forma de comunicação entre ambas. Importa é a razoabilidade para o caso concreto. Nada diverso do prazo moral, por exemplo, das obrigações, via de regra de fazer, constituídas sem termo final, mas cuja consecução exige tempo, portanto se afastando o vencimento à vista, como sucederia pela regra geral.

O § 1º acrescenta que, se o impedimento ao transporte ou à sua continuação persistir sem motivo que seja imputável ao transportador, como obstrução de caminhos, intempéries, fato do príncipe, desde que não recebidas instruções do expedidor, caberá o depósito judicial da coisa ou, eis o ponto, sua venda, depositando-se o respectivo produto.

Nada de novo na previsão de depósito da coisa. Sua venda, todavia, representa grande inovação, aqui autorizada mesmo quando não se trate de coisa perecível, portanto em risco de se perder. Pois, a respeito, acede-se à crítica de Roberto Senise Lisboa (*Manual elementar de direito civil* 2. ed. São Paulo, RT, 2002, v. III, p. 246) no sentido de que o novo Código Civil criou uma prerrogativa perigosa, que atropela a devida e prévia intervenção judicial. Ou seja, permite-se uma venda extrajudicial com genérica condicionante a inespecíficos *preceitos legais e regulamentares*, quando menos devendo-se aí entender a cautela por que a alienação não se faça de maneira prejudicial ao expedidor. Talvez tivesse sido melhor a intervenção judicial precedente no lugar das instruções do remetente, que foram omitidas.

Veja-se que mesmo no depósito, cujo regramento no transporte de coisas serve de socorro (art. 751), não se prevê igual medida, dispondo-se, ao revés, sobre a consignação judicial da coisa quando, por motivo plausível, o depositário não puder mais dela se encarregar (art. 635). Não é só. No caso de depósito resultante do direito real de penhor, o credor pignoratício, especificamente diante do risco de perda ou deterioração da coisa empenhada, pode vendê-la, desde que, frise-se, mediante prévia autorização judicial. É, a rigor, o que melhor se adequaria à inteligência do artigo em comento, analogicamente ao que se prevê para caso similar, ainda que a consumação da venda não se faça judicialmente, mas segundo os usos locais.

Mais, com a prévia autorização judicial permitir-se-ia ao expedidor, como ao devedor, no penhor, se permite substituir a coisa empenhada, evitando sua venda, suprir a falta de informação sobre o destino da coisa, eventualmente, até, beneficiando o transportador com a cessação da custódia da res, dando-lhe algum outro destino.

Se, todavia, o impedimento ao transporte decorrer de fato imputável ao transportador, portanto de sua responsabilidade, quer por culpa, quer por fortuito interno (arts. 734 e 749), então só lhe caberá o depósito da coisa, restando a venda, com as contingências já examinadas, apenas para a hipótese de risco de perecimento (§ 2º do artigo em comento).

Corolário do princípio da boa-fé objetiva pelo que se pautam as relações contratuais (art. 422) e que, na sua função supletiva, cria deveres anexos que garantem o desenvolvimento do vínculo obrigacional de maneira mais leal, incumbe ao transportador sempre informar o expedidor sobre eventual depósito ou venda da coisa.

Por fim, somente quando não o faça por conta de impedimento a si imputável, por culpa ou risco, terá direito o transportador a remuneração suplementar por manter a coisa depositada em seus armazéns, se o transporte for impossibilitado ou interrompido, o que, à falta de consenso, arbitrar-se-á judicialmente.

Jurisprudência: Fixando indenização ao transportador por despesas havidas em virtude de impossibilidade de entrega da coisa, que teve de permanecer a seus cuidados, tudo em virtude de causa imputável ao destinatário: *RT* 812/365.

Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos.

Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega.

CC/1916: sem correspondente.

A entrega das mercadorias transportadas se faz, em geral, a quem o contrato indique como sendo o destinatário, chamado consignatário. Bem de ver, porém, que, conforme já se acentuou nos comentários ao art. 744, o contrato se instrumentaliza, em regra, por documento dotado de cartularidade, o conhecimento de transporte, de frete e de carga. Mas se a lei a ele atribui a natureza de título de crédito, posto que impróprio, porquanto representativo de mercadorias, possível seu endosso se não houver cláusula proibitiva (*não à ordem*). Se o endosso ocorrer, o endossatário passa a estar legitimado para o recebimento da mercadoria, sempre assentado que, na dúvida sobre quem deva receber, incumbe ao transportador a consignação.

Aquele que receber a carga, de toda a sorte, deve conferi-la e, nesse mesmo instante, apresentar, sob pena de decadência dos direitos resultantes, as reclamações que tiver quanto às avarias ou perdas, desde que parciais, porque a perda total é o desaparecimento da coisa, por qualquer causa, e que, assim, não se apresenta para entrega, destarte não sendo cogitáveis vistoria e protesto.

Não se exige forma especial para efetivação desse reclamo, que pode ser feito, inclusive, no próprio conhecimento, mas sempre com ciência ao transportador. Veja-se que o Código Civil não exigiu, tal qual se continha no Código de Processo Civil de 1939 (art. 756, § 2º), reclamo ou protesto pelo atraso da entrega, com prazo para seu exercício, embora se defendia, alhures, que o preceito citado permaneça em vigor (ver, por todos: VHNOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 489).

Há casos, todavia, de perda parcial ou avaria imperceptível desde logo, portanto que não permitem reclamo ou protesto imediato, por ocasião da vistoria, da conferência efetuada ao instante do recebimento. Nessas hipóteses, como o parágrafo do dispositivo em comento prevê, o destinatário tem o prazo decadencial de dez dias, contados da entrega, para denunciar ao transportador o dano à carga. É, pois, como um interregno que a lei fixa para que a perda parcial ou avaria de pronto imperceptíveis apareçam. Ao que se entende, o Código de Defesa do Consumidor andou melhor, ao fixar, no art. 26, § 3º, prazo decadencial para vícios não perceptíveis, contado desde o momento em que o defeito evidenciar-se. Lembre-se de que a legislação consumerista é subjetivamente especial, no caso atendendo melhor ao escopo constitucional de proteção de parte vulnerável na relação negociai.

Com as mesmas observações deve-se interpretar o art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 11.442/2007, aplicável ao transporte rodoviário de cargas em território nacional, e o art. 13, parágrafo único, da Lei n. 9.611/98, aplicável ao transporte multimodal (v. art. 756), os quais, identicamente, previram a cessação da responsabilidade do transportador logo que recebida a carga, sem qualquer protesto pelo destinatário, mas sem ressalvar danos imperceptíveis de pronto. Impende, destarte, recurso complementar ao parágrafo único do art. 754 do CC/2002, naquilo que se tem chamado de diálogo das fontes, a rigor a interpretação sistêmica. De mais a mais, as próprias leis especiais, nos arts. 7º, parágrafo único (Lei n.

11.442/2007), e 11, parágrafo único (Lei n. 9.611/98), e na esteira da Súmula n. 109 do STF (vide a seguir), estabeleceram direito de vistoria em caso de danos ou avarias, destarte sem que a ela se condicione a indenização ocasionalmente devida.

Por fim, diga-se parecer que o Código Civil, no artigo em exame, tencionou simplificar, deformalizar mesmo o procedimento de protesto ou reclamo por avaria, se comparado com aquele que se estabelecia na legislação anterior (u.g. > art. 756, CPC antigo).

Jurisprudência: Súmula n. 109, STJ: O reconhecimento do direito a indenização, por falta de mercadoria transportada via marítima, independe de vistoria.

Assentando a desnecessidade de protesto se o caso é de perda total, de extravio da mercadoria: TJRS, Ap. cível n. 32.159, 4ª Câ., rel. Des. Bonorino Butelli, j. 05.09.1979. Da mesma maneira, ainda quando o extravio seja parcial, contentando-se com declaração da autoridade portuária: *RT1W/226*. Considerando inafastável o prazo de decadência para o protesto: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.36421, 17ª Câ., rel. Des. Maria Inês Gaspar, j. 01.08.2007. No mesmo sentido: TJRS, Ap. cível n. 70.019.145.804, 12ª Câ., rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, j. 30.08.2007. Ainda: TJSP, Ap. cível n. 7.315.422.200, 14ª Câ., rel. Des. Melo Colombi, j. 18.02.2009.

Art. 755. Havendo dúvida acerca de quem seja o destinatário, o transportador deve depositar a mercadoria em juízo, se não lhe for possível obter instruções do remetente; se a demora puder ocasionar a deterioração da coisa, o transportador deverá vendê-la, depositando o saldo em juízo.

CC/1916: sem correspondente.

Conforme se asseverou nos comentários ao artigo antecedente, pode surgir dúvida sobre quem deva receber as mercadorias. Lembre-se, a respeito, de que o conhecimento de transporte, o qual habilita o portador a receber a carga, é dotado de cartularidade; pode, como regra, transferir-se por endosso, sendo, ademais, passível de perda ou extravio, de resto já antes se prevendo, em lei especial (art. 9º do Decreto n. 19.473/30), procedimento de aviso ao transportador, para retenção e deliberação judicial acerca do destino da coisa.

Pois o Código Civil de 2002 expressa que, sobrevivendo dúvida a respeito de quem legitimamente deva receber a carga, impõe-se ao transportador a sua consignação em juízo. Ressalva, porém, o dispositivo em comento, a hipótese de se tratar de mercadoria perecível, sob risco de deterioração, em caso de demora, autorizando-se então o transportador a proceder à sua venda, depositando-se o preço. A propósito dessa prerrogativa de alienação, remete-se aos comentários já efetuados acerca de igual previsão contida no art. 753.

Jurisprudência: Sobre a exegese do dispositivo: TJRS, Ap. cível n. 70.012.417.697, 12ª Câ., rel. Des. Naele Piazzela, j. 15.09.2005. Diferenciando a hipótese de dúvida e de recusa, para fins de incidência do preceito: TJRS, Ap. cível n. 70.020.833.141, 12ª Câ., rel. Des. Cláudio Baldino Maciei, j. 30.08.2007.

Art. 756. No caso de transporte cumulativo, todos os transportadores respondem solidariamente pelo dano causado perante o remetente, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano.

CC/1916: sem correspondente.

O transporte cumulativo é aquele em que vários transportadores cumprem o deslocamento, mercê de um único vínculo obrigacional, mas incumbindo-se cada qual de um trecho do trajeto total. A matéria vem também tratada no art. 733, alocado dentre as disposições gerais do capítulo destinado ao regramento do contrato de transporte.

Bem de ver, porém, que, no artigo em comento, específico para o transporte cumulativo de cargas, chamado intermodal quando se desenvolve por mais de um meio de transporte (ver, sobre essas distinções: MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 276), pela Lei n. 9.611/98 chamado multimodal, o Código Civil estabelece uma responsabilidade solidária dos transportadores, pelos danos causados durante o deslocamento, ainda que, ao final, identifique-se um responsável e garanta-se direito regressivo que os demais transportadores exerçam perante ele. A todo este respeito, vale remissão aos comentários do art. 733, em que a matéria foi já examinada e discutida. Como vale, também, a observação de que, no confronto entre a Lei n. 9.611/98 e o CC/2002, o critério de solução das antinomias deve ser o cronológico, eis que o Código Civil, malgrado geral no seu todo, aqui, no artigo em comento, prevê disposição especial, especialmente aplicável ao transporte multimodal.

Jurisprudência: Sobre a responsabilidade solidária no transporte cumulativo de cargas, com eventual direito regressivo, e já com remissão ao artigo em comento, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que "o transporte intermodal, cumulativo, finalizado pela cooperativa, impõe a apuração da responsabilidade desta e dos anteriores transportadores. De qualquer forma, se a indenização for atribuída a transportador que não teve culpa, a ele assegura-se o direito regressivo". (TJRS, AI n. 70.004.738.977, 2ª Câm. Esp., rel. Des. Assis Brasil, j. 27.02.2003). No mesmo sentido, assentando a responsabilidade solidária e o eventual regresso: TJSP, Ap. cível n. 7.335.175.400, 14ª Câm., rel. Des. Tarciso Beraldo, j. 13.05.2009.

CAPÍTULO XV DO SEGURO

Seção I **Disposições Gerais**

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

CC/1916: art. 1.432 (parcial).

Em redação mais ampla e técnica que a do art. 1.432 do Código anterior, adstrita à avença securitária de dano e ao princípio indenitário ou indenizatório a ela subjacente, o artigo em pauta define o contrato de seguro referindo, em primeiro lugar, a contratação da garantia de riscos de qualquer interesse legítimo do segurado, portanto não só o prejuízo advindo do sinistro de uma coisa, já que no seguro de pessoa garante-se um *statu quo* do ser humano (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, t. XLV, § 4.911, p. 275), nem sempre suscetível de ressarcimento, como, por exemplo, a vida. Esclarece-se, ainda, que o seguro se faz do interesse do segurado, e não do

que a ele é pertinente, de modo que o objeto da contratação, a rigor, acaba sendo a garantia desse mesmo interesse. Ou seja, procura-se abarcar, nesse conceito genérico do Código Civil, a proteção a qualquer interesse do segurado, e que se ostente lícito, exigindo-se, nos termos do preceito, sua legitimidade (art. 760). É o interesse segurável que, acrescenta a nova lei, pode concernir a pessoa ou coisa, portanto em seu conteúdo abrangidos os seguros de dano e, também, de pessoas, justamente a divisão que se faz do capítulo presente, depois de fixadas as disposições gerais do contrato.

Com efeito, o atual Código estrutura o capítulo do seguro estabelecendo regras gerais e, depois, separando o seguro de dano e o seguro de pessoa, destarte valendo-se de uma dentre as várias classificações que do seguro são feitas, aqui tomando-se como critério o objeto afeto ao interesse que se tenciona garantir. Na base do ajuste está a cobertura de um risco que, porém, deve ser predeterminado, vale dizer, previamente estipulado pelas partes, posto se admita aí incluído o quanto despendido pelo segurado para evitar o sinistro ou minorar suas conseqüências (VI-NOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 383). Trata-se do risco de que sobrevenha um evento futuro e incerto, ou de data incerta, não adstrito à vontade exclusiva de uma das partes, chamado, quando ocorre, de sinistro, que tenha sido previsto e que cause lesão a interesse do segurado, assim operando-se sua garantia, pelo segurador, mediante a entrega, àquele, de um capital previamente limitado. Dá-se, pois, como se costuma dizer, e não sem críticas, conforme logo adiante se referirá, verdadeira transferência, ao segurador, do risco de lesão a interesse do segurado. Isso, porém, individualmente tomado o seguro, sempre mediante o pagamento de uma contraprestação do segurado, o prêmio devido.

A rigor, todavia, ressalve-se que, no ajuste de seguro, se pressupõe uma relação mais ampla de mutualismo, em que há um universo de pessoas que, mediante o pagamento do prêmio, compõem um fundo gerido pelo administrador, que calcula a probabilidade dos eventos cobertos para quantificar a soma a ser paga pelos segurados. Mas, porque implica garantia de indenidade, com real função previdenciária, e com a crescente multiplicidade e complexidade das relações entre os indivíduos, cuida-se de contrato de especial interesse social, uma vez que, afinal, repita-se, serve a assegurar a integridade das pessoas diante de acontecimentos danosos cada vez mais freqüentes e diversificados, conforme a evolução das mais variadas atividades humanas. Por essa razão, e por reclamar verdadeiro mutualismo, consoante explicitado, a dar-lhe possível sustento, há o influxo de inúmeras regras de intervenção, sabido que o seguro, ademais, foi sempre objeto de farta legislação especial, cuja incidência se ressalva no art. 777, que retoma a matéria, tanto quanto na concorrência normativa do Código de Defesa do Consumidor.

Além do mais, não por diverso motivo, e a reforçar a ideia de uma operação mais abrangente, de mutualismo, a atividade de seguro só pode ser desenvolvida por empresas, organizadas sob a forma de sociedades anônimas ou, no ramo rural e de saúde, de cooperativas, que a tanto sejam autorizadas pelo Poder Público, que as fiscaliza. A propósito, já o estabelecia o Decreto-lei n. 2.063/40, sucedido pelo Decreto-lei n. 73/66, que também criou o Sistema Nacional de Seguros Privados e, a integrá-lo, a Superintendência de Seguros Privados (Susep), autarquia encarregada daquele mister de fiscalização. Sobrevieram, mais recentemente, porém sempre na mesma esteira, alterando, em parte, o Decreto-lei n. 73/66, os Decretos ns. 605/92 e 3.633/2000 e a Lei n. 10.190/2001. Foi em todo esse sentido que, no parágrafo único do artigo vertente, o Código Civil de 2002 ressalvou somente poder fazer parte do contrato securitário, na condição de segurador, entidade para tal fim autorizada, sempre na forma da lei especial.

Contudo, da definição legal do seguro que se deu a fazer o Código de 2002, é costumeira a inferência de se tratar de contrato *bilateral* porquanto foco da irradiação de obrigação a ambas as partes; *otiewso*, dada a exigência de que, como contrapartida da garantia de risco, afeta ao segurador, haja o pagamento de prêmio, pelo segurado, mesmo admitindo-se que sirva mais à composição de um fundo gerido pelo segurador, a quem se garante uma remune-

ração; *consensual*, já que se aperfeiçoa pelo consenso das partes, malgrado se prove por forma própria (ver comentário ao artigo seguinte), valendo para muitos, ainda, quanto à questão do pagamento do prêmio, causa de tipificação de um contrato real, remissão ao comentário do art. 763. Entretanto, impende notar, acerca do que não há dúvida, que o ajuste é daqueles cativos, de longa duração, com especial reclamo a que se portem as partes de acordo com o padrão de lealdade que a boa-fé objetiva exige, ademais porquanto estabelecida sua intrínseca equação econômica a partir, basicamente, das declarações e informações das partes, então calculando-se risco e prêmio (art. 765). Também comum entendê-lo como contrato aleatório, não comutativo, ao argumento de que, de um lado, pode o segurado pagar o prêmio por muito tempo, sem nunca precisar da cobertura contratada, tanto quanto pode o segurador, depois de pouco tempo de recebimento do prêmio, ter de honrar o valor do seguro, diante de sinistro sucedido. Ou seja, cobre-se risco de evento cuja ocorrência futura é incerta, de modo que as prestações das partes não são previamente conhecidas e determinadas.

Tudo isso, é certo, da perspectiva do contrato individual de seguro, mas não olvidada sua inserção em relação mutualista mais abrangente, como já examinado. Até porque, dessa perspectiva, tem-se sustentado existir, sim, uma comutatividade, compreendendo-se a prestação principal afeta ao segurador não como a de pagamento do valor segurado, que pode realmente não acontecer, mas a de manutenção da garantia a que se volta o seguro. Em outros termos, incumbir-lhe-ia gerir o fundo constituído com o pagamento do prêmio pela universalidade dos segurados de forma a manter, pelo tempo do ajuste, a garantia contratada, objeto da contratação. Quer dizer, sua obrigação básica está em manter-se solvável durante o tempo de ajuste (v. g., TZIRULNIK, Ernesto. "Princípio indenitário no contrato de seguro". In: *Revista dos Tribunais*, v. 759, janeiro de 1999, p. 89-121). Daí diferenciar-se o seguro da aposta, do jogo, sempre vinculado, como acentua Pedro Alvim (*O contrato de seguro*, 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 59), a uma cooperação de coletividade que assume o risco pelo sinistro de cada qual, mediante a constituição de um fundo, gerido pelo segurador, composto pelos prêmios pagos pelos segurados.

Jurisprudência: Embora considerada a particularização dos riscos cobertos, entendendo que não podem ser excluídos riscos de modo a desatender ao próprio objetivo básico do contrato: *RT75M383*. Nesse sentido, considerando abusiva, em seguro de dano, cláusula de exclusão de cobertura em caso de estelionato e apropriação indébita: STJ, REsp n. 232.281/SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 17.12.1999. Recusando propositura de ação de recebimento de seguro obrigatório contra entidade, a Fenaseg, que não é sociedade seguradora, a quem se reserva, uma vez devidamente autorizada, o exercício da atividade: TJSP, Ap. cível n. 955.122-0/4, 32ª Câm., rel. Des. Jayter Cortês, j. 31.03.2006. Negando qualquer devolução de prêmio pela não utilização do seguro durante o tempo da cobertura contratada, ante a natureza e as características do ajuste: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.21740, 6ª Câm., rel. Des. Nagib Slaib, j. 13.06.2007.

Art. 758.0 contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio.

CC/1916: art. 1.433 (parcial).

Disponha-se, no Código Civil anterior, que, antes da emissão da apólice de seguro e de sua remessa ao segurado, não se aperfeiçoava o contrato, levando à defesa de sua natureza formal, como se a solenidade erigida fosse, então, de sua substância. Ressalve-se, porém, que o mesmo dispositivo, em sua parte final, admitia o seguro sem a apólice, desde que demons-

trado pela respectiva escrituração nos livros mercantis. O Código Civil de 2002, no artigo em discussão, assenta o caráter consensual do contrato, perfeito e acabado com o consenso das partes. O que se estabelece, entretanto, é a forma escrita para comprovação de sua existência. Com efeito, tal qual prevê a nova lei, o contrato de seguro, em princípio, se prova por seu instrumento escrito, que é a apólice.

O Decreto-lei n. 73/66, todavia, permitiu a emissão, por solicitação verbal, portanto sem necessidade de proposta escrita, de mero bilhete de seguro, em lugar da apólice (art. 10). Além disso, conforme a especificidade do seguro contratado, varia sua forma. Por exemplo, no seguro de vida em grupo não retém o segurado mais que um certificado. Há seguros de transporte, ou contratado quando da locação de veículos, em que o segurado não recebe mais que um informativo resumido, nunca a apólice. Tudo sem contar as contratações por meio eletrônico, por telefone, por fac-símile, como lembra Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 378), revelando que, nessa matéria, não há forma que seja substancial. Confirmando-o, e mesmo consolidando orientação que já vinha da jurisprudência, assenta o Código Civil de 2002 que o contrato de seguro pode ser provado até pelo recibo de pagamento do prêmio, em regra pela rede bancária.

O que, por certo, não se pode sustentar é que sem a apólice ou o bilhete não haja o contrato e muito menos que, antes de sua remessa, não exista já obrigação securitária afeta às partes. A forma, enfim, a que se refere a lei, tem função meramente probatória, de modo a impedir a demonstração do ajuste exclusivamente por testemunhas. Daí mencionar-se sua prova por qualquer documento comprobatório do pagamento do prêmio ou qualquer outro, é de admitir, desde que indique a ocorrência do consenso. Pense-se na proposta escrita, sucedida pelo pagamento do prêmio ou por qualquer correspondência remetida pelo segurador, de que se extraia a conclusão de que havida aceitação.

Jurisprudência: Considerando provado e aperfeiçoado o contrato pela existência de proposta e posterior pagamento do prêmio: *RT7QVQ5*. Entendendo tratar-se de contrato a que, via de regra, se manifesta simples adesão, e, por isso, impondo interpretação favorável ao aderente e redação, com destaque, de cláusulas restritivas: *RT 750/371*. Negando a comprovação do ajuste por meio exclusivamente testemunhai: *JTJ-Lex 205/141*. Permitindo a comprovação do ajuste por documento indicativo do pagamento do prêmio: TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.43471, 6ª Câ., rel. Des. Ronaldo Martins, j. 17.01.2007. Mas, entendendo que o contrato se aperfeiçoa com a emissão da apólice, independentemente do pagamento da primeira parcela do prêmio: TJSP, Ap. cível n. 7.046.319-7, 11ª Câ., rel. Des. Cláudio Levada, j. 15.03.2006.

Art. 759. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco.

CC/1916: art. 1.433 (parcial).

No Código Civil de 1916, inexistia regra que, tal como a presente, do Código Civil de 2002, obrigasse, precedentemente à emissão da apólice, a efetivação de uma proposta escrita, com os elementos necessários à identificação da contratação. É certo, porém, que, na legislação especial, igual comando já havia. O Decreto-lei n. 73/66 estabeleceu, em seu art. 9º, que os seguros deveriam ser contratados mediante propostas assinadas pelo segurado. Sobrevieram, alterando essa normatização, os Decretos-lei ns. 168/67 e 296/67 e o Decreto n. 60.549/67, da mesma forma dispondo que a contratação do seguro reclamava prévia proposta assinada.

Destaque-se, todavia, que tais preceitos devem ensejar uma interpretação sistemática, atenta ao fato, primeiro, de que, como se viu no comentário ao artigo anterior, a própria apó-

lice não é indispensável à contratação do seguro. Nessa esteira, a mesma legislação especial autorizava a contratação do seguro por meio de bilhete, solicitado de maneira verbal pelo segurado (art. 10 do Decreto-lei n. 73/66). De outra parte, impende compreender a exigência de proposta prévia como uma medida de proteção ao segurado, garantindo-se que a apólice depois emitida não destoe das condições que se tenham levado à proposta remetida ao segurador, mas sem que sua ausência comprometa, de alguma forma, a validade do seguro (ver, a respeito, DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código GV/7*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, 1.1, p. 105). Isso não significa dizer, contudo, que, uma vez efetuada a proposta, esteja o segurado livre da obrigação básica de boa-fé, impondo-se plena veracidade das declarações então efetivadas, uma vez que, com base nelas, calculará a seguradora o risco a garantir. De qualquer maneira, havida a proposta, deve ela conter fundamentalmente o que comporá a apólice, ou seja, o interesse segurável (ver comentário ao art. 757), o risco garantido, as condições das partes e o prazo do seguro, tudo de acordo com as normas regulamentares da Susep.

É importante notar, porém, de resto tal qual já salientado nos comentários ao artigo anterior, que, malgrado imposta a emissão da apólice em quinze dias da aceitação da proposta, como está na legislação especial citada, admite-se a existência da contratação se, por qualquer outro meio, demonstra-se aquiescência do segurador, por exemplo, pelo recebimento do prêmio, mesmo que, portanto, não emitida a apólice. Assim, uma vez comprovada a proposta, já *de per se*, por qualquer meio, a aceitação, posto que ausente a apólice, poderá servir de prova do seguro.

Problema freqüente se dá com a ocorrência de um sinistro em meio a esse procedimento burocrático de tramitação da proposta. Lembra Venosa (*Direito civil*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 401) a possibilidade de contratação, para essas hipóteses, de seguro provisório, além da necessária verificação da forma corrente de agir das partes, que, por vezes, sobretudo em casos de renovação, indica cobertura imediata, com o endereçamento da proposta. Tudo sem prejuízo de ser imputável eventual retardo a alguém por quem responda a seguradora, como agente sucursal, escritório de representação, assunto que se retomará nos comentários aos arts. 760, 774 e 775.

Jurisprudência: Assentando que, efetivada a proposta e pago o prêmio, a cobertura securitária já se faça devida, porquanto aperfeiçoado o ajuste: *JTJ-Lex* 205/258 e 218/180. No mesmo sentido: TJSP, Ap. cível n. 989.258-0/2, 28ª Câm., rel. Des. Celso Pimentel, j. 12.09.2006. Impondo à seguradora, na emissão da apólice, observância às condições da proposta: Turmas Recursais - RS, Recurso n. 71.000.598.144, 1ª T., rel. Juiz Ricardo Hermann, j. 05.05.2005.

Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.

Parágrafo único. No seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete não podem ser ao portador.

CC/1916: arts. 1.434, 1.447 e 1.448.

A apólice ou o bilhete são, como se vem acentuando nos comentários aos artigos anteriores, os instrumentos escritos do contrato de seguro. Servem à demonstração de sua existência, ou à sua prova, embora outros documentos a tanto também se prestem (art. 758). Devem conter, antes de mais nada, a exata identificação do risco coberto. Como já se salientou na análise do art. 757, o risco, no contrato de seguro, é o acontecimento de ocorrência incerta, ou de data

incerta, e independente da vontade exclusiva das partes, que desencadeia, uma vez convertido em fato - o chamado sinistro -, a obrigação do segurador de cumprir sua prestação contratual. Daí dizer-se que o risco, a rigor, é a previsão de sinistro contra o que se faz o seguro. Assim, a apólice ou o bilhete têm de identificar, de forma precisa, qual o risco coberto, que deve se ligar a um fato lícito, não se permitindo cobertura de risco decorrente de atividades ilegais ou imorais.

Na apólice e no bilhete devem estar consignadas, também, as datas de início e de término de sua validade. Tal indicação, no caso de prévia proposta, deve ser consonante com o declarado por meio dela, ou, como determina o Decreto-lei n. 73/66, nessa parte com redação dada pelos Decretos-lei ns. 168/67 e 296/67, o início da vigência da apólice coincidirá com a data de aceitação da proposta, lembrando, ainda, que, pela mesma normatização, a apólice tem de ser emitida em até quinze dias da aceitação. Trata-se de previsão que poderá servir de indicativo probatório para quando não houver apólice, mas aí sem exclusão de qualquer outra prova atinente a características do caso concreto, sempre levando em conta que o seguro se aperfeiçoa com o consenso e pode ser provado por qualquer outro documento escrito, além da apólice e do bilhete.

Desses instrumentos constarão, ainda, o limite da garantia e o prêmio devido, ou seja, o máximo do valor a pagar ao segurado, em caso de sinistro, além da quantia que lhe incumbe pagar para fazer jus a essa cobertura. De resto, o valor do prêmio se fixa também e justamente pelo teto da garantia estipulada. Nesse ponto, é importante não confundir o limite, que é a medida da garantia que presta o segurador, gerindo - aqui assentada a perspectiva mutualista do ajuste - o fundo comum da massa de segurados, com o valor do ressarcimento a ser pago em caso de sinistro, que, ao menos para o seguro de dano, corresponderá, pelo princípio indenitário, ao prejuízo experimentado, sempre no limite máximo do importe garantido. O pagamento do prêmio se fará na forma e tempo ajustados pelas partes.

Ademais, o instrumento escrito do seguro deve atender às instruções da Susep, especialmente no que tange a suas condições gerais. No entanto, importa não olvidar que cláusulas restritivas devem estar em consonância com a exigência, da legislação consumerista, de redação clara e em destaque (arts. 46 e 54, § 3º) > o que muito comumente não ocorre. Mesmo no Código Civil houve especial preocupação com os contratos de adesão (arts. 424 e 425), como, em geral, são os de seguro.

Salvo no caso de seguro de pessoa, em que ela deve ser identificada, a apólice ou bilhete, além de nominativos, podem ser emitidos à ordem e ao portador. Serão nominativos pela indicação do segurador e do segurado e, quando estipulados em favor de terceiro, do beneficiário. Serão à ordem quando transferíveis por endosso, mas em preto, como o exige o art. 785. Quando emitidos ao portador, sua transferência se dá por mera tradição, não obstante, como ressalva José Maria Trepas Cases (*Código Civil comentado*, coord. Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo, Atlas, 2003, v. VIII, p. 222), o disposto na Lei n. 8.021/90, que veda o resgate de qualquer título sem identificação do beneficiário.

Por fim, é ainda costume diferenciar as apólices simples, que precisam o objeto do seguro, e as flutuantes, inerentes à substituição dos objetos segurados, assim chamadas por sua globalidade.

Jurisprudência: Assentando a limitação do contrato aos riscos contratados e exigindo que a apólice os identifique, tanto quanto o valor do seguro e do prêmio: TJRS, Ap. cível n. 70.009.762.451, 5ª Câm., rel. Des. Umberto Sudbrack, j. 28.10.2004.

Art. 761. Quando o risco for assumido em cosseguro, a apólice indicará o segurador que administrará o contrato e representará os demais, para todos os seus efeitos.

O cosseguro regrado de forma expressa no Código Civil de 2002, o que não se verificava no anterior, é uma das formas de seguro múltiplo, em que se dá uma repartição da responsabilidade do segurador. É a pulverização do risco assumido por mais de uma empresa seguradora. Trata-se de operação econômico-contratual única, apesar de o Código atual permitir a emissão de uma única apólice, mas com uma seguradora líder que opera o seguro e representa as demais.

A responsabilidade de cada seguradora é por uma parte do total do seguro, ou seja, não respondem solidariamente pelo importe global, impondo-se que se estabeleça a cota a cada uma afeta. É, de resto, o que já se continha no art. 668 do Código Comercial, prevendo que, no caso de diversos seguradores, cada um deveria declarar a quantia pela qual se obrigava, tão somente erigindo-se responsabilidade solidária quando faltasse aquela identificação, ressalva que se entende ainda cabível, consentânea com a responsabilidade da cadeia de fornecedores, no CDC, apesar do argumento de que esse dispositivo comercial se aplique apenas ao seguro marítimo (art. 777), e mesmo que a solidariedade não se presuma, devendo vir disposta na lei ou em manifestação de vontade (art. 265). Por isso muitos defendem, na regra geral, a inexistência de solidariedade no cosseguro (v. g^{TEIXEIRA}, Raul. *Os reflexos do novo Código Civil nos contratos de seguro*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 66), na ausência de fixação expressa das cotas de cada seguradora, só se podendo admitir o fracionamento em partes iguais (art. 257).

Da mesma forma, o cosseguro, sem solidariedade, veio também previsto no art. 4º do Decreto-lei n. 73/66, regulamentado pelas Resoluções CNPS ns. 68/2001 e 71/2001, ao lado do resseguro. Este, porém, implica relação diversa, de que, a rigor, não participa o segurado. Isso porque, se no cosseguro várias seguradoras se obrigam perante o segurado, posto que representadas por uma delas, no resseguro há uma relação securitária sucessiva entre o segurador originário e um segurador seu. Em diversos termos, para garantir-se contra riscos que repute exacerbados, o próprio segurador, de seu turno, contrata o resseguro, portanto, como se costuma dizer, um seguro do seguro. No entanto, impende acentuar que o segurado não mantém vínculo algum com a resseguradora. A operação de resseguro, no Brasil, se faz necessariamente com o Instituto de Resseguros do Brasil, sociedade de economia mista criada pelo Decreto-lei n. 1.186/39, cuja privatização foi deliberada pela Lei n. 9.932/99, de constitucionalidade discutida na ADIn n. 2.223. Há, ainda, a figura da retrocessão, igualmente disposta no Decreto-lei n. 73/66, na verdade o resseguro do resseguro, por ser um resseguro que faz o ressegurador.

Jurisprudência: Assentando inexistente solidariedade entre as cosseguradoras: *JTJ-Lex* 219/234. Considerando que administradora de cartão de crédito, atuando com intuito lucrativo, liderando verdadeiro *pool* de seguradora, responde inclusive como devedora solidária: *RT* 735/289. Indeferindo denúncia de cosseguradora: TJSP. AI n. 917.364-00/4, 33ª Câm., rel. Des. Sá Duarte, j. 21.09.2005.

Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

CC/1916: art. 1.436 (parcial).

Já no antigo Código Civil se dispunha, no art. 1.436, sobre a nulidade do contrato de seguro quando o risco garantido decorresse de atividade ilícita do segurado, seu representante ou seu preposto. Daí o exemplo sempre citado de contrato de seguro nulo por garantir risco inerente a operações de contrabando. Era, pois, uma extensão da regra geral impositiva da licitude do objeto do negócio jurídico, apenas não se exigindo que, para o seguro, estives-

se a ilicitude no objeto em si, mas na assunção de um risco proveniente do ilícito (cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 198). Mais que isso, vale lembrar, como já dito nos comentários aos arts. 757 e 760, que, no contrato de seguro, o risco coberto deve residir sempre em um evento futuro e incerto, mas independente da vontade tão só de uma das partes, em verdadeiro repúdio, como é do sistema, à pura potestatividade, sempre foco de desequilíbrio e, assim, de ausência de solidarismo na relação contratual, particularmente naquela em que a lealdade é uma exigência especial.

Em outros termos, a ideia foi sempre a de refutar a existência de seguro de interesse potencialmente lesado pela atividade ilícita exclusiva, deliberada, de uma das partes, por exemplo, quando se contrata a garantia de incêndio, posto que dolosamente provocado pelo segurado. Aliás, não é diversa a preocupação subjacente à proibição, a qual está no artigo presente, de que, frise-se, mesmo contratado para garantia de risco não ligado a atividade ilícita, em si, do segurado, possa converter-se o sinistro por conduta deliberada dele emanada. Era já idêntico princípio a inspirar o conceito de agravamento, que estava no art. 1.454 e hoje se repete no art. 768.

Toda essa sistemática, porém, gerava, no Código de 1916, duas perplexidades. Uma, a de que, se se referia, no art. 1.436, ao risco filiado a atos ilícitos do segurado, em tese se poderia considerar aí abrangida a mera conduta culposa do segurado, diferentemente de tudo quanto se vem de asseverar acerca do intuito da lei. Imagine-se, por absurdo, a nulidade de cobertura securitária para danos provocados em acidente de automóvel, quando este tenha ocorrido por culpa do segurado. Resolve-se a questão na redação do atual Código, que apenas veda seguro para garantia de risco proveniente de *ato doloso* do segurado. Ou seja, é o ato ilícito intencionalmente praticado pelo segurado ou pelo beneficiário do seguro. De resto, exige-se a mesma intencionalidade para o agravamento de risco (art. 768). Em segundo lugar, o Código anterior aludia ao ilícito, característico do risco coberto, praticado não só pelo segurado, pelo beneficiário ou por seu representante, mas também pelo preposto. A esse respeito, basta pensar, de novo, no acidente de automóvel provocado pelo preposto de empresa segurada, mesmo que por conduta dolosa. Seria nulo o seguro que o cobrisse. Assim, na atual dicção da lei, deliberadamente suprimiu-se a referência a ato doloso do preposto, que, portanto, se previsto como risco coberto, não invalida a contratação securitária.

Por fim, sempre levando em conta não só a noção de repressão ao ilícito em si, como, ainda, a de preservação do equilíbrio e da lealdade na entabulação, já acentuava Fran Martins (*Contratos e obrigações comerciais*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 414), antes mesmo do atual Código, que a vedação em pauta deve ser aplicada aos casos em que o segurado, mediante conduta intencional, dolosamente converte em ato o evento coberto, mas para seu proveito ou, sempre por sua vontade, para proveito de terceiro, assim não se impedindo o seguro para cobertura de valores que o segurado deva pagar a vítima ocasional, posto que em razão de ilícito intencional contra ela praticado, desde que se trate de risco coberto e, repita-se, não haja conluio com o beneficiário do pagamento para lesão à seguradora.

Jurisprudência: Negando a cobertura do seguro de pessoa que falece durante a prática de ato doloso de roubo: TJSP, Ap. cível n. 1.000.793-0/0, 36ª Câm., rel. Des. Arantes Theodoro, j. 19.04.2007. Do mesmo modo, ainda que o seguro seja obrigatório (DPVAT): TJSP, Ap. cível n. 1.203.329.003, 36ª Câm., rel. Des. Romeu Ricúpero, j. 15.01.2009.

Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

O pagamento do prêmio do seguro é a prestação principal e básica, embora não a única, a que se obriga o segurado. É a nota de onerosidade do contrato de seguro, em que, justamente mediante o pagamento do prêmio, se contrata a garantia a um interesse legítimo contra risco potencial de lesão. Ou, se se pensar no universo maior do mutualismo em que o seguro se insere, o prêmio é, a rigor, a contribuição do segurado ao fundo que a seguradora gere e de que se retira o quanto necessário a se honrar a garantia, em caso de sinistro (ver comentário ao art. 757). O prêmio, conforme a convenção das partes, pode ser pago de uma só vez ou de forma fracionada, em data também ajustada.

A exigência de pagamento de prêmio do seguro sempre levou alguns autores à sustentação de se tratar de contrato real, somente aperfeiçoado com aquela quitação. Contudo, de acordo com o art. 758, o contrato de seguro se forma com o consenso e se prova com a apólice ou bilhete, de maneira normal, independentemente, assim, do pagamento do prêmio, que se faz por causa de uma obrigação já assumida. A propósito do debate, vale conferir a lição de Orlando Gomes (*Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 474-5), para quem, afinal, o pagamento do prêmio significa condição de eficácia do contrato. E, de tal arte que, uma vez impago, inexigível a cobertura, em caso de sinistro. Essa é a regra, a rigor, disposta no artigo em discussão, mais ampla, destarte, da contida no art. 1.436 do Código revogado, adstrita ao retardo provocado por falência ou incapacidade do segurado. De resto, já a legislação especial previa que o não pagamento do prêmio inviabilizava a exigência do valor segurado, ocorrido o sinistro, permitindo mesmo o cancelamento da apólice (veja Decreto n. 60.459/67, que, nessa parte, alterou o Decreto-lei n. 73/66 e comentário ao artigo seguinte, sobre os prêmios já pagos).

Entretanto, algumas ressalvas se impõem. Em primeiro lugar, mesmo antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, defendia-se que o Decreto n. 60.459/67 tivesse ido além de sua função reguladora, ao possibilitar o cancelamento da apólice no caso de não pagamento do prêmio, no prazo devido (ver, por todos: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 391), tanto mais quando o art. 12 do Decreto-lei n. 73/66 estabelecia, originariamente, a suspensão da cobertura, todavia com possibilidade de purgação pelo segurado, ao mesmo tempo que o Código Civil de 1916 estipulava incidência de juros sobre o prêmio não pago (art. 1.450), chocando-se com a aceitação de uma resolução automática (ver, a respeito, PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, t. XLV, § 4.919, n. 4, p. 314). Não é só. Entendia-se, ainda, que o cancelamento *tont court* conflitava com a própria previsão legal de cobrança executiva. Contudo, decerto que, após a vigência da Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, é inviável cogitar a imediata resolução do ajuste securitário, de forma automática, pelo simples fato do não pagamento (art. 51, IV e XI, e § 1º, I e III, do CDC). Em segundo lugar, evidente que, efetuada a cobrança do prêmio pela rede bancária (art. 6º, § 2º, do Decreto n. 60.459/67), eventual retardo não pode prejudicar o segurado e seu direito ao recebimento do valor segurado, em caso de sinistro. Em terceiro lugar, corriqueiramente prevista nas apólices a suspensão da cobertura na hipótese de retardo, o pagamento do prêmio, recebido sem qualquer ressalva, não pode ensejar negativa de cobertura de sinistro já ocorrido. Por fim, vale menção à tese do adimplemento substancial, típica revelação do solidarismo na relação contratual, e mercê da qual se evita a resolução quando o contrato se tiver cumprido quase por inteiro, ou seja, quando suas prestações se tiverem adimplido quase de maneira perfeita, como, por exemplo, nas hipóteses em que apenas a última parcela do prêmio tenha sido inadimplida, preferindo-se, então, a cobrança coativa, mas mantendo-se o ajuste (a matéria é examinada com mais detalhe, à luz da função social do contrato e de sua operatividade (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007), o que vale também para o contrato de seguro cumprido em parcela significativa pelo segurado.

Jurisprudência: Refutando a possibilidade de automática resolução do ajuste securitário, pelo não pagamento do prêmio: *RT* 812/275 e 815/304. Considerando havido adimplemento substancial quando em aberto apenas a última das parcelas do prêmio: *RT* 806/156. Garantindo a cobertura do sinistro, antes do novo Código Civil, mesmo ocorrido em período de atraso no pagamento, posteriormente efetivado, com base nas disposições do Código de Defesa do Consumidor: *RT* 793/223. Exigindo prévia notificação para resolução do ajuste por não pagamento do prêmio: STJ, REsp n. 997.061/SP, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24.03.2008; TJSP, Ap. cível n. 1.019.664-0/9, 28ª Câ., rel. Des. Celso Pimentel, j. 20.03.2007; e Ap. cível n. 1.141.855.008, 28ª Câ., rel. Des. Sílvia Rocha, j. 03.03.2009.

Art. 764. Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio.

CC/1916: art. 1.452 (parcial).

Este artigo repete o que já dispunha, na primeira parte, o art. 1.452 do Código de 1916, ou seja, o cálculo do prêmio se faz pela probabilidade de ocorrência do sinistro durante o período de vigência do ajuste. Por isso se paga o prêmio no interregno contratual, obrigando-se a seguradora a manter hígida a garantia contratada, isto é, a manter solvável o verdadeiro fundo que o seguro induz, com a contribuição do universo dos segurados, ao sabor do mutualismo que o caracteriza.

De todo modo, porém, e com a ressalva que a propósito já se efetivou no comentário ao art. 757, versando sobre a tese comutativa do seguro, tradicionalmente se vê no preceito em pauta a evidenciação da natureza aleatória do contrato. Isso porque o prêmio será devido pelo tempo do ajuste, independentemente de se verificar ou não o sinistro, ou seja, da conversão em fato do risco coberto, garantido pela contratação, o que significa dizer que o prêmio não se liga ao acontecimento futuro que é incerto, ou de data incerta, dependente da álea, e nunca da vontade exclusiva de qualquer das partes. Na verdade, como já se disse, isso se dá porque o prêmio, a rigor, destina-se à constituição de um fundo da massa de segurados, gerido pelo segurador, servindo como contrapartida da garantia contratada, pelo tempo do ajuste. Tal hipótese, todavia, não deve ser confundida, ao que se entende, com aquelas de resolução bilateral (distrato) ou mesmo de resolução do ajuste - por exemplo, por inadimplemento levando em conta as observações a respeito efetivadas nos comentários ao artigo antecedente, que implicam, sem prejuízo de eventual composição de perdas e danos ou de incidência de cláusula penal, a proporcionalização do prêmio pelo período de vigência, mesmo à luz da legislação consumerista. Pense-se no prêmio pago de uma só vez ou em poucas parcelas, não coincidente com o total de meses de vigência de ajuste antecipadamente resolvido. A devolução proporcional, então, deverá ser feita como imperativo de equidade no ajuste, já que não verificada a cobertura pelo tempo integral originalmente previsto, ainda que com a consideração dos danos comprovadamente provocados pela inexecução ou da cláusula penal que se tenha estabelecido, embora sem excluir a previsão de redução, se excessiva (arts. 413 do CC e 53 do CDC).

Em relação ao art. 1.452 do Código Civil de 1916, o novo Código tão somente suprimiu a parte final que referia o seguro marítimo, tratado pelo Código Comercial, mediante ressalva que hoje está na parte inicial do dispositivo em discussão. Aliás, pela lei comercial, já se previa a devolução do prêmio por seguro atinente a risco que não se efetivou, porque não iniciada a viagem (art. 692 do Código Comercial), assim como a devolução parcial (art. 684 do Código Comercial), ou seja, exatamente o mesmo princípio de equidade, anteriormente aludido, que vale para o seguro civil, nos termos expostos.

Jurisprudência: Negando a possibilidade de devolução do prêmio pela não verificação de sinistro: STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 800.429/DF, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 03.12.2007; TJRS, Ap. cível n. 70.010.097.897, 5ª Câ., rel. Des. Umberto Sudbrack, j. 25.11.2004.

Art. 765.0 segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

CC/1916: art. 1.443 (parcial).

Este artigo, em redação mais ampla que a do art. 1.443 do Código anterior, mas tal qual lá já se pretendia, exige de maneira muito especial que, no contrato de seguro, ajam as partes com probidade e lealdade. Isso porque, como se disse nos comentários ao art. 757, o seguro encerra contrato essencialmente baseado na boa-fé. Lembre-se que, no seguro, contrata-se uma garantia contra um risco, qual seja, o de acontecimentos lesivos a interesse legítimo do segurado, mediante o pagamento de um prêmio, tudo fundamentalmente calculado com base nas informações e declarações das partes, cuja veracidade permite uma contratação que atenda a suas justas expectativas. É uma equação que leva em conta a probabilidade de ocorrência do evento que será garantido, assim impondo-se estrita observância à boa-fé dos contratantes, especialmente em suas informações e declarações (veja comentário ao artigo seguinte), para que ambos tenham sua confiança preservada na entabulação.

A rigor, o presente dispositivo repete, para o contrato de seguro, a mesma exigência que, em geral, o Código estabeleceu, no art. 422, para todos os contratos, ocupando-se, porém, de especificá-lo no seguro dada sua característica intrínseca de especial dependência da veracidade das partes para que a contratação se ostente equânime e solidária. E mais: se se concretiza, como dito, princípio já insculpido na parte geral dos contratos, em seu art. 422 está o preceito, tal como lá se pretendeu, a impor não só a boa-fé subjetiva, aquela cuja aferição passa, necessariamente, pela verificação do estado anímico do sujeito - por exemplo, a boa-fé da posse ou do casamento, envolvendo sempre a crença ou ignorância do indivíduo em óbice a sua posse ou a seu casamento mas, antes, e também, a chamada boa-fé objetiva, uma regra de conduta, um padrão de comportamento veraz, reto, honesto, que se espera de pessoas leais, solidárias. Tem-se, a rigor, verdadeiro imperativo de origem constitucional (art. 3º, I, da CF), a par de sua positivação, no Código Civil de 2002, em diversas passagens, dentre as quais as dos arts. 422 e 765, aqui em discussão. É um agir independente do ânimo do sujeito, de sua proposital deliberação, de acordo com aquele imaginado padrão de conduta leal. Aliás, já no Código de 1916 entendia-se a norma do art. 1.443 como caso único de revelação positiva da boa-fé objetiva - talvez com menção explícita, uma vez que o mesmo princípio animava, só para citar um exemplo, a disposição do art. 875.

Vale notar, por fim, que nem só na contratação e execução do contrato as partes devem se portar conforme a boa-fé. Já antes da contratação e depois dela (*post pactum finitum*) devem fazê-lo, como se tenciona venha a ser redigido o art. 422 e, em sua esteira, o artigo em pauta, por meio da aprovação do Projeto de Lei n. 276/2007, já de modificação do Código Civil. O artigo seguinte trata da mesma preocupação com a boa-fé.

Jurisprudência: Aplicando o então vigente art. 1.443 do Código Civil de 1916 para caso em que o segurado omitiu informação, na contratação de seguro, de que era fumante portador de bronquite crônica, com enfisema e várias passagens por pronto-socorro: RT783/323. No mesmo sentido, negando cobertura pela omissão na informação do segurado: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.35188, 5ª Câ., rel. Des. Cristina Gaulia, j. 24.07.2007.

Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

CC/1916: arts. 1.444 (parcial) e 1.445.

Como se acentuou nos comentários aos artigos anteriores, especialmente ao antecedente, o contrato de seguro é daqueles estreitamente baseados na boa-fé, na lealdade da conduta dos contratantes. Explicitando-o, tal qual já fazia o Código de 1916 nos arts. 1.444 e 1.445, mas agora com melhor redação, em particular quanto à questão do seguro entabulado por representante do segurado, o novo Código Civil assenta a especial precisão e veracidade de que devem se revestir as declarações e informações prestadas pelo segurado ou por quem o represente e com lastro nas quais se calculam, para consumação do ajuste securitário, o risco e o prêmio por sua cobertura. Como é sabido, desde a proposta, ou mesmo independentemente dela, incumbe ao segurado, como imperativo de boa-fé, informar ao segurador tudo quanto possa influir na verificação da probabilidade do sinistro, inclusive de forma a se permitir a justa fixação do prêmio devido pela garantia contratada.

São comuns os questionários entregues ao segurado, ou já integrantes da proposta, indagando sobre fatos relevantes à contratação daquela espécie de seguro. Nas respectivas respostas, o segurado deve guardar a mais estrita veracidade e transparência, informando tudo que possa interessar à mais esmerada análise da probabilidade do sinistro contra o qual se faz o seguro, dessa forma estabelecendo-se, de acordo com o grau desse risco, o prêmio devido. Assim, por exemplo, e aliás costumeiramente repetido, deve o segurado declarar, no seguro de coisas imóveis contra incêndio, sua localização próxima a focos inflamáveis ou uso que implique armazenamento ou manuseio de produtos com essa característica. No seguro de vida ou no seguro-saúde, têm de ser precisas as informações sobre doenças preexistentes ou intercorrências já sofridas. No seguro de acidentes de automóveis, deve-se informar com clareza a quem caberá, rotineiramente, a condução do auto, da mesma forma impondo-se, no seguro de roubo ou furto, indicação clara sobre onde o veículo ficará estacionado, de maneira habitual.

Diferencia, porém, o artigo em discussão, as hipóteses em que a falta da devida informação, pelo segurado, dimana de deliberado propósito em fazê-lo ou de conduta despida de qualquer má-fé, aqui, veja-se, sob sua vertente subjetiva. No primeiro caso, havendo má-fé subjetiva, qualquer relevante inexatidão ou omissão nas informações que influencie o cálculo do risco e, portanto, a aceitação do seguro, pelo segurador, tanto quanto móvel de potencial afetação do cálculo do prêmio respectivo, induz, por quebra do dever de boa-fé, o que, segundo a letra da lei, é a perda do direito à garantia contratada. Para alguns autores, isso significa a nulidade do contrato, porque rompido seu pressuposto de boa-fé, elevado mesmo a requisito de validade. Já para outros, o caso seria de anulação do contrato, por vício de vontade a que induzido o segurador, portanto por dolo do segurado, como é a solução, por exemplo, do Código italiano, em seu art. 1.892. Sustenta-se, por fim, que a hipótese seria, nas palavras de Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, t. XLV, § 4.923, p. 324), de “deseficacização” do ajuste, como que uma resolução por quebra de dever de informação, pressuposta aqui, como de fato se entende, sua natureza contratual.

De toda maneira, no entanto, qualquer que seja a qualificação jurídica da consequência, sempre de desfazimento do contrato e, assim, de liberação da obrigação, afeta ao segurador, de pagamento do valor segurado por qualquer sinistro que então já tenha ocorrido, impõe a lei

uma sanção ao segurado propositadamente faltoso em seu dever de boa-fé, que é a perda do prêmio vencido. Isso significa a obrigação, mesmo perdida a garantia contratada, de pagamento do prêmio ajustado, como assenta Jones Figueiredo Alves (*Novo Código Civil comentado*, coord. Ricardo Fiuza. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 692) e como consta do art. 1.892 do Código italiano, apenas que lá com fixação de importe mínimo, correspondente a um ano de prêmio convencionado - de resto o prazo normal do seguro no Brasil -, mais os prêmios vencidos depois desse interregno, até a anulação, assim presumidamente sucedida após o primeiro ano, consequência, como vislo, disposta naquela legislação. Tem-se, como haurido desde a lição de Clóvis Bevilacqua (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 206), sempre repetida, real punição ao segurado, em importe preestabelecido pela lei.

Finalmente, e de novo à semelhança do que faz o Direito peninsular (art. 1.893), o novo Código Civil, no artigo presente, agora em seu parágrafo único, cuida da declaração inexata ou incompleta que preste o segurado, mas sem má-fé, sob sua vertente subjetiva, ou seja, sem deliberado propósito de enganar. Mostra-se a disposição sensível ao fato de que hoje, no sistema, a boa-fé não é só a subjetiva, mas também aquele padrão objetivo de lealdade nas contratações que constitui mesmo um novo princípio contratual, o da boa-fé objetiva (ver comentário ao artigo anterior). Pois, se tiver faltado essa boa-fé objetiva, pela inexatidão ou incompletude das informações, ainda que sem deliberado propósito do segurado, autoriza a lei que o segurador possa resolver o contrato ou readequá-lo com revisão do prêmio, agora em face de risco convenientemente calculado. Isso, porém, sem a mesma sanção do *caput* do artigo, como se cogita se a falta de informação é proposital. Na verdade, a solução resolutória aqui atende à tese de que a falta de cumprimento de dever chamado anexo, que a boa-fé objetiva cria e impõe aos vínculos obrigacionais, em sua função supletiva, dentre os quais o de informação, como também, exemplificativamente, os de sigilo, cuidado, colaboração, implica real inadimplemento, que a doutrina vem denominando, com base em expressão cunhada no Direito alemão e com diverso significado, de violação positiva do contrato. Assim, e sem maior dúvida sobre o fenômeno, que é resolutório, violado o contrato pela falta de adequada informação, pode ele ser resolvido, ainda que com eventuais perdas e danos, mas sem a pena já examinada, ou, preferindo o segurador, reequilibrado pelo recálculo do prêmio. Veja-se, porém, que, se o sinistro tiver ocorrido antes que o segurador se dê conta da inadequada informação, portanto antes que ele tome qualquer das providências a seu dispor, de resolução ou revisão do contrato, diferentemente do que ocorre se a indevida informação era dolosa (*caput* do artigo), a cobertura deve ser honrada, pagando-se o valor segurado. Entretanto, nesse caso, terá direito o segurador à diferença do prêmio, por quanto ele seria devido se a informação tivesse sido precisa. É a interpretação que se deve dar ao parágrafo e o que mais claramente prevê o art. 1.893 do Código Civil italiano, estabelecendo, até, uma compensação, de tal modo que o pagamento do seguro se fará com abatimento da diferença entre o prêmio convencionado e o que seria devido se fossem conhecidas as reais circunstâncias não informadas pelo segurado, claro, desde que atendidos os pressupostos próprios dessa espécie extintiva das obrigações. Por último, saliente-se que, na mesma esteira do Código anterior, o atual apenas tratou, de forma específica, da falta de devida informação do segurado, porque mais fácil de acontecer, em foco das indagações que normalmente lhe são feitas - não que o defeito de informação, ao segurador imputável, não dê ao segurado igual direito à resolução, com composição de perdas e danos.

Jurisprudência: Considerando, em seguro contra furto, no qual se informara a existência de garagem para o auto, que a subtração ocorrida na via pública, porquanto lá ocasionalmente estacionado o veículo, não acarreta a perda da cobertura, preservada a veracidade das informações prestadas: RT 809/252. Condicionando a operatividade de cláusula excludente de cobertura, em casos de seguro contra acidentes, com perfil do principal condutor do veículo, à

prova da vantagem, ao segurado, da opção por esta modalidade: *RT797/280*. Reputando abusiva cláusula de exclusão de cobertura de seguro contra acidente quando o automóvel esteja sendo conduzido por pessoa não identificada na apólice: *RT775/270*. Negando, à seguradora, a possibilidade de, em seguro de vida, ocorrido o óbito, se valer da alegação de doença preexistente do segurado, quando, na contratação, não realizou exames médicos: *RT 796/382 e 804/199*. Da mesma forma, assentando a responsabilidade da seguradora que não exige exame prévio: STJ, REsp n. 811.617/AL, 4ª T., rel. Min. Jorge Scartezini, j. 21.11.2006. Em sentido contrário, negando a exigibilidade de prévio exame médico: *RT799/282*. Negando a cobertura quando ausente informação sobre doença preexistente: STJ, REsp n. 964.648/MG, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.11.2007. Mas, a respeito, exigindo ciência do segurado sobre seu real estado de saúde, tanto mais se, depois da contratação, passa vários anos sem qualquer intercorrência: STJ, REsp n. 1.080.973, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 03.02.2009. Negando cobertura de seguro de dano quando o segurado vende o veículo, depois roubado, e não informa: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.31035, 20ª Câm., rel. Des. Marco Antônio Ibrahim, j. 12.09.2007.

Art. 767. No seguro à conta de outrem, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio.

CC/1916: art. 1.464 (parcial).

De maneira mais ampla que o Código anterior, o artigo em pauta trata de hipótese de seguro firmado em favor de quem não o contrata pessoalmente. Abrange, portanto, não apenas casos, referidos no antigo art. 1.464, de sucessão ou de representação, este, a rigor, hoje diretamente subsumido aos artigos precedentes, mas de verdadeira estipulação em favor de terceiro, que no seguro, aliás, é por vezes obrigatória. Em outros termos, em algumas hipóteses a contratação do seguro favorecendo terceiro é impositiva, como, por exemplo, no seguro de responsabilidade civil de proprietários de veículos, no seguro de dano a passageiros de aeronaves, no seguro feito pelo incorporador, tudo, a rigor, de que já tratava o art. 20 do Decreto-lei n. 73/66, assim como no art. 21, equiparando-se o estipulante à condição de segurado, para os efeitos de contratação e manutenção do seguro.

Antes, todavia, impende não olvidar que o seguro pode facultativamente ser contratado em favor de terceiro beneficiário, típico caso de estipulação em favor de terceiro. E, se ao beneficiário se reconhece a possibilidade de exigir o cumprimento das obrigações do segurador, na esteira do que, para a estipulação em geral, dispõe o art. 436, parágrafo único, em face dele podem ser opostas as exceções havidas contra o estipulante ou por conta da conduta de quem estipulou o contrato. Em outras palavras, pode o segurador opor ao beneficiário descumprimento, pelo estipulante, de obrigações e deveres atinentes ao seguro contratado, tais como o pagamento do prêmio e, justamente, em razão da exigida lealdade na contratação, a informação precisa e completa que então se deve dar, consoante comentários aos dois artigos precedentes.

Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

CC/1916: art. 1.454 (parcial).

O artigo presente trata da hipótese de agravamento do risco coberto, já prevista no art. 1.454 do Código Civil de 1916, embora com diversa redação, a rigor complementando a regra

contida no art. 766, *caput*, do novo Código. Isso porque, naquele dispositivo, tem-se o caso de proposital inexatidão ou incompletude de informação que presta o segurado, no momento da contratação, ao segurador, o que importa à avaliação do risco e conseqüente cálculo do prêmio do seguro. Já no artigo presente, versa a lei sobre caso de, no curso do ajuste, portar-se o segurado, também intencionalmente, de modo a aumentar a probabilidade de sinistro, portanto agravando o risco coberto, fora de quanto originariamente era dado ao segurador avaliar, desequilibrando a equação econômica do contrato, uma vez que outro seria o prêmio então devido se, desde o início, fosse sabida a circunstância que, agora, é de agravamento. Assim, trata-se de uma circunstância que influi diretamente na probabilidade do acontecimento contra cuja ocorrência se contrata o seguro, o que, em outras palavras, significa dizer ser necessária a superveniência de uma conduta do segurado, de aumento do risco, que, além de intencional, se desde a contratação ostentada, levaria o segurador a não contratar ou a contratar mediante outro valor, maior, de prêmio.

Nessa apreciação, já assentava o antigo Código, em dispositivo não repetido (art. 1.456), mas cujo princípio sobrevive, deve o juiz atentar a circunstâncias reais de agravamento, e não a probabilidades infundadas, portanto interpretando de maneira restritiva o preceito em discussão. É caso de agravamento, por exemplo, a contratação de seguro contra incêndio de imóvel que depois, no curso do ajuste, tem sua destinação alterada, passando a ser usado como local de manuseio de material inflamável; ou, no seguro contra acidentes de automóvel, legar sua direção, costumeiramente, a pessoa inabilitada. Exige a lei que a alteração, para pior, do estado de fato subjacente ao seguro derive de conduta intencional do segurado. Isso significa, primeiro, que, no caso de agravamento por caso fortuito ou fato de terceiro, aplicável a regra do artigo seguinte e sem perda da garantia, por sinistro havido, eis que justamente diante dessa contingência é que se contrata o seguro. Assim, em exemplo bastante repetido, não há qualquer possibilidade do direito ao ressarcimento de seguro de vida se o segurado acaba vitimado porque vivia em local colhido por uma epidemia, o que, decerto, agravou o risco de morte. É, de resto, o que textualmente previa o art. 1.453 do Código de 1916, agora modificado pelo art. 769, a seguir comentado.

Na verdade, então, quer a lei que não se dê agravamento considerável do risco por conduta voluntária, consciente do segurado, não se exigindo, propriamente, que seja seu intuito burlar a equivalência das prestações do contrato. É, conforme acentua José Augusto Delgado (*Comentários ao novo Código Civil* coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, 1.1, p. 247), a ação designada, querida, determinada do segurado, consciente e livre de qualquer pressão ou coerção. A propósito, a advertência sempre citada é a de Clóvis Bevilacqua (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 216), de que essa avaliação deve fazer-se da perspectiva da equidade, ainda uma vez tal qual explicitava o Código de 1916 (art. 1.456), de tal modo, em seu dizer, a não se exigir do segurado que esteja, *angustiosamente*, atento a todo o perigo para evitá-lo, já que ele contrata o seguro para mais tranquilamente enfrentar o perigo. Exemplifica o autor com o caso de quem contrata seguro de vida e adoece sem de pronto chamar um médico, ao primeiro sinal de incômodo (*idem, ibidem*), aí não se entrevendo, a seu juízo, a deslealdade do segurado. Tem-se entendido que o ato de agravamento de risco, nas condições já examinadas, deve provir do próprio segurado, e não de um seu preposto, de resto já na esteira do que se comentou quando analisado o art. 766.

Por fim, a conseqüência para o caso de agravamento, de que ora se cuida, é, segundo está no texto legal, a perda, pelo segurado, da garantia contratada, decorrente, a rigor, da resolução culposa do ajuste, livrando-se o segurador da obrigação de pagar o valor do seguro por sinistro que se tenha dado após a alteração do estado de coisas, depois do agravamento do risco.

Jurisprudência: Entendendo ser causa de agravamento do risco a condução inabilitada por quem avança em via preferencial sem aguardar o fluxo do trânsito: *RT* 817/288. Já, em contrapartida, negando que a condução de veículo por quem havia ingerido dose etílica superior à permitida seja, por si só, causa de agravamento e, assim, de perda da cobertura: *RT* 815/210. Mas afastando cobertura de sinistro havido quando o segurado se afogou em decorrência de seu estado de embriaguez: *RT* 790/309 e 805/306. De modo geral, negando que a embriaguez seja, por si só, causa de agravamento do risco: STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 895.146, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.11.2007. Porém, mais recentemente, no sentido inverso, validando cláusula de exclusão de cobertura em caso de embriaguez: STJ, REsp n. 973.725/SP, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 26.08.2008. No mesmo sentido: TJSP, Ap. cível n. 991.080.497.356, 31ª Câmara, rel. Des. Adilson de Araújo, j. 29.09.2009. Porquanto do preposto a embriaguez, em acidente de automóvel, manteve-se o direito do segurado à cobertura: *RT* 786/241. Negando aumento de risco, em contrato de seguro de transporte de valores, a passagem e parada em outro posto, para recolhimento de valores, quando a caminho do banco depositário: *RSTJ* 133/396. Mas considerando agravamento de risco o transporte de valores em veículo de passeio: TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.19276, 20ª Câmara, rel. Des. Marco Antônio Ibrahim, j. 12.09.2007.

Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§ 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

§ 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

CC/1916: art. 1.455 (parcial).

Em seu *caput*, o artigo reproduz regra já constante do Código anterior (art. 1.455), cujo comando é uma típica revelação do padrão de lealdade que se exige nas relações contratuais, de resto tal qual salientado nos comentários ao art. 766. Trata-se da noção de boa-fé objetiva que permeia, obrigatoriamente, as relações contratuais (art. 422) e que, em sua função supletiva, cria deveres de conduta, chamados anexos ou laterais, aos contratantes, dentre eles os de colaboração e informação, como forma de mais escorreito desenvolvimento do processo obrigacional.

No caso, ocupa-se o Código de determinar dever, ao segurado, de comunicar ao segurador, tão logo disso venha a ter conhecimento, qualquer incidente que possa agravar consideravelmente o risco coberto. Veja-se que a exigência é, primeiro, de que a comunicação se dê de pronto, tão logo saiba o segurado da ocorrência agravadora do risco. É certo que, nessa avaliação, impende ater-se ao razoável ou ao que razoavelmente se pode considerar seja o tempo necessário para que o segurado tenha condições de, o mais rapidamente, contatar o segurador, o que, ainda, significa dizer serem necessárias considerações como a forma de comunicação das partes, seu domicílio, o fato de serem presentes ou ausentes e assim por diante. Em segundo lugar, o incidente que há de ser comunicado, e isso desde a vetusta lição de Clóvis Bevilacqua (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 215), deve ser evento independente da conduta do segurado, portanto derivado de caso fortuito ou ato de terceiro, em que, para o agravamento resultante de comportamento do próprio segurado, a norma de incidência é a do artigo anterior. Em terceiro lugar, esse inci-

dente de agravamento deve ser sério, de tal maneira a desequilibrar o contrato, daqueles que, se de início conhecidos, levariam o segurador a não contratar ou a contratar com prêmio maior.

Preenchidos esses requisitos, se o segurado omitir a devida informação que a lei lhe impõe, incidirá na perda da garantia contratada, aí sim, tal como previsto no artigo antecedente, destarte liberando-se o segurador do pagamento de sinistro que depois venha eventualmente a suceder. No entanto, ainda ressalva o atual Código que a resolução se opera somente se provada a má-fé com que se portou o segurado ao silenciar sobre o incidente de agravamento. Aqui deve-se entender a referência legal como à consciente omissão, ou seja, o conhecimento de evento que sabia ou, frise-se, também que deveria saber de agravamento do dano e, aí sim, a consciente omissão na respectiva comunicação. Ou seja, não se exige, própria e necessariamente, deliberado propósito de prejudicar o segurador, mas discernimento quanto à ocorrência de agravamento e silêncio em sua informação. Inova, porém, o Código de 2002, na disposição dos parágrafos do artigo, quando cuida da consequência, para o contrato, advinda do agravamento do risco sem culpa, sem ser por obra e comportamento do segurado. Isso porque, no Código anterior, dispunha-se que o agravamento de risco, por fato alheio ao segurado, não autorizava o segurador sequer a postular a revisão do prêmio (art. 1.453), o que se pode admitir vigente para alterações que não sejam consideráveis, como no atual preceito se reclama. Pois agora, mais que isso, se havido o considerável agravamento do risco, por fato estranho ao segurado, sem sua culpa, como está na lei, abre-se a possibilidade de o segurador resolver o contrato, desde que o faça no prazo de quinze dias, contados do recebimento do aviso pelo segurado acerca do incidente de agravamento do risco, exigindo-se, ainda, que a deliberação de resolução seja pelo segurador comunicada, por escrito, ao segurado. Mesmo assim, ainda permanece o segurador, nos trinta dias seguintes à notificação do segurado, responsável pela garantia contratada, porquanto, na previsão da lei, sua resolução só opera efeito depois de transcorrido esse interregno. Isso quer dizer, portanto, que nos trinta dias, ocorrido algum sinistro, o pagamento do valor segurado será de rigor. Por fim, deliberada essa resolução, deve o segurador restituir ao segurado a diferença do prêmio pago em relação ao tempo de contrato que não mais se cumprirá. Assim, se o pagamento foi parcelado, mês a mês, cessa então seu pagamento.

Veja-se, em conclusão, que a nova disposição contida nos parágrafos do artigo em pauta serve a trazer, para o contrato de seguro, a hipótese genérica de resolução por excessiva onerosidade (art. 478), ao pressuposto de que também nessa espécie contratual, e mesmo abstraída a discussão sobre sua natureza comutativa ou aleatória, já antes travada (ver comentários aos arts. 757 e 764), portanto mesmo admitida a aleatoriedade, há, de todo modo, um equilíbrio que limita a extensão da álea e que deve ser garantido mediante o mecanismo resolutório presente. É mesmo a exigência constitucional de relações jurídicas que sejam justas (art. 3º, I, da CF), base para admissão de que o equilíbrio há de ser preservado, agora, de forma expressa, ainda no contrato de seguro. Nada diverso do que, genericamente, já previa o art. 1.108 do Código Civil argentino, permitindo a revisão, por imprevisibilidade, mesmo de contratos aleatórios, quando a alteração das circunstâncias se dê fora do risco normal do negócio. Ou, na lição de Almeida Costa, podem os contratos aleatórios ser revisados ou resolvidos quando a alteração das circunstâncias exceder apreciavelmente todas as flutuações previsíveis na data do contrato (*Direito das obrigações*, 5. ed. Coimbra, Almedina, 1991, p. 273). Aliás, por tudo isso, ou seja, por essa inspiração constitucional da providência resolutória, sempre de manutenção do equilíbrio contratual, não se vê causa suficiente a que não se permita - tal qual deferido ao segurado, em igual hipótese, como se verá nos comentários ao artigo seguinte - a possibilidade de o segurador, em vez de postular a resolução, pleitear a revisão do prêmio, na hipótese configurada no preceito aqui comentado.

Jurisprudência: A par do dever de informação do segurado, entendendo, em seguro habitacional, ser direito-dever do segurador o de fiscalização do objeto do contrato: *RT734/33A*. Entendendo não haver infringência ao dispositivo no fato de, em seguro de vida, o segurado não ter comunicado sua prisão, vindo, depois, a ser morto no interior do presídio: TJSP, Ap. cível n. 930.791.009, 29ª Câm., rel. Des. Luís de Carvalho, j. 19.08.2009.

Art. 770. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato.

CC/1916: sem correspondente.

O preceito vertente, que não constava do Código de 1916, é o exato reverso da previsão do artigo anterior. Se lá se possibilita, por alteração das circunstâncias que determine considerável agravamento do risco coberto, sem culpa do segurado, a resolução do contrato pelo segurador, aqui se estabelece igual prerrogativa ao segurado, desde que, identicamente, se reduzam os riscos do contrato de forma relevante, séria. Ou seja, é o mesmo princípio de manutenção do equilíbrio contratual que anima o preceito do dispositivo antecedente e que, agora, induz a possibilidade de resolução, só que pelo segurado.

Assim, pode o segurado, se houver considerável diminuição do risco coberto, por qualquer causa superveniente, posto que dele próprio dimanada, resolver o contrato de seguro. Veja-se que, da mesma forma que na regra do artigo precedente, impõe-se tenha havido ocorrência de considerável diminuição do risco, portanto fora da normal incerteza e flutuação das circunstâncias potenciais de sinistro cobertas pelo contrato. Isso porque, se assim não for, nem mesmo a redução do valor do prêmio é dado ao segurado postular, salvo disposição em contrário que se tenha ajustado no contrato. Contudo, havida considerável redução do risco, e como corolário do princípio do equilíbrio ou justiça contratual, pode o segurado não só resolver o contrato, como, se preferir, pleitear a revisão do valor do prêmio. Trata-se de prerrogativa explícita que, como se viu nos comentários ao artigo anterior, embora nele inexistente igual explicitude, também deve ser deferida, na situação inversa, ao segurador. Por fim, e agora a omissão é do artigo em pauta, havida a resolução, por alteração das circunstâncias, por iniciativa do segurado, ocorrida considerável redução do risco, caberá a mesma proporcionalização do prêmio prevista e comentada no artigo anterior.

Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências.

Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüente ao sinistro.

CC/1916: art. 1.457 (parcial).

Já o Código Civil anterior, em seu art. 1.457, impunha ao segurado, como imperativo de boa-fé, de lealdade na relação contratual, o dever de comunicar, tão logo dele tomasse conhecimento, a ocorrência do sinistro ao segurador. Entretanto, tão somente sancionava a omissão, com a perda do direito ao recebimento do valor segurado, se provasse o segurador que, avisado, poderia ter evitado ou atenuado as consequências do evento. Confrontada essa disposição com a do artigo em discussão, do atual Código, parece agora ter-se estabelecido, a par

do mesmo dever de imediata comunicação do sinistro, logo que o saiba o segurado, mas uma automática perda do valor do seguro em caso de omissão.

Todavia, entende-se que a falta de aviso, por si só, sem que daí dimanasse qualquer prejuízo, não pode levar à consequência extrema, de perda do valor segurado. Veja-se que o espírito que anima a disposição vertente não é diverso daquele subjacente à norma do antigo Código. A ideia do legislador foi sancionar a conduta de falta de boa-fé objetiva do segurado, porém porque assim se impediu o segurador de minorar os efeitos do sinistro, ou seja, a rigor, uma hipótese em que o comportamento do segurado interfere no valor do pagamento a ser feito pelo segurador - a bem dizer, idêntico princípio ao que está subjacente à regra atinente ao agravamento do risco (art. 768) ou mesmo à omissão ou incompletude das informações prestadas quando da contratação (art. 766). Tem-se, então, que, omitido o aviso do sinistro, não haverá automática perda do direito ao recebimento do valor segurado, senão quando demonstrado pelo segurador que, por isso, foi-lhe retirada factível oportunidade de evitar ou atenuar os efeitos do evento e, assim, minorar o importe do seguro a ser pago. Essa, de resto, a opinião, também, de José Augusto Delgado (*Comentários ao novo Código Civil* coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, 1.1, p. 293) e de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, 11. ed. atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. III, p. 459). O aviso pode se dar sem exigência de forma especial, desde que comprovadamente efetivado e recebido.

De resto, explicita o atual Código, ainda no *caput* do preceito em pauta, ser dever do segurado, uma vez ocorrido o sinistro, tomar todas as medidas, que razoavelmente lhe estejam ao alcance, para minorar as consequências do evento. Veja-se outra revelação de dever anexo, aqui de colaboração, imposto pelo princípio da boa-fé objetiva, em sua função supletiva (cf., a respeito, comentários aos arts. 766, 768 e 769). Quer-se, na verdade, impor ao segurado, dentro do que seja razoável exigir, providências que impeçam a propagação de dano já produzido em razão do sinistro havido. Nessa mesma esteira, impõe-se ao segurado velar pelos salvados, isto é, pelo que reste da coisa segurada ou do que se salvou do sinistro. Isso por se ter aí igual forma de minoração dos efeitos do evento, sem contar que, em regra geral, havida indenização pela completa perda da coisa, ao segurador pertencem os salvados. Todas as despesas, porém, que enfrente o segurado para cuidar desse salvamento, como diz a lei, correm por conta do segurador, que deverá ressarcí-las nos limites do contrato, até por comporem o risco segurado (art. 779).

Por fim, não se há de olvidar que, além de avisar o segurador, deve o segurado provar a ocorrência do sinistro, conforme disposto no ajuste, mas entendendo-se deva ser interpretada a regra *in rebus*, sempre quando de outra forma se demonstre, de forma eficiente e, sobretudo, indubitosa, a ocorrência do sinistro. É preciso compreender que o intuito é o de possibilitar ao segurador verificar, com segurança, o sinistro e suas circunstâncias, para aferição da cobertura, sempre a bem da preservação dos recursos do seguro, dado o mutualismo que lhe é subjacente. E, enquanto, uma vez comunicado o sinistro, avalia o segurador se é o caso de cobertura, o prazo prescricional para a ação de cobrança se suspende, como tem entendido a jurisprudência (ver Súmula n. 229 do STJ).

Jurisprudência: Súmula n. 229, STJ: O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.

Desacolhendo cobrança de verba securitária, já com socorro à previsão do art. 771 do CC/2002, pelo retardo da comunicação do sinistro, ademais com prévia reparação se conhecimento da seguradora: TJRS, Ap. civil n. 70.001.731.249, 6ª Câmara, rel. Des. Hassan Ribeiro, j. 07.08.2002. Mas, condicionando a perda do seguro, pela falta de imediata comunicação, à

prova pela seguradora de que, de pronto avisada, poderia ao menos minorar as consequências do evento: *RT* 793/397 e 801/329.

Art. 772. A mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios.

CC/1916: sem correspondente.

A rigor, a regra vertente, que não estava explicitada no Código anterior, apenas especifica, para o contrato de seguro, o que, de forma genérica, constitui uma consequência da mora em que incide o devedor. Com efeito, já no art. 395 o Código Civil de 2002, dedicando-se à fixação de normas atinentes às obrigações em geral, dispõe responder o devedor em mora pela devida atualização monetária e juros, sem prejuízo da composição das perdas e danos daí advindos e do pagamento dos honorários advocatícios, caso havida a atuação de causídico, mesmo que na fase extrajudicial, ao que se entende.

Pois, no artigo em pauta, frise-se, de resto sem prejuízo das demais verbas, incluindo até lucros cessantes comprovadamente devidos em razão do retardo na cobertura, tão somente se patenteia incidirem, sobre o valor devido do seguro, atualização e juros moratórios. O prazo para pagamento do valor segurado deve vir previsto no contrato, com limite máximo de trinta dias, conforme se prevê em preceito regulamentar (Circular n. 90/99, da Susep), mas com prazos diversos conforme se trate de seguros especiais, como o marítimo (art. 730, do Código Comercial, prazo de cinco dias) ou o obrigatório, de responsabilidade civil, para proprietários de autos (Resolução n. 56/012, da Susep, prazo de cinco dias).

Impende, porém, levando em conta o padrão de lealdade e transparência que deve permear as relações contratuais, que haja o devido esclarecimento não só do prazo para pagamento, mas também e especialmente de seu termo inicial de contagem. Não é de estranhar, portanto, que, para o pagamento da indenização, inclusive como corolário da exigência de manutenção do mutualismo que o seguro induz ou, antes, pressupõe (art. 757), deva o segurado apresentar documentos necessários conforme o tipo de cobertura e mesmo de sinistro, compreendendo a prova de sua ocorrência, como se viu nos comentários ao artigo anterior. Assim, é razoável admitir que o prazo para pagamento do valor segurado apenas se inicie com a apresentação dessa documentação, mediante a qual o segurador poderá avaliar o preenchimento dos requisitos contratuais cabíveis para honrar a cobertura contratada. Todavia, insta que se esclareça ao segurado, de forma indubitosa, quais as exigências pertinentes, desde a contratação.

Jurisprudência: Determinando a responsabilidade de seguradora morosa no pagamento do seguro por lucros cessantes devidos ao segurado: *RT* 796/255. Fazendo incidir juros moratórios desde quando a indenização deveria ter sido paga e não foi: Turmas Recursais - RS, Recurso n. 71.000.761.692, 3ª T., rel. Juiz Eugênio Facchini, j. 04.10.2005.

Art. 773.0 segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado.

CC/1916: art. 1.446.

Basicamente desde o preceito do art. 765, antes examinado, e em que se encerra a propósito uma regra geral, vem dispondo o Código Civil sobre normas atinentes à exigência de boa-fé com que devem se portar as partes na conclusão e execução do contrato de seguro, em primeiro lugar a boa-fé objetiva, isto é, o dever das partes, como imperativo de solidarismo nas relações contratuais, de agir segundo padrão de conduta leal esperável de pessoas corretas, honestas, verazes. Nada diverso, a rigor, do que está no art. 422 do Código de 2002, em que se erige verdadeiro princípio em matéria de contratos.

É evidente que a tanto não se compadece a conduta de contratação de seguro sem um risco a cobrir. Não se pode negar que o risco seja elemento essencial ao contrato de seguro, como inferido, de resto, da própria disposição do art. 757 do Código Civil. Contrata-se, mediante o pagamento de um prêmio, a garantia de um interesse legítimo do segurado, justamente diante da potencialidade de um sinistro, nada mais que o risco. É a cobertura contratada de um interesse segurável contra um risco predeterminado. Por isso não se pode manter um contrato de seguro já nascido sem risco a cobrir, a ponto de alguns autores terem aí entrevisto um caso mesmo de nulidade, por falta de objeto do ajuste (v. g. BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 207; CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XIX, p. 306), muito embora hoje se o repare consubstanciado muito mais na garantia do interesse segurável. Ainda assim, não é menos certo que o risco continue a ser seu elemento essencial. Não há seguro sem risco. Daí porque, firmado o ajuste, sem o risco a cobrir, ele não se mantém, podendo o segurador, tendo agido na contratação em desacordo com o padrão de conduta solidária que a boa-fé objetiva impõe, faltando ao cumprimento de dever anexo de informação, transparência ou lealdade, dimanados daquele princípio, ser obrigado a compor perdas e danos (ver, a respeito da falta de dever anexo ou lateral e suas consequências, comentário ao art. 769).

O preceito em questão, indo mais além, estabeleceu, como já o fazia o art. 1.446 do Código de 1916, uma pena específica ao segurador que, na contratação, tenha obrado, já aí, com falta de boa-fé subjetiva. Vale dizer, sempre que comprovada a ciência do segurador, quando da contratação, sobre a inexistência do risco, incumbe-lhe o dever de pagamento em dobro do prêmio estipulado. Aplica-se a mesma pena - ou o mesmo princípio - que, para o segurado de má-fé, se impôs no art. 766. Ressalte-se que está no artigo em pauta, tal como naquele antes referido, a mesma distinção entre a possibilidade de desfazimento do contrato por falta de boa-fé objetiva, só que aqui do segurador, e o agravamento sancionatório quando lhe falte boa-fé subjetiva, ou seja, quando animado pelo deliberado propósito de contratar, aproveitando-se da ausência de risco a cobrir. É por isso que, no mais, remete-se aos comentários do art. 766. A ressalva final, porém, está em que, de qualquer maneira, não há como persistir contrato de seguro ajustado já sem risco a cobrir, diferenciando-se, como se observou, a consequência sancionatória, que é a devolução, em dobro, do prêmio cobrado.

Art. 774. A recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez.

CC/1916: sem correspondente.

Como se disse no comentário ao art. 760, dentre outras indicações, a apólice ou o bilhete de seguro devem prever o início e o término do prazo de validade do seguro, de regra ajustado por um ano, salvo casos especiais, com vigência específica, como o seguro de vida ou de transportes. Não menos certo que, no mesmo contrato, podem as partes prever o que o artigo vertente chama de recondução tácita. Ou seja, é a previsão contratual de prorrogação do

ajuste, de maneira tácita, por igual prazo. A manifestação tácita é aquela que se infere de uma conduta do sujeito, indicativa de sua vontade, no caso de renovar o seguro. É o que se chama de comportamento concludente do indivíduo, muito típico, hoje, das contratações de massa. Na hipótese do seguro, dá-se, por exemplo, a recondução tácita quando, vencido o prazo contratual inicialmente ajustado, permanecem as partes cumprindo suas prestações contratuais, o segurado pagando e o segurador recebendo o prêmio. No entanto, o novo Código Civil limita essa renovação tácita por igual prazo ao da entabulação original e, desde que nela estabelecida essa possibilidade, uma única vez. O pressuposto foi o de que, a bem do equilíbrio da equação econômica do contrato, que deve ser preservado, houvesse, ao cabo já de uma renovação, a reavaliação do risco coberto, da probabilidade, enfim, da ocorrência do sinistro, assim verificando-se a atualidade do prêmio devido. Mas não que, feita essa verificação, se possa simplesmente recusar nova contratação, inclusive mercê do comando do art. 39, II, do CDC, lembrando-se que o fornecedor se encontra em estado de oferta pública e permanente, que lhe é vinculativa. E com a ressalva, ainda, da existência de regramento próprio que para a matéria há quando se trata de seguro saúde (Lei n. 9.656/98, *v.g.*, arts. 13,30 e 31).

A questão, porém, que a regra suscita está na consequência de seu descumprimento, ou seja, quando as partes, a despeito da proibição de renovação tácita por mais de uma vez, fazem-no, por exemplo, mantendo o cumprimento do ajuste mediante as mesmas condições da entabulação anterior. Consoante se prevê no art. 166, VII, parte final, do atual Código, considerar-se-á nulo o negócio quando a lei proibir sua prática, sem, todavia, cominar sanção, como se dá na hipótese vertente. É de cogitar, contudo, se essa consequência não seria demasiada para um ajuste que costumeiramente envolve uma parte vulnerável, em quem se pode ter despertado a confiança na cobertura contratada, afinal cumprido, às vezes por muito tempo, o pagamento do prêmio. Na observação de Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil* Coimbra, Almedina, 1984, v. II, p. 795-6 e 823), a nulidade, mesmo traindo o conceito da boa-fé objetiva, da confiança gerada por situação prolongada de desenvolvimento de uma relação, mas eivada de vício formal, não pode autorizar a manutenção do contrato viciado, admitida apenas a via indenizatória ou da conversão substancial. No Direito pátrio, entretanto, Fernando Noronha (*Direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 188) anotou ser, de seu ponto de vista, questionável a conclusão, preferindo assentar que o juiz deve deixar de pronunciar nulidades, mesmo constitutivas, quando o contrato houver sido cumprido, muito embora desde que a regra desrespeitada tenha sido estabelecida em proteção da própria parte que se quer valer da eficácia do ajuste, certo que, no seguro, a regra em pauta visa a preservar, em última análise, o equilíbrio não só daquele ajuste individual, como da mutualidade que a ele subjaz (veja comentário ao art. 757).

De toda forma, porém, haverá a dispor do segurado sempre a via indenizatória, tendo contratado com um profissional, por isso mais afeto às regras da contratação e à proibição de recondução tácita, por mais de uma vez. Deve-se levar em conta, também, se, nas circunstâncias do caso - mais que uma recondução tácita não houve nova contratação, atentando-se à regra da informalidade para tanto, apenas que sem ter a seguradora considerado de rigor a alteração do prêmio. Veja-se, nesse sentido, que toda a problemática só se coloca na renovação tácita, porquanto, se de forma expressa, as renovações podem ser tantas quantas queiram as partes.

Jurisprudência: Sobre a habitualidade de prorrogações automáticas, com isso garantindo-se o pagamento de indenização por sinistro: *RT* 766/251. Quanto à prorrogação tácita pelo pagamento do prêmio: *RT* 761/398. Validando, passado o prazo do ajuste e de sua recondução, a recusa à renovação do seguro: TJSP, Ap. cível n. 1.238.807.008, 36ª Câmara, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 04.06.2009; Ap. cível n. 1.100.067.000, 31ª Câmara, rel. Des. Adilson de Araújo, j. 17.02.2009.

Art. 775. Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem.

CC/1916: sem correspondente.

A regra geral contida no presente dispositivo está em que o segurador responderá pelos atos de todos quantos ajam em seu nome, sejam prestadores de serviços, agentes ou prepostos. Responderá, também, sempre que saiba e de alguma maneira contribua para a situação de aparência criada por alguém que, posto sem poderes, acaba atuando em seu nome, contratando seguros. Nada mais, a rigor, que os pressupostos comuns de aplicação da teoria da aparência, ou da representação aparente: situação de justificada putatividade, mas forjada mediante alguma contribuição, participação ou mesmo negligência do responsável, no caso o segurador.

No entanto, a regra tem especial relevância nos casos dos corretores de seguro, atividade regulamentada pela Lei n. 4.594/64, que exige habilitação do interessado, viabilizando, assim, necessária autorização do Departamento Nacional de Seguros Privados. Sucede que o corretor normalmente representa o segurado, e é por meio dele que se contrata o seguro, quando não diretamente, uma vez que a emissão da apólice se faz por proposta assinada, se não pelo próprio interessado, afinal pelo corretor (Decreto n. 60.549/67, que regulamentou o Decreto-lei n. 73/66). Desde que, entretanto, autorizado pelo segurador, de qualquer maneira, a atividade do corretor o vincula. Portanto, deve-se aqui levar em conta toda a manifestação ou conduta do segurador que induza a admissão de que autoriza o corretor a atuar em seu nome, destarte também aqui considerada, por fim, a representação aparente, de que ao início se tratou, com os requisitos lá identificados, particularmente o da necessária contribuição do segurador a que se ostentasse essa situação de justificada aparência.

De resto, a tese parece se reforçar se há necessária contratação por meio do corretor e se, entre ele e o segurador, se estabelece verdadeiramente um ajuste que, individualizado, coloca-se, porém, em coligação com o ajuste entabulado pelo segurado, formando o que se denomina de rede contratual, impondo uma recompreensão do conceito de terceiro não contratante e mesmo do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, como tive oportunidade de sustentar alhures (v. *Função social do contrato*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 150-5).

Jurisprudência: Sobre a pessoal responsabilidade do corretor, no caso de falha nas informações prestadas ao segurado: *RT* 807/401. Responsabilizando a seguradora por valor de cobertura constante de certificado emitido por representante: *RT* 807/394. Emprestando eficácia a recibo de quitação do prêmio firmado por corretora: *RT* 795/222. Sobre a ocasional responsabilidade solidária do corretor, juntamente com a seguradora: "Seguro. Indenização. Agenciador ou corretor de seguros. Responsabilidade solidária com a seguradora em ocorrendo o fato gerador ao pagamento do prêmio. Aplicação da teoria da aparência e da desconsideração da personalidade jurídica, em se tratando de consórcio entre empresas" (*RT* 786/419). Em sentido contrário, assentando a ilegitimidade da corretora: STJ, REsp n. 1.045.616/DF, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21.08.2008. Responsabilizando a seguradora pelos atos do corretor: TJRS, Ap. cível n. 70.015.021.249, 5ª Câmara, rel. Des. Leo Lima, j. 26.07.2006. Reconhecendo o dever de fiscalização que a seguradora possui da atuação do corretor que credencia: Turmas Recursais - RS, Recurso n. 71.000.555.011, 3ª T., rel. Maria de Lourdes Gonzáles, j. 14.09.2004. No mesmo sentido, assentando que a corretora é agente autorizada e representante da seguradora, não mandatária do segurado: TJSP, Ap. cível n. 1.137.454.003, 32ª Câmara, rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 30.07.2009. E, por isso, isentando o segu-

rado de qualquer responsabilidade se o prêmio é calculado a menor por falha no dever de informação do corretor: TJSP, Ap. cível n. 1.240.887.000, 28ª Câm., rel. Des. Celso Pimentel, j. 26.05.2009.

Art. 776. O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa.

CC/1916: art. 1.458 (parcial).

O presente dispositivo, da forma com que redigido, veio a pacificar discussão que antes havia, ante os termos do art. 1.458 do Código Civil de 1916. Isso porque, sob a égide da legislação anterior, chegou-se a sustentar a possibilidade de opção do segurador pela reposição da coisa, em vez do pagamento em dinheiro da indenização securitária.

Veja-se, todavia, que a atual dicção legal não deixa qualquer margem para dúvida. A regra geral é a do pagamento em dinheiro do prejuízo decorrente do sinistro. Recomposição outra, *in natura*, somente se dará se assim se tiver ajustado no contrato ou, acrescente-se, se o aceitar o segurado. Assim, por exemplo, pode-se convencionar a reparação da coisa danificada, a reconstrução do prédio em caso de incêndio, o fornecimento, em espécie, de medicamentos, o conserto direto do veículo sinistrado.

De outra parte, estabelece o dispositivo que o pagamento a ser feito pelo segurador há de corresponder ao efetivo prejuízo sofrido pelo segurado. É evidente que, no caso de seguros pessoais, como o seguro de vida, ocorrido o sinistro, paga-se o valor da apólice, incogitável qualquer avaliação do efetivo prejuízo havido. Entretanto, no seguro de dano, em geral, e ao revés, ter-se-á a importância fixada no contrato apenas como um teto indenizatório, a rigor honrando-se a cobertura com o pagamento do efetivo prejuízo havido, que poderá ser menor, não servindo o seguro a propiciar lucro a qualquer das partes. O assunto será retomado nos comentários aos arts. 778 e 781, *infra*. Lembre-se, ademais, que o pagamento do valor do seguro fora do prazo sujeita o segurador aos acréscimos previstos no art. 772, já examinado.

Art. 777. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias.

CC/1916: art. 1.435 (parcial).

Como se dá também acerca de outros contratos, a respeito valendo citar o transporte (art. 732), a corretagem (art. 729) ou, ainda, a agência e distribuição (art. 721), o Código Civil de 2002, no Capítulo em discussão, pretendeu estabelecer regras gerais e unificadas sobre o seguro, mas sem excluir a concomitante incidência de legislação especial. De resto, tal qual se afirmou nos comentários aos demais artigos citados, é característica do Direito moderno a pluralidade de fontes legislativas, que podem bem concorrer, então, no regramento de determinado instituto, sempre sob o influxo unificador da Constituição Federal, de seus princípios e dos princípios contratuais gerais, inclusive daí advindos.

Isso quer dizer, em primeiro lugar, que o Código abre ensanchas à regulamentação de seguros com características especiais em leis próprias que, em seu regramento, atendam a essas peculiaridades da espécie securitária de que cuidam. Assim, por exemplo, há inúmeras hipóteses de seguro obrigatório, referidas desde o Decreto-lei n. 73/66, o qual, como se vem examinando, constitui normatização que instituiu o chamado Sistema Nacional de Seguros Privados.

Pois dentre esses seguros obrigatórios, inclusive a que o novo Código também dedicou regra específica (art. 788, *infra*), está aquele por danos causados em acidentes de automóveis, regulado pelas Leis ns. 6.194/74 e 8.441/92, e o seguro contra acidentes de trabalho, regrado, especialmente, desde a Lei n. 6.367/76. Ou seja, espécies securitárias que receberam tratamento legal por meio de normatizações específicas, atentas às particularidades desses seguros.

Pense-se, ainda, e nem só em casos de seguro obrigatório, nos seguros de saúde, agora regradados pela Lei n. 9.656/98, repleta de disposições específicas para os casos de cobertura de despesas com assistência médico-hospitalar. Da mesma forma, pode-se citar o seguro marítimo, especificamente regrado pelo Código Comercial, neste ponto não revogado, a partir do art. 666.

Contudo, de outra parte, há fonte normativa concorrente de grande importância na matéria que não se circunscreve à disciplina de seguros especiais. Ao contrário, trata-se de lei que é também especial, mas do ponto de vista subjetivo, porquanto destinada, por comando constitucional, à proteção do consumidor. Com efeito, também a Lei n. 8.078/90, o chamado Código de Defesa do Consumidor, terá aplicação aos casos de seguro que configurem uma relação de consumo. Assim, portanto, incidirão todas as regras protetivas, fundamentalmente baseadas também na boa-fé objetiva (art. 4º, 111, do CDC) ou, especialmente, em dois dos deveres anexos dela decorrentes. Caberá atender à transparência na oferta e na contratação, assim como à confiança nas disposições do ajuste e na vedação de sua abusividade, não olvidando, também, ter-se em mira ajuste de adesão.

Por fim, vale de novo assentar que a ligação sistemática entre todas as normatizações aplicáveis ao seguro se fará sempre com base nos vetores constitucionais que permeiam as relações contratuais, de resto trazidos à positivação, antes de tudo, na própria parte geral dos contratos, sob a forma de princípios (arts. 421 e 422 do CC).

Jurisprudência: Sobre a possível aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de seguro: *RT*804/392 e 816/369. Na mesma esteira, determinando a interpretação do contrato em favor do segurado, porquanto aderente ao ajuste: *RT*808/424 e 809/357.

Seção II

Do Seguro de Dano

Art. 778. Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

CC/1916: art. 1.438 (parcial).

Como já explicitado no comentário ao art. 757, o novo Código Civil, ao estruturar o capítulo destinado ao regramento do seguro, depois de estatuir disposições genéricas, dividiu-o em duas partes especiais, a primeira, correspondente ao seguro de dano e a segunda, ao seguro de pessoa. O seguro de dano, tradicionalmente chamado de seguro de coisas, é aquele destinado a garantir ao segurado uma indenização pelo sinistro que venha a atingir e danificar o bem indicado no contrato, trazendo-lhe, assim, prejuízo a um interesse, o denominado interesse segurado. A respeito desse seguro, vigora, como aponta o ministro Eduardo Ribeiro (“Contrato de seguro - alguns tópicos”. In: *O novo Código Civil* coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo, LTr, 2003, p. 729-46), princípio dito indenitário, o que significa, basicamente, que o ajuste serve a garantir tão somente a reparação do dano experimentado, limitado ao valor fixado no contrato, e este, por seu turno, adstrito ao importe do interesse segurado, no momento da con-

tratação, tudo, frise-se, sem qualquer possibilidade de que venham o seguro e o sinistro a representar causa de lucro ao segurado.

Por isso mesmo, e afora as regras, também reveladoras do mesmo princípio, e até com maior correlação, contidas nos arts. 781 e 782, proíbe o Código que se entabule seguro de coisa por mais de quanto valha o interesse segurado. Em outros termos, e de resto tal qual já determinava o Código anterior, no art. 1.438, não se pode contratar uma garantia superior ao valor efetivo do interesse que se quer garantir com o seguro - termos mais precisos, mas de mesmo significado, que aqueles que se encontravam no art. 1.438 do Código de 1916, quando se vedava o seguro por valor maior que o importe real da coisa segurada. A diferença é que, no Código vigente, explicitou-se contratar-se, no seguro, e a rigor, uma garantia a um interesse do segurado, que, todavia, igualmente não pode ser superestimado, como se o ajuste servisse a fins especulativos.

A ideia fundamental é a de que o seguro não pode trazer ao segurado um proveito, colocando-o em situação mais vantajosa que aquela que teria se não sucedido o sinistro. Inversamente, e como em última análise o segurado poderia nem mesmo contratar o seguro, nada impede que o faça por valor menor que o do interesse segurado. O impedimento é a superavaliação. E, prossegue o atual Código, se ela ocorrer e dimanar de má-fé do segurado na prestação das informações devidas à contratação do seguro, aplica-se o previsto no *caput* do art. 766, já comentado. Da mesma forma, quando o artigo em discussão refere ainda a sujeição do segurado à ação penal que couber, decerto que pressupõe, ainda, a declaração inexata daquele, mas eivada de má-fé. Ocorre que a superestimação do interesse segurado pode advir de conduta não deliberada do segurado, acerca do que se omite o Código atual, mas não o Código de 1916, que, para esse caso, previa a redução ao valor real da coisa segurada, com devolução do excedente do prêmio (art. 1.438, primeira parte).

Para Maria Helena Diniz (*Direito civil brasileiro*, 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 470), e por identidade de motivos, caberá, hoje, na vigência do atual Código, remissão ao parágrafo único do mesmo art. 766, *supra*. Certo é que, ausente má-fé, aí sim em correspondência ao previsto no parágrafo único do art. 766, não terá lugar a penalização do segurado, com a perda do prêmio devido. Caberá a resolução do contrato, mas, observe-se, se ainda não havido o sinistro (ver comentário ao art. 766). Só que aqui, no tratamento da superavaliação, pelo princípio mencionado, vedatório de que o contrato traga proveito ao segurado, parece descaber a manutenção do ajuste apenas mediante recálculo do prêmio, como dispõe o parágrafo do art. 766. Isso porque a proibição está no importe do interesse segurado. A opção à resolução será, pois, a readequação, forçosamente, desse valor, ainda que com revisão do prêmio. Por fim, se já ocorrido o sinistro, quando, ainda ausente má-fé do segurado, se constata a superestimação do interesse segurado, já não mais haverá lugar à resolução, repete-se, mas ao pagamento do valor real máximo do interesse segurado, se este tiver sido o importe do prejuízo (perda total).

Jurisprudência: Entendendo que a nova contratação sobre interesse já segurado infringe o dispositivo em questão: TJRS, Ap. cível n. 70.013.869.854, 5ª Câmara, rel. Des. Leo Lima, j. 15.03.2006.

Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa.

CC/1916: art. 1.461 (parcial).

O preceito em pauta repete a redação do art. 1.461 do Código anterior, mas com a supressão da ressalva, em contrário à regra, que a apólice poderia estipular. Ou seja, em pri-

meio lugar reitera o Código Civil de 2002 que o risco coberto pelo seguro de dano compreende não só o direto e efetivo prejuízo provocado, pelo sinistro, ao interesse segurado, como também tudo quanto tenha sido despendido na tentativa de evitar o sinistro, minorar-lhe as consequências ou salvar o que resta da coisa a que se refere o seguro (salvados).

Lembre-se, a propósito, ser obrigação do segurado tomar todas as medidas possíveis e razoáveis para diminuir a extensão e consequências danosas do sinistro, mas à conta do segurador, tudo tal qual prevê o art. 771, antes examinado. Pois, a complementar-lhe o sentido, a regra em discussão estabelece que justamente essas despesas, que experimenta o segurado no cumprimento do dever que possui de tomar medidas de diminuição dos efeitos do sinistro, fazem parte do risco coberto pelo segurador. E isso, agora, com a supressão da permissão de disposição em contrário na apólice, contida no art. 1.438 do Código de 1916, sem que essa mesma responsabilidade do segurador possa ser afastada por convenção. Em outras palavras, tem-se hoje regra cogente de responsabilidade do segurador pelas despesas já mencionadas, independentemente de expressa alusão do ajuste e sem que nele se possa, portanto, excluir a respectiva cobertura.

Jurisprudência: Assentando que o seguro de danos materiais ocasionados a veículo não abrange os lucros cessantes: *RT750/317*.

Art. 780. A vigência da garantia, no seguro de coisas transportadas, começa no momento em que são pelo transportador recebidas, e cessa com a sua entrega ao destinatário.

CC/1916: art. 1.448, § 2º.

Essa regra, de um lado, especifica exigência, contida no art. 760, de que a apólice de seguro identifique o início e o fim de sua validade, mas, em se cuidando de seguro de coisas transportadas, particulariza a questão da vigência da garantia, determinando que se inicie com o recebimento das mercadorias e cesse com sua entrega ao destinatário. Nesse ponto, e de outro lado, a norma se põe consonante com a previsão do art. 750 do novo Código Civil, segundo a qual, no transporte de mercadorias, a responsabilidade do transportador começa com seu recebimento e só termina com sua entrega ao destinatário. Assim, é seguro dessa responsabilidade que se faz, portanto com simétrica normatização sobre o período de vigência. Além disso, prevê o Decreto-lei n. 73/66, nesse passo alterado pelo Decreto n. 61.867/67, que o seguro de responsabilidade dos transportadores em geral seja mesmo obrigatório. A cessação do seguro, que se dá com a entrega da mercadoria ao consignatário, pressupõe, como observa o Ministro José Augusto Delgado (*Comentários ao novo Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, 1.1, p. 441), tenha recebido a coisa o verdadeiro destinatário. De outra parte, se a entrega se faz, por motivo atribuível ao transportador, a recebedor indevido, perduram os efeitos do seguro.

Jurisprudência: Afastando a cobertura quando o sinistro se dá ainda quando as coisas estão em trânsito, mas em prolongamento do percurso não comunicado à seguradora: *RT 764/233*.

Art. 781. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador.

CC/1916: arts. 1.437 (parcial) e 1.438 (parcial).

O presente artigo completa, a rigor, a ideia básica acerca do seguro de dano, que já se explicitou no art. 778 e que se completa pelo preceito do art. 782, representando, a bem dizer, relevante inovação na esfera do direito posto, positivado. Como se assentou nos comentários ao art. 778, permeia o conceito de seguro de dano o chamado princípio indenitário, segundo o qual, em síntese, a cobertura securitária deve se restringir ao ressarcimento do valor do prejuízo efetivamente experimentado pelo segurado, com o sinistro havido. Trata-se da referência central do ajuste: a indenização. Em diversos termos, quer-se evitar que o seguro possa ser fonte de enriquecimento do segurado, de modo a colocá-lo em situação melhor da que teria se o sinistro, contra o qual se garante seu interesse, não tivesse sucedido. Tudo, em última análise, à consideração de que o seguro se forma, na verdade, e conforme já comentado ao exame do art. 757, por um fundo composto pelos prêmios pagos por uma universalidade de segurados - típica revelação de um mutualismo sem o qual os contratos individuais se inviabilizam gerido pelo segurador, por isso necessariamente uma entidade a tal fim autorizada (art. 757, parágrafo único), que só se pode desfalcocar pela devida reparação a que se destina, portanto sem que, a dano de outras coberturas, possa servir a propósito especulativo. Vale lembrar que o fundo e os prêmios que o constituem, afinal, resultam de um cálculo de probabilidade dos sinistros em relação aos interesses cuja garantia se contrata. Não por outro motivo é que, como se viu, não se pode contratar o seguro por valor maior que o do interesse segurado (art. 778). A ideia, enfim, é a de que o seguro se preste tão somente à recomposição, e não ao fomento do patrimônio do segurado, desfalcado pelo sinistro contra o qual quis se garantir.

Isso induz importante reflexo no seguro de coisas que se desvalorizam com o tempo. Pense-se na cobertura de automóveis, que perdem valor com o uso e que, sinistrados depois de algum tempo, com perda total, já não valem mais o importe originalmente indicado na contratação. É dizer então que, quando do acidente que danificou por completo o veículo, a perda patrimonial sofrida pelo segurado foi a do valor do auto no instante em que sinistrado, agora, como determina a lei, o obrigatório importe da cobertura a ser honrada. Destarte, não mais caberá discutir, como tem sido freqüente, se cabe ou não o pagamento do seguro pelo valor de mercado do bem ou pelo valor da apólice, ausente cláusula que preveja aquela primeira modalidade. Impõe a lei que o pagamento se faça pelo valor da coisa ao tempo do sinistro, e sempre limitado ao importe máximo da garantia, o que significa patentear que o seguro de dano tem dois importes: o da apólice, que representa o limite máximo da indenização que poderá ser paga, em caso de sinistro, e o da cobertura pelo sinistro havido, correspondente, observado aquele teto máximo, ao exato importe do prejuízo experimentado, no momento em que ocorreu.

No entanto, um grande problema, na realidade, se coloca no que diz respeito ao prêmio que foi fixado e pago pelo segurado. Por exemplo, para Jones Figueiredo Alves (*Novo Código Civil comentado*, coord. Ricardo Fiuza. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 706), vindo o valor da indenização a ser inferior ao constante da apólice, pela eventual desvalorização do importe da coisa, ao instante do sinistro, impor-se-á uma redução proporcional do prêmio, já abatida do montante do seguro a ser pago. A seu ver, trata-se de corolário direto do princípio da eticidade que ilumina a nova legislação, impeditiva da vantagem indevida de uma parte, em detrimento de outra, na relação contratual. Ernesto Tzirulnik (“Princípio indenitário no contrato de seguro” In: *Revista dos Tribunais*, v. 759, janeiro de 1999, p. 89-121), ao revés, e apoiado na lição de Pedro Alvim, já defendia, mesmo antes da edição da novel legislação, que a indenização paga pela perda do bem em importe menor que o da apólice não deveria levar a nenhuma redução do prêmio. Relembra o autor que o cálculo desse prêmio toma em consideração a massa dos bens objeto do fundo constituído, portanto nem só o daquele segurado, além de inúmeras outras variáveis, dentre elas valorização ou desvalorização de salvados e probabilidade de perdas parciais antes da perda total, de modo que, a rigor, a oscilação do

preço da coisa seja integrante natural do ajuste. Salienta Tzirulnik que o cálculo do prêmio não pode levar em conta, e não leva, apenas a situação específica de um segurado atingido pela perda total de seu bem. Mais, a seu ver, da mesma forma que não se verificará aumento de prêmio nos casos de sinistros parciais honrados e depois perda total também ressarcida, não deve haver redução se a indenização pela perda total se faz pelo valor atual e depreciado do bem, em relação ao montante da apólice. Importa é que tenha havido risco a que exposto o bem, para fazer devido o prêmio, no importe em que fixado. A alteração de seu valor somente terá lugar se inexistente ou em muito reduzido o risco (art. 770) ou, por identidade de motivos, se em muito aumenta o risco coberto (art. 769). Aliás, o paralelismo com esses dispositivos é eloqüente. Da mesma maneira que não se altera o prêmio por qualquer modificação da probabilidade de ocorrência do sinistro, senão quando considerável, também não se haverá de alterá-lo quando o valor do bem se deprecia, porquanto oscilável, uma vez que, afinal, calcula-se o prêmio não com base, especificamente, no valor da apólice daquele bem, em particular considerado.

No entanto, ainda que se aceda a essa lese, três ressalvas devem ser feitas. A primeira é a de que a excessiva, considerável desvalorização da coisa objeto do seguro pode suscitar pleito de revisão e mesmo de repetição de prêmio que, então, terá sido pago a maior. Afinal, a sensível perda de valor da coisa segurada acaba afetando, em última análise, a própria extensão do risco, senão de sua conversão em sinistro, mas da dimensão de suas conseqüências. Veja-se que, a rigor, isso nada mais é que um paralelismo estrito com as regras dos arts. 769 e 770, ou seja, oscilações quanto ao risco não geram revisão do prêmio a não ser quando consideráveis. Especificamente para o caso de diminuição do prêmio, se, de um lado, o art. 770 começa por dizer que a redução do risco, em princípio, não acarreta a redução do prêmio, termina, de outro, por estatuir que isso poderá acontecer se a redução for considerável. A segunda ressalva importante, mesmo que aí individualmente considerado o contrato de seguro, afinal um trato de adesão, no qual, em regra, uma das partes está em situação de vulnerabilidade, sendo a outra um profissional, muito mais afeito às regras legais da entabulação, é a necessidade de que os termos do ajuste expressem, com clareza, a limitação da indenização ao efetivo importe do prejuízo experimentado, de modo a evitar possa ser inculcada no aderente a expectativa de que, no caso de perda total da coisa, lhe será ressarcido o valor da apólice. Trata-se de notório corolário da transparência, um dos deveres anexos que a boa-fé objetiva, em sua função supletiva, impõe, de resto como visto desde o art. 766. Por último, e agora a ressalva é legal, havendo mora do segurador, o importe a que estará sujeito poderá ultrapassar o valor do prejuízo da coisa, se afinal incidem os acréscimos de que cuida o art. 772.

Jurisprudência: Antes do atual Código Civil, deferindo a cobertura pelo valor do bem, constante da apólice: *RT 184/212*, *786/239* e *792/279*.

Art. 782. O segurado que, na vigência do contrato, pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse, e contra o mesmo risco junto a outro segurador, deve previamente comunicar sua intenção por escrito ao primeiro, indicando a soma por que pretende segurar-se, a fim de se comprovar a obediência ao disposto no art. 778.

CC/1916: art. 1.439 (parcial).

Não por motivo diverso do que anima, hoje, a previsão do art. 778 do Código Civil de 2002, o Código anterior já se ocupava do caso de efetivação de um segundo seguro, quando outro anterior já se tivesse feito, sobre o mesmo interesse segurado e contra o mesmo risco

coberto. Vedava-o, com efeito, quando o primeiro seguro já houvesse sido entabulado pelo valor integral do interesse segurado, sempre a fim de evitar o intuito especulativo do ajuste, sabidamente adstrito ao importe máximo da coisa segurada. Acrescentava-se que, insciente o segundo segurador acerca do primeiro seguro, era-lhe lícito não só recusar o pagamento de eventual sinistro, mas também recobrar o que acaso já tivesse pago, sem restituição do prêmio. A ideia básica era, de um lado, a de que, já segurada a coisa, uma primeira vez, contra o mesmo risco, por seu importe total, o segundo seguro não teria risco a cobrir, porquanto, afinal, já garantido pelo antecedente ajuste. Daí a possibilidade de anular o segundo seguro. Em sua segunda parte, permitia o antigo art. 1.439 que, insciente o segundo segurador sobre a existência do anterior, poderia ele deixar de honrar a cobertura, assim como, se já a tivesse honrado, reaver a quantia paga a maior, sem restituição do prêmio. E compreendia-se, ainda, nessa segunda parte do preceito, também o antecedente seguro não incidente sobre o valor total, quando, pago o primeiro seguro, viesse o segundo a ser honrado em sobejo do valor da coisa, então abrindo-se a possibilidade de o segurador recobrar a quantia paga em excesso do importe do interesse segurado e sem restituição do prêmio.

Na lição de Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XIX, p. 283-4), na hipótese de a coisa não estar segurada pelo valor total no primeiro contrato, os demais e subsequentes seguradores só estavam obrigados pelo que, na falta, tivessem de completar quanto ao importe da coisa, na ordem das respectivas apólices. Resumindo o elastério do art. 1.439 e confrontando-o, também, com o preceito do art. 1.437, Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, t. XLV, § 4.924, n. 1, p. 346) já assentava que, se o primeiro seguro foi integral e sobreveio outro, este poderia ser anulado, caso houvesse dolo do segurado; se de boa-fé, abrir-se-ia a possibilidade de resolução do segundo seguro ou revisão, aqui, acrescente-se, desde que houvesse ainda algum risco a segurar. Veja-se que, a rigor, é a mesma solução disposta no art. 766 do Código atual, a que o art. 778, cujo princípio básico o presente art. 782 quis preservar, remete. Ou seja, quando há má-fé do segurado, desfaz-se o contrato, mas com a agravante de perda do prêmio vencido, a título punitivo. Se ausente sua má-fé, resolve-se, necessariamente, o ajuste, visto que, afinal, não há risco a cobrir, porque coberto pelo primeiro seguro, com restituição das partes ao estado anterior. Apenas acresce o atual Código que, ao entabular o segundo seguro, o que em si não é ilícito, se o antecedente ajuste não se referia ao valor integral da coisa segurada, deve o segurado informar o primeiro segurador, justamente a fim de que também ele possa controlar o respeito à regra geral contida no art. 778. Isso, de um lado, sem que, evidentemente, esteja o segurado dispensado de dar igual aviso ao segundo segurador e, de outro, criando-se um especial dever anexo de informação ao segurado, com relação ao primeiro segurador, cujo desrespeito pode levar à perda da garantia, afinal subtraindo-se daquele contratante a possibilidade de verificar, em caso de sinistro, se já não paga a indenização pelo segundo segurador ou a possibilidade de postular a diminuição do valor de seu ajuste ao importe proporcional da coisa, conforme se viu nos comentários ao art. 778, tudo de modo, enfim, a evitar que possa o segurado ser beneficiado com garantia e eventual ressarcimento superiores ao montante da coisa segurada.

Jurisprudência: Decidindo que, mesmo omitida a informação de que cuida o preceito, havendo desistência de cobrança do segundo seguro, o primeiro permanece hígido e devido: TJRS, Ap. cível n. 70.009.481.326, 5ª Câmara, rel. Des. Ana Maria Scalzilli, j. 14.04.2005.

Art. 783. Salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha acarreta a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial.

A disposição do presente artigo é consequência direta do princípio contido nos arts. 778, 780 e 781, antes examinados. Se a ideia central do seguro de dano é prever uma indenização que seja paga ao segurado em caso de sinistro, proporcionando-lhe nada mais que o ressarcimento do efetivo prejuízo experimentado, sem que lhe seja dado, então, auferir qualquer proveito da garantia contratada, de modo a que, afinal, se coloque em situação mais vantajosa do que a que teria se o evento danoso não tivesse sobrevindo, obviamente não se poderá segurar a coisa por importe inferior a seu real valor e, em caso de sinistro que a danifique em parte, não se proporcionalizar o montante da indenização. Se assim não fosse, o lucro seria evidente, emprestando ao seguro um caráter especulativo que a lei não quis que ele tivesse, ou, pior, a dano do fundo que a rigor se compõe para dar suporte a cada ajuste securitário individual, traço de mutualismo, como se viu no comentário ao art. 757, muito típico do contrato de seguro.

De pronto, todavia, vale reiterar, tal qual comentado à análise do art. 778, que, se se veda o seguro por mais do que a coisa valha, corolário do princípio indenitário que anima o regramento vertente, nada impede, ao revés, que se contrate o seguro por menos do que valha a coisa. Afinal, poderia nem ter havido a contratação do seguro. Se pode a parte nem contratar o seguro, pode contratá-lo por menos do que o valor real da coisa. Assim, por exemplo, será possível que se ajuste seguro por metade do valor da coisa, que, então, por consequência lógica, se sofrer sinistro parcial, ensejará indenização que, tomada a efetiva extensão do dano havido, deverá, a seguir, ser proporcionalizada à mesma razão do que a menos de seu montante real se indicou na apólice. É, em última análise, o que se denomina cláusula de rateio, em que o segurado fica, ele próprio, responsável por parte das consequências do sinistro, afinal coberto parcialmente pelo segurador, conforme o valor contratado. A ressalva da lei de que as partes podem prever em contrário à proporcionalidade parece indicar a adoção, para esse caso de seguro, do chamado seguro a primeiro risco, frequentemente adotado para hipóteses de incêndio, em que se indeniza sempre o valor total da apólice, com derrogação da proporcionalidade, o que se faz, em verdade, por um agravamento do prêmio, mas de todo modo com limite indenizatório à quantia constante da apólice, que já é, em si, menor que o importe da coisa, razão pela qual não se afronta à regra do art. 778. A bem dizer, nada diverso do que, mesmo antes do atual Código, já admitia, por exemplo, Pedro Alvim, referindo cláusulas nesse sentido comumente estabelecidas (*O contrato de seguro*. Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 325-30).

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 150.722-4/0-00, 9ª Câm., rel. Des. Grava Brazil, j. 04.04.2006.

Art. 784. Não se inclui na garantia o sinistro provocado por vício intrínseco da coisa segurada, não declarado pelo segurado.

Parágrafo único. Entende-se por vício intrínseco o defeito próprio da coisa, que se não encontra normalmente em outras da mesma espécie.

CC/1916: art. 1.459.

A regra, embora com diversa redação, é a mesma do art. 1.459 do antigo Código. Por ela, quer-se excluir da cobertura securitária o sinistro havido em razão de vício intrínseco da coisa, como tal entendido aquele defeito próprio que não se encontra, de ordinário, em outras coisas da mesma espécie. Ou seja, o princípio é o de que não caiba indenização securitária de danos causados por fator que não seja externo, alheio à coisa segurada.

Sempre se entendeu, porém, desde a vigência do Código Civil de 1916, que a exclusão da cobertura somente se daria se o vício intrínseco fosse causa única do evento danoso. Assim, ao revés, deve-se, ainda hoje, considerar persistente a obrigação contratual ressarcitória se o defeito interno da coisa é apenas uma concausa do evento. O preceito é de ordem dispositiva, de modo a não impedir que o segurado declare a existência do vício e assim contrate garantia que o abranja. Nesse caso, o segurador terá amplas condições de calcular o risco coberto levando em conta a possibilidade de sinistro de acordo com o defeito interno da coisa segurada.

O problema se põe, na verdade, quando o segurado não declara o vício interno que, ademais, vem a ser a causa do evento danoso. Aí então exclui-se a cobertura, de sorte que o segurador não estará obrigado a pagar a respectiva indenização pelos danos havidos à coisa segurada. Fato, porém, é que, desde o Código anterior, reputava-se de rigor a exclusão da cobertura tão somente se o segurado houvesse maliciosamente omitido a declaração do vício intrínseco da coisa ou ao menos se dela tivesse ciência (v. g., BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, p. 220; CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XIX, p. 369). É, de resto, a mesma regra que se consagra, hoje, no art. 766, parágrafo único, que não afasta a cobertura em casos de omissão do segurado, mas não de má-fé. Ou seja, na síntese de Carvalho Santos (op. cit., p. 369), é preciso, para a incidência da regra em pauta, que o vício intrínseco, além de constituir causa exclusiva do sinistro, seja conhecido do segurado, omissivo em informá-lo, e, mais, desconhecido do segurador. É por isso que, em exemplo do mesmo autor, quando coisas sujeitas ordinariamente a incêndio se inflamam, posto que por vício interno, porquanto notória a circunstância, não se afasta a responsabilidade do segurador. Isso também se aplica a vícios de construção, causa de sinistro a atingir imóveis (idem, ibidem).

Jurisprudência: Sobre danos do imóvel em seguro habitacional, ver: TJSP, Ap. cível n. 4.857.854.400, 1ª Câmb., rel. Des. Paulo Razuk, j. 29.09.2009.

Art. 785. Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado.

§ 1º Se o instrumento contratual é nominativo, a transferência só produz efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário.

§ 2º A apólice ou o bilhete à ordem só se transfere por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário.

CC/1916: art. 1.463 (parcial).

Seguindo tendência, já sedimentada, do direito obrigacional, que vê na obrigação um valor patrimonial, por isso passível de cessão, salvo se envolver relação personalíssima, previu o artigo em pauta que também o contrato de seguro pode ser cedido, estabelecendo, em regra, uma transferência que se opera com a alienação do interesse segurado. Todavia, como já observava Clóvis Bevilacqua a propósito da disposição do art. 1.463 do Código de 1916 (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 222), a transferência, nesse caso, não é forçosa, já que é possível, a despeito da alienação, que o interesse contra o risco permaneça com o alienante, de outra parte ao adquirente sendo inútil o seguro. Daí estatuir o novo Código Civil, sem reiterar a parte final do parágrafo do antigo art. 1.463 - contemplativo de hipótese de automática transmissão, se não vedada pela apólice

que, frise-se, é admissível a transferência do contrato com a alienação do interesse segurado, mas mediante requisitos que estão nos parágrafos do dispositivo.

Assim, se o seguro for nominativo, como geralmente é, ou melhor, se o instrumento do contrato indicar o segurado/beneficiário, aí então a transferência só produz efeitos perante o segurador mediante aviso escrito e assinado pelo cedente e pelo cessionário, na mesma senda, se houver apólice ou bilhete à ordem, impondo-se a transferência por endosso em preto, assinado pelo endossante e indicando-se explicitamente o endossatário. Segue-se, a esse respeito, a regra geral do art. 290 do atual Código, acerca da cessão. Veja-se, porém, que a ciência ao cedido, no caso o segurador, não implica, em princípio - ao final feita ressalva a que se remete a admissão de que ele deva anuir, previamente, à cessão, o que não se exige, até por clara inferência do previsto no § 1º. Exige-se, nesse preceito, o aviso escrito, por qualquer meio, desde que comprovado o recebimento, da ocorrência da cessão, com subscrição do cedente e do cessionário, que passará a ocupar a posição contratual daquele. No entanto, nada impede, em se tratando de direito disponível, que as partes contratantes do seguro, por ajuste, pactuem a vedação da cessão. Se a apólice for ao portador, sua transferência se dá pela tradição.

Deve-se ressaltar, por fim, que a transferência do seguro não pode agravar, por si, o risco garantido pelo segurador sem sua detida cientificação e, nessa hipótese, sem sua concordância a respeito, como ocorre, por exemplo, nos seguros de coisa com perfil do segurado, tal qual no caso dos automóveis. Isso, em diversos termos, significa que na transferência do seguro deve-se o mesmo respeito à regra de boa-fé que há na contratação e que está contida no art. 766 do Código Civil. Ou seja, ainda citando o exemplo do seguro de autos, impende, dada a influência das condições do segurado no cálculo do risco, que haja, no caso de alienação da *res* com transferência do contrato, pronta comunicação ao segurador, com informações que lhe permitam, se necessário, rever o valor do prêmio, ajustando-o ao risco coberto, que, agora, poderá ser diferente. Se isso não se fizer e, depois, ocorrer o sinistro, poderá o segurador se valer da exceção de agravamento do risco, desde que, evidentemente, comprovada a circunstância, não se mantendo, e uma vez que assim seja, com a alienação, as mesmas condições de tráfego, estacionamento e condução do veículo segurado. Ao revés, avisado da alienação e permanecendo a receber o mesmo prêmio, sem qualquer oposição ou ressalva, manifesta-se a tácita aquiescência do segurador, que, com a ocorrência do sinistro, não poderá recusar o pagamento da indenização.

Jurisprudência: Entendendo, na vigência do art. 1.463 do Código Civil de 1916, que a mera falta de comunicação da alienação do interesse segurado não prejudicava a cobertura, se em dia o pagamento do prêmio, devidamente recebido: *RT* 804/249. Na mesma esteira, igualmente sob a égide do antigo Código, mantendo a cobertura se nada se alegava em si contra a transferência, mesmo não anteriormente comunicada: *JTA-Lex* 180/138. Garantindo, ainda, o pagamento da indenização, mesmo transferido o auto segurado, se ele permaneceu sendo utilizado para os mesmos fins: *RT* 790/412 e 804/229. Da mesma forma, se não prevista sanção no contrato para a falta de comunicação: *RT* 790/412. Já na vigência do novo CC, mantendo a cobertura se com a alienação não houve majoração dos riscos: STJ, REsp n. 600.169/ES, 4ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 04.12.2007. Em sentido oposto, mesmo na vigência do Código de 1916, entendendo necessária não só a comunicação da alienação do interesse segurado, como também a anuência do segurador: *fiT* 805/250. De idêntico sentir, desobrigando a seguradora de pagar a indenização a terceiro com quem não contratou: *RT* 786/224. À luz do Código de Defesa do Consumidor, reputando regular cláusula de condicionamento da indenização à comunicação prévia, à seguradora, da alienação do veículo segurado: *RSTJ* 128/253.

Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

§ 1º Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins.

§ 2º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.

CC/1916: sem correspondente.

No seguro de dano, e não no de pessoa (cf. art. 800, *infra*)? explicita-se hoje - já que ausente semelhante regra no Código Civil anterior, muito embora existente previsão a respeito, para o seguro marítimo, no Código Comercial (art. 728) - o direito à sub-rogação do segurador que paga a indenização ao segurado. Ou seja, paga a indenização, nos limites do valor respectivo, fica o segurador autorizado a exercer direito regressivo contra o causador do sinistro, para tanto passando a ocupar a posição jurídica do segurado, de resto tal qual na jurisprudência já se assentara (Súmula n. 188 do STF). Isso, na verdade, porque, ao quitar o valor do prejuízo havido, nos lindes do importe do contrato, a rigor o segurador está pagando dívida de terceiro, aquele causador do dano ao segurado. Põe-se cobro, destarte, à discussão, que antes havia, sobre se o segurador, assim agindo, não estaria sendo duplamente beneficiado, com o recebimento do prêmio e com o ressarcimento do seguro pago. A essa objeção Pedro Alvim (*O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 490) já respondia ser da natureza da cobertura de sinistro provocado por terceiro a sub-rogação legal, antes prevista no art. 985, III, do Código de 1916, por encerrar-lhe real contraprestação a possibilidade de ressarcimento regressivo, junto ao causador do dano, referindo-se o prêmio pago à cobertura de riscos eventuais, independentes de ato voluntário, posto que de terceiro. De mais a mais, a não ocorrência da sub-rogação deixaria o causador do dano livre de sua responsabilidade, uma vez que nada lhe poderia exigir o segurado, afinal já ressarcido pelo segurador.

Tudo isso se supera, agora, pela previsão expressa do novo Código sobre a possibilidade de sub-rogação, nos limites do contrato, desde que, acrescenta o § 1º, o dano não tenha sido provocado pelo cônjuge, descendente, ascendente, parente consanguíneo ou afim do segurado, devendo-se acrescentar o companheiro, porque, em todos esses casos, pode-se afetar o próprio patrimônio do segurado, mas este, sim, fazendo parte do risco coberto. A ideia do parágrafo, de qualquer forma, é a de dano causado involuntariamente por quem, próximo do segurado, por relação de casamento, união estável e parentesco, ostenta conduta que se coloca no âmbito do raio do risco coberto, como se o ato fosse do próprio contratante. O Código Civil ressalva, tão somente, dizendo-o então passível de ensejar sub-rogação, o ato doloso que tenha sido praticado por cônjuge ou parente, porque aí justificado o eventual alcance do patrimônio do segurado e, de toda forma, dimanando o dano de ato voluntário praticado por pessoa a ele ligada, igualmente como se excluiria a indenização se dele provinda conduta dolosa.

Finda o dispositivo legal por estabelecer a ineficácia de qualquer ato praticado pelo segurado que sirva a diminuir ou extinguir, em prejuízo do segurador, o direito à sub-rogação, de que ora se trata. Veja-se que a regra quer assegurar, em última análise, a integralidade do direito regressivo do segurador, resguardando-o contra ato que venha a ser praticado pelo segurado. O exato elastério da norma sobreleva se for levada em conta, por exemplo, a frequente ocorrência de acordos mediante os quais a esse causador do dano o segurado confere ampla quitação, em geral por ocasião do ajuste sobre o pagamento da franquia. Pois sempre se entendeu que, isso sucedido, não haveria crédito em que se pudesse sub-rogar o segurador, extinto pela quitação outorgada. Ou, em diversos termos, não se haveria de cogitar pudesse o segurador, sub-rogando-se na posição jurídica do segurado, exercer uma ação

que a este não mais caberia. Nessa senda sobrem, agora, a determinação legal de que qualquer ato dessa espécie seja ineficaz perante o segurador, que, portanto, não estará impedido de exercer, de toda maneira, seu direito regressivo contra o terceiro causador do dano.

Entretanto, resta indagar: será assim ainda que o terceiro desconheça a existência do seguro, acordando com o segurado na justa expectativa de que esteja a quitar completamente os danos que com sua conduta provocou? E se o terceiro sabia ou deveria saber que, por exemplo, estava a acordar somente o pagamento de franquia? Parece ser necessário fazer ressalva nesses casos, corolário da tutela da confiança, cabendo ao segurador voltar-se contra seu segurado, afinal com quem contratou e a quem exclusivamente atribuível a conduta de diminuição ou mesmo impedimento de exercício do direito regressivo, frise-se, sempre que no terceiro se possa reconhecer, conforme as circunstâncias do caso, a justa expectativa de que o acordo se referisse aos efeitos completos do sinistro provocado.

Vale anotar, por último, e a despeito da discussão que, a propósito, desde o Código anterior se levantava, o entendimento, que se espoca, de que o prazo prescricional para exercício do direito regressivo é o comum, reservada a hipótese do art. 206, § 1º, II, do Código de 2002, para as lides diretamente envolvidas do segurado e do segurador, de resto como no preceito expresso.

Jurisprudência: Súmula n. 188, STF: O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro.

Assegurando direito de regresso à seguradora que honrou pagamento de avarias havidas em mercadoria transportada, exercido contra o transportador a quem imputada má execução do contrato de transporte: *RT* 796/276. Na vigência do Código Civil de 1916, negando sub-rogação à seguradora quando o segurado houvesse dado quitação ao causador do dano: *RT* 789/205. Limitando o direito regressivo ao líquido da indenização paga, sem encargos bancários: TJSP, Ap. cível n. 7.324.220.700, 17ª Câmb., rel. Des. Walter Fonseca, j. 01.07.2009.

Fixando prazo comum para a ação regressiva da seguradora contra o causador do dano: STJ, REsp n. 839/MG, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 09.04.1996; REsp n. 191.162/DF, 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 11.05.1999.

Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

§ 1º Tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador.

§ 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

§ 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador.

§ 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente.

CC/1916: sem correspondente.

No artigo presente, o Código Civil de 2002 tratou e regulamentou o que sempre se chamou de seguro de responsabilidade civil. Ou seja, o segurador assume a obrigação de garantir o pagamento de perdas e danos que o segurado acaso tenha de fazer em benefício de ter-

ceiro. Portanto, contrata-se a cobertura da indenização que, eventualmente, o segurado venha a ser obrigado a compor diante de terceiro lesado.

O risco envolve, assim, não só o pagamento de danos emergentes, como também o de lucros cessantes, que, na forma do art. 402, compõem as perdas e danos. O prejuízo a ser coberto pode abranger, ainda, danos pessoais e extrapatrimoniais que a conduta do segurado provocou ao terceiro vitimado. Se, afinal, o seguro se faz contra a responsabilidade civil que pode recair sobre o segurado, forçoso, então, ao que se crê, recorrer à própria noção do instituto, contida no Código Civil. E, com efeito, a responsabilidade civil está afeta, primeiramente, a quem comete ato ilícito (art. 927, *caput*), compreendido como aquele praticado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito alheio e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186). Portanto, é em toda essa extensão, abrangendo o dano moral, que, como regra, responderá o segurador, inclusive conforme orientação hoje sumulada (v. item a seguir). Ademais, e seguindo a mesma esteira, responderá ele também pela indenização a que esteja obrigado o segurado, independentemente de ação culposa, como tal definida, genericamente, no art. 927, parágrafo único, do atual Código. Isso significa dizer que o segurador garante a responsabilidade civil do segurado, subjetiva e objetiva, como regra em toda a extensão da consequência danosa de sua conduta. Discute-se é se, por conta dessa garantia, o segurador pode ser compelido a honrar a cobertura em ação que diretamente lhe seja movida pelo terceiro-vítima, tal como, para o seguro obrigatório, se possibilitou, de maneira explícita, no art. 788, parágrafo único, adiante examinado, ou se, ao revés, incumbe ao terceiro se voltar contra o segurado causador do dano, que, pagando, recebe a verba do seguro, nos limites do contrato.

A desfavor da ação direta, costuma-se afirmar que falta legitimidade para o terceiro agir com base em contrato de que não fez parte. Ressalte-se, todavia, que, hoje, em virtude da função social do contrato, que, em uma vertente de seu conteúdo, opera verdadeira eficácia social do ajuste (*ultra partes*), alguém não contratante pode, conforme o caso, discutir contrato - ou com base nele - de que não foi subscritor (veja, a respeito, GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007). Parece, porém, que, no caso, o ponto seja outro. É que, com efeito, o seguro de responsabilidade civil não é uma estipulação que se faz em favor da vítima, por isso não lhe é dado postular diretamente o benefício, como ocorre no seguro universalizado e social que é o seguro obrigatório, de que cuida o artigo seguinte. O seguro de responsabilidade é um seguro de reembolso, que pressupõe, antes, o pagamento pelo segurado ou o reconhecimento, em ação que lhe seja movida, de sua responsabilidade pelo evento danoso que vitimou terceiro, de modo a que, nessa demanda, oferte o segurado a defesa que tiver, decerto que a ele afeta e de seu conhecimento, e não do segurador. E, mais, de sorte que não se submeta o terceiro à discussão de disposições contratuais que desconhece. Ou seja, os debates se estabelecem com temática própria: entre o segurado e a vítima acerca da responsabilidade pelo evento; entre o segurado e o segurador sobre a obrigação de garantia. E tanto parece ser essa a solução da lei que o Código Civil de 2002, no § 3º do artigo em discussão, de forma bastante diversa do parágrafo único do artigo seguinte, em vez de aludir a uma ação direta, menciona a ação proposta pelo terceiro contra o segurado, de que se dará ciência ao segurador.

No sentido do descabimento da ação direta, exatamente em função da redação dos §§ 1º a 4º do art. 787, vale conferir a lição do Min. José Delgado in *Comentários*, coord. Min. Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro, Forense, v. XI, 1.1, p. 566-7. Ou, na mesma esteira, lembrando que o tipo do seguro em questão é de reembolso, está a lição de João Marcos Brito Martins (*O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, p. 116).

Certo que, primeiramente, tese diversa, tal qual no item abaixo, de identificação da jurisprudência, se exemplifica, vem sendo sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, admitin-

do a ação direta, como se de verdadeira estipulação em favor de terceiro se tratasse, à semelhança do seguro de vida, por exemplo.

Certo, de outra parte, e mesmo assim não fosse, que a jurisprudência já admitiu que, mesmo sem o pagamento pelo segurado, a vítima possa executar diretamente o denunciado, vencido na denunciação, como se ocorrida verdadeira sub-rogação a esta do crédito já julgado em favor daquele, por corolário da procedência da lide secundária.

Certo também que o art. 101, II, do CDC, permite que o fornecedor, acionado em demanda de consumo, chame ao processo seu segurador, de modo a que, afinal, possa também este, que assume a condição de litisconsorte passivo, a bem dizer tal qual se dá na denunciação da lide (art. 75,1, do CPC), ser condenado de forma solidária, nos termos do art. 80 do CPC, a que remete o dispositivo em comento, de forma expressa.

Não se nega que, no preceito citado, de resto como nele expresso, a faculdade de chamamento seja deferida ao réu (ver ALVIM, Arruda, et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo, RT, p. 217), mas, afinal, de modo a que, com a possibilidade de ampliação da polaridade passiva, se favoreça o consumidor (ver *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, p. 827).

De mais a mais, a parte final do mesmo inciso II do art. 101 do Código de Defesa do Consumidor permite que, insolvente o fornecedor e se houver seguro, então possa o consumidor mover ação direta contra o segurador.

Por fim, vale a consideração de que a jurisprudência já admitiu a extensão desta disposição a casos, não de relação de consumo, propriamente, mas de acidentes de automóveis, ao menos para permitir a execução pela vítima diretamente contra o segurador do causador da colisão, vencido na denunciação.

Todas essas ressalvas se fazem para que, posto não se aceda à tese da genérica admissibilidade da ação direta da vítima contra o segurador, fique clara a tendência que se erige no sentido de se admitir tal iniciativa.

Na mesma esteira do previsto no art. 771, exige o § 1º do artigo presente que, tão logo saiba, dê o segurado aviso ao segurador do fato constitutivo de sua responsabilidade, garantida pelo ajuste securitário. Veja-se que nem sempre a ciência do segurado se verifica no exato instante da ocorrência do evento, como, por exemplo, no dano que sua construção possa ter causado a terceiro. Sobre a significação da exigência de imediata comunicação e sobre as consequências derivadas de sua omissão, remete-se aos comentários ao art. 771, animado pelo mesmo espírito que subjaz ao artigo vertente.

No § 2º, impõe a lei a proibição de o segurado reconhecer sua responsabilidade, confessar, transigir ou ressarcir diretamente o terceiro-vítima sem expressa anuência do segurador. Tratando-se de limitação a direito do segurado, parece ser necessário interpretar restritivamente o preceito, por exemplo, excluindo-se de sua abrangência a confissão ficta ou provocada. Até pelo significado da norma, quer-se é evitar que o segurado, por ato e iniciativa próprios, de alguma maneira prejudique a posição jurídica do segurador, impondo-lhe um ressarcimento acaso exagerado ou mesmo indevido. Daí exigir-se sua anuência. Mas justamente por isso é que, mais ainda, não parece razoável impor ao segurado a perda automática do direito à cobertura, como consequência da falta de obtenção de *placet* do segurador para a prática dos atos elencados na lei, desde que não lhe tenha sido imposto qualquer dano. Não se crê possa ser presumido, de forma absoluta, um conluio entre segurado e terceiro para prejudicar o segurador, o que se daria com a perda automática do direito ao ressarcimento pelo simples fato da ausência de concordância. Mesmo um involuntário prejuízo não se pode admitir havido, tão só, por essa omissão, devendo-se, conforme se entende, reservar sempre a possibilidade de, apesar de não ocorrida anuência, comprovar o segurado que o ato por ele praticado em nada alterou ou afetou a cobertura que, destarte, certamente haveria de ser honrada, nos mesmos moldes. Lembre-se mesmo que ocasionalmente a transação pode até

trazer benefício ao segurador, obrigado então a ressarcir valor menor do que lhe seria afeto se não houvesse o acordo.

O § 3º do artigo examinado dispõe que, ajuizada ação de ressarcimento contra o segurado, deverá ele dar ciência do fato ao segurador, sem que se diga, diferentemente do previsto no art. 456 do novo Código, que na forma das leis do processo. Aliás, bem por isso, sustenta o Ministro Eduardo Ribeiro (“Contrato de seguro - alguns tópicos”. In: *O novo Código Civil* coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo, LTr, p. 729-46) que a lei criou, no caso, uma ciência específica, sem previsão no Código de Processo Civil, que vincula o segurador ao que se decidir na demanda em termos de responsabilidade do segurado. Isso, no entanto, afirma o mesmo autor, sem que a falta da cientificação determine qualquer perda de direito regressivo, de resto como, hoje, também se entende para a denúncia da lide (art. 70, III, do CPC), a despeito de que dita obrigatoria, mas o que alguns vem reservando, quando muito - já que mesmo nesse caso altera-se a posição da jurisprudência -, à hipótese da evicção (art. 70, I, do CPC). Aliás, pela tese exposta, haveria ao segurado a alternativa de cientificar o segurador da demanda indenizatória, a fim de fazê-lo vinculado ao deslinde, ou estabelecer lide regressiva secundária, com a denúncia da lide, cujo cabimento, nas hipóteses de seguro, a reforma processual cuidou de assentar, para permiti-la nos procedimentos de rito sumário (art. 280, do CPC, com redação dada pela Lei n. 10.444/2002). Ou seja, para o autor seriam, então, duas medidas diversas, quando, ao que se crê, melhor teria andado o Código Civil determinando a cientificação como providência a ser exercitada, tal qual se dispõe no art. 456, na forma e termos das leis do processo. Ressalve-se, apenas, a todo esse respeito, que hoje é sustentável considerar esteja o segurador vinculado ao ressarcimento se o segurado foi condenado, por conta da relação de direito material de garantia entre ambos existente, independentemente da cientificação. A discussão que se faria possível entre os dois estaria relacionada com as condições da garantia ajustada, mas não com o pagamento imposto ao segurado mercê da condenação judicial a que submetido. Quando muito, poder-se-ia cogitar de o segurador eventualmente pretender demonstrar que a conduta do segurado, mesmo no processo indenizatório, ostentou-se, por exemplo, por alguma omissão probatória, de modo a agravar importe ressarcitório, aí sim, o que a ciência tenderia a afastar. Mas isso, de toda sorte, sem excluir, ainda, a possibilidade de denúncia da lide, e cuja ausência, como já se decidia, não induz perda do direito regressivo.

Finalmente, estabelece o § 4º que a responsabilidade do segurado subsiste perante o terceiro, se o segurador for insolvente. A regra poderia levar a supor que ao terceiro fosse dado litigar diretamente contra o segurador, voltando-se contra o segurado se aquele se tornasse insolvente, o que, porém, já anteriormente se defendeu incabível. Poder-se-ia argumentar, então, que, ao determinar a responsabilidade do segurado diante da insolvência do segurador, quis-se evitar o sobresseguro, que era textualmente permitido no art. 1.437 do Código de 1916, o que também não se considera seja o caso, já no mesmo dispositivo explicitando-se que a contratação de seguro contra a insolvência do segurador não implica admitir se esteja a erigir mais de uma cobertura para o mesmo interesse (art. 782). Isso tudo se cogita dada a ociosidade do dispositivo, se interpretado, *tout court*, como simples reforço da pessoal responsabilidade do segurado perante quem foi por ele lesado, a despeito do seguro. Talvez reste só o elastério de que o preceito reafirma a impossibilidade de o segurado se beneficiar, diante do terceiro, da alegação de insolvência de seu garantidor, porquanto não lhe transfere a responsabilidade direta pelos danos que vier a causar (ver DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, 1.1, p. 568).

Jurisprudência: Súmula n. 402, STJ: O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão.

Entendendo que o seguro de responsabilidade, em regra, cobre também o dano moral experimentado pelo terceiro: *RT799/262* e *813/394*. Antes do Código Civil de 2002, mantendo a obrigação de reembolso da seguradora de valor mesmo que desembolsado por acordo, firmado sem sua prévia oitiva: *RT 793/267*. Ao contrário, excluindo direito ao ressarcimento se o segurado entabula transação sem a anuência do segurador: TJRS, Ap. cível n. 70.011.729.787, 6ª Câ., rel. Des. Luiz Roberto Assis Brasil, j. 11.05.2006.

Negando a possibilidade de propositura de ação de conhecimento diretamente contra a seguradora, mas admitindo contra ela a direta execução, quando denunciada à lide cognitiva, antes, e provada a insolvência do segurado: *RT796/288*, *RSTJ93/320*. Condicionando o reembolso que o seguro de responsabilidade envolve ao prévio pagamento da indenização devida pelo segurado: *RT 801/158*.

Estendendo a disposição do art. 101, II, do CDC, a casos de acidentes de automóveis, para o fim de permitir a execução, pela vítima, diretamente contra o segurador do causador da colisão, vencido na denúncia: *RSTJ93/320* e *RT796/288*.

De maneira genérica, permitindo indistinta cobrança direta da vítima, como se de verdadeira estipulação em favor de terceiro se tratasse: STJ, REsp ns. 228.840/RS, 257.880/RJ, 294.057/DF, 444.716/BA, 713.115/MG e *Lex-STJ 149/196*. Permitindo, ainda, a denúncia da lide: TJRJ, AI n. 2007.002.07395, 1ª Câ., rel. Des. Valéria Maron, j. 25.09.2007. Mas exigindo a presença do segurado no polo passivo: STJ, REsp n. 256.424/SE, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005.

Restringindo a interpretação do § 2º e exigindo prova de fraude ou má-fé do segurado: TJRS, Ap. cível n. 70.013.063.953, 5ª Câ., rel. Des. Umberto Sudbrack, j. 21.06.2006.

Entendendo que o preposto do segurado não se pode considerar terceiro, para efeito do dispositivo: TJSP, Ap. cível n. 1.072.461.006, 25ª Câ., rel. Des. Antônio Benedito, j. 27.01.2009.

Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.

Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.

CC/1916: sem correspondente.

De índole essencialmente social, mas de modo particular, já que todo ajuste securitário possui uma função previdenciária, a rigor de cunho social, porquanto de garantia de indenidade das pessoas, o seguro obrigatório encerra, em última análise, uma estipulação em favor de vítimas potenciais e indeterminadas, ressarcidas diante de sinistros em que se converteram riscos previstos em lei. Assim é que, já no Decreto-lei n. 73/66, previram-se inúmeras hipóteses em que a contratação do seguro se faz obrigatória, para garantia de terceiros incertos expostos ao risco criado - por exemplo, por quem opera aeronaves comerciais, possui veículos automotores de vias terrestre, fluvial, lacustre e marítima, constrói imóveis em zonas urbanas, dentre outras hipóteses, todas consagradas no art. 20. De todos eles, é bastante comum e cotidiano o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT), regulamentado pelas Leis ns. 6.194/74 e 8.441/92, que já

estabeleciam, antes do novo Código, pagamento da indenização, em valor previamente fixado, equivalente a quarenta salários-mínimos, para o caso de morte, diretamente ao prejudicado. O que, mais recentemente, se reforçou com a Lei n. 11.482/2007, malgrado uma legislação fiscal, mas que em seu art. 8º estabeleceu valores certos para a mesma indenização. É mesmo o que se extrai da própria essência dessa forma de seguro, legalmente obrigatório. Quer-se, com ele, uma cobertura objetiva e genérica a pessoas expostas a risco de dano nos casos que a lei elenca. Por isso, o prejudicado, quando se trata de seguros obrigatórios, pode mover diretamente a ação contra o segurador, sem que a este seja dado, para eximir-se do pagamento, tal qual o expressa o atual Código, alegar falta de pagamento do prêmio pelo segurado. Nada diverso, repita-se, do que, nos acidentes de automóveis, já previa o art. 7º da Lei n. 6.194/74, com redação dada pela Lei n. 8.441/92, inclusive com a possibilidade de indenização cobrada de qualquer seguradora integrante do consórcio de empresas que operam o seguro obrigatório, por vítima de acidente em que envolvido veículo não identificado, com seguro não realizado ou vencido.

É nesses termos que deve ser compreendida a parte final do artigo em pauta, não se admitindo que possa a seguradora, de forma alguma, deduzir, em sua defesa, a exceção do contrato não cumprido pelo segurado, mesmo havida a citação deste (ver Súmula n. 257 do STJ). Na verdade, o que se permite é a denúncia da lide pela seguradora, a fim de reaver, em regresso, a indenização que tiver pago. Tal a redação que se tenciona explicitar com o Projeto de Lei n. 276/2007, já de alteração do Código Civil.

Jurisprudência: Súmula n. 405, STJ: A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos.

Súmula n. 257, STJ: A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização.

Súmula n. 246, STJ: O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.

Dispensando, para pleito de recebimento de seguro obrigatório, a apresentação de documento relativo ao bem sinistrado ou ao seguro: *RT* 810/248 e 813/280. Confirmando a constitucionalidade da fixação legal da indenização em número de salários-mínimos: *RT* 795/303. Possibilidade de demandar diferença do seguro obrigatório, pago a menor, porquanto de importe legalmente estabelecido: *RT* 805/254. Aplicando a disposição do art. 762 também ao seguro obrigatório: TJSP, Ap. cível n. 1.203.329.003, 36ª Câ., rel. Des. Romeu Ricupero, j. 19.08.2009. Do mesmo modo o art. 794: TJSP, Al n. 1.268.987.001, 35ª Câ., rel. Des. Manoel Justino, j. 18.05.2009.

Seção III

Do Seguro de Pessoa

Art. 789. Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.

A partir deste artigo, o Código Civil de 2002 se dedica ao regramento do seguro de pessoa, tratado separadamente do seguro de dano, dada a diversidade de características de um e outro. Com efeito, data de longe a discussão sobre se ao seguro de pessoa seria aplicável o princípio indenitário, muitos recusando se possa mesmo falar em indenização, no caso de ocorrência de sinistro (ver, para histórico da doutrina a respeito, ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 447-53). Tudo porque, a rigor, são inestimáveis a vida e a integridade pessoal do indivíduo, acerca do que se contrata o seguro. Quando muito, cogitar-se-ia não da reparação de um dano havido, na extensão desse prejuízo experimentado, mas da recomposição da perda de uma vantagem que a cessação (ver comentário ao art. 794 sobre os casos de morte, real ou presumida) ou deterioração da vida humana representa (cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 202). De qualquer forma, mesmo aceitando que, no seguro de pessoa, a contratação se volte à garantia do indivíduo contra os riscos a sua existência ou integridade, portanto ainda um dano, decerto que o valor a ser pago diante da ocorrência do sinistro se fixa *a forfait*, ou seja, aprioristicamente, conforme entabulado pelas partes. Não há, este o dado relevante, a limitação ao valor do interesse segurado, porquanto inestimável, justamente pelo que se pode contratar mais de um seguro, com o mesmo ou com diferente segurador. Daí, para muitos, não se falar, no seguro de pessoa, em princípio indenitário.

Certo é que, de todo modo, o importe segurado não encontra restrição outra que não na estimação das próprias partes contratantes. Fixa-se livremente um capital, uma soma, a que corresponde o pagamento do prêmio e que será entregue tão logo comprovada a ocorrência do sinistro. Ou seja, inexiste, como no seguro de dano, qualquer necessidade de avaliação da extensão do prejuízo a ser indenizado. Paga-se o valor arbitrado pelas partes. É, enfim, o que o Código anterior já estabelecia, malgrado referindo, no art. 1.441, apenas o seguro de vida, mas que o artigo em pauta estende a qualquer seguro de pessoa, de vida ou de acidentes, tão somente ressalvando-se, no art. 802, o seguro para garantia de reembolso de despesas médico-hospitalares (seguro-saúde regrado por lei própria, como se verá adiante, nos comentários ao dispositivo citado) e o seguro para garantia das despesas com luto e funeral do segurado.

Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado.

Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.

CC/1916: art. 1.472.

Já desde o Código Civil de 1916 era possível em tabular contrato de seguro sobre a vida de outrem, portanto que não a do próprio proponente. Ou seja, já se permitia fosse o seguro contratado sobre a própria vida ou sobre a vida de terceiro, apenas que, nessa última hipótese, sob pena de não valer o seguro, o proponente era obrigado a declarar seu interesse pela vida que se garantia, com a entabulação. Esse é o mesmo princípio insculpido no artigo em pauta. Sua redação foi modificada, mas não seu conteúdo. A ideia é a de viabilizar o seguro que compreenda a vida de terceiro, desde que demonstrado que quem realiza o contrato tem interesse na preservação da existência, da sobrevivência daquele cuja vida se segura. Quer dizer, é preciso ficar demonstrado que o proponente não quer ou torce pela morte do segurado. Caso contrário, estaria aberto caminho para contratações ilícitas, em que se apostasse no falecimento de outrem, a fim de que sobreviesse o pagamento de verba securitária assim especulativa.

Em diversos termos, o contratante deve justificar seu móvel à contratação, declarando concretamente por qual razão interessa-lhe, ao revés, a sobrevivência do terceiro. É o caso de fazer seguro o dependente econômico sobre a vida daquele de quem dependa, do credor a respeito da vida do devedor ou do sócio sobre a vida de outro sócio, nos exemplos de Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XIX, p. 397). Não se exigiu, como em outras legislações, que o terceiro consentisse na contratação, como também, ao que se entende, não se dispensou a declaração aqui examinada acaso havido aquele consentimento. A finalidade da norma, afinal, é evitar seguros ilícitos, com risco à vida do terceiro, advindo do interesse do beneficiário na ocorrência do sinistro.

Como está no parágrafo único, presume-se haver interesse na preservação da vida do terceiro quando este for cônjuge, ascendente ou descendente de quem contrata o seguro, pretendendo-se a esse rol, com ampla razão, incluir o companheiro (Projeto de Lei n. 276/2007, já de alteração do Código Civil), o que deve prevalecer desde que, nesses casos, a relação afetiva existente leve à admissão, *a priori*, de que existente interesse na sobrevivência do terceiro cuja vida se garante. Mas, ressalva o atual Código, essa presunção é relativa, permitindo-se, portanto, prova em contrário. Em relação ao rol que também estava no parágrafo único do art. 1.472 do Código de 1916, não mais nele se inclui o irmão de quem contrata o seguro, destarte exigindo-se a mesma justificação do *caput* do dispositivo.

Art. 791. Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade.

Parágrafo único. O segurador, que não for cientificado oportunamente da substituição, desobrigar-se-á pagando o capital segurado ao antigo beneficiário.

CC/1916: art. 1.473 (parcial).

O seguro de pessoa pode ser instituído em favor de terceiro, como ocorre, então necessariamente, com o seguro de vida. O favorecido por essa contratação é aquele a quem se chama de beneficiário. Trata-se de alguém de livre escolha do segurado, não se repetindo, de forma explícita, a regra do art. 1.474 do antigo Código, que proibía a instituição em favor de quem não pudesse dele receber por doação, como, por exemplo, o concubino do segurado casado, mas porque a matéria está implícita na disposição do art. 793, adiante examinado.

O beneficiário é identificado, pelo segurado, logo no instante da contratação, ou em momento posterior. Por isso mesmo, pode, em regra, ser livremente substituído, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. É, a rigor, mera explicitação, para o seguro, do princípio geral contido no art. 438 do novo Código. Veja-se, a propósito, que ao beneficiário não há mais que uma expectativa de direito, enquanto não se dá o sinistro, causa do pagamento do capital segurado. Assim, nada impede sua substituição. Solucionando divergência que, sob a égide do Código Civil de 1916, a respeito se erigia, considerou o novo Código ser passível de renúncia essa prerrogativa, afeta ao segurado, de substituir o beneficiário. Da mesma forma, excepcionalmente poderá ser vedada a substituição do beneficiário quando a instituição em seu favor se tiver consumado para garantir alguma obrigação. Pense-se, por exemplo, no devedor que contrata seguro sobre sua vida, beneficiando seu credor, expressando ter sido esse o motivo da contratação. Não haverá nessa hipótese liberalidade pura que possa implicar a livre substituição do beneficiário, ao menos enquanto persistir a dívida. No entanto, com exceção desses casos, constitui direito potestativo do segurado o de substituir o beneficiário. Deve, porém, disso dar aviso ao segurador, sob pena de ele se desobrigar pagando ao anterior beneficiário. Típico caso de pagamento a credor aparente, situação de justificada putatividade que se atribui a conduta do segurado.

Jurisprudência: Assentando a inexistência de forma especial para a comunicação, à seguradora, da substituição do beneficiário: Turmas Recursais - RS, Rec. n. 71.000.722.744,3ª T., rel. Juiz Eugênio Facchini, j. 01.11.2005. Validando a indicação da anterior companheira, mesmo cessada a união estável e mantida uma nova, à míngua de qualquer sinal da vontade de substituição: TJSP, Ap. cível n. 1.094.840.002, 28ª Câm., rel. Des. César Lacerda, j. 28.07.2009.

Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência.

CC/1916: art. 1.473 (parcial).

Como se viu nos comentários ao artigo anterior, a escolha do beneficiário, pelo segurado, é livre, com a ressalva contida no artigo seguinte. Pode essa escolha se dar logo no instante da entabulação ou em momento posterior, inclusive por substituição, também como está no dispositivo antecedente. Cuida-se aqui, porém, da hipótese de faltar, por qualquer motivo, o beneficiário de seguro de vida, portanto quando já também falta o segurado, impondo-se à lei deliberar sobre o destino da importância a ser por isso paga. E, nessa senda, diferentemente do Código de 1916, determina a nova lei que então metade do capital segurado seja entregue ao cônjuge não judicialmente separado do segurado e a outra metade a seus herdeiros, conforme a ordem legal de vocação hereditária (art. 1.829 do CC/2002). A inovação, em relação ao Código revogado, está no acréscimo do cônjuge como destinatário de metade da verba do seguro, independentemente do regime de bens do casamento. Exige-se, todavia, que esse casamento, ao tempo da morte, ainda persista, portanto afastando-se a previsão se houver dissolução da sociedade conjugal por separação judicial.

Omite-se, contudo, o artigo em pauta sobre a situação do separado de fato. Veja-se que tal não se deu nem mesmo quando se tratou da situação hereditária do cônjuge, cuja vocação sucessória se condicionou à não ocorrência, ao instante da morte, inclusive de separação de fato, há mais de dois anos, a não ser que sem culpa do sobrevivente. Da mesma forma, no art. 1.642, V, do atual Código, quando se regrou a reivindicação de bem comum doado por cônjuge casado a seu concubino, ressaltou-se a separação de fato já existente, porém há mais de cinco anos. Pois também na hipótese do dispositivo em discussão, ao que se entende, deve-se ressaltar a separação de fato. Observe-se que a instituição, por lei, de beneficiários subsidiários, atende a um imperativo de solidariedade familiar. É por isso que, além dos herdeiros, hoje o cônjuge é elencado como tal. Mas, se havida, comprovadamente, separação de fato, rompido está o laço de afetividade que constitui, atualmente, o conteúdo material do casamento. Não por outro motivo é que se permitiu, depois de dois anos dessa separação, o divórcio direto. Não se vê sentido, destarte, em destinar metade do capital segurado a quem, no instante da morte, já estava separado de fato do segurado, mesmo que então já lhe fosse dado estabelecer, como beneficiário, eventual companheiro (art. 793).

Aliás, outra omissão do preceito, que não há, por exemplo, na lei previdenciária (Lei n. 8.213/91) e na lei fiscal (Lei n. 9.250/95), está justamente na indicação do companheiro como beneficiário subsidiário, da mesma forma que como tal se institui o cônjuge, do ponto de vista material, havendo igual família no casamento e na união estável (art. 226 da CF). E não o justifica a diferença que está na informalidade da união estável, que, afinal, pode ser provada, embora não da mesma maneira apriorística do casamento, porquanto com a apresenta-

ção da certidão do respectivo assento. Contudo, note-se que a lei também inclui o companheiro, malgrado em diferentes condições - o que é objeto de proposta de alteração (ver Projeto de Lei n. 276/2007) - no rol dos sucessores do morto. Por isso, e mesmo que possa haver sua instituição por ato de vontade do segurado (art. 793), entende-se, por interpretação extensiva, dever-se considerar o companheiro, provada a união estável, com todos seus elementos de configuração, ao momento da morte, beneficiário subsidiário do segurado morto, portanto nas mesmas condições do cônjuge não separado.

A outra metade do capital segurado, como explicita a lei, vai aos herdeiros do segurado falecido, na ordem da respectiva vocação hereditária. Não havendo cônjuge, companheiro nem herdeiros, em geral, receberá o capital segurado quem comprovar que dependia do segurado e que, assim, com sua morte, ficou privado dos meios necessários à subsistência. Considera-se não se deva dar a essa previsão, também nova, contida no parágrafo do artigo em pauta, interpretação restritiva, exigindo, por exemplo, que o beneficiário seja parente do segurado, bastando que comprove dele depender para sua subsistência. Pense-se no caso de alguém cujas necessidades o segurado voluntariamente provia, mesmo sem dever legal. De seu turno, José Augusto Delgado (*Comentários ao novo Código Civil*, coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, 1.1, p. 741) exemplifica com os menores não parentes, os incapacitados, os serviços de idade avançada, enfermeiros e assim por diante - sempre, porém, provado que o sinistro lhes tenha retirado os meios de subsistência.

Jurisprudência: Afastando a indenização a cônjuge já separado de fato do segurado: *RT* 807/348. Reconhecendo, na ausência de indicação de beneficiário, direito da companheira de recebimento do seguro, juntamente com os filhos do segurado: *fiT* 771/272 e *JTJ-Lex* 261/261. Garantindo a indenização ao ascendente, na falta de cônjuge e descendente: *TJRS*, Ap. cível n. 70.007.633.746, 5ª Câmb., rel. Des. Ana Maria Scalzilli, j. 07.10.2004.

Art. 793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.

CC/1916: sem correspondente.

No Código Civil de 1916, dispunha-se, no art. 1.474, ser vedada a instituição de beneficiário que estivesse inibido de receber, por doação, do segurado. Era o caso, muito especialmente, da doação feita pelo cônjuge casado a seu concubino, regra que se continha no art. 1.177 do Código anterior e que se repete no art. 550 do atual. No artigo em pauta, a rigor, implicitamente contempla-se a mesma proibição, mas com a ressalva que em seu texto se expressa. Na verdade, até, o artigo diz mais do que precisava, pois o atual Código foi claro ao diferenciar, nos arts. 1.723 e 1.727, o companheiro do concubino. Para a nova lei, o companheiro mantém união estável, o antigo concubinato puro, destarte envolvente de pessoas sem impedimento para se casar, incluindo, no entanto, o separado de fato (art. 1.723, § 1º, do CC/2002), que, certamente, com o divórcio direto, poderá vir a se casar, de resto já com a separação de fato rompendo-se o laço fundamental do casamento, a relação de afetividade que é seu conteúdo material. Quer-se dizer, então, que, se se trata de companheiro, necessariamente será pessoa solteira, divorciada, separada judicialmente ou mesmo de fato. E o companheiro não só não está inibido de receber doação, como, mais, pode ser instituído beneficiário do seguro de vida do segurado com quem mantém união estável.

Já se o segurado, ao tempo da instituição, era casado, não separado judicialmente nem de fato, para preservar tal relação, proíbe-se a instituição como beneficiário do seguro de quem então será considerado seu concubino (art. 1.727). Ressalva-se, contudo, a posição externada

na obra de Caio Mário da Silva Pereira, atualizada por Régis Fichtner (*Instituições de direito civil* 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. 111, p. 465), de que, a rigor, a verificação sobre a situação civil do segurado deve ser contemporânea não ao contrato, mas ao instante da morte; assim, se no momento do falecimento o beneficiário se encontrava separado de fato ou judicialmente, terá sido como que convalidada a instituição. Se esta não é a ilação literal da redação do dispositivo, parece razoável ao menos que, a exemplo do que consta do art. 550 do atual Código e como já se defendia à luz do art. 1.474 do anterior (v. g., CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XIX, p. 407), se restrinja ao cônjuge, ou a seus herdeiros necessários, a legitimidade exclusiva para questionar o seguro feito ao concubino, à simetria, veja-se, com aquela regra do art. 550.

Jurisprudência: Reconhecendo direito à metade do seguro instituído em favor da concubina, mesmo então casado o segurado, porque com ela mantida relação duradoura de que havidos filhos, deferindo-se a outra metade à esposa: *RT792/2*)A.

Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

CC/1916: art. 1.475 (parcial).

Explicitando o conteúdo do art. 1.475 do Código Civil de 1916, que, como aponta Clóvis Bevilacqua (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 237-8), havia sido já objeto de polêmica na tramitação do projeto, acentua o atual Código que, nos seguros de pessoa em que o sinistro seja o evento morte, real ou presumida - discutindo-se, nesse caso, se só aquela do art. 7º ou também a ausência (pela orientação positiva, veja MARTINS, João Marcos Brito. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 145) -, referindo, portanto, dentre as diversas hipóteses de cobertura pessoal (invalidez, educacional, por sobrevivência), o seguro de vida e de acidentes pessoais, no caso de falecimento do segurado, o capital estipulado não se considera herança, para todos os efeitos. Isso porque, nessas hipóteses, ocorrido o sinistro, o capital segurado pertence a um beneficiário que é necessariamente um terceiro. Ou seja, segurado e beneficiário, nesses casos, obviamente não podem ser uma só pessoa. E, sendo assim, tratando-se de valor pertencente ao beneficiário, não se sujeita às dívidas do segurado nem se considera herança, pois, se instituído, pelo contrato, em favor de um herdeiro necessário, por exemplo, não está submetido à colação. Não por diverso motivo já previa o art. 649, VI, do Código de Processo Civil, ser impenhorável o seguro de vida. Apenas há a se ressaltar o entendimento, que já se esposava antes do atual Código, de que pelos prêmios atrasados responde o capital segurado, mesmo no seguro de vida, uma vez que, afinal, é a fonte de seu custeio ou da composição do fundo que o suporta (ver comentário ao art. 757).

Jurisprudência: Aplicando o dispositivo também ao seguro obrigatório: TJSP, Ap. cível n. 1.268.987.001, 35ª Câm., rel. Des. Manoel Justino, j. 18.05.2009.

Art. 795. É nula, no seguro de pessoa, qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado.

CC/1916: sem correspondente.

Em primeiro lugar, é preciso não olvidar que, no seguro de pessoa, por qualquer de suas modalidades, sobressalta uma especial função previdenciária, mais que ou mesmo sem um caráter indenitário, como no seguro de dano (ver comentário ao art. 789). A particularidade dessa finalidade do seguro de pessoa determina a regra vedatória de qualquer transação que tenha por objeto diminuir o valor do seguro a ser pago. Lembre-se que no seguro de pessoa a fixação do valor segurado se faz de forma apriorística, por estimativa das partes, com base na qual, frise-se, se calcula o prêmio a ser pago. Não se cuida, pois, de estabelecer apenas um teto máximo para indenização do efetivo prejuízo experimentado, como no seguro de dano. Por isso é que a nova lei reputa não se compadecer com a sistemática do seguro de pessoa a transação que reduza o importe do capital segurado a ser pago. Muito menos haveria de se cogitar dessa transação, com o beneficiário, nos seguros de pessoa em que o sinistro é o evento morte, quando o contratante, que é o segurado, responsável pelo pagamento dos prêmios fixados, já não mais sobrevive.

De qualquer maneira, porém, descaberá, em qualquer das formas de seguro de pessoa, dada sua própria natureza e finalidade, a transação que induza o pagamento de capital segurado menor que o contratado. Fulmina a lei tal ajuste com a sanção da nulidade, quando melhor, na observação de Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 385), será reputá-lo ineficaz, de resto como já se inferia da jurisprudência, levando em conta que o importe pago a menor não extingue a obrigação, cabendo sempre a cobrança da diferença em relação à quantia total do capital segurado.

Art. 796.0 prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago.

CC/1916: art. 1.471 (parcial).

Mesmo sem a explicitação contida no art. 1.471 do Código Civil de 1916, continua a se admitir que o seguro de pessoa sobre a vida do segurado compreenda, basicamente, duas hipóteses: os seguros em caso de morte e os seguros em caso de sobrevida. No primeiro caso, obriga-se o segurador a pagar um capital ou uma renda, ou ambos, ao beneficiário, por ocasião do evento morte do segurado; no segundo, ao segurado, se sua vida ultrapassar um termo fixado no contrato.

O Código de 2002, no artigo em pauta, mencionou apenas o seguro de vida, propriamente, deixando de aludir ao chamado seguro de sobrevivência, como o fazia o antigo Código, na parte final do art. 1.471. Entretanto, isso não significa excluir a possibilidade, ainda, de sua contratação, nunca vedada pelo novo Código, não olvidando que a matéria é de autonomia privada (v. g., SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, 11. ed., atualizada por Regis Fichtner, Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. III, p. 464). O que faz o atual Código, no *caput* do artigo em discussão, é estabelecer a possibilidade de, nos seguros de vida, se convencionar o pagamento do prêmio por certo prazo ou pela vida do segurado, sem a adstrição à anualidade, como constava do art. 1.471 do Código de 1916. O parágrafo único do mesmo artigo determina como que uma potestativa prerrogativa de desistência para o segurado, quando o seguro de vida seja contratado de forma individual.

A propósito é bom lembrar que os seguros de vida podem ser em grupo, ou seja, em que um estipulante age como mandatário dos segurados, instituindo cobertura do evento morte para pagamento do capital ou renda a um beneficiário indicado; em regra, é contratado de

forma temporária, com renovações ao cabo de períodos previamente ajustados. Já os seguros individualmente contratados, ao revés, em geral voltam-se a períodos de longa duração, mesmo para os casos de sobrevivência, tanto mais para os casos de morte, como observa João Marcos Brito Martins (*O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 143), a seu ver prevendo-se, então, verdadeira possibilidade de desistência do segurado quando se subtrai do segurador, em caso de não pagamento do prêmio, a ação de cobrança, deferindo-lhe a lei, tão somente, e conforme o estipulado, ação de resolução do ajuste, com devolução da provisão de capital já formado, e abatidas as perdas causadas ao fundo constituído (ver, a respeito, comentário ao artigo seguinte), ou redução do capital garantido, proporcionalmente ao prêmio pago.

Jurisprudência: Assentando a vitaliciedade do ajuste: TJSP, Ap. com revisão n.

1.093.457-0/4, 28ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Silvio Rocha Gouvea, j. 19.02.2008.

Negando a aplicação do parágrafo único aos seguros coletivos: TJSP, Ap. cível n.

1.135.425.000, 33ª Câ., rel. Des. Sá Moreira, j. 02.02.2009.

Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro.

Parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada.

CC/1916: art. 1.476 (parcial).

O dispositivo, diga-se em primeiro lugar, refere, dentre as hipóteses de seguro sobre a vida do indivíduo (veja comentários ao art. 794 e ao artigo anterior), aquele em que se cobre o evento morte, real ou presumida, na forma do art. 7º do Código Civil de 2002 (quanto à ausência, veja referência no art. 794). Nesse caso, estabelece a possibilidade de instituição de um prazo de carência, ou seja, interregno dentro do qual, persistente a obrigação de pagamento do prêmio, e mesmo havido o sinistro, não haverá pagamento do capital segurado. É certo que tal contingência depende, fundamentalmente, de ajuste das partes. A lei não impõe, obrigatoriamente, prazo de carência, nem esse prazo pode ser fixado de maneira excessiva, de modo a, configurando abuso, desnaturar a garantia que se quer contratar com o seguro. Pense-se, por exemplo, na hipótese de entabulação por pessoa já idosa e fixação de longo prazo de carência, então quase a afastar, de antemão, a cobertura de sinistro que se venha a dar. Trata-se, porém, de questão casuística, a ser apreciada pelo juiz na hipótese concreta.

Fato é, todavia, que, havido o sinistro no prazo da carência, e embora desobrigado o segurador de pagar o capital estipulado, deverá reembolsar ao segurado o montante da reserva técnica já formada. Essa reserva ou provisão técnica, também mencionada no parágrafo único do artigo anterior, vem prevista nos arts. 28 e 84 do Decreto-lei n. 73/66, definindo-se, nos seguros de vida individuais, e não nos de grupo, conforme a lição de João Marcos Brito Martins (*O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 143-4), como uma parcela do prêmio, um plus que, fora do cálculo do risco em si, se destina a constituir um depósito garantidor não só do cumprimento das obrigações da seguradora, mas, antes, uma provisão que permite nivelar o prêmio a ser pago, sem permanente e constante alteração de seu valor, correspondente ao aumento de idade do segurado, ampliando-se, assim, o risco de sinistro. Quer dizer, seria uma forma de viabilizar o plano com prêmios nivelados, equilibrados, com reajustes episódicos, sem sucessivos aumentos diante do crescimento da idade do segurado. A questão, porém, é a devida informação ao segurado sobre esse montante, sem o que a devolução deverá se fazer pelo cálculo dos prêmios pagos, abatido quanto se provar despendido à gestão do fundo que o seguro encerra.

Jurisprudência: Sobre a significação da chamada reserva técnica: *RT796/288*. Validando cláusula de carência de um ano: TJSP, Ap. cível n. 992.090.835.149, 33ª Câmara, rel. Des. Mario Silveira, j. 05.10.2009; e Ap. cível n. 1.064.221.002, 33ª Câmara, rel. Des. Eros Piceli, j. 13.07.2009.

Art. 798.0 beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.

CC/1916: sem correspondente.

Este dispositivo procura enfrentar problema que havia muito já se colocava em matéria de seguro envolvendo a cobertura do evento morte, mas provocada pelo próprio segurado, ou seja, suicídio. A questão toda sempre esteve em que, a rigor, dando-se o sinistro por ato do segurado, quebrava-se a equação básica do ajuste, porquanto excluída a aleatoriedade do evento coberto ou a estraneidade do fato à vontade do segurado, assim desequilibrando-se o cálculo do risco coberto que levou à fixação do prêmio pago, tudo conforme já examinado nos comentários ao art. 768.

A esse respeito desenvolveu-se, então, na jurisprudência, e na esteira da previsão do parágrafo único do art. 1.440 do Código Civil de 1916, relevante distinção sobre a conduta do suicídio. Dizia-se coberto o evento quando não premeditado, ou seja, quando cometido sob estado de privação do pleno discernimento, juízo, compreensão do ato praticado, o chamado suicídio involuntário. Já, ao revés, planejado o ato, praticado de forma consciente, refletida, falava-se em suicídio voluntário e, nesse caso, em ausência de cobertura securitária. Seguindo e assentando essa diferenciação, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 105, dispondo que, “salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado, no período contratual de carência, não exime o segurador do pagamento do seguro”. Da mesma forma, no Superior Tribunal de Justiça fixou-se orientação sumulada dispondo que “o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado” (Súmula n. 61). É evidente que persistia sempre grande dificuldade de prova, de demonstração sobre as condições em que praticado o ato de suicídio, sem contar a discussão sobre a quem caberia o ônus de demonstrar a existência ou não dessa premeditação, se ao beneficiário ou à seguradora.

Foi diante desse quadro que sobreveio a regra do artigo em pauta, estabelecendo, a exemplo do que faz o art. 1.927 do Código Civil italiano, um prazo objetivo, dentro do qual, em princípio, se ocorrido o suicídio, não haverá a cobertura, devolvendo-se aos herdeiros a reserva técnica, nos mesmos moldes do parágrafo único do art. 797. Após esse prazo, no entanto, qualquer suicídio será coberto, em qualquer hipótese. Tal prazo é fixado, novamente em consonância com o Direito italiano, em dois anos, contados da celebração do contrato ou de sua recondução depois de suspenso, ou seja, de sua retomada após purgação de prêmios em atraso, causa de suspensão do ajuste. Tudo isso o Código Civil de 2002 dispõe, *a priori*, sem identificar qualquer distinção acerca das condições em que cometido o suicídio, portanto se voluntária ou involuntariamente. Tem-se entendido que a regra pretendeu justamente superar essa diferenciação, a bem da segurança jurídica, prevendo um critério objetivo e tarifado mediante o qual o suicídio, voluntário ou involuntário, se cobre sempre depois do prazo legalmente estipulado (veja DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil* coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, t. I, p. 815; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 399).

Poder-se-ia objetar que a solução peca, uma vez que, afinal, o suicídio involuntário acaba equivalendo a um fortuito, bem ao sabor do pressuposto básico do risco que se quer garantir com o seguro (ver ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 236). Daí dizer-se que, mesmo durante o prazo de dois anos, suicídio involuntário não excluiria a obrigação de pagar o capital segurado. A diferença, então, estaria em que, depois dos dois anos, qualquer suicídio se cobriria, voluntário ou involuntário. É essa a posição, por exemplo, de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (“O seguro de pessoa no novo Código Civil”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 826, agoslo de 2004, p. 11-37). Vale lembrar, porém, que, mesmo para casos de eventos cobertos em seguros de vida individuais, previu-se a possibilidade de as próprias partes fixarem carência, dentro da qual o sinistro não se cobre (art. 797). Assim, no caso em discussão, ter-se-ia nada mais que uma carência legal, todavia com contrapartida na cobertura indistinta após seu transcurso, destarte abarcando mesmo o suicídio voluntário, além do involuntário, de forma objetiva, aprioristicamente deliberada pelo legislador, e sem que, mais, seja dado às partes pactuar outra hipótese de exclusão de cobertura, como se expressa no parágrafo único do dispositivo vertente. Ou seja, haveria uma espécie de carência legal, mas ponderada ante a cobertura indistinta depois do prazo de dois anos, sem qualquer cláusula excludente. É esse o papel de fator de equilíbrio que, segundo se entende, a estipulação de tal prazo procura desempenhar.

Jurisprudência: Assentando haver presunção de premeditação do suicídio cometido nos dois primeiros anos do ajuste: TJSP, Ap. cível n. 1.096.405-0/3, 26ª Câ., rel. Des. Vianna Cotrim, j. 04.06.2007. Exigindo prova da premeditação, ocorrido o suicídio no mesmo prazo: TJRS, Ap. cível n. 70.019.734.607, 5ª Câ., rel. Des. Umberto Sudbrack, j. 18.07.2007. Do mesmo modo: TJSP, Ap. cível n. 992.090.814.966, 36ª Câ., rel. Des. Dyrceu Cintra, j. 22.10.2009.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça: "Esta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que o suicídio não premeditado encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal, sendo nula, porque abusiva, cláusula excludente da responsabilidade da seguradora, à qual cabe, ademais, o ônus de provar eventual premeditação". (Ag. Reg. no AI n. 647.568/SC, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 23.05.2006)

Art. 799. O segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem.

CC/1916: sem correspondente.

Tal como já se examinou nos comentários aos artigos precedentes, os seguros de pessoa cobrem, essencialmente, eventos aleatórios que provoquem morte ou incapacidade da pessoa natural. Por isso mesmo, no seguro de vida, havendo suicídio, sempre se diferenciou, como comentado no artigo anterior, a hipótese de premeditação de outras em que o cometimento do ato era considerado involuntário, equiparado mesmo ao acaso, porquanto despido o segurado do devido discernimento ao praticá-lo. Vale dizer que, nos seguros de pessoa por morte ou acidente, o risco garantido está, fundamentalmente, nas condições individuais do segurado - sua idade, estado de saúde, perfil de atividade normal. O que, portanto, quer exprimir o Código Civil de 2002, no artigo em pauta, é que contingências de transporte, serviço militar, esporte ou atos de auxílio ou salvamento de que decorra a morte ou incapacidade da pessoa

inserem-se, já, no risco normal do contrato, motivo pelo qual não podem encerrar causa de exclusão da cobertura. São, de toda forma, eventos aleatórios, contingenciais na vida da pessoa, que não servem a impedir o pagamento, havido o sinistro, do capital segurado.

Aliás, muito antes da novel codificação, já alertava Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1964, t. XLVI, § 4.960, n. 6, p. 17) que, nos casos do seguro em exame, o serviço militar, o esporte, a mudança da pessoa consubstanciavam circunstâncias que entravam normalmente no risco garantido e que, na técnica da contratação, já tinham sua eventual ocorrência prevista pelo segurador. Ou seja, a seu ver, o elemento diferencial do risco não eram as circunstâncias aludidas, mas sim as condições pessoais do segurado - idade, saúde, tipo de atividade normal. Da mesma forma, Pedro Alvim (*O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 263-4) já lembrava, apoiado na lição de Vivante, que, nos seguros de pessoa, a regra de equivalência das prestações não pode coarctar as exigências de vida do segurado, ao normal desenvolvimento da vida do indivíduo, somente se podendo cogitar, antes que de agravamento, de causas excludentes, concernentes a atos dolosos do segurado, por vezes constitutivos de ilícito penal, que sejam causas de sua morte, como quando se morre na tentativa de escalar casa alheia, malgrado se cubram eventos posteriores daí decorrentes, como a morte no cárcere por isso imposto (*O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 263-4). Ressalva porém, João Marcos Brito Martins, quanto ao artigo em questão, que a pretensão é de vedar exclusão de eventos resultantes das hipóteses explicitadas no texto, desde que se coloquem dentro da perspectiva do que seja razoável esperar, como quando o segurado se veja na contingência de usar transporte mais arriscado, ou quando morra ou fique incapacitado em virtude do exercício de esporte normal, mas não de práticas excepcionalmente perigosas, além mesmo da concepção de esporte, de risco incomum, que se pretenda qualificar como esportiva, tal qual, no seu exemplo, saltos de penhascos ou atos semelhantes (*O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 154). Na verdade, entende-se aqui de rigor não olvidar que a regra contém preceito que tenciona preservar a amplitude da cobertura do seguro pessoal, ante o bem da vida que lhe é subjacente, pelo que qualquer exclusão deve ser vista com extrema cautela e olhar sempre restritivo. Assim, no exemplo da atividade arriscada, que não se queira esportiva, é bem de ver que, hoje, esportes até há pouco vistos como próprios de aventureiros, fora portanto de qualquer risco razoável, são já mais corriqueiros, praticados não mais por um grupo raro de pessoas com gosto por expor sua vida a perigo demasiado. Pense-se nos esportes de montanha, nas escaladas, nos enduros, nas ultramaratonas e assim por diante.

Jurisprudência: Mantendo a cobertura em caso de sinistro havido quando policial militar se envolvia em diligência perigosa, para prisão de criminosos, mesmo fora do horário de serviço: *RT818/249*. Restringindo a aplicação do preceito ao seguro de pessoas: TJSP, Ap. cível n. 903.123-0/9, 34ª Câm., rel. Des. Nestor Duarte, j. 09.05.2007.

Art. 800. Nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro.

CC/1916: sem correspondente.

A disposição do presente artigo significa uma exceção à regra da sub-rogação que está no preceito do art. 786, não só porque, como muito se sustenta, no seguro de pessoa, de que aqui se trata, cobre-se evento atinente à vida ou faculdades pessoais do segurado, que, falecido, nada transfere, como nada transfere o beneficiário, afinal quanto a direito que não é seu, mas sobretudo porque a quantia que pelo sinistro se paga não representa qualquer reposição do patrimônio

desfalcado, assim calculável, e sim a entrega de soma aleatória, estimada pelas partes contratantes, incompatível, destarte, com a ideia de sub-rogação (veja MARTINS, João Marcos Brito. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 155-6). É de lembrar, a propósito, que a sub-rogação se dá pelo pagamento que o segurador faz de dívida do terceiro causador do sinistro, no seguro de dano, mensurado exatamente por quanto seja o importe desse prejuízo causado. Pois no seguro de pessoa não há, justamente, um valor de prejuízo que o segurador paga, no lugar do causador do evento, assim sub-rogando-se no direito do prejudicado de lhe cobrar a mesma importância. O que o segurado, ou o beneficiário, recebe não é o valor de um prejuízo provocado, mas uma soma aprioristicamente fixada, arbitrada, *aforfait*, no contrato. Daí a inexistência, no contrato de seguro de pessoa, do direito à sub-rogação do segurador, porquanto incompatível com um valor de seguro estipulado pelo próprio segurador e pelo segurado.

Art. 801. O seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule.

§ 1º O estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais.

§ 2º A modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo.

CC/1916: art. 1.466 (parcial).

Este dispositivo cuida do chamado seguro de pessoas em grupo, que se define pela contratação, junto ao segurador, encetada por um estipulante, em benefício de um grupo de indivíduos de alguma forma a ele vinculados. De pronto estabelece o preceito que o estipulante pode ser não só a pessoa jurídica, como também a pessoa natural, desde que de qualquer maneira ligada ao grupo de pessoas a quem o ajuste beneficia. Tal vinculação, acrescentando-se, pode ter variada origem, que vai da relação de emprego, como é comum, quando o empregador contrata seguro em proveito de seus empregados, até a relação associativa ou profissional. Nesses casos, as cláusulas contratuais são ajustadas entre o segurador e o estipulante, que se obriga, pessoalmente, ao respectivo cumprimento, incluindo a prestação do prêmio global, que pode ou não ser arrecadado, total ou parcialmente, dos beneficiários, os componentes do chamado grupo segurável. Mais, ao estipulante cumpre indicar os integrantes desse mesmo grupo, assim como as eventuais substituições, muito embora, como ressalva José Augusto Delgado (*Comentários ao novo Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, 1.1, p. 851), não afastada pela lei a hipótese de grupo determinado, mas sem indicação nominal dos segurados.

Os segurados, em proveito e em nome de quem o estipulante contrata, porquanto seu mandatário, como já estava no art. 21, § 2º, do Decreto-lei n. 73/66, possuem direta pretensão contra o segurador, para exigência do valor segurado, no caso de ocorrência de sinistro, relativo a risco que lhes concerne, que lhes é afeto, diferentemente da simples estipulação, por risco do estipulante, em que terceiro é meramente o beneficiário. Explicita-se, todavia, que o estipulante não representa o segurador perante o grupo de pessoas seguradas. A especial preocupação do legislador, porém, foi a modificação do contrato, de forma essencial e a dano potencial dos segurados, sem seu prévio conhecimento e, mais, sem seu *placet*. Daí a exigência, agora expressa, de que qualquer alteração daquele jaez deve contar com a concordância de pelo menos três quartos dos membros do grupo segurável, manifestada de qualquer forma, desde que inequívoca.

Por fim, o seguro em grupo não se conforma, exatamente, à previsão que se continha nos arts. 1.466 a 1.470 do anterior Código, relativos ao chamado seguro mútuo, não reproduzido, remanescendo, apenas, em lei especial (Decretos-lei ns. 2.063/40, 3.908/41 e 8.934/46). Pelo seguro mútuo, os próprios segurados dispersavam entre si o risco constituindo sociedade que exercia as funções de segurador. No artigo em comento, ao revés, alguém estipula junto ao segurador um seguro que beneficia grupo de pessoas. Não são elas próprias que constituem uma sociedade para tanto.

Jurisprudência: Súmula n. 101, STJ: A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano.

Excluindo a responsabilidade do estipulante diante do segurado, pelo pagamento do seguro, quando não lhe seja atribuível qualquer causa que impossibilite venha a ser honrada a cobertura: *RT773/275* e *790/347*. Assentando que o estipulante representa os beneficiários: TJRS, Ap. cível n. 70.008.141.558, 4ª Câ., rel. Des. Araken de Assis, j. 19.05.2004. Responsabilizando a estipulante, perante o segurado, só quando tenha agido mal, na condição de mandatária: TJRJ, Ap. cível n. 2005.005.00401, 6ª Câ., rel. Des. Nagib Slaibi, j. 31.01.2006. Fixando a ilegitimidade passiva da estipulante para figurar na ação de cobrança: TJSP, Ap. cível n. 99.070.637.856, 31ª Câ., rel. Des. Luís Fernando Nishi, j. 27.10.2009.

Art. 802. Não se compreende nas disposições desta Seção a garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil de 2002, no artigo presente, quer explicitar que o seguro de assistência funeral e o seguro de assistência à saúde não são modalidades de seguro de pessoa, mas sim de seguro de dano. Ou seja, a contratação que tenha por base custear despesas de funeral ou médico-hospitalares, muito embora na dependência de evento que afete a pessoa do segurado, são seguros de dano, como tal regrados, razão pela qual, então, não se lhes aplicam as disposições da Seção III, fechada pelo artigo ora em discussão.

Quanto ao seguro-saúde, aquele firmado para cobrir despesas médico-hospitalares, vale anotar a existência de lei especial a regrá-lo, qual seja, a Lei n. 9.656/88, com disposições específicas, como, por exemplo: vedando a exclusão de cobertura mesmo de doenças preexistentes, depois de 24 meses (art. 11); obrigando ao reembolso de despesas de coberturas mínimas, que, portanto, não podem ser afastadas por ajuste (art. 12); determinando, nas contratações individuais, a renovação automática a partir do prazo inicial, sem cobrança de qualquer taxa, sem recontagem de carências e sem possibilidade de rescisão unilateral pela operadora, salvo nos casos de fraude e não pagamento por período superior a 60 dias, nos últimos 12 meses de vigência, desde que havida regular notificação até o 50º dia da inadimplência, mesmo assim se não estiver em curso internação do titular (art. 13); garantindo, nos seguros coletivos em que o vínculo se estabelecer em virtude da relação de trabalho, a permanência do segurado, quando rescindido o ajuste laboral, sem justa causa, nas mesmas condições, pagando o prêmio devido, em tempo previamente tarifado, mínimo e máximo (art. 30), da mesma forma, malgrado em diversas condições, quando se dê a aposentadoria (art. 31).

CAPÍTULO XVI DA CONSTITUIÇÃO DE RENDA

Art. 803. Pode uma pessoa, pelo contrato de constituição de renda, obrigar-se para com outra a uma prestação periódica, a título gratuito.

CC/1916: art. 1.424 (parcial).

Inaugura o Código Civil de 2002, no artigo em tela, o tratamento reservado ao contrato de constituição de renda. De pouca aplicação prática, sua origem próxima remonta às rendas perpétuas, que tiveram maior incidência muito mais como uma forma de indevida burla à vedação do mútuo usurário. Costuma-se identificar nos censos reservativo e consignativo o berço da atual constituição de renda, já entrevisível, em ambos, uma maneira de garantir renda, posto que perpétua, ora mediante a entrega de um imóvel, ora de um capital. Remanesce atualmente, todavia, a proibição de instituição de renda que seja perpétua, só se podendo pactuá-la por prazo certo ou, no máximo, pelo tempo de vida do beneficiário, quando então se fala em renda vitalícia (v. art. 806, *infra*).

A constituição da renda pode se dar a título gratuito ou oneroso. As duas modalidades vinham previstas, juntas, no art. 1.424 do CC/1916. Entendeu, porém, o legislador de 2002 de separar seu regramento em dois dispositivos diversos. Nesle primeiro, ora em comento, cuida-se da constituição de renda a título gratuito. Por seu intermédio, uma pessoa, animada pelo espírito de liberalidade, assim sem receber capital, bens móveis ou imóveis, como contrapartida, se obriga a pagar prestação periódica a outrem. Ou seja, alguém, chamado rendeiro ou censuário, se faz devedor do pagamento de uma renda em favor de outrem, chamado rentista ou censuista, por mera liberalidade, sem nada receber para isso. Quando assim instituída, a constituição de renda encerra contrato unilateral, porquanto gera obrigação apenas ao devedor da prestação.

Não se reproduziu, no Código Civil de 2002, a alusão do antigo art. 1.424 à constituição de renda por ato de última vontade, hoje se exigindo, ainda mais, a instituição por escritura pública (art. 807). A bem dizer, mesmo na vigência do CC/1916, Sílvio Rodrigues, por exemplo, já anotava o caráter de deixa modal da instituição de renda por testamento (*Direito civil*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 324). E, de fato, se cuida o Código Civil do contrato de constituição de renda, devia mesmo circunscrever-se à sua constituição por ato *inter vivos*.

Gratuitamente pactuada, a constituição de renda toma, conforme já advertia Clóvis Bevilacqua, a natureza da doação (*Código Civil comentado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 181). Isso significa serem a ela aplicáveis todas as regras atinentes ao contrato de doação, incluindo as vedações à consumação da liberalidade (arts. 548 a 550). Aliás, a própria disposição do art. 545, que trata da doação sob a forma de subvenção periódica, sempre se entendeu, desde o precedente art. 1.172 do Código Civil de 1916, como uma verdadeira constituição de renda gratuita (ver CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XVI, p. 374), com a diferença, apenas, de que essa forma de doação, em princípio, salvo disposição diversa, se extingue com a morte do doador, ao contrário da renda constituída, que, no geral, encerra obrigação transmissível aos herdeiros, na força da herança, malgrado, repita-se, ressalvada a possibilidade de ajuste em contrário (art. 806, *infra*). Sem contar, ainda, como se disse, a exigência de forma pública para a sua constituição. A renda, via de regra, é pecuniária, assim mediante a paga de prestação dessa natureza, e que pode ser indexada, malgrado não se exclua, aí com alguma discussão (vinculando-a necessariamente a dinheiro, ver PKREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil* Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. III, p. 479), a prestação em espécie, com entrega de bens.

Art. 804.0 contrato pode ser também a título oneroso, entregando-se bens móveis ou imóveis à pessoa que se obriga a satisfazer as prestações a favor do credor ou de terceiros.

CC/1916: art. 1.424 (parcial).

A constituição de renda, que se pode instituir a título gratuito, conforme está no artigo antecedente, pode sê-lo também a título oneroso, de acordo com a disposição do preceito em comento. Já o previa o art. 1.424 do CC/1916, malgrado referindo a entrega ao rendeiro de capital consistente em móvel ou dinheiro, deixando de aludir aos imóveis porque, quando a ele vinculada a renda, tinha-se tipificado direito real sobre coisa alheia, o que no Código Civil de 2002 não se repete, perdendo assim a constituição de renda mediante a entrega de imóvel sua natureza de direito real, remanescendo mero vínculo obrigacional entre as partes, com a ressalva do que está no comentário ao art. 809.

A constituição de renda, portanto, será a título oneroso quando quem a institui, o rentista ou censuista, transfere o domínio de bem móvel ou imóvel ao rendeiro ou censuário, que então se obriga a satisfazer, em favor daquele ou de terceiro beneficiário, certa prestação periódica, tal qual, sobre ela, comentado no artigo anterior. Igualmente a exemplo do que se dá na constituição gratuita, o contrato não pode ser perpétuo, instituindo-se por prazo certo, com termo final datado, quando o ajuste se considera comutativo, ou pelo tempo da vida do beneficiário, a chamada renda vitalícia, que empresta caráter aleatório à entabulação, sem que se saiba, de antemão, a extensão da obrigação do rendeiro, prestada em compensação da entrega que lhe faz o censuista ou rentista de bem móvel ou imóvel. Tem-se entendido, de forma prevalente, ressalvada a posição de Serpa Lopes, secundada, por exemplo, por Sílvio Rodrigues (*Direito civil* 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 326) e Sílvio Salvo Venosa (*Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 370), cuidar-se de contrato real, destarte que somente se aperfeiçoa com a entrega do bem, contrapartida da renda, ao censuário (art. 809, *infra*). Este bem, que no CC/1916 poderia ser um imóvel ou, especificamente, capital consistente em dinheiro, ao que se entendia, pese embora a redação do art. 1.424, sem dúvida hoje, dada a redação do artigo presente, pode abarcar os móveis, em geral.

Nesse ponto sem nenhuma divergência em relação ao CC/1916, acentua-se no dispositivo do artigo presente que a renda constituída pode beneficiar o próprio instituidor ou um terceiro, então em favor de quem se a estipula. Neste último caso será preciso individualizar a autônoma relação entre o instituidor e o beneficiário, que pode ser tanto onerosa quanto gratuita, então a que se aplicará, também aí, o regramento da doação.

Para o rendeiro, todavia, haverá sempre onerosidade consubstanciada, como compensação do recebimento de bem móvel ou imóvel do instituidor, na obrigação de pagamento de prestação periódica ao beneficiário. Verdade que a constituição de renda apresenta pontos de contato com diversos contratos. Se com a doação, quando gratuita, também possui a mesma finalidade previdenciária do seguro, especialmente quando vitalícia. Aproxima-se ainda do mútuo, se bem que com transmissão de bem, ao rendeiro, que não se devolve, como regra, ao titular. Também com a compra e venda possui similitude, pese embora a resolubilidade que lhe é intrínseca, operada quando deixa o rendeiro de cumprir a prestação da renda periódica (art. 810). Todavia, como observa Venosa (*Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 369), essa aproximação serve à extração, destes outros institutos, de critérios que servem à interpretação da constituição de renda.

Jurisprudência: Diferenciando o contrato de constituição onerosa de renda da avença de previdência privada, ver: TJSP, Ap. cível n. 70.406-5/9-00, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Yoshiaki Ichihara, j. 13.09.2000.

Art. 805. Sendo o contrato a título oneroso, pode o credor, ao contratar, exigir que o rendeiro lhe preste garantia real, ou fidejussória.

CC/1916: sem correspondente.

Para garantia do cumprimento da prestação que lhe é afeta, e em função da qual lhe é transferido bem móvel ou imóvel, explicita-se, no Código Civil de 2002, a prerrogativa que tem o censualista de exigir do rendeiro uma garantia, que pode ser real ou fidejussória. Evidente que tal exigência somente terá cabimento na constituição onerosa, afinal aquela, bilateral nos seus efeitos, em que se pressupõe a entrega, pelo rentista, de bem móvel ou imóvel ao rendeiro, em virtude do que pactuada uma prestação periódica que, assim, pode ter seu cumprimento previamente garantido, por pacto das partes. Embora não o vedasse o CC/1916, na verdade ele apenas referiu a prestação de garantia para o caso de descumprimento já ostentado pelo rendeiro, então abrindo-se caminho à exigência de garantia das prestações futuras (art. 1.427). Pois agora positiva-se a possibilidade, logo quando da instituição, desde que onerosa, da prestação de garantia pelo rendeiro. Essa garantia poderá ser real, portanto na forma e nos termos previstos nos arts. 1.419 e seguintes do Código Civil de 2002, inclusive com as restrições lá previstas e exigência de registro, se se cuida de garantia hipotecária. Ou, se preferirem as partes, a garantia poderá ser fidejussória, ou seja, mediante fiança, regradada nos arts. 818 a 839 do Código.

Art. 806.0 contrato de constituição de renda será feito a prazo certo, ou por vida, podendo ultrapassar a vida do devedor mas não a do credor, seja ele o contratante, seja terceiro.

CC/1916: sem correspondente.

Seja a título gratuito, seja a título oneroso, a renda constituída em benefício do outro contratante, ou de terceiro, deverá sê-lo por prazo certo ou, no máximo, pelo tempo de vida do credor, do beneficiário. Como se disse já no comentário ao art. 803, repudia-se a renda perpétua, como em geral não se compadece o sistema com obrigações de caráter perpétuo. Daí a explicitação que faz o Código Civil de 2002 no artigo em comento, o que, em parte, continha o anterior art. 1.424, mas lá aludindo-se apenas à exigência de prazo determinado, agora melhor regravando-se a matéria, expressando-se que a renda poderá durar o tempo da vida do beneficiário, a renda vitalícia, ou *por vida*. Instituída a renda por prazo certo, de toda sorte ela se extingue se, antes de seu termo, vier o credor a falecer, dada a ressalva legal de que a renda não pode ultrapassar sua vida. A não ser que se disponha de maneira diversa, por exemplo, instituindo-se a renda pelo tempo de vida do devedor, em que pese a extinção obrigatória se, antes dele, morrer o credor, a obrigação de pagamento das prestações instituídas se transmite, com o falecimento do rendeiro, a seus herdeiros, mas na força da herança recebida (art. 1.997). Alguma dificuldade surge quando se imagina a pessoa jurídica beneficiária da renda constituída, o que a lei não veda, particularmente nos casos em que a instituição se dá por prazo certo.

Mais difícil é a questão, porém, na hipótese de constituição por vida. Aqui silente o Código, poder-se-ia pensar na analogia com o usufruto, que, instituído em favor das pessoas jurídicas, se extingue pela extinção da beneficiária ou ao cabo de trinta anos (art. 1.410, III). Todavia, examinando o mesmo problema surgido nas doações por meio de subvenção periódica, Agostinho Alvim sugeria que, no máximo, a renda assim instituída, na falta de prazo certo, se extinguísse, quando beneficiando pessoa jurídica não antes extinta, tão logo trans-

mitida a obrigação aos herdeiros do devedor, sem ir à terceira geração e, mesmo na segunda, sem ultrapassar as forças da herança (*Da doação*. São Paulo, Saraiva, 1972, p. 114).

Art. 807. O contrato de constituição de renda requer escritura pública.

CC/1916: sem correspondente.

Em primeiro lugar, vale a observação de que o dispositivo em tela, ausente no CC/1916, mostra-se coerente com a advertência antes efetuada, quando do exame do art. 803, no sentido de que, hoje, somente *inter vivos* se constitui renda, omitindo-se o Código Civil de 2002, diferentemente do anterior, na alusão à instituição por ato de última vontade. Daí dizer-se que a constituição somente se aperfeiçoa por escritura pública. De outra parte, e mais ainda, explicita-se agora requisito de forma que é substancial e que, destarte, transforma a constituição de renda em negócio jurídico solene. Verdade que, mesmo inexistente igual exigência no Código Civil de 1916, pelo que então considerada a constituição negócio jurídico informal, a não ser quando transferido, como contrapartida das prestações instituídas, um imóvel ao rendeiro, já se exigia, ao menos, instrumento escrito, como apontava Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XIX, p. 183). Pois hoje superada a questão ante o reclamo de que a constituição de renda, em qualquer hipótese, somente se consume mediante a lavratura de escritura pública, escolha do legislador sempre fundada, quando por ele exigida forma especial, na preocupação com a importância do negócio, assim para tanto chamando a atenção das partes, procurando garantir a higidez de sua manifestação de vontade, além de facilitar a prova da consumação. Se substancial a forma, seu desrespeito acarreta a nulidade do negócio jurídico (art. 166, IV).

Art. 808. É nula a constituição de renda em favor de pessoa já falecida, ou que, nos 30 (trinta) dias seguintes, vier a falecer de moléstia que já sofria, quando foi celebrado o contrato.

CC/1916: art. 1.425.

A exigência legal, que já vinha expressa no CC/1916, é que a constituição de renda se faça sempre em favor de uma pessoa viva, seja ela gratuita, seja onerosa. Segue-se então que a constituição que favorece pessoa já falecida é nula. Nada diverso, a rigor, da previsão do art. 806, antes comentado, no sentido de que a constituição de renda não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a vida do credor. Ou seja, tem-se negócio jurídico de caráter pessoal, apenas beneficiando a pessoa do credor, seja ele o próprio instituidor, seja terceiro beneficiário. Por isso dizer-se, desde o CC/1916, que a constituição de renda em favor de pessoa falecida, mesmo que terceiro e mesmo que não o saiba o instituidor, é nula, segundo majoritária doutrina por falta de objeto.

Igualmente nula, porém, a constituição em favor de pessoa que, mesmo viva, venha a falecer nos trinta dias seguintes à instituição, por moléstia de que já antes da celebração do contrato estava acometida. Aqui a preocupação do legislador, à semelhança do que ocorre com o seguro, foi com o desequilíbrio no contratar o pagamento de prestações, se onerosamente em troca do recebimento de bens, que não se sustentam pela prévia existência de causa de cessação, consistente em doença que, logo em trinta dias, leve o beneficiário ao óbito. Procurou-se evitar, então, o indevido benefício ao devedor da renda, muito embora ausente qualquer distinção entre a renda onerosa e a gratuita, de toda sorte nula se o beneficiário vem a falecer trinta dias depois do contrato, em virtude de doença preexistente. Impende, todavia, a prova de que a doença já

existia antes da celebração, tendo sido a causa, ademais, de falecimento sucedido nos trinta dias seguintes ao ajuste. Ou seja, doença preexistente que motive óbito somente sucedido depois de trinta dias da celebração ou doença superveniente que provoque morte mesmo antes do trintídio não nulificam o contrato. Da mesma forma se são vários os beneficiários, falecido só um ou alguns deles, nas condições do artigo em tela, persiste o ajuste quanto aos demais (art. 812).

Art. 809. Os bens dados em compensação da renda caem, desde a tradição, no domínio da pessoa que por aquela se obrigou.

CC/1916: art. 1.426.

Na constituição onerosa de renda, prevista no art. 804, *supra*, entrega-se ao rendeiro ou censuário bem móvel ou imóvel que é, verdadeiramente, a contrapartida pelas prestações a cujo pagamento ele se obriga. Pois essa entrega, o que desde o Código de 1916 já se acentuava, é mesmo uma alienação que faz o rentista. Tanto assim é que, conforme redação do art. 1.426 do CC/1916, bem como a do artigo presente, do Código Civil de 2002, os bens dados em compensação da renda que se institui caem no domínio da pessoa que por esta se obrigou. Referem-se ambos os dispositivos à transferência do domínio dos bens ao rendeiro desde a tradição, aqui, todavia, empregada em sentido amplo, portanto abrangendo o registro quando se cuide de bens imóveis, forma pela qual se consuma a transferência de sua propriedade. Ou seja, desde a tradição, propriamente, quando se trate de móveis, e desde o registro, para os imóveis, opera-se a transmissão do domínio dos bens entregues ao rendeiro em compensação do pagamento de prestações periódicas a que ele fica obrigado. O preceito presente foi sempre motivo para caracterização da constituição de renda como contrato real, porque somente é aperfeiçoado com a entrega dos bens ao rendeiro, a despeito de crítica a propósito levantada, como se mencionou no comentário ao art. 804, tanto porque dessa forma se transformaria o ajuste, forçosamente, em trato unilateral, como no mútuo, quanto porque somente cogitável o registro do imóvel transferido uma vez já existente o contrato, decorrendo o ato já de efeito de sua entabulação. Certo, porém, que a obrigação de pagamento das prestações periódicas instituídas depende, de toda sorte, da entrega dos bens que são sua contrapartida. Se se tem em vista a alienação de bens ao rendeiro, importa não só que os bens sejam alienáveis como também que deles tenha plena disponibilidade o rentista que aliena. Desde a entrega passam a correr por conta do rendeiro os riscos da coisa, de tal arte que o perecimento não o exime da obrigação de adimplir as prestações por que se obrigou. Mas, em se tratando de uma alienação, ao rentista alienante concerne a responsabilidade pela evicção.

Art. 810. Se o rendeiro, ou censuário, deixar de cumprir a obrigação estipulada, poderá o credor da renda acioná-lo, tanto para que lhe pague as prestações atrasadas como para que lhe dê garantias das futuras, sob pena de rescisão do contrato.

CC/1916: art. 1.427.

São várias as hipóteses que determinam a extinção do contrato de constituição de renda. Em primeiro lugar, pelo implemento do prazo ou pela morte do beneficiário, quando o caso, de que se cuidou no comentário ao art. 806, a que ora se remete o leitor. Também desde o Código anterior se reconhecia a possibilidade de a constituição ser extinta pelo resgate, direito potestativo de o devedor antecipar o pagamento das prestações periódicas futuras (v. g., GOMUS, Orlando. *Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 461).

O artigo em tela, porém, cuida de caso excepcional de extinção, que se dá pelo inadimplemento da obrigação que tem o rendeiro de pagar as prestações contratuais. Havido esse descumprimento, como de resto é a regra geral dos contratos, abre-se a possibilidade de o credor exigir judicialmente o pagamento das prestações em atraso, com os encargos da mora. Da mesma forma, e de novo como corolário evidente do sistema contratual, pode o credor exigir garantias, sob qualquer de suas espécies (ver art. 805), do pagamento das prestações futuras que se tenham tornado duvidosas, inclusive pelo inadimplemento das vencidas. Isso tudo, segundo o dispositivo presente, sob pena da rescisão (*rectius*: resolução) do contrato, para Carvalho Santos somente se esgotadas e inexitosas as providências anteriores (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XIX, p. 192), mas lembrando-se aqui concorrer a regra geral dos arts. 474 e 475, podendo-se, pois, diante do inadimplemento, resolver o contrato, se oneroso, devolvendo-se o bem móvel ou imóvel entregue, assim repondo-se as partes no estado anterior, sem devolução das prestações acaso anteriormente pagas, até então havida posse da coisa a ser devolvida.

Art. 811.0 credor adquire o direito à renda dia a dia, se a prestação não houver de ser paga adiantada, no começo de cada um dos períodos prefixos.

CC/1916: art. 1.428.

A prestação devida em virtude da constituição de renda pode ser paga, conforme pactuarem as partes, mediante periodicidade variada. Destarte, pode-se pactuar seu pagamento de forma mensal, semestral, anual e assim por diante. Da mesma maneira, podem as partes estabelecer que o pagamento da prestação se dê ao início de cada período prefixado, portanto de modo adiantado. E, nessa hipótese, devida a prestação ao início do período, nenhuma repetição haverá, por exemplo, se o interregno não se completa pela morte do credor. Isso porquanto, a rigor, a cada início de período já terá direito o credor à percepção da renda relativa a todo o interregno. Dito de outra maneira, e na esteira da disposição do artigo presente, apenas quando não houver de ser a renda paga de maneira adiantada é que ela se proporcionaliza, sendo, malgrado paga de uma só vez, ao final do período, adquirida dia a dia, assemelhada, pois, aos frutos (art. 1.215). Assim sendo, se falecido o credor no curso do período, haverá direito, transmissível aos herdeiros, de percepção da renda do período, mas proporcional ao tempo dentro dele decorrido, até o óbito.

Art. 812. Quando a renda for constituída em benefício de duas ou mais pessoas, sem determinação da parte de cada uma, entende-se que os seus direitos são iguais; e, salvo estipulação diversa, não adquirirão os sobreviventes direito à parte dos que morrerem.

CC/1916: art. 1.429.

A constituição de renda, gratuita ou onerosa, poderá beneficiar mais de uma pessoa. Nesse caso, pode o instituidor estabelecer a cota a cada qual dos beneficiários pertencente. Se não o fizer, porém, presume a lei, desde o CC/1916 (art. 1.429), que os direitos dos beneficiários serão iguais, ou seja, cada um terá direito a uma mesma cota da renda, assim dividida em partes iguais, conforme o número de beneficiários. Mais, explicita o dispositivo que, entre os beneficiários, não haverá direito de acrescer. Isso significa que, faltando um dos beneficiários, sua parte não acresce à dos demais, frise-se, a não ser que o inverso tenha sido disposto pelo

instituidor. Vale dizer que o direito de acrescer não existe como regra, todavia no silêncio do contrato nada impedindo seu estabelecimento na instituição. Apenas será presumido o direito de acrescer na excepcional hipótese de a renda ser instituída a marido e mulher, mercê de socorro analógico ao art. 551, parágrafo único, do Código Civil, de resto tal como de maneira tranqüila já se entendia desde a vigência do CC/1916.

A controvérsia que aqui se coloca, lanlo quanto na interpretação do dispositivo que prevê a doação conjunta ou conjuntiva ao casal, está na extensão ou não da regra que faz presumir o acréscimo quando a constituição de renda beneficie não pessoas casadas, mas que vivam em união estável. Pois a despeito de não haver nenhuma diferença de dignidade entre ambas as instituições constitucionalmente protegidas, cujo idêntico conteúdo material está no desenvolvimento de uma relação de afetividade, induzindo a união estável a um vínculo familiar idêntico àquele decorrente do casamento, diferenciam-se, sob o ponto de vista extrínseco, pela publicidade e formalidade inerentes ao casamento, o que as partes não querem, na união estável, por natureza informal. É possível saber, sempre, mercê do registro público, se há casamento, quando começou e se terminou. Daí a existência de diferenças resultantes da forma de uma ou outra espécie de união. Por isso, exemplificativamente, o casamento emancipa o cônjuge menor, mas não a união estável, cuja existência necessariamente não se dá a saber a terceiros. Parece ser esse o caso, também, da regra em comento, eis que pressuposta a existência do casamento, tanto quanto no momento da doação, no exato instante da constituição. Ou seja, importa a publicidade inerente ao casamento, que permite, garantindo-se a segurança jurídica, saber de sua consumação e persistência logo quando se efetiva a doação ou, no caso, a constituição de renda. Assim, entende-se, a despeito da discussão que a propósito há, mesmo no tocante à própria regra do art. 551 (v. g., estendendo o preceito à união estável: RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 464. Em sentido contrário: SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. VIII, p. 223), que, pretendendo constituir renda em favor de companheiros, e tencionando o acréscimo de que ora se trata, deve estipulá-lo, expressamente, o instituidor, repita-se, basicamente por não se ter como saber, *a priori*, da existência e mesmo da persistência de uma eventual união estável entre os beneficiários da renda, no momento da sua instituição, o que, admitida a tese inversa, fomentaria a potencialidade de controvérsias, a dano da segurança jurídica.

Bem de ver que todo o regramento examinado pressupõe a instituição de beneficiários simultâneos, embora no CC/1916 se entendesse nada impedir a instituição de beneficiários sucessivos, portanto para que um sucedesse ao anterior, quando falecido, mas por testamento e cláusula fideicomissária, segundo Clóvis (*Código Civil comentado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 186), o que, hoje, não é uma forma possível de instituição de renda, forçosamente *inter vivos* {art. 803}.

Jurisprudência: Negando o direito de acrescer dos beneficiários: TJSP, AI n.

6.053.974.600, 7ª Câmb., rel. Des. Elcio Trujillo, j. 04.02.2009.

Art. 813. A renda constituída por título gratuito pode, por ato do instituidor, ficar isenta de todas as execuções pendentes e futuras.

Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo prevalece de pleno direito em favor dos montepios e pensões alimentícias.

Desde o anterior Código Civil se permitia, exclusivamente na constituição de renda gratuita em favor de terceiro, sua clausulação pelo instituidor, como de resto se pode dar, no sistema brasileiro, nas liberalidades em geral que alguém faça beneficiando outrem. Persiste o Código Civil de 2002, todavia, na omissão em que, no caso, já incidia o CC/1916 quando aludia à instituição, na constituição gratuita, tão somente de impenhorabilidade da renda, assim deixando de mencionar a inalienabilidade e mesmo a incomunicabilidade. Mas sempre se entendeu que todas essas cláusulas, esses vínculos pudessem ser impostos, desde que a constituição fosse gratuita, já que, no nosso ordenamento, repita-se, apenas nas liberalidades são instituíveis tais restrições. Vale lembrar, hoje consolidada no art. 1.911, a orientação, já antes sumulada pela Suprema Corte (Súmula n. 49), no sentido de que a cláusula de inalienabilidade induz, necessária e automaticamente, porquanto mais extensa, a incomunicabilidade e impenhorabilidade, que afinal, de alguma forma, acabam implicando uma alienação. A exigência de que a imposição das cláusulas se dê em constituição de renda favorecendo terceiro beneficiário atende à vedação genérica de clausulação do próprio bem, em especial com a impenhorabilidade.

For fim, estabelece o artigo em comento uma restrição legal para os montepios e para as pensões alimentícias. Ou seja, impõe-se uma impenhorabilidade legal, que vem desde o Regulamento n. 737, de 1850, em favor das instituições de rendas alimentícias, como é aquela devida, nos montepios, aos beneficiários, também ditos pensionistas, de alguém via de regra falecido. É, enfim, nesse caso, a impenhorabilidade do pecúlio devido aos beneficiários. Ainda em outras palavras, a ideia é que essas pensões instituídas não respondem pelas dívidas do instituidor, dada a natureza alimentar em favor de seus beneficiários.

Jurisprudência: Súmula n. 49, STF: A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens.

CAPÍTULO XVII DO JOGO E DA APOSTA

Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

§ 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.

§ 2º O preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos.

§ 3º Excetua-se, igualmente, os prêmios oferecidos ou prometidos para o vencedor em competição de natureza esportiva, intelectual ou artística, desde que os interessados se submetam às prescrições legais e regulamentares.

CC/1916: art. 1.477 (parcial).

Antes tratada a matéria logo após o contrato de seguro, mas de que se diferencia porquanto a álea que lhe é inerente tem mesmo um intuito especulativo, ao revés do ajuste securitário, mercê do qual o risco se cobre calculando-se a probabilidade de sua ocorrência e formando-se um fundo mutualista a suportá-lo (ver comentário ao art. 757), tudo enquanto resultante de um propósito previdenciário, indenizatório, dá-se o Código Civil de 2002, no artigo em tela, a tratar do jogo e da aposta. Fá-lo com unidade de regramento, muito embo-

ra se diferenciem, conceitualmente, o jogo e a aposta. No primeiro, duas ou mais pessoas prometem, entre si, pagamento a quem um evento incerto, aleatório e de puro azar vier a favorecer. No segundo caso, promete-se igual pagamento, mas àquele cuja opinião divergente vier a se mostrar consonante com o resultado de um mesmo evento incerto, aleatório. Costuma-se reservar aos contendores, no jogo, papel ativo, que interfere no resultado, ainda que *a priori* incerto. Já na aposta seu papel é passivo, de mera expectativa sobre o resultado de evento que lhes é estranho, mas sobre cuja ocorrência apostaram. Assim, nos exemplos citados por Caio Mário (*Instituições de direito civil*, 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. III, p. 483), um mesmo evento pode caracterizar-se como jogo ou aposta, dependendo da conduta dos participantes. Se duas pessoas disputam uma luta, prometendo-se, entre si, pagamento ao vencedor, jogam; se expectadores, porém, entre si prometem pagamento conforme quem seja o vencedor, apostam. Pois muito embora o legislador cuide e tipifique o jogo e a aposta como contratos, assim nominados, recusa-lhes efeitos normais, por não os reputar socialmente úteis. Neste sentido, dispõe serem incobráveis as dívidas resultantes de jogo ou aposta. Mas, em contrapartida, estabelece a irrepetibilidade do quanto, voluntariamente, a esse título se pagou. Disso resulta que o credor pode reter o pagamento que voluntariamente lhe tenha sido feito (*soluti retentio*). É o clássico figurino das denominadas obrigações naturais.

Tradicionalmente, e em especial com fundamento na entrevisão de dois elementos essenciais no vínculo obrigacional, o débito e a responsabilidade (teoria dualista da obrigação), sempre foi costume definir a obrigação natural, também e por isso chamada imperfeita, todavia jurídica, como aquela com todos os seus elementos integrantes, ou seja, sujeito (credor e devedor), objeto (prestação) e a relação vinculativa, mas aqui, a despeito da existência de um débito, sem a responsabilidade do devedor, isto é, sem garantia efetivável por meio do direito de ação, assim sem a coercibilidade.

Certo que hoje, inclusive conforme preceitos expressos de outras legislações (v .g., art. 2.034 do Código Civil italiano e art. 402 do Código Civil português), se venha defendendo a ideia de que a obrigação natural represente mesmo um dever extrajurídico, mas a que o direito, porquanto integrado a outros sistemas normativos de conduta, para além do subsistema jurídico, reconhece um efeito, justamente o da irrepetibilidade do voluntário pagamento, tudo como imperativo de justiça, como corolário de uma regra social de conduta, segundo a qual se aceita um dever de honrar dívidas de jogo ou aposta, destarte quando adimplidas, pela vontade do devedor, operando o direito para evitar a repetição, desse modo preservando-se solução de equidade, impedindo o retorno a uma situação de injustiça (ver NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. I, p. 232-4). A aplicação da regra em comento, porém, pressupõe diferenciação inarredável à luz da respectiva sistematização. Afinal, são distinguíveis os jogos proibidos, autorizados ou tolerados. Jogos ou apostas autorizados, como as loterias - aqui subsumidas a seu conceito, muito embora alhures se sustente diferença conceitual - ou o turfe, são lícitos e geram efeitos jurídicos normais, erigindo-se em obrigações perfeitas. É o que se prevê no § 2º, segunda parte, do preceito em exame, e logo no § 3º, igualmente dizendo-se exigíveis prêmios oferecidos em competições de variada natureza, desde que nos moldes de norma autorizativa legal e regulamentar - verdadeiros concursos. Jogos ou apostas proibidos são, por exemplo, as loterias não autorizadas, como o jogo do bicho, ou os jogos de azar referidos pelo art. 50 da Lei das Contravenções Penais. Mas há também os jogos tolerados, de menor reprovabilidade, em que o evento não depende exclusivamente do azar, mas igualmente da habilidade do participante, como alguns jogos de cartas. Por isso a legislação não os proíbe, por considerá-los uma diversão sem maior proveito, mas pelo mesmo motivo não lhes emprestando a natureza de obrigação perfeita. Pois como se expressa no Código Civil, no *caput* e nos parágrafos do artigo em comento, salvo se autorizados, os jogos e apostas não induzem obrigação coativa que possa ser judicialmente exigida, muito embora não caiba ao devedor que voluntariamente tenha pago dívida daí originária

postular a repetição de quanto pagou, salvo se, como adiante se referirá, esse pagamento prejudicou menor ou interdito.

Bem de ver, todavia, que boa parte da doutrina, antes da edição do Código Civil de 2002, por exemplo tal qual já defendia Orlando Gomes (*Contratos*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 484), sustentava que os jogos proibidos não ensejavam nem mesmo uma obrigação natural, portanto inclusive sem o efeito da *soluti retentio*, ao revés, configurando contrato nulo de todo. De fato, acentua, já sob a égide do Código Civil de 2002, Fernando Noronha (op. cit., p. 233) que, a rigor, o regramento presente, no seu todo, aplica-se aos jogos tolerados, reservando-se ao pagamento de dívidas oriundas de jogos proibidos a concorrência da disposição do art. 883, destarte não se permitindo ao pagador recobrar, porém igualmente não se admitindo a retenção pelo recebedor.

Ressalva ainda a lei que, cuidando-se de dívida de jogo que tipifique uma obrigação natural, se o perdedor é menor, absoluta ou relativamente incapaz, ou interdito, veja-se, por qualquer causa, como o intuito é a sua proteção, eventual pagamento que tenha feito poderá, aí excepcionalmente, ser repetido, portanto descabendo ao credor retê-lo, de resto em sistemática diversa do adimplemento de obrigações perfeitas. Da mesma forma, se o pagamento da dívida de jogo foi feito mediante dolo, mas não erro, bem assim mediante coação, deve-se acrescentar, porque também o caso é de proteção da vítima, o pagador, perdedor do jogo ou aposta, terá direito à repetição. Por fim, explicita-se, no § 1º, tal como se fazia no CC/1916, que a disposição do *caput*, a respeito da obrigação natural que estipula, se aplica também a qualquer contrato que encubra ou envolva o reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo.

A ideia fundamental é que, nesse específico caso de obrigações naturais, porque despidas de conteúdo moral, e porquanto socialmente inúteis, mesmo sua confirmação ou substituição por um negócio jurídico típico, como a entrega de um título de crédito, ou o estabelecimento de uma novação, da mesma forma não ensejará exigibilidade do devedor. Assim, por exemplo, se o perdedor emite uma nota promissória tendo como causa a dívida de jogo, igualmente ela não será dele exigível. Apenas se preserva, no parágrafo em exame, eventual direito de terceiro de boa-fé, por exemplo um endossatário, insciente da origem da cambial, quando a tenha recebido. Por identidade de motivos não terá cabimento, também, a novação dessa espécie de obrigação natural (não outras), ou a fiança que se tenha dado para sua garantia.

Jurisprudência: Cheque. Dívida de aposta. Inexigibilidade nos termos do art. 1.477 do CC (de 1916). Hipótese em que ao devedor é lícito perquirir a *causa debendito* título. (RT696/199)

Ver, ainda, sobre a situação do terceiro de boa-fé: Cheque. Emissão para pagamento de dívida de jogo. Inexigibilidade. Nulidade que não podia ser oposta ao terceiro de boa-fé, que não pode ser arguida se há prova de que este conhecia perfeitamente a origem do débito. Aplicação do art. 1.477 do CC (de 1916). (RT 670/94)

Sobre a impossibilidade de cobrança, no Brasil, mesmo quando originária a dívida de jogo de país que a aceita: RT 794/381 e 693/211. Em sentido contrário: RT 763/105. Sobre a inaplicabilidade do dispositivo quando o jogo é lícito: RT745/263.

Negando a devolução de pagamento voluntariamente efetivado em jogo de bingo, porque não especificada a época do débito e porque legalmente permitido o jogo por certo tempo: TJSP, Ap. cível n. 7.302.924.600, 14ª Câmb., rel. Des. Melo Colombi, j. 04.02.2009.

Recusando possibilidade de cobrança para recebimento do prêmio de rifa: TJSP, Ap. cível n. 992.050.012.044, 28ª Câmb., rel. Des. Eduardo Sandeville, j. 10.11.2009.

Art. 815. Não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar.

CC/1916: art. 1.478.

O artigo em tela, da mesma forma que o fazia o art. 1.478 do CC/1916, repele a contratação do mútuo, para o jogo ou aposta, no ato em que são efetivados. A ideia fundamental está em evitar contratação que favoreça ou facilite a prática do jogo ou aposta, quando não sejam devidamente autorizados, porquanto então lícitos e dotados de normal eficácia civil (em sentido diverso, sustenta Sílvio Venosa que mesmo empréstimo concedido para jogo ou aposta lícitos, mas no ato do jogo ou aposta, é irregular e não permite cobrança. *Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 415).

Trata-se mesmo de uma hipótese em que o motivo da contratação, porque se revela no ato do jogo ou da aposta, assim necessariamente tornando-se comum às partes, prejudica a higidez do negócio praticado, na exata esteira do princípio que hoje contém o art. 166, III, do Código Civil, malgrado aqui com diferente efeito. Ou seja, se se contrata mútuo, em função do jogo ou da aposta, veja-se, no momento em que se joga ou se aposta, evidencia-se motivação que o ordenamento rejeita, aqui vedando que possa ser cobrado o reembolso do quanto naquela circunstância se emprestou. Em outras palavras, tem-se mesmo uma extensão da regra do art. 814, antes examinado. Se não se pode cobrar dívida resultante de jogo ou aposta, quando não autorizados, da mesma forma não se pode cobrar o que, no ato do jogo ou da aposta, se emprestou para apostar ou jogar. Se, todavia, o empréstimo se fez antes ou depois do momento do jogo ou da aposta, ainda que em função deles, não incide a regra do artigo em comento, ao pressuposto de que então não exteriorizada a motivação irregular, ressalvada sempre a prova, especialmente no caso do jogo proibido, de que essa razão determinante se tenha ostentado comum, mesmo quando a contratação não seja simultânea ao jogo ou à aposta, aí por aplicação autônoma da regra geral, já citada, do art. 166, III, do Código Civil.

Por fim, pouco importa, ao influxo da regra em comento, que tenha o empréstimo, se efetuado no momento do jogo ou da aposta para que um ou outro se efetive, provindo de outro participante da empreitada ou de terceiro.

Jurisprudência: Cambial. Nota promissória vinculada a empréstimo efetuado para cobertura de dívida de jogo. Título inexigível. Execução por título extrajudicial. Embargos procedentes. Inteligência do art. 1.477 do CC/1916. (RT 568/81)

Diferenciando o empréstimo feito no ato de apostar com aquele que, reputado válido, se faz, em hotel, por meio da abertura de crédito, quando da hospedagem: I TACSP, Ap. cível n. 570.426-5, 8ª Câ., rel. Juiz Antônio Carlos Malheiros, j. 16.10.1996.

Art. 816. As disposições dos arts. 814 e 815 não se aplicam aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste.

CC/1916: art. 1.479.

O artigo presente, em boa hora, reverteu a equiparação, ao jogo ou à aposta, que o CC/1916, no art. 1.479, impunha às operações com títulos, valores ou mercadorias cotáveis em bolsa. São o que sempre se chamou de contratos diferenciais, em que se negociam títulos, valo-

res ou mercadorias, mas para sua liquidação pela diferença entre o preço convencionado e a cotação que eles tiverem no instante do vencimento. São as operações de mercado a termo, de bolsa de futuros, como a de mercadorias, por exemplo, em que não se quer, no vencimento, propriamente a entrega do produto, mas o pagamento da diferença entre seu preço de aquisição e o de sua cotação à época desse termo avençado. É de ver que esses contratos diferenciais, além de comuns na prática negociai, já vinham inclusive regrados por normalização especial, como lembra Jones Figueiredo Alves (*Novo Código Civil comentado*, coord. Ricardo Fiuza. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 738), pelo que cabia mesmo à nova legislação civil abolir sua equiparação ao jogo ou à aposta. Ressalva-se apenas a necessidade de devida correção gramatical, inexistente o plural no verbo *estipular*, utilizado corretamente na forma singular no CC/1916.

Art. 817. O sorteio para dirimir questões ou dividir coisas comuns considera-se sistema de partilha ou processo de transação, conforme o caso.

CC/1916: art. 1.480.

Sem nenhuma alteração em relação ao CC/1916, o artigo em comento bem acentua não se considerar jogo ou aposta o sorteio que se faça para solução de impasses, divergências ou dificuldades. Recorre-se a uma álea que, porém, coloca-se muito distante do propósito do jogar ou apostar, valendo, conforme o caso, como transação ou partilha. Pense-se no exemplo, citado por José Maria Trepas Cases (*Código Civil comentado*, coord. Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo, Atlas, 2003, v. VIII, p. 381), em que duas pessoas vão comprar um carro em prestações, que dividirão, na ordem que um sorteio determinar, tanto quanto, acrescenta-se, podem solver divergência daí resultante pelo mesmo recurso. Ou, ainda, os casos de divisões de coisas comuns ou de partilha de quinhões hereditários, cuja escolha se pode fazer por sorteio. Também as loterias autorizadas o envolvem, tanto quanto nos contratos de capitalização, de consórcio, também haverá sorteio, portanto nada estranho ao sistema positivo como um todo, mesmo nos lindes do Código Civil, de que é um exemplo o sorteio realizado na hipótese dos arts. 858 e 859.

CAPÍTULO XVIII DA FIANÇA

Seção / **Disposições Gerais**

Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

CC/1916: art. 1.481.

A fiança, de que se dá a tratar o Código Civil de 2002 a partir do artigo em comento, encerra contrato mercê do qual alguém, chamado fiador, se obriga a garantir o débito de outrem, o devedor-afiançado, perante o credor deste. É, portanto, um ajuste que se firma entre o fiador e o credor do afiançado. Sua função está na constituição de uma responsabilidade por débito alheio.

Como é sabido, no vínculo obrigacional imiscuem-se o débito, que liga o devedor ao cumprimento de uma prestação em favor do credor, mas também a respectiva responsabilidade, a garantia do adimplemento que, de maneira geral, recai sobre o patrimônio do deve-

dor. Nada impede, porém, que a responsabilidade seja assumida por um terceiro, assim que não se ostente devedor. É a garantia, enfim, prestada por um terceiro, que, sem ser devedor, se torna responsável.

Essa responsabilidade pode se efetivar com o oferecimento de algum bem específico do patrimônio do terceiro, sobre o qual se constitui um direito real, indutivo de seqüela e preferência em favor do credor. Porém, a garantia prestada pelo terceiro poderá ser pessoal, na verdade reforçando-se a obrigação principal creditícia com outra acessória, que é a fiança, a chamada obrigação fidejussória (caução pessoal ou fidejussória). Ou seja, é uma obrigação acessória de garantia de uma obrigação principal, mediante a qual o fiador se vincula ao cumprimento da prestação devida pelo devedor, em regra, caso este não a cumpra. Daí dizer-se que o contrato de fiança é acessório, seguindo a sorte da obrigação por ela garantida.

O contrato de fiança é considerado unilateral, porque faz nascer prestação principal apenas ao fiador, mas não ao credor cuja obrigação ativa se garante. Via de regra é gratuito, prestada a fiança de forma benéfica; por isso, inclusive, se interpreta de maneira restritiva. Não se impede, todavia, a fiança onerosa, portanto em que o fiador recebe pela fiança prestada. Nesse sentido se evidencia corriqueira a fiança profissional, prestada, por exemplo, por bancos ou agências que a tanto se dedicam. A propósito, ademais, vale anotar que o Código Civil de 2002, seguindo a tendência de unificação do direito obrigacional, e tal como já se salientou no exame dos contratos de mandato, comissão, agência e distribuição, a cujos comentários se remete o leitor, tratou de maneira assim unificada da fiança civil e mercantil, por vezes criando dificuldades que adiante serão mencionadas (ver, por exemplo, comentário ao art. 827).

Diferencia-se a fiança do aval, malgrado outra forma de garantia pessoal, porquanto especificamente atinente ao direito cambiário, mas que, além disso, envolve uma obrigação cambiária autônoma e indutiva de uma responsabilidade solidária do avalista, e não subsidiária, como em princípio a do fiador. Além dos requisitos normais de capacidade para contratar, a fiança reclama atendimento a regras de legitimação. Assim, por exemplo, a pessoa casada que não o seja nos regimes da separação de bens precisará da vênua conjugal para prestar a garantia (art. 1.647, III), sob pena de anulabilidade, como hoje se expressa, a ser deduzida em dois anos, conforme preceito do art. 1.649 do Código Civil, e a despeito de tese, que na jurisprudência se levanta, como abaixo se verá, no sentido de que haja, nesses casos, mera ineficácia, antes relativa, agora total. O mesmo não se pode dizer, ao que se entende, com relação aos companheiros, não porque, como já se disse no comentário ao art. 812, a união estável possua dignidade inferior à do casamento, ambos ensejando a mesma constituição de família, mas porque, ao contrário do casamento, instituição formal cuja publicidade inerente enseja ciência sobre sua existência, início e término a quem quer que seja, bastando consulta ao registro civil, a união estável não propicia a terceiros o necessário e apriorístico conhecimento sobre se existente, sobre quando se iniciou e sobre seu fim, até de forma a exigir-se o *placet* do companheiro à outorga da fiança. De igual maneira, mesmo capazes, estão impedidas de prestar fiança algumas pessoas em virtude de sua função, como os leiloeiros. O tutor e o curador estão impedidos de prestar fiança pelo pupilo ou pelo curatelado. O mandatário, para fazê-lo, precisa de poderes especiais (art. 661, § 1º), da mesma forma que a pessoa jurídica somente poderá prestar fiança se não o vedarem seus atos constitutivos ou, no silêncio, se em seu benefício e de acordo com sua finalidade social.

Certo que, aqui tratada como contrato, a fiança pode também ter origem legal ou judicial. No primeiro caso, ter-se-á a fiança exigida por lei, como sucede quando se exige a caução para que cocredor de obrigação indivisível possa cobrar o débito do devedor, solitariamente, sem que seja acompanhado do outro credor (art. 260, II). Ou quando a lei impõe caução ao vizinho que pretenda usar a parede do outro para fazer alicerce (art. 1.305, parágrafo único). Na mesma senda, outras vezes a garantia é determinada pelo juiz, no processo, como nos casos de execução provisória (art. 475-0 do CPC). Mas é regrada no capítulo em

exame a fiança convencional, sobre a qual o Código Civil estatui, na primeira seção, disposições gerais, depois cuidando de seus efeitos e de sua extinção.

Jurisprudência: Súmula n. 332, STJ: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

Já antes do CC/2002, entendendo anulável a fiança prestada sem vênua conjugal, portanto na esteira do que hoje contém o art. 1.649: *RT* 816/260. Mas, defendendo a tese de que a fiança sem outorga seja meramente ineficaz, afetando somente a meaça do fiador: Fiança. Garantia prestada sem a outorga uxória. Produção de efeitos apenas em relação à meaça do cônjuge que a prestou. (*RT* 810/284)

Reservando essa orientação para quando a anulação se requeira só após a extinção da sociedade conjugal: *RT* 806/213. Ver, ainda: Fiança. Sociedade de fato. Pretendida nulidade da garantia em face da ausência de outorga uxória da mulher. Inadmissibilidade. (*RT* 152/19)

Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

CC/1916: art. 1.483.

Entendido o negócio jurídico formal como aquele não consumável por qualquer forma, tal qual em regra acontece, porquanto prevalecendo, em geral, a informalidade, a fiança, somente aperfeiçoando-se por escrito, constitui contrato formal. Não exige a lei, porém, que a outorga se deva dar, necessariamente, por instrumento público. Poderá sê-lo, destarte, também por documento particular. Mas não se admite, na mesma esteira, fiança que seja prestada verbalmente, ainda que assim se tenha contraído a obrigação por ela garantida.

Na sua segunda parte, e a exemplo do que já fazia o CC/1916, estabelece o artigo em comento que a fiança deve ser interpretada restritivamente, razão, por exemplo, de, quanto à garantia de avenças locatícias, se ter sumulado o entendimento de que o fiador não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não haja anuído (Súmula n. 214 do STJ). Da mesma forma, a interpretação restritiva da fiança tem levado a jurisprudência, não sem certo vacilo, a decidir que o art. 39 da Lei n. 8.245/91, que cuida das locações prediais urbanas, quando impõe a permanência das garantias, salvo disposição em contrário, até a entrega das chaves, não implica a responsabilidade do fiador pelo tempo de prorrogação do contrato locatício a que não tiver anuído.

A disposição em tela, com efeito, ostenta perfeita consonância com a previsão genérica do art. 114 do Código Civil, inserido na Parte Geral, sempre ao pressuposto de que, no mais das vezes, a fiança se concede gratuitamente, de forma benéfica. De resto não era diversa a disposição do art. 257 do Código Comercial, quando tratava da fiança mercantil, em parte hoje revogado pelo Código Civil, donde proveio regramento unificado para o contrato em questão. É bem de ver, entretanto, tal qual já se acentuou no comentário ao artigo precedente, que a fiança pode ser onerosa, muito embora, também nesse caso, sustente, por exemplo, Lauro Laertes de Oliveira [*Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 24), que se imponha interpretação restritiva.

Na verdade, considera-se que a regra da interpretação restritiva não exclui a concorrência de regras outras de interpretação, como a do art. 113, mais servindo, aí sim, a impedir a extensão da fiança para dívida novada com novo devedor, ou, como se viu, para estender a garantia por período suplementar ao contratado, como também para abarcar o todo do débito só parcialmente garantido. Mas, ao revés, a imposição de uma interpretação restritiva da

fiança não significa a irresponsabilidade do fiador pelos acessórios da obrigação garantida, consoante se verá ao exame do art. 822, *infra*. Ou seja, desde que não limitada, a fiança abrange os acessórios da dívida e, a partir de quando citado o fiador, até mesmo os consectários processuais que ocasionalmente se façam sentir na cobrança de débito afiançado.

Jurisprudência: Súmula n. 214, STJ: O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

Interpretando a súmula com ressalva: Embargos de divergência no REsp n. 566.633/CE, 3ª Seção, rel. Min. Paulo Medina, j. 22.11.2006. Tem-se entendido, a partir deste julgamento, que, em virtude de cláusula de garantia até a entrega das chaves, o fiador responde por débitos posteriores ao término do contrato de locação, desde que não se cuide de aditamento. Assim: "Na linha da recente jurisprudência da Terceira Seção, não sendo hipótese de aditamento, mas de prorrogação contratual, a que os fiadores comprometeram-se até a devolução do imóvel, torna-se inaplicável o enunciado de n. 214 da nossa Súmula". (STJ, Ag. Reg. no AI n. 776.039, 6ª T., rel. Min. Paulo Galotti, j. 18.10.2007). No mesmo sentido, sustentando que só o fato do término do prazo contratual não exonera o fiador dos débitos posteriores: STJ, EDcl nos Embargos de Divergência no REsp n. 791.077/SP, 3ª Seção, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.04.2008.

Fiança. Locação. Pacto que deve ser interpretado restritivamente. Responsabilização do fiador por encargos locatícios acrescidos ao avençado originalmente sem a sua anuência. Inadmissibilidade. Irrelevância da existência de cláusula que estenda suas obrigações até efetiva entrega das chaves ou que tenha renunciado ao benefício de exoneração da garantia previsto no art. 1.500 do CC (de 1916) (STJ) (RT 818/178). Ver ainda sobre a ineficácia da cláusula de garantia até a entrega das chaves: STJ, Embargos de Declaração no Ag. Reg. no REsp n. 780.742/RS, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 12.09.2006.

No mesmo sentido, afastando a responsabilidade do fiador por débitos relativos ao uso de telefone e de garagem, não incluídos originariamente no contrato, objeto de aditamento posterior, não subscrito pelo garante: RT 816/278. Acrescentando que, além de restritivamente, a fiança deve ser interpretada em benefício do fiador: STJ, Ag. Reg. no AI n. 788.469/SP, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.02.2008.

Sobre a forma da fiança: Fiança. Embargos à execução. Oposição por fiador que pretende demonstrar sua substituição como garante mediante prova testemunhal. Inadmissibilidade, pois a fiança locatícia exige forma escrita para sua constituição. (RT 782/302) Sobre a fiança prestada por procuração, exigindo poderes específicos e admitindo, na sua falta, a ratificação pelo mandante, mesmo tácita, ver: STJ, REsp n. 960.075/MS, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.05.2008.

Art. 820. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

CC/1916: art. 1.484 (parcial).

Como já se acentuou no comentário ao art. 818, a fiança encerra contrato que é firmado entre o fiador e o credor da obrigação afiançada. Ou seja, o devedor dele não é partícipe e, assim, não precisa anuir à constituição de garantia da dívida que lhe toca. Isso ainda que, no mais das vezes, o fiador se apresente a seu pedido. Importa é que sua aquiescência é desnecessária, podendo-se mesmo consumir a fiança até contra sua vontade, o que agora, em

acréscimo ao que constava do art. 1.484 do CC/1916, se explicita. Isso porquanto, ademais de estabelecer negócio jurídico bilateral de que não faz parte o devedor, a fiança se faz a benefício também da garantia do credor, pelo que ao afiançado não é dado a tanto se opor. Apenas que, aperfeiçoada a fiança sem o seu consentimento, haverá que discutir se lhe é imposta a obrigação de substituição do fiador, de que cuida o art. 826, e o que lá se apreciará.

Vale, por fim, a ressalva que faz o Min. José Augusto Delgado quanto à abusividade de cláusula-fiança que subscreve, aí sim, o próprio devedor, nomeando a administradora de cartão de crédito para figurar como fiadora na assunção de financiamentos realizados para cobrir as despesas de uso do cartão, sempre à consideração de infração ao preceito do art. 39,1, do CDC, e da falta de informação sobre o exato custo dessa fiança, sempre onerosa (*Comentários ao novo Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, t. II, p. 182)

Jurisprudência: Negando legitimidade passiva ao afiançado, em ação exoneratória, com base no dispositivo: TJSP, AI n. 1.268.233.006,25ª Câmara, rel. Des. Ricardo Belli, j. 16.06.2009.

Art. 821. As dívidas futuras podem ser objeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor.

CC/1916: art. 1.485.

As obrigações, ao contrário dos direitos reais, que são marcados pela característica da atualidade - ressalvadas as hipóteses de aquisição de unidade incorporada, em construção, e do penhor de safra podem se referir a crédito futuro. Assim, na observação de Fernando Noronha, uma prestação obrigacional de dar, por exemplo, pode se referir a coisa futura, às vezes indicada só pelo gênero e pela quantidade, como está no art. 243 do Código Civil (*Direito das obrigações*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. I, p. 292). Pois nessa hipótese já se admite a fiança, sempre subordinada, contudo, à determinação que se venha fazer do objeto da obrigação, antes do que não caberá demanda contra o fiador.

Com efeito, preceitua o dispositivo em tela que o fiador somente poderá ser demandado depois de a obrigação garantida ter se tornado líquida e certa.

Vai mais além a doutrina, assentando que a fiança pode ser contratada separadamente da obrigação principal, antes ou depois dela. Contratada antes, também haverá o contrato de garantia já aperfeiçoado, mas na dependência de uma obrigação principal que se venha constituir e tornar-se líquida e certa. Nesse sentido, exemplifica Washington de Barros Monteiro com a fiança prestada para garantir a futura gestão de alguém à frente de um caixa bancário, somente sendo exigível a fiança se e quando essa obrigação principal se fixar com exatidão, com preciso conhecimento de seu alcance (*Curso de direito civil* 34. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. V, p. 380).

Jurisprudência: Sobre a fiança garantindo débito futuro: TJMG, Ap. cível n. 1.0074.04.018258-1/001, rel. Des. Afrânio Vilela, j. 07.06.2006. Ainda: TJSP, Ap. cível n. 7.076.665.300,16ª Câmara, rel. Des. Windor Santos, j. 08.09.2009.

Art. 822. Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador.

CC/1916: art. 1.486.

A exemplo do que já fazia o CC/1916, a atual lei civil, no artigo em comento, distingue a fiança limitada da ilimitada. Em diversos termos, permite o Código Civil que a fiança seja limitada, por exemplo, a determinado valor máximo, ou a determinadas verbas devidas pelo afiançado, assim excluindo-se os respectivos acessórios. São limitações quantitativas ou qualitativas. Pense-se em um contrato de locação, em que o fiador somente se tenha responsabilizado por garantir um valor máximo do débito locatício ou apenas o pagamento dos aluguéis.

Certo porém que, inexistindo ressalva expressa que limite a fiança, ela como regra implicará a responsabilidade pelo pagamento dos acessórios da obrigação principal garantida e não honrada. Assim, responderá o fiador pelos acréscimos que vêm dispostos no art. 389 do Código Civil, quais sejam os juros, a atualização monetária e os honorários, veja-se, estes devidos ao credor pela atuação extrajudicial de um advogado ou pela contratação particular, não sucumbencial. Também a cláusula penal será de responsabilidade do fiador.

No caso do contrato de locação, é comum ilimitar-se a fiança, dizendo ser ela dada para a garantia de todas as obrigações oriundas do pacto, então abrangendo despesas de condomínio, tributos e mesmo danos provocados ao imóvel locado pelo inquilino. E aqui diferencia Lauro Laertes de Oliveira a inclusão de acessórios na garantia e a interpretação extensiva de seus termos, o que não se permite, exemplificando com a restrição da fiança a aluguel, mas incluindo-se juros e atualização monetária, específicos acréscimos de seu não pagamento decorrentes, a não ser que textualmente excluídos, o que não se dá, porém, com os danos causados ao imóvel (*Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 41). Já quanto às despesas resultantes da demanda que o credor tenha se visto na contingência de propor contra o afiançado, apenas por elas se responsabilizará o fiador se for de seus termos cientificado (v., quanto às despesas do despejo, Súmula n. 268 do STJ).

Especificamente no caso da locação, entende-se que o fiador responda por qualquer reajuste legal do aluguel, tanto quanto por aqueles contratuais previamente ajustados. Porém, somente responderá por reajustes convencionais posteriores se a eles tiver anuído, tal como sedimentado no enunciado da Súmula n. 214 do STJ.

Conforme já salientado quando dos comentários aos artigos destinados ao tratamento de contratos que, tradicionalmente comerciais, foram regrados, hoje, no Código Civil (v. g., comentário ao art. 710), pretendeu-se, com a nova legislação, um regramento unificado para as obrigações civis e comerciais. Daí, inclusive, a revogação, pelo Código Civil de 2002, de toda a primeira parte do Código Comercial e, no que agora interessa, incluindo a fiança. Unificadamente tratadas, algumas divergências de previsão que antes se punham entre a fiança civil e a comercial precisam ser enfrentadas. Assim quanto à disposição de que ora se cuida. Isso porque, no Código Comercial (art. 257, revogado), se previa que a fiança necessariamente abrangia os acessórios do débito, sem a ressalva, que no CC/1916 se encontrava, acerca da possibilidade de limitá-la. Acentuava Waldírio Bulgarelli, sobre a fiança comercial, que ela sempre compreendia os acessórios (*Contratos mercantis*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 1984, p. 513). Pois hoje, expressamente revogada toda essa parte do Código Comercial (art. 2.045 do CC), é lícito entender que também a fiança comercial possa ter sua extensão limitada.

Jurisprudência: Súmula n. 214, STJ: O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

Interpretando a súmula com ressalva: Embargos de divergência no REsp n. 566.633/CE, 3ª Seção, rel. Min. Paulo Medina, j. 22.11.2006.

Súmula n. 268, STJ: O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado.

Assentando que a cientificação dos fiadores condiciona a sua responsabilidade pelos encargos da demanda ajuizada, pelo credor, contra o afiançado, mas não os torna partes pas-

sivas legítimas para a execução da sentença que naquela mesma ação, de que não foram parte, se tenha proferido: *RT 788/311*.

Pela responsabilidade do fiador locatício diante de danos provocados ao imóvel: Fiança. Prejuízos causados ao imóvel pelos inquilinos. Fiador que responde pelos danos se assumiu de maneira integral, sem limitação de tempo e em qualquer hipótese, a garantia das obrigações decorrentes da relação *ex-locato*. Sub-rogação do contrato, ademais, que não isenta o garante de responsabilidade. (*RT766/282*)

Art. 823. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada.

CC/1916: art. 1.487.

Depois de reiterar que a fiança pode ter sua extensão limitada à parte da dívida afiançada, tanto quanto pode ser contratada em condições menos onerosas que as da obrigação afiançada, de resto, tal como se prevê no dispositivo anterior, estabelece a nova lei, não em diverso sentido do que continha o CC/1916 (art. 1.487), que essa modalidade de garantia, pela sua acessoriedade, possui uma inerente limitação, que é ao valor máximo da obrigação garantida, da mesma forma que sua contratação nunca se pode dar de maneira mais onerosa que as condições da obrigação principal. Ou seja, nada impede que, para uma obrigação de cem, se contrate uma fiança limitada a cinquenta. De igual maneira, também nada impede que se contrate a fiança a juros menores que os da obrigação principal nem a condição ou termo menos onerosos que os da obrigação principal, que inclusive pode ser simples, não condicionada. A rigor, o contrário é que a lei proíbe, impedindo que a fiança seja mais onerosa que a obrigação garantida. Não se pode é contratar fiança simples quando a obrigação principal seja condicional; a juros maiores que os da dívida afiançada; ou em valor maior que o garantido. Se isso ocorrer, vale dizer, se a fiança for pactuada de forma mais onerosa - quanto a valor, modo, lugar, tempo, condição ou encargos - que a obrigação principal, a despeito de inostrar causa de invalidade, ela será reduzida aos limites quantitativos e qualitativos daquela dívida afiançada.

Jurisprudência: Limitando a fiança ao importe da obrigação garantida: TJMG, Ap. cível n. 1.0024.01.031215-5/001, rel. Des. Nilo Lacerda, j. 06.09.2006.

Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.

CC/1916: art. 1.488.

Por encerrar uma obrigação acessória, dependente de outra principal, dispõe o artigo em comento, sem diferença do que continha o CC/1916, que a fiança não pode ser dada para garantir obrigação nula. Ou seja, nula a obrigação principal, como regra, nula a fiança.

Desde a anterior legislação, porém, já ressaltava Clóvis Bevilacqua o que, a seu ver, era uma impropriedade da lei, porquanto de nulidade não se pretendeu tratar no texto projeta-

do, eis que óbvia, sendo dispensável dizê-lo, na verdade tendo se tencionado aludir à obrigação anulável, também impassível de fiança, salvo quando sua causa fosse a incapacidade do devedor (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 253).

O fato, porém, é que ambos os Códigos, anterior e atual, acabaram mencionando a impossibilidade de afiançar obrigação nula, exceto se proveniente a nulidade da incapacidade do devedor. Sendo assim, sustenta Lauro Laertes de Oliveira, por exemplo, que as obrigações anuláveis, até porque passíveis de confirmação e convalidação, são afiançáveis, mas ressaltando que, uma vez anuladas, anula-se, por conseguinte, a fiança (*Da fiança*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 11).

De qualquer forma, quando a invalidade da obrigação principal resultar da incapacidade pessoal do devedor, então aí a fiança subsistirá, mesmo invalidada a obrigação principal. Ou, por outra, não pode então se escusar o fiador a pretexto de que é inválida a obrigação principal. Isso porque, na verdade, nesses casos tem-se, de novo na lição de Clóvis (op. cit.), que o fiador garante o credor contra os riscos da incapacidade do devedor, não integrante, como se viu no comentário ao art. 820, do contrato fidejussório, consumável sem sua oitiva ou contra sua vontade. Uma questão, porém, se coloca caso o fiador desconheça a incapacidade do devedor cuja dívida afiança, tanto mais pela impossibilidade de alegar isso em seu favor, consoante regra do art. 837 do Código Civil. Nessa hipótese, sustenta-se somente deduzível pelo fiador, diante do credor, eventual vício de vontade que a respeito tenha ocorrido, com a contingência da prova dos requisitos respectivos (v. g., OLIVEIRA, Lauro Laertes de. Op. cit., p. 11).

Por fim, o parágrafo único do artigo em questão estabelece, a rigor, uma exceção à exceção que já se contém no *caput*. Ou seja, a fiança se invalida se nula ou se, anulável, vem a ser anulada a obrigação afiançada. Isso não ocorrerá, todavia, se a causa da invalidade for a incapacidade do devedor afiançado. Mas, aí a norma do parágrafo, mesmo nessa hipótese de incapacidade do devedor, a fiança não subsistirá se dada a menor a quem concedido um mútuo. Em diversos termos, se se afiança um mútuo feito a menor, então também a fiança, nessa hipótese, seguirá o mesmo caminho da obrigação principal, de resto como corolário da regra textual do art. 588 do Código Civil de 2002, segundo a qual o mútuo feito a menor, sem devida autorização, não pode ser reavido do mutuário e nem dos fiadores, frise-se, salvo nas hipóteses do art. 589.

Quanto às obrigações naturais, desde que decorrentes de dívida ou aposta, vige a regra prevista no art. 814, § 1º, a cujo comentário se remete o leitor. No que toca às obrigações prescritas, por isso que igualmente despidas de ação, prevalece o entendimento de que não são afiançáveis, porquanto uma forma de dotar de exigibilidade uma dívida que não a possui, mercê de obrigação acessória que não se pode dissociar da principal (ver, em sentido contrário, e referindo também os juros não convencionados: OLIVEIRA, Lauro Laertes. Op. cit., p. 14).

Art. 825. Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação.

CC/1916: art. 1.489.

Repetindo regra do Código Civil anterior, o dispositivo em comento sempre teve sua aplicação muito mais restrita às hipóteses de fiança legal ou judicial (ver comentário ao art. 818), ou seja, quando imposta por lei ou pelo juiz, no processo, cumprindo então ao devedor oferecê-la e podendo recusá-la o credor nas hipóteses previstas no dispositivo em exame. Isso se afirma porque, a rigor, na fiança convencional já nem mesmo se firmará o contrato se recusá-lo o credor. Apenas haverá lugar à aplicação do preceito, se a fiança é convencional,

como lembra Lauro Laertes de Oliveira (*Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 44), se já havido prévio ajuste obrigando o devedor a apresentar fiador.

De qualquer modo, em todos esses casos o credor poderá recusar o fiador indicado, em primeiro lugar se não se tratar de pessoa idônea. A referência se faz a pessoa que, por sua conduta, possa dificultar a efetivação da garantia. Pense-se no indivíduo renitente no cumprimento de suas obrigações, sempre envolvido em demandas de cobrança, emitente ou sacador de inúmeros títulos protestados, enfim sobre quem pese séria dúvida quanto à idoneidade nas relações econômicas, no tráfico negocial.

Da mesma forma, pessoa indicada que resida em município diverso pode representar obstáculo ou dificuldade maior à excussão da garantia fidejussória, por isso também se erigindo, aqui, motivo para a recusa.

Finalmente, alguém com patrimônio livre e desembaraçado, mas que seja insuficiente se confrontado com o valor do débito a ser garantido, pode ser recusado pelo credor quando indicado à fiança. Veja-se, portanto, que as hipóteses figuradas têm todas em comum a nota da preocupação do legislador com a higidez da garantia a ser prestada. Em diversos termos, abre-se a possibilidade de o credor recusar fiador indicado, quando o imponha a lei, o juiz ou mesmo um acordo, sempre que dúvida justificada houver acerca de sua aptidão a fazer cumprir a função garantidora que a fiança, afinal, possui. O que, ao revés, significa também que a recusa do credor não pode ser injustificada, destarte abusiva, com o que não se compadece o novo sistema civil, desde a parle geral do Código (ver art. 187).

Art. 826. Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído.

CC/1916: art. 1.490.

Na mesma senda da disposição do artigo antecedente, isto é, atentando-se à necessidade de que a fiança seja e permaneça íntegra, suficiente a desempenhar seu papel de garantia de uma obrigação principal, prevê a lei que pode o credor exigir a substituição do fiador quando ele já não se mostrar apto a cumprir essa função. Assim que, de maneira geral, poderá ser exigido novo fiador quando o anterior tiver caído em insolvência ou se tornado incapaz. Tudo porque, repita-se, nesses casos, terá a fiança perdido sua aptidão à mais efetiva garantia do débito.

Bem ressalva Washington de Barros Monteiro, porém, que essa prerrogativa só se defere ao credor se a fiança não foi por ele diretamente firmada sem a ciência do devedor, vale dizer, se a fiança não se convencionou, na forma permissiva do art. 819, à revelia ou mesmo contra a vontade do devedor, afinal então ao credor imputando-se o risco de sua escolha (*Curso de direito civil*, 34. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. V, p. 379-80). Ou, como salienta Pontes de Miranda, e tal como sucede com relação ao artigo anterior, o artigo em comento somente terá aplicação naqueles casos em que o devedor esteja adstrito a dar fiador (*Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, t. XLIV, § 4.788, n. 8, p. 158).

De resto, ao menos a insolvência do fiador, só que lá desde que judicialmente declarada, constitui mesmo uma causa de vencimento antecipado da obrigação, tal como está no art. 333, III, do Código Civil. O que significa dizer, então, que, postulada a substituição do fiador e inerte o devedor em substituí-lo, quando isso lhe competir (v. comentário ao artigo anterior), poderá o credor, de imediato, cobrar a dívida, considerada antecipadamente vencida. Também é hipótese de vencimento antecipado, não a insolvência, a ensejar substituição do fiador, mas o que, genericamente, se alude no art. 333, III, como redução da garantia. Pense-se no fiador que não cai em insolvência mas, mesmo assim, tem seu patrimônio sensivelmente reduzido. Nessa hipótese, poderá ser exigido pelo credor, de novo quando ao devedor incumba fazê-lo, o refor-

ção da garantia, persistindo, todavia, o fiador originário. E ainda aí, no caso de inércia, com possibilidade de vencimento antecipado, frise-se, perante o devedor principal.

Tem-se discutido sobre se, da mesma maneira que o domicílio em município diverso é causa de recusa da fiança, a mudança do fiador para domicílio diferente pode dar azo a pleito de sua substituição, afinal, para uns, por igual motivo da dificuldade de excussão da garantia, mas obtemperando-se, de outra parte, e ao que se acede, que dificultar não é o mesmo que impossibilitar, como no caso de insolvência ou incapacidade, então sendo exigível reforço (no sentido da admissão da substituição, ver OLIVKIRA, Lauro Laertes de. *Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 46; no sentido contrário, ver MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 161).

É evidente que, em todos os casos em que são preenchidos os requisitos para a substituição, além da cobrança pelo vencimento antecipado, pode o credor se valer da ação de execução específica.

A insolvência, que autoriza a substituição do fiador, deve ser tomada em sentido amplo, como a situação de superação das dívidas do fiador, se confrontadas com seu ativo (art. 955 do CC). Não importa a causa da insolvência, desde que seja posterior à contratação da fiança, dado que, se o quadro lhe era preexistente, e da insciência do credor, a este só restará a anulação por eventual vício de vontade. Da mesma forma, a incapacidade, por qualquer de suas causas, enseja a possibilidade de substituição do fiador se manifestada após a contratação.

Por fim, vale anotar que, no Código Comercial, nesta parte revogado (art. 2.045 do CC), havia também previsão de substituição do fiador quando este viesse a falir, aí sem grande diversidade para a legislação civil, mas também quando o fiador viesse por qualquer motivo a se desonerar ou quando morresse (art. 263). A rigor, contudo, já não havia, como apontava Lauro Laertes de Oliveira (op. cit., p. 45-6), maior incompatibilidade com o anterior Código Civil, portanto aplicando-se a mesma regra ao novo, dado que, sempre que for obrigado o devedor a dar fiador, a desoneração deste, por causa não imputável ao credor, ou sua morte, extintiva da fiança, destarte sem garantir débitos posteriormente surgidos, ensejará pleito de indicação de outro garante.

Seção II

Dos Efeitos da Fiança

Art. 827.0 fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

CC/1916: art. 1.491.

Dentre os efeitos da fiança, de que o Código Civil se dá a tratar na seção presente e, de resto, tal como o fazia o Código anterior, está o benefício de ordem ou de excussão, vale dizer, a prerrogativa que ao fiador se defere de exigir, uma vez demandado pelo débito afiançado, que primeiro sejam executados os bens do devedor. A ideia fundamental é que, se a fiança é garantia acessória e subsidiária, então primeiramente devem responder pela dívida afiançada os bens do devedor principal. Mas veja-se, a propósito, que o benefício implica a possibilidade, que ao fiador se confere, de opor uma exceção à cobrança que lhe é endereçada, o que significa dizer que ao credor não se põe uma obrigação de primeiro acionar o devedor.

Reclama o dispositivo, porém, que o fiador deduza a *exceptio excussionis* até a contestação da lide. Se se cuida de ação de conhecimento, há quem sustente deva o fiador efetivar o chamamento ao processo do devedor, na forma do art. 77,1, do Código de Processo Civil, a

fim de que, na execução de título judicial, possa nomear à penhora, na forma do art. 595 do CPC, bens do afiançado, integrado ao processo de que emanado o título executivo (OLIVEIRA, Lauro Laertes de. *Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 49; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 96). Se a execução se faz por título executivo extrajudicial, citado o fiador, incumbe-lhe, então, já diretamente, por descaber o chamamento, nomear bens do devedor principal à penhora. Deverá fazê-lo, pois, e ao que se entende, no prazo do art. 652 do Código de Processo Civil, inexistente prévia fase de conhecimento, inclusive sem possibilidade de alegação em embargos, a pretexto de que a tanto o induza a expressão *contestação da lide* (malgrado a existência de forte posição nesse sentido...), de modo a fixar o termo *ad quem* da exceção (malgrado a existência de forte posição nesse sentido, valendo conferir, por exemplo, SANTOS, Gildo dos. “A fiança”. In: *O novo Código CzV/7*, coord. Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo, LTr, 2003, p. 729-79). Athos Gusmão Carneiro sustenta até que, se o devedor principal não é parte na execução de título extrajudicial e o fiador nomeia seus bens à penhora, deverá mesmo o credor aditar a execução (op. cit., p. 97). Talvez melhor considerar, seja a execução de título judicial ou extrajudicial, que a nomeação envolva apenas questão de responsabilidade patrimonial e não de obrigatória integração do afiançado no processo.

É fato, porém, que o exercício do benefício de ordem, a rigor, se consuma justamente por meio da indicação de bens do devedor principal que possam, antes, ser executados. Por isso o parágrafo único do artigo em comento, de um lado, impõe ao fiador que deduza a exceção de excussão a nomeação de bens do devedor. E, de outra parte, impõe ainda que essa indicação recaia sobre bens que possam suportar a execução, de sorte a fazê-la proveitosa. Assim é que os bens indicados devem ser livres e desonerados, além de suficientes a fazer frente ao crédito cobrado. A despeito de críticas que a propósito já se faziam sob a égide do anterior Código Civil, repetiu-se - o que não continha o art. 595 do CPC - a exigência de que esses mesmos bens se situem no município.

Impende, por fim, anotar que, para as fianças mercantis, o Código Comercial, nessa parte revogado (art. 2.045 do CC), impunha solidariedade entre o fiador e o devedor afiançado, razão pela qual se sustentava que nelas descaberia o benefício de ordem. Mas, mesmo à luz da lei comercial, interpretação diversa do citado dispositivo se procurava fazer, no sentido de que tal solidariedade se impunha entre cofiadores, e que, na verdade, o benefício de ordem, ainda nas fianças comerciais, se poderia inferir da regra do art. 261 (revogado) do Código Comercial, quando permitia ao fiador demandado antes do devedor indicar à penhora bens deste, se desembargados. Porém, a questão hoje se supera pelo tratamento unificado que o Código Civil de 2002 reservou ao direito obrigacional em si e, nessa esteira, ao contrato de fiança, como já se salientou, de resto, no comentário ao art. 822.

Jurisprudência: Sobre o exercício, pelo fiador, do benefício de ordem, ver: TJMG, Ap. cível n. 1.0450.07.000005-1/001, rel. Des. Viçoso Rodrigues, j. 31.07.2007. Sobre o prazo para indicação de bens do devedor: TJRS, Ap. cível n. 70.015.772.478, 5ª Câ., rel. Des. Umberto Sudbrack, j. 09.08.2006. Condicionando o exercício do benefício de ordem à indicação de bens livres dos afiançados: TJSP, Ap. cível n. 992.090.342.410, rel. Des. Rosa Nery, j. 16.11.2009.

Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:

I - se ele o renunciou expressamente;

II - se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;

III - se o devedor for insolvente, ou falido.

A regra do artigo presente, de redação idêntica à do art. 1.492 do anterior Código, estabelece hipóteses em que não terá lugar o benefício de ordem. Certo que, além desses casos, importa não olvidar os próprios requisitos para dedução do benefício, examinados no artigo antecedente, que, se ausentes, impedem seu manejo. Mas, como está no dispositivo em tela, também descaberá o benefício, em primeiro lugar, se a ele tiver renunciado, expressamente, o fiador.

É o que muito corriqueiramente acontece nos contratos de locação, inclusive pré-impressos. Apenas se exige que a renúncia seja explícita, ademais igualitariamente manifestada (art. 426); muitos, porém, cogitam de renúncia tácita quando o fiador deixa de alegar o benefício até a contestação da lide ou quando, na execução, deixa de nomear à penhora bens do devedor. Todavia, como observa Lauro Laertes de Oliveira, se esses casos são mesmo de renúncia tácita o efeito de preclusão, o efeito é o mesmo, impeditivo do benefício (*Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 56).

Em segundo lugar, também não terá cabimento manifestação da exceção de excussão quando o fiador se tenha obrigado como principal pagador, não sendo compatível asserção dessa espécie com a subsidiariedade que está na base do benefício de ordem, como visto no comentário ao artigo anterior. Ainda quando o fiador se declare devedor solidário, ter-se-á por inviabilizado o mesmo benefício se, afinal, a solidariedade passiva confere ao credor a prerrogativa de demandar toda a dívida de qualquer dos codevedores, isoladamente (art. 275). Para alguns, de resto, essas hipóteses em que o fiador se obriga como principal pagador ou como devedor solidário são mesmo formas de renúncia tácita (ver MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil* 34. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 383).

Por último, afasta a possibilidade do benefício de ordem a insolvência ou falência do devedor, dado que, nesses casos, não teria o fiador como indicar bens desonerados, àquele pertencentes, e que fossem suficientes para solver o débito afiançado. A discussão toda que se coloca é se a insolvência ou falência precisariam ser judicialmente decretadas para que se operasse a hipótese excludente em comento, ou se bastaria a incidental prova da insuficiência patrimonial do devedor. Por exemplo, sustentando a primeira posição, vale conferir José Augusto Delgado, em *Comentários ao novo Código Civil* coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, t. II, p. 224; sustentando a segunda, cite-se Lauro Laertes de Oliveira, op. cit., p. 57. Quer parecer, porém, que só a declaração judicial imponha a indisponibilidade dos bens do devedor, de modo a, automaticamente, impedir a nomeação de bens livres e desembaraçados. Outra é a questão de provar, para exercício do benefício de ordem, que os bens nomeados sejam suficientes à satisfação do débito.

Jurisprudência: Fiança. Benefício de ordem. Impossibilidade de sua arguição quando o fiador, por ocasião do contrato de locação, expressamente renunciou ao mesmo e se obrigou como principal pagador ou devedor solidário. Inaplicabilidade do art. 1.491 do CC (de 1916) e art. 595 do CPC. Inteligência do art. 1.492, I e II, do CC (de 1916). (*RT165/274*)

Assentando a exclusão do mesmo benefício quando o devedor seja falido ou insolvente: *RT760/300*. No mesmo sentido: STJ, REsp n. 703.269, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 07.11.2006.

Art. 829. A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão.

Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.

Outro dos efeitos da fiança, tratado na seção presente, é o benefício de divisão. Trata-se, porém, ao contrário do benefício de ordem, de prerrogativa que as partes que prestam fiança em conjunto devem explicitar, porquanto não encerra a regra geral. Ao revés, como explicita o artigo em comento, e já o fazia seu correspondente no CC/1916 (art. 1.493), quando duas pessoas prestam, mercê de um mesmo ato, fiança para garantir uma idêntica dívida, obrigam-se solidariamente se nada ressalvaram. Isso significa, nos exatos termos do art. 264 do Código Civil, que à garantia fidejussória concorrerão fiadores responsáveis, cada qual deles, indistintamente, pelo total do débito afiançado.

Impende destarte, à incidência da norma, que haja pluralidade de fiadores, obrigados por um mesmo ato, já que bem pode haver várias fianças prestadas autônoma e separadamente» sem relação interna entre os fiadores que, pagando, somente terão regresso contra o afiançado, mas nunca entre si. lá é diversa a situação da fiança conjunta, em que, como regra, os fiadores respondem solidariamente pelo débito perante o credor, e, havendo pagamento, com regresso também perante os cofiadores, mas pelas suas respectivas cotas, de novo conforme previsão genérica para a solidariedade passiva, prevista no art. 283 do Código Civil, e consoante previsão específica do art. 831, adiante examinado. Mas, e disso cuida o benefício de divisão, permite-se que os cofiadores conjuntos se reservem à garantia, cada qual, de sua cota-parte da dívida garantida. O que implica admitir que, nesse caso, cada fiador somente responderá, então, pela parte proporcional do débito a cuja garantia tiver se obrigado, conforme seja o número de fiadores.

Bem de ver que, erigindo-se um benefício, a divisão deve ser alegada no instante em que o fiador seja cobrado, até então - mas não depois - respondendo todos, perante o credor, pelo risco da eventual insolvência de um dos cogarantes, de tal arte que a cota-parte do fiador insolvente acresce à dos demais, ou seja, reparte-se entre os fiadores solváveis. Em diversos termos, havendo falência ou insolvência de um dos fiadores conjuntos, mesmo estipulado o benefício, sua parte fica excluída da divisão (OLIVEIRA, Lauro Laertes de. *Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 61; SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XIX, p. 469).

Por fim, se, como se disse, o benefício de divisão deve ser deduzido pelo devedor demandado, e impassível, assim, de reconhecimento de ofício, nada impede que o beneficiário deixe de fazê-lo, respondendo, pois, pelo total do débito.

Jurisprudência: Assentando a solidariedade se não ressalvada a divisão: TJRS, Ap. cível n. 70.014.415.657, 16ª Câ., rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 29.03.2006. No mesmo sentido: TJSP, Ap. cível n. 992.070.524.571, 30ª Câ., rel. Des. Marcos Ramos, j. 21.10.2009.

Art. 830. Cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado.

CC/1916: art. 1.494.

Diferentemente do benefício de divisão, cogitável quando a fiança seja prestada em conjunto, cuida o artigo em tela da limitação da responsabilidade de cada fiador, quando vários existam, quer tenha sido prestada a fiança em conjunto, quer separadamente. A regra encerra corolário da própria disposição dos arts. 822 e 823, que permitem que se estabeleça uma fiança limitada, tal qual aqui ocorre, só que se cogitando da concorrência, à garantia, de mais de um fiador.

Tem-se, pois, que cada fiador restringe a garantia que presta a um valor-limite que se contém no total da dívida principal. E por mais não se obriga. Nem mesmo há necessidade

de que a limitação imposta à extensão da responsabilidade de cada qual dos fiadores seja igual. Podem os fiadores responder cada um por parte diversa da dívida total.

Havendo essa limitação, nada além do valor estabelecido poderá ser exigido do fiador que, ademais, e de novo diversamente do que se dá no benefício de divisão, não responde pela eventual insolvência ou falência de outro fiador.

Art. 831.0 fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.

Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros.

CC/1916: art. 1.495.

O artigo em questão versa sobre outro dos efeitos da fiança: é o benefício de sub-rogação. Isso significa que, pagando o fiador o débito afiançado, fica sub-rogado nos direitos do credor originário, de modo a exercer sua pretensão regressiva contra o devedor mediante as mesmas preferências e privilégios que acaso beneficiassem o crédito garantido.

Como sabido, o caso do fiador que adimpe a obrigação afiançada é exemplo típico de pagamento de um débito feito por terceiro juridicamente interessado. Trata-se de quem não é o devedor originário mas paga a sua dívida porquanto potencialmente afetado, em sua esfera jurídica, pelo respectivo inadimplemento. É, de resto, o que soa da disposição genérica do art. 346, III, do Código Civil de 2002. Qualquer terceiro juridicamente interessado que paga o débito pelo qual podia vir a ser obrigado sub-roga-se, de pleno direito, diz a lei, nos direitos, ações, privilégios e garantias que tinha o primitivo credor contra o devedor e, explicita o art. 349, também contra os fiadores. Tem-se então que o fiador que paga o débito cobra, em regresso, o devedor principal e, como se verá adiante, os cofiadores, munido dos mesmos direitos, ações, privilégios e garantias que tinha o credor pago, a si transferidos por força da sub-rogação legal.

Além disso, no artigo ora em comento, refere-se a sub-rogação - malgrado sem excluir o regresso, mas sem transferência dos direitos e ações do credor - tão somente ao fiador que paga *integralmente* o débito. Já o explicava Clóvis Bevilacqua com a preocupação, da lei, de ressaltar a situação do credor originário, de quem, por sub-rogação, apenas transferidos os direitos e ações quando quitado (*Código Civil comentado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 262). É de ver, porém, que já na regra geral do pagamento por sub-rogação se prevê a possibilidade de sua ocorrência diante de um adimplemento parcial consumado pelo terceiro interessado, mas então limitado o exercício regressivo dos direitos e ações do credor ao quanto tiver sido desembolsado pelo terceiro, e preservando-se, pelo saldo ainda em aberto, a preferência do credor originário (arts. 350 e 351).

Já se disse que o fiador que paga pode exercer, sub-rogado da mesma forma antes examinada, o direito regressivo também contra os cofiadores. Apenas que, nessa hipótese, só poderá fazê-lo até o limite da cota que seja devida por cada qual deles, portanto não pelo valor total do que pagou em benefício, não seu próprio, mas exclusivo do devedor primitivo, este sim, contra quem, por isso, possui regresso total. Nada mais, a rigor, senão a aplicação da regra geral contida no art. 283, que prevê o regresso entre devedores solidários quando um deles paga o débito.

Estabelece ainda o parágrafo único do dispositivo em tela que, nesse caso, e se houver cofiador insolvente, a quota a ele cabente será distribuída entre os demais. A ideia é que o fiador que pagou não arque, sozinho, com o prejuízo decorrente dessa insolvência, assim dividida com os demais fiadores, na proporção da quota de cada qual. É evidente que toda a sistemática da segunda parte do presente artigo, e de seu parágrafo, pressupõe que não tenha o fiador sido demandado nem pago parte determinada do débito, inclusive por ter havido o benefício da divisão.

Por fim, diz-se inoportunizar o efeito da sub-rogação para o exercício de direito regressivo quando a fiança tiver sido prestada com *animus donandi*, por exemplo de pai a filho, quando o pagamento se faz como doação; quando o fiador não comunicar o pagamento ao devedor, ensejando que ele também o faça, e de forma prevalente, mesmo que *a posteriori*, mas sem ciência do adimplemento do fiador, cabendo a este, então, repetição contra o credor; quando, também sem ciência do devedor, ou com sua oposição, deve-se acrescentar, na esteira do art. 306, o pagamento se faça pelo fiador malgrado a existência de causa extintiva da obrigação por aquele oponível, de novo ao garante cabendo apenas a mesma repetição contra o credor (v. *g.v. pereira*, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. III, p. 501).

Especificamente no que concerne ao contrato de locação, garantido por fiança, não se considera que o fiador que paga a dívida do locatário fique livre, na cobrança regressiva, da impenhorabilidade que beneficia o bem de família do devedor, porquanto nem mesmo o locador disso se livraria, eis que concedida a penhorabilidade excepcional de bem dessa natureza apenas na cobrança dirigida contra ele, fiador, pelo senhorio (art. 3º da Lei n. 8.009/90, considerado constitucional mesmo diante do disposto no art. 6º da CF/88, com redação dada pela EC n. 26/2000).

Jurisprudência: Condicionando medidas de garantia da cobrança do crédito sub-rogado ao prévio pagamento da dívida afiançada: "Fiança. Arresto. Fiador que, antes de efetuar o pagamento da dívida afiançada, requer o deferimento da medida cautelar. Inadmissibilidade". (RT 767/293)

Considerando constitucional o art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, mesmo em face da superveniência da EC n. 26/2000, que deu redação ao art. 6º da CF/88: STF, RE n. 407.688/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.06.2006, DJU 06.10.2006.

Assentando a sub-rogação nas garantias e privilégios, mas também nas limitações do contrato primitivo: STJ, REsp n. 1.081.963, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJ 03.08.2009.

Art. 832. O devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança.

CC/1916: art 1.496.

Complementando a regra do artigo anterior, e da mesma forma tal qual já procedia o Código Civil de 1916, garante a lei ao fiador, na esteira da preocupação de lhe permitir o integral exercício de direito regressivo perante o devedor afiançado, que, inexistente limitação a respeito, deste venha a cobrar não só o que houver pago pelo principal do débito garantido como, também, qualquer outro acessório dele decorrente, assim entendidas as perdas e danos com que tenha arcado. Mais, faculta-se-lhe o ressarcimento de acréscimos tais como cláusula penal, honorários advocatícios ou atualização monetária que tenha se visto na contingência de pagar.

Da mesma forma, desde que o comprove, pode o fiador cobrar, do afiançado, prejuízos que ele próprio tenha sofrido com o pagamento da fiança. Por exemplo, o retardo no pagamento de suas próprias dívidas, assim acrescidas, a necessidade de se desfazer de algo de seu patrimônio, às vezes por valor depreciado, enfim qualquer dano que tenha sofrido em razão do pagamento do débito afiançado, portanto de que terá o direito de ser reembolsado.

A ideia fundamental é ressarcir o fiador, integralmente, pelo quanto haja despendido para pagar a fiança, sem que se lhe atribua, então, algum decréscimo patrimonial em razão da garan-

tia prestada em favor de terceiro, ainda que gratuitamente, de forma benéfica, o que, diferentemente da doação, não pressupõe que lhe advenha um desfalque, uma diminuição em seu patrimônio (cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil* 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 360).

Art. 833.0 fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora.

CC/1916: art. 1.497.

O artigo em tela, tal como seu correspondente no CC/1916, cuida do que se convencionou chamar de juros do desembolso. Ou seja, o fiador, desde o instante em que paga a obrigação afiançada, vê vencer, em seu favor, juros pelo quanto a esse propósito tenha despendido. Bem se vê, portanto, que tais juros não se confundem com os juros que incidem sobre o débito principal, aquele afiançado. A regra, a rigor, deduz-se do mesmo princípio insculpido no dispositivo do artigo precedente. Mesmo prestada de forma benéfica, a fiança difere da doação porque, *a priori*, não tenciona o fiador, com ela, transferir de seu patrimônio bens ou valores ao afiançado. Por isso que, honrando a fiança, deve ser ressarcido de tudo que a esse título haja pago.

Tem o devedor afiançado, portanto, uma obrigação de reembolsar o fiador quando este tenha pago seu débito ao credor, destarte desde aí vencendo juros sobre essa quantia a ser reembolsada. A taxa desses juros do desembolso será idêntica à taxa de juros ocasionalmente estabelecida na obrigação principal. Se lá não estiver convencionada, a taxa dos juros do desembolso será a legal, fixada na forma do art. 406 do Código Civil, a cujo comentário se remete o leitor.

Art. 834. Quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento.

CC/1916: art. 1.498 (parcial).

A mesma providência que continha o art. 1.498 do anterior Código se repete no presente. Autoriza-se, com efeito, que o fiador possa dar andamento à demanda injustificadamente paralisada que tenha sido movida pelo credor contra o devedor afiançado. O pressuposto é e sempre foi o de que, afinal, o fiador tem todo interesse em que se consume, de maneira proveitosa, a cobrança que o credor promove contra o afiançado, de sorte, assim, a se forrar aos efeitos do inadimplemento diante do qual foi estabelecida a garantia.

Pense-se na execução que, retardada, pode já encontrar um patrimônio por isso insuficiente do devedor. Interessa ao fiador que isso não aconteça, já que assim seria liberado de seu vínculo de garantia, razão pela qual se lhe defere o que se tem entendido ser uma verdadeira legitimação anômala ou extraordinária para prosseguir na execução, algo, segundo Washington de Barros Monteiro, muito próximo da execução inversa que o devedor podia encetar, na forma do art. 570 do CPC, em sua redação originária (*Curso de direito civil-direito das obrigações*, 2ª parte, 34. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. V, p. 385-6). A ideia é de que se trata de medida de consumação, por outrem, do direito do credor, inerte em fazê-lo.

É bem verdade, porém, que na execução inversa cogita-se do dever que tem o credor de receber, ao passo que, um pouco diferente, aqui, no artigo em comento, alvitra-se dever a rigor de boa-fé objetiva, ou seja, o de não incidir no abusivo protraimento do exercício de direito, a dano de terceiro, no caso o fiador. Daí que, para que o fiador assuma o andamento da execução, no interesse direto do credor, portanto não desligado da relação creditícia, como

se daria na hipótese do art. 567, III, do CPC, porque não havido pagamento pelo garante, com sub-rogação legal, mas, mesmo assim, em última análise também no seu próprio proveito, porquanto cumprido caminho de desoneração da fiança prestada, o retardo no andamento deve ser ao credor atribuível e sem causa razoável que o justifique.

Dispõe a lei que a providência versada somente se possibilita quando o credor demorar, sem justo motivo, o andamento da execução. Nada mais senão o conceito de abuso, genericamente previsto no art. 187 do Código Civil, a que se remete o leitor, o que caberá ao juiz aferir, no caso concreto, independentemente de prazo que, afinal, o legislador não estabeleceu *a priori*, malgrado servientes, todavia só como um critério, os trinta dias previstos no art. 267, III, do CPC. Para Lauro Laertes de Oliveira, deve-se admitir não só o prosseguimento como o próprio ajuizamento da ação de execução, pelo fiador, no interesse do credor, contra o devedor afiançado (*Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 67).

Na mesma esteira, forte na lição de Alessandro Segalla e de Biasi Ruggiero, o Ministro José Augusto Delgado cogita mesmo de o fiador poder ajuizar inclusive ação de despejo por falta de pagamento contra o devedor afiançado, de novo no interesse imediato do credor, mas em última análise no seu próprio, dado que, assim, limita a extensão da garantia prestada, que se pode alongar por inércia do locador que abusivamente protraí o exercício de seu direito (*Comentários ao novo Código Civil* coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, t. II, p. 257-65). Seria também um caso de legitimação extraordinária, ou de substituição processual, para os autores citados, mas sempre à consideração de que das pessoas se espera - e mesmo impõe a própria Constituição Federal, no art. 3º, I - comportamento leal, pautado pelo solidarismo, que destarte reclama relação de colaboração, de tal modo que a demora no exercício do direito, pelo credor, mesmo que sem esse deliberado propósito, eis que aqui se cogita da boa-fé objetiva (v. g. arts. 113, 187 e 422), pode bem prejudicar o fiador, por isso que então ficando a ele facultadas as medidas aqui cogitadas e, particularmente, aquela disposta no artigo em comento.

Por fim, diga-se que o dispositivo presente, confrontado com seu correspondente, no CC/1916, não mais refere a figura do abonador, prevista no art. 1.482 do Código Bevilacqua, na verdade um garantidor da fiança. Era mesmo uma fiança da fiança, ou uma subfiança, de pouco uso, como observa Gildo dos Santos (“A fiança”. In: *O novo Código Civil*, coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo, LTr, 2003, p. 747-79), pelo que não reproduzida no Código Civil de 2002, malgrado também por ele não vedada.

Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.

CC/1916: art. 1.500 (parcial).

Prestada com termo final previamente estabelecido, a fiança se extingue com o implemento desse tempo. Da mesma forma, posto que firmada sem prazo, porquanto representativa de negócio jurídico acessório, a fiança igualmente se extinguirá se extinta a obrigação garantida. Todavia, pode a fiança ser prestada sem limitação de tempo, quando então, mesmo que ainda vigente o negócio garantido, e desde que também ele não contenha termo final estabelecido *a priori*, que se impõe afinal a quem é garantidor acessório, a qualquer instante poderá o fiador se exonerar.

A ideia evidente é que o fiador não pode permanecer indefinidamente vinculado à garantia prestada, sem saber até quando persistirá essa sua obrigação. Por isso mesmo, defe-

re-lhe a lei a possibilidade de, a seu talante, no exercício de prerrogativa que é mesmo potestativa, exonerar-se da fiança, sempre e quando lhe convier. Mas, diferentemente do Código anterior, que previa igual possibilidade, todavia, na falta de acordo, sujeitando o fiador ao ajuizamento de ação exoneratória para somente a partir do respectivo julgamento se livrar da obrigação de garantia, estatui o Código Civil de 2002 uma automática exoneração desde o sexagésimo dia depois que o credor for notificado da intenção do fiador de se exonerar. Ou seja, basta, hoje, ao fiador notificar o credor para que, depois de sessenta dias dessa cientificação, se libere do vínculo fidejussório.

É certo que, nos sessenta dias subsequentes à notificação, persiste, ainda, sua obrigação de garantia. Porém, ultrapassado esse interregno, sobrevém-lhe automática exoneração, repita-se, diversamente do que previa o art. 1.500 do revogado Código Civil, que impunha a exoneração apenas depois de acordo ou sentença exoneratória.

Muito polêmica, todavia, sempre causou a exoneração de fiador que, em contrato de locação, tivesse prestado a fiança até a entrega das chaves. Tanto mais porque, com a edição da Lei n. 8.245/91 (art. 39), determinou-se que, nos ajustes locativos prediais urbanos e na falta de disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estenderia até a devolução do imóvel. E, agora, com a edição da Lei n. 12.112/2009, que modificou dispositivos da Lei Locatícia, foi acrescentado ao mesmo preceito a ressalva da responsabilidade ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado.

Em se tratando, pois, de fiança prestada sem limitação de tempo, em contratos de locação prorrogados por prazo indeterminado, de há muito se discute se caberia ao fiador se exonerar, a despeito do contido no art. 39 da lei locatícia. Os argumentos de costume versados, basicamente, dizem respeito à prevalência ou não do dispositivo especial diante da dicção geral do antigo art. 1.500, atual 835, do Código Civil, bem assim à existência ou não de um prazo afinal certo quando se estatui que a fiança prevalecerá até a entrega das chaves do imóvel locado. Pois, a propósito, hoje prevalece, no âmbito dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, conforme está no item da jurisprudência, a tese de que a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves não o impede, depois de prorrogado o contrato de locação por prazo indeterminado, de postular, livremente, a sua exoneração, todavia que não se dá, tão somente, de modo automático, pela expiração do ajuste. E de pronto porque, apesar do que foi previsto pela lei especial, a matéria relativa à fiança, uma das garantias locatícias, tem seu unificado regramento no Código Civil. Apenas a ela faz alusão a Lei n. 8.245/91 como uma das espécies de garantias possíveis na locação. Não se estabeleceu, porém, espécie nova ou própria de fiança. Tanto assim que tudo quanto diga respeito à natureza, sub-rogação e efeitos da fiança locatícia se regula pelo disposto no Código Civil. Nesse sentido é a observação de Gil do Santos (“A fiança”. In: *O novo Código Civil*, coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo, LTr, 2003, p. 747-79). Se é assim, o mesmo se deve dar com relação à exoneração, aplicando-se, então, a regra do artigo em comento. E veja-se que a ele é subjacente a preocupação com uma fiança não sem termo, propriamente, que, de fato, pode ser incerto, mas sim com a incerteza desse tempo, ainda que seja certa a ocorrência a que é atinente.

Em outras palavras, a questão não se coloca, como querem muitos, na distinção entre termo e condição, de modo a argumentar que a extensão da fiança até a entrega das chaves represente uma limitação, porquanto certo o evento que determina sua extinção. O problema está na insciência do fiador sobre até que data se estenderá sua responsabilidade, ainda que se saiba, de antemão, que ela um dia cessará, porquanto certo o evento da entrega das chaves. A indefinição sobre o instante da ocorrência, todavia, é o móvel da previsão de que possa ele se exonerar.

Por fim, também acesa a divergência sobre se é possível ao fiador renunciar ao direito de pedir a exoneração, quando a lei o autorize. Parece, porém, que admitir tal prerrogativa significa abrir caminho a uma indefinida vinculação do fiador, o que não se compadece com o

sistema do direito obrigacional, que tende sempre a disponibilizar meio de o obrigado se desvincular. Seria como permitir que o contratante renunciasse ao direito de denunciar um contrato entabulado por prazo indeterminado. Certo que a fiança é ajuste acessório e, por isso, de toda sorte um dia se extingue, quando cessa o contrato principal. Mas não se pode olvidar, tal como dito ao início, de que, se o contrato principal tem prazo pré-definido, a fiança, mesmo sem prazo, necessariamente se estende até o termo da obrigação afiançada. A questão, destarte, somente se coloca quando também a obrigação principal não tenha prazo definido, aí então não se concebendo que o fiador possa, de antemão, dispor da potestativa prerrogativa de se liberar do vínculo fidejussório.

Jurisprudência: Fiança. Locação. Contrato prorrogado por tempo indeterminado sem a anuência do fiador. Inadmissibilidade. Irrelevância da existência de cláusula prevendo a obrigação até a efetiva entrega das chaves. Garantia fidejussória que deve ser interpretada restritivamente (STJ). (RT 807/216)

No aresto colaciona-se decisão, do Superior Tribunal de Justiça, proferida em Embargos de Divergência, no REsp n. 255.392/GO, publicada no *DJU* de 17.09.2001, assentando a possibilidade de livre exoneração do fiador, quando prorrogado o contrato de locação por prazo indeterminado, inclusive sendo irrelevante a existência de cláusula que estenda a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves. No mesmo sentido: RT 810/196 e 797/298. Ver ainda: STJ, REsp n. 575.659/RJ, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21.10.2004.

A recente jurisprudência do STJ consolidou-se a partir do julgamento, primeiro, dos Embargos de divergência n. 566.633/CE, rel. Min. Paulo Medina, no sentido de que o fiador locatício permanece responsável uma vez prorrogado o prazo da locação por tempo indeterminado se não se exonerou na forma da lei civil (ver, em corroboração: Ag. Reg. no REsp n. 911.240/SP, 6ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 15.05.2008, Ag. Reg. nos Embargos de declaração no REsp n. 944.914/SP, 3ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.09.2008, Ag. Reg. no REsp n. 887.660/SP, 6ª T., rel. Min. Paulo Galotti, j. 04.09.2008, Ag. Reg. nos Embargos de declaração no REsp n. 752.856/RJ, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.06.2008); depois, com o julgamento dos Embargos de divergência no REsp n. 791.077/SP, 3ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.03.2007, *DJU* 28.05.2007, no sentido de que, havendo cláusula de vigência, a responsabilidade do fiador não cessa pelo só fato do término do prazo originário do ajuste (ver, a respeito: Ag. Reg. nos Embargos de divergência no REsp n. 845.951/RS, Corte Especial, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04.06.2008).

Permitindo a exoneração do fiador, prorrogado o contrato por prazo indeterminado, especialmente se havida alteração no quadro societário da empresa-locatária: STJ, Ag. Reg. no AI n. 974.280/RJ, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 29.05.2008.

Considerando ciente o credor da intenção de o fiador se exonerar tão logo havida citação dos termos da ação exoneratória: STJ, REsp n. 1.090.298, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves, *DJ* 16.03.2009.

Art. 836. A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança.

A fiança é garantia pessoal que, destarte, mesmo quando prestada por prazo certo, se extingue com a morte do fiador. Mas, até então, persiste a responsabilidade do fiador que, assim, se se traduz numa obrigação já devida ao tempo de sua morte, é transmitida aos herdeiros.

Em diversos termos, dívidas surgidas até o momento da morte, em virtude da fiança prestada, passam aos herdeiros, como de resto é a regra geral da sucessão *causa mortis*. Por exemplo, num contrato de locação, os aluguéis e encargos inadimplidos até o instante do falecimento do devedor são ainda de sua responsabilidade e, dessa forma, por eles respondem os herdeiros. Já locativos posteriormente vencidos não podem ser imputados à responsabilidade dos sucessores do fiador.

Há que ver, todavia, que a responsabilidade acaso afeta aos herdeiros será sempre limitada à força da herança recebida, de novo corolário do princípio geral expresso no art. 1.997 do Código Civil de 2002. Vale anotar ainda que, em se tratando de garantia pessoal, também a morte do afiançado tem-se entendido provocar a extinção da fiança.

Jurisprudência: Fiança. Extinção. Ocorrência. Morte do fiador. Eventuais herdeiros do *de cujus* que só respondem pelos débitos garantidos vencidos até a data do óbito do garante. (RT 778/319)

Sobre a morte do afiançado, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "o contrato de fiança, de natureza personalíssima, extingue-se com a morte do afiançado, não podendo o fiador ser responsabilizado por obrigações surgidas após o óbito daquele". (RSTJ 124/536)

Seção III

Da Extinção da Fiança

Art. 837.0 fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor.

CC/1916: art. 1.502.

O artigo presente, inaugurando as hipóteses de extinção da fiança, mas sem exauri-las, como se pode constatar pela existência de causas exoneratórias já antes examinadas, fora da seção (v. g.y arts. 835 e 836), e a exemplo do que continha o seu correspondente no CC/1916 (art. 1.502), cuida das defesas, como tal compreendida a expressão exceção, que pode o fiador opor ao credor da dívida que tenha afiançado. E, de início, faculta a lei, por evidente, a oposição pelo fiador, diante do credor, de todas as exceções pessoais, isto é, das defesas atinentes ao vínculo de garantia que entre ambos se estabeleceu. Assim, por exemplo, pode o fiador opor ao credor tudo quanto se relacione com vício da fiança em si, tal como a sua nulidade ou anulabilidade, inclusive provocada por eventual vício de vontade que acaso tenha ocorrido. Lembre-se, ainda, das questões de forma, de exoneração, de termo da fiança, conforme comentário aos arts. 819 e 835, todas exceções pessoais oponíveis pelo fiador. Da mesma forma, as restrições específicas que tocam a algumas pessoas para a prestação de fiança (ver comentário ao art. 818). Sem contar os meios indiretos extintivos da própria obrigação fidejussória, como a novação, compensação ou remissão, que ao fiador se refiram.

Mas, além de todas essas exceções pessoais, também é lícito ao fiador opor ao credor qualquer exceção que, posto não pessoal, destarte ainda que deduzível pelo devedor principal, seja extintiva da obrigação. Importa, aqui, não olvidar que a fiança constitui obrigação acessória que, assim, não persiste se a obrigação principal se extingue.

Tem-se, nesse passo, o que em doutrina se convencionou chamar de extinção indireta da fiança. Abre-se, destarte, ao fiador, em primeiro lugar, a possibilidade de alegar, perante o credor, que a dívida principal foi paga pelo devedor. A propósito, porém, há duas ressalvas a serem feitas. Uma é a do pagamento parcial feito de uma dívida parcialmente garantida. Ou seja, se se paga, com a aceitação do credor, uma parte inferior ao montante, também parcialmente garantido em relação ao total da dívida, resta saber se, no silêncio, considera-se paga a parte da dívida afiançada ou da dívida livre da fiança. Para Lauro Laertes de Oliveira a situação se resolve com a regra geral de imputação do pagamento sempre na dívida mais onerosa (art. 355, parte final), que considera ser aquela parte afiançada (*Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 83), decerto o que se faz em prejuízo do credor e da garantia que favorece seu crédito, razão até de defender, por exemplo, Carvalho Santos, a posição oposta (*Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. XIX, p. 488), mas desde que não se reconheça a prévia prerrogativa que tem o credor, inerte o devedor, de imputar, ele próprio, o pagamento.

A segunda ressalva diz respeito às formas especiais de pagamento. Quanto ao pagamento por consignação, vale lembrar a regra contida no art. 339 do Código Civil, segundo a qual, acolhida a demanda consignatória, ao devedor já não será dado levantar a prestação que depositou, mesmo que o credor o consinta, sem a anuência do fiador, sob pena de se ter este último por exonerado. De idêntica forma se, mesmo antes do julgamento, credor e devedor ajustam o levantamento da coisa depositada por este, autor da ação. Quanto ao pagamento feito por terceiro, é de ver que, havida a sub-rogação (arts. 346 e segs.), se preserva a responsabilidade do fiador, portanto a quem não se reconhecerá a possibilidade de se valer daquela quitação (art. 349). Já se houver pagamento por dação, a repristinação da obrigação pela evicção da coisa dada em pagamento, prevista no art. 359, não autoriza que se reconheça o restabelecimento da fiança (ver art. 838, III, *infra*).

Também a novação da dívida principal pode ser oposta pelo fiador ao credor. Conforme disposição do art. 366, a novação levada a cabo sem a anuência do fiador implica a sua exoneração. É idêntica a solução legal para quando haja transação entre credor e devedor sem a anuência do fiador (art. 844, § 1º). Quanto à compensação, outro dos meios indiretos de extinção da obrigação, o caso do fiador é justamente a exceção à regra da reciprocidade entre credor e devedor, de tal sorte que a um terceiro na relação creditícia, no caso o fiador, será dado recorrer a crédito do devedor afiançado contra o credor para opor, diante deste, a compensação (art. 371). A remissão concedida ao devedor afiançado igualmente aproveita ao fiador. Já a prescrição, embora não extinga a dívida principal, propriamente dita, prejudicando a pretensão respectiva, de coativa satisfação, tem-se entendido beneficiar o fiador, que pode, portanto, alegá-la em seu favor (v. g., pontes *DE* miranim. *Tratado de direito privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, t. XLIV, § 4.796, n. 7, p. 223; oliveira, Lauro Laertes de. *Da fiança*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 85). Mas é bem de ver que a interrupção da prescrição operada contra o devedor principal prejudica o fiador (art. 204, § 3º).

Por fim, ressalva o dispositivo em comento que a incapacidade pessoal do devedor não pode ser alegada pelo fiador, em seu proveito, salvo no caso do mútuo, que, quando feito a menor, não pode ser reavido nem mesmo do garantidor fidejussório (ver art. 588, com as ressalvas do art. 589). A regra complementa aquela já contida no art. 824, em que a matéria foi já examinada, portanto a cujo comentário ora se remete o leitor.

Art. 838. O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado:

I - se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor;

II - se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências;

III - se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção.

CC/1916: art. 1.503.

O Código, no artigo em comento, trata de hipóteses em que, agora, por atos de iniciativa do credor, fica o fiador, ainda que solidário (ver art. 828), exonerado da obrigação fidejussória. No primeiro inciso, determina a lei que, concedida pelo credor moratória ao devedor, sem o consentimento do fiador, dá-se a sua exoneração, ficando ele desobrigado pela fiança prestada.

A moratória, propriamente, é a concessão de prazo suplementar para que o devedor cumpra sua obrigação. Para grande parte da doutrina, essa hipótese legal deve ser entendida, verdadeiramente, como uma novação. É certo que, havida a novação, sem a aquiescência do fiador, extinta estará a fiança, tanto quanto ela se extingue se havida a transação (art. 844, § 1º). Como ainda vale lembrar, o que é muito freqüente em contratos de locação, e o que já se mencionou no comentário ao art. 819, também não responde o fiador, aí mesmo que sem a extinção da fiança, por reajustes convencionados a que não tenha anuído (Súmula n. 214 do STJ).

Bem de ver, porém, que, se com a novação se extingue a originária obrigação, crê-se ter-se exigido menos no preceito em exame. Foi pretensão do legislador figurar caso em que, mesmo sem aquela indireta extinção, persista a dívida, todavia com novo e dilargado prazo para pagamento, o que coloca em risco a situação do fiador, com a eventual insolvência do devedor, já reconhecidamente inapto a pagar no prazo, daí que se exigindo a respectiva anuência do garantidor, sob pena de extinção da fiança. Não se deve porém confundir essa situação de formal alargamento do termo final de cumprimento da obrigação com mera inércia ou demora do credor em cobrar seu crédito. Nesse caso o sistema disponibiliza ao fiador a medida do art. 834, sempre ao mesmo fundamento de preservação das circunstâncias de concessão da garantia. Também não se confunde com a moratória a mera suspensão de ação acaso já em curso, se afinal não implicar acordo para a prorrogação de prazo da dívida.

O segundo inciso do artigo presente versa sobre o prejuízo que, por ato do credor, possa o fiador ter experimentado na sub-rogação que o favorece, mercê da regra contida no art. 831, sempre quando pague o débito afiançado. Trata-se de terceiro juridicamente interessado no pagamento que, ao fazê-lo, se sub-roga nos direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo credor, que lhe são transferidos, como se contém no art. 349 do Código Civil. Pois sempre que de alguma maneira, por ato do credor, essa sub-rogação se prejudicar, extingue-se a fiança. Pense-se, por exemplo, em crédito garantido por penhor cujo objeto o credor deixa perecer. Ou na sua inércia em registrar hipoteca, permitindo, com isso, a alienação, pelo devedor, do imóvel hipotecado. Todas hipóteses em que, por fato atribuível ao credor, o fiador vê frustrada a sub-rogação decorrente do pagamento que fez da dívida afiançada.

Por último, e tal como já se deduziu no comentário ao artigo antecedente, extingue-se a fiança se o credor aceita dação em pagamento de seu crédito, mesmo que venha a perder, por evicção, o respectivo objeto, o que restabelece a obrigação primitiva mas, como está no inciso último, em exame, não repristina a fiança, permanecendo desobrigado o fiador. A ideia, malgrado por alguns criticada, é a de que, afinal, acedeu o credor ao recebimento de uma forma de pagamento cujo risco não garantiu o fiador, por isso que exonerado.

Jurisprudência: Súmula n. 214, STJ: O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

Interpretando a súmula com ressalva: Embargos de divergência no REsp n. 566.633/CE, 3ª Seção, rel. Min. Paulo Medina, j. 22.11.2006.

Fiança. É certo que o credor não há de proceder de modo a alterar, mesmo prejudicar o direito do fiador de reembolsar-se, mas se o prejuízo é parcial, não se extingue toda a fiança. (*RSTJ* 143/263)

Diferenciando a moratória do simples parcelamento da dívida, assim sem exoneração do fiador: *RT* 809/279. Da mesma forma, afastando a exoneração, por configuração de novação, quando tenha havido mero reajuste do locativo: *RT* 774/304. Mas considerando havida moratória tácita se o locador é notificado da inadimplência dos devedores e permanece inerte no exercício do direito de cobrar e/ou desejar: TJSP, Ap. cível n. 1.037.027.000, 30ª Câm., rel. Des. Andrade Neto, j. 18.03.2009.

Art. 839. Se for invocado o benefício da excussão e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador que o invocou, se provar que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada.

CC/1916: art. 1.504.

Estabelece o Código, no presente artigo, outra causa de extinção da fiança, por conduta imputável ao credor, móvel, afinal, do agravamento da situação jurídica do fiador, por isso que então exonerado. A hipótese é a do fiador que, invocando em seu favor benefício de ordem, nomeia bens livres e desembaraçados do devedor, na exata forma do que está contido no art. 827, e parágrafo, o que, porém, se prejudica pela inércia do credor, sem justa causa, em promover o regular andamento da demanda satisfativa, sobrevindo, nesse meio tempo, a insolvência do devedor. Ou seja, por fato injustificável, atribuível ao credor, frustra-se a constrição de bens do devedor, indicados pelo fiador e comprovadamente suficientes, à época em que nomeados, para solução da dívida afiançada.

A ideia fundamental, destarte, é que o retardo do credor obviou a regular penhora de bens do devedor, livres, desembaraçados e suficientes, quando nomeados pelo fiador. Ou, de qualquer forma, tem-se hipótese em que, por incúria do credor, operou-se uma piora, em virtude da superveniente insolvência do devedor, na situação do fiador que, regularmente, havia cumprido o ônus que lhe impunha o parágrafo único do art. 827, providência, todavia, enfim frustrada por conduta do credor. É certo que a disposição do artigo não exclui a prerrogativa que, havendo retardo do credor na demanda de cobrança, se defere ao fiador de promover-lhe o andamento, conforme está no art. 834, o que, por evidente, todavia não encerra uma imposição, mas mera faculdade.

CAPÍTULO XIX DA TRANSAÇÃO

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

CC/1916: art. 1.025.

Diferentemente do CC/1916, o atual Código Civil cuidou do instituto da transação no título destinado ao regramento dos contratos, de resto da mesma forma com que procedeu em relação ao compromisso. Veja-se que, no Código Bevilacqua, ambos, transação e compro-

misso, vinham dispostos como efeito das obrigações, dentre as suas formas de extinção indireta, aquelas que se davam sem que houvesse pagamento, portanto tal como a novação, compensação, confusão e remissão.

Tem-se então, no Código Civil de 2002, superada a divergência que antes se erigia sobre a natureza contratual da transação, hoje textualmente reconhecida, que outrora se criticava ao argumento de que, por meio dela, não se criavam ou transferiam direitos, em essência, embora, a rigor, nada o impedisse, de resto como se infere, por exemplo, da norma do art. 845, *infra*. Mas, bem de ver que, já no projeto de Código das Obrigações de 1965, a transação havia sido alocada entre os contratos, segundo observação de Caio Mário, seu autor, por pressupor dupla manifestação de vontade (*Instituições de direito civil*, 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. III, p. 507). Afinal, seguiu o Código Civil de 2002 a mesma tendência, não diversa de outros Códigos, como o português (art. 1.248) ou o italiano (art. 1.965), todavia explícitos no asseverar que a transação pode envolver a criação ou constituição de novos direitos, o que, se no nosso sistema não se veda, ao menos não se expressa, ao que se verá quando do comentário ao art. 843.

De mais a mais, fosse só pelo fato de a transação envolver dupla manifestação de vontade e, então, também a novação deveria ter recebido nova topografia no atual Código Civil. A verdade é que todo o questionamento se refere, propriamente, à afirmação tradicional de que a transação seja forma extintiva da obrigação, ademais mediante atividade tão só declarativa das partes.

A propósito, Pontes de Miranda já advertia, em primeiro lugar, que a transação extingue uma incerteza, uma controvérsia, uma disputa obrigacional, e não necessariamente a obrigação em si, que pode se manter sem a insegurança que antes a tisonava. Em segundo, observava que, nas suas concessões recíprocas, de solução de uma dúvida obrigacional, as partes, na realidade, atuavam sempre modificando uma situação jurídica, de sorte que no mundo jurídico sempre algo se aumentava a fim de eliminar o litígio (*Tratado de direito privado*, 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, t. XXV, § 3.027, n. 1, p. 118, e § 3.028, n. 5, p. 124). Daí se admitir que a transação se configure como verdadeiro contrato, em que as partes acordam sobre dado objeto, alterando o *status* jurídico antecedente para o fim de eliminar uma incerteza obrigacional, inclusive eventualmente transmitindo direitos, até mesmo reais, ao que soa da previsão do art. 845, e a despeito da redação do art. 843, ao que se volverá.

De qualquer maneira, dúvida nunca houve de que a transação consubstanciasse, como consubstancia, negócio jurídico bilateral, cuja finalidade se volta à prevenção ou extinção de uma incerteza obrigacional, ou seja, de uma controvérsia, uma dúvida que tenham as partes vinculadas a uma obrigação, que elas solucionam mediante concessões recíprocas, mútuas. Importa, destarte, sempre em um acordo de vontades, que as partes manifestam de forma livre, descabendo transação imposta, ou legal. Insta, assim, que se respeitem as regras gerais de capacidade, e mesmo de legitimação, por exemplo lembrando-se que tutor e curador só transigem com prévia autorização judicial (arts. 1.748, III, e 1.774), tanto quanto, havendo na transação mutação subjetiva de direito real imobiliário, exige-se, como regra, vênua conjugal, nos moldes do art. 1.647. Tudo, a rigor, como corolário da constatação de que, se a transação implica concessões recíprocas, é preciso que tenha a parte disponibilidade acerca do direito ou interesse que dela seja o objeto.

Vale ainda não olvidar que a transação consumada por mandatário exige poderes especiais, mercê do contido no art. 661, § 1º, do Código Civil. Por outro lado, integra também o conceito de transação a necessária reciprocidade das concessões, porquanto, se ao cabo apenas uma das partes cede, o negócio jurídico será outro, acaso uma remissão, doação ou dação, mas nunca uma transação. Enfim, tudo voltado a que, com a entabulação desse negócio contratual, se ponha termo a uma incerteza, a uma insegurança que tenham as partes sobre sua relação obrigacional.

Jurisprudência: Exigindo inclusive autorização judicial quando a transação é entabulada pela mãe de menor impúbere, quando verse sobre indenização paga em virtude do falecimento do pai, ver: *RT*804/243. Admitindo transação mesmo após o trânsito em julgado de sentença proferida a respeito do litígio: TJSP, AI n. 7.329.078.300, 17ª Câmara, rel. Des. Tércio Negrato, j. 01.04.2009. Exigindo que ainda não tenha havido trânsito: TJSP, AI n. 7.357.679.100, 22ª Câmara, rel. Des. Andrade Marques, j. 16.09.2009.

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

CC/1916: art. 1.035.

Se, como se vem de afirmar no comentário ao artigo anterior, a transação envolve, necessariamente, concessões recíprocas que fazem os interessados, com a finalidade de solucionar incerteza obrigacional, assim cada qual deles abrindo mão de parte de seu direito ou interesse, forçoso então que esse direito transacionado seja disponível.

Daí preceituar o dispositivo em comento que a transação somente pode se referir a direitos patrimoniais de caráter privado. Não se admite, destarte, que transacionem as partes sobre direitos de que não tenham disponibilidade, como os direitos de família, aqui valendo não olvidar que efeitos patrimoniais deles decorrentes são, estes sim, transacionáveis. Por exemplo, não se transaciona o direito aos alimentos, de natureza indisponível, malgrado se permita transação sobre seu importe ou sobre valores já vencidos. Da mesma forma, são intransigíveis os direitos da personalidade (art. 11), embora não o sejam os reflexos patrimoniais deles oriundos, como no caso da exploração da imagem, da voz ou do nome de alguém.

O direito em si é que, nesses casos, é indisponível. Da mesma forma que nos direitos de família chamados puros, também não cabe transação sobre o estado ou capacidade das pessoas, sobre bens fora do comércio, sempre porque, a rigor, atinentes a direitos indisponíveis às partes, destarte sobre os quais elas não podem efetivar concessões recíprocas.

Lembra, porém, Rodolfo de Carmargo Mancuso que se vai erigindo tendência de mitigar esse requisito da transação, exemplificando com os termos de ajustamento de conduta, firmados pelo Ministério Público, na forma da Lei n. 7.347/85, acerca de interesses metaindividuais, além dos acordos firmados pela Administração Pública, favoráveis ao interesse público, ao que colaciona inclusive aresto da Suprema Corte (RE n. 253.885/MG), outro sinal da orientação aludida (“A coisa julgada e sua recepção no Código Civil” In: *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Coords.: José Geraldo Barreto Filomeno; Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior; Renato Afonso Gonçalves. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 283-303).

Jurisprudência: Admitindo transação sobre honorários advocatícios, assim reputados disponíveis: TJSP, AI n. 9.360.525.500, 6ª Câmara, rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 14.09.2009.

Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo> será feita por escritura pública, ou por termo nos autos> assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

CC/1916: art. 1.028 (parcial).

Como já se disse no comentário ao art. 840, a transação pode ser feita para prevenir ou para extinguir litígios. E conforme seja ela, então, preventiva ou extintiva de litígios, exige a lei, no artigo em comento, determinada forma. Assim é que, se a transação visa a prevenir um litígio, deve sempre ser feita por escrito, mas de modo público ou particular consoante o regramento geral a respeito da matéria. Vale dizer, quando preventiva, a transação deverá ser entabulada por escritura pública nos casos em que o ordenamento assim o determinar, por exemplo, sempre que nela estiver envolvida a mutação de um direito real imobiliário, na exata forma do art. 108 do Código Civil de 2002. Caso contrário, a transação poderá ser feita por instrumento particular, aí sem outra especial exigência.

Nesses casos de transação preventiva de litígios, não há nenhuma obrigatoriedade de homologação judicial, malgrado por vezes o permita a lei, como na hipótese do art. 57 da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais). Mas o que importa é que não se impõe a necessidade de homologação alguma, a fim de que a transação surta seus regulares efeitos.

Já quando a transação é extintiva de litígios, isto é, quando se refira a direitos contestados em juízo, levados à demanda judicial, reclama a lei, no presente artigo, e aqui diversamente do que continha o Código Civil de 1916, que, se não efetivada por termo nos autos, seja efetuada por escritura pública. Veja-se então que, sempre que não se a consume por termo nos autos, hoje a transação, com a ressalva que adiante se fará acerca da petição conjunta das partes, deve ser elaborada por escritura pública, quando recair sobre direitos levados a litígio judicial. Porém, a rigor, a lei aparentemente não exige que essa transação extrajudicial seja levada à homologação. Isso se fará, apenas, para os casos da transação efetuada por termo nos autos, aí sim, assinada pelos transigentes e homologada pelo juiz, como está no texto legal.

É bem de ver, todavia, que a homologação é o ato processual que empresta à transação o efeito da coisa julgada, resolvendo o processo de conhecimento com julgamento de mérito (art. 269, III, do CPC) e forjando título executivo judicial (art. 475-N, III, do CPC). Destarte, posto que levada a cabo extrajudicialmente, se lavrada por escritura pública, é só sua homologação que permitirá a formação de título judicial. Sem a homologação, permanecerá a transação extrajudicial surtindo seus efeitos civis, como negócio jurídico contratual que é.

Deve-se admitir, contudo, pese embora a exigência hoje de que a transação extintiva, quando extrajudicial, seja lavrada por escritura pública, que a petição das partes, portanto feita fora dos autos, seja a eles levada para homologação, de modo a subsumi-la ao conceito de *termo nos autos*. Trata-se, afinal, de peça do processo. Sem a necessidade, portanto, de subsequente lavratura de termo próprio de transação, a tanto valendo o petitório das partes, devidamente representadas, de resto por quem tenha poderes especiais para transigir.

Jurisprudência: Sobre a desnecessidade de homologação judicial da transação preventiva de litígio, ver: *RT792/245*.

Reconhecendo eficaz a transação extintiva, por isso que só rescindível por vício de vontade, mesmo ainda não homologada, por entrave da máquina judiciária: *RT 790/356*.

No mesmo sentido: Transação. Pretendido questionamento da eficácia do negócio celebrado no mesmo processo em que este se produziu. Impossibilidade, mesmo que o acordo não tenha sido homologado em juízo. Cláusulas ou condições do ajuste de vontades ultimado por instrumento particular ou público, inclusive por termo nos autos, que obrigam definitivamente os contraentes, de sorte que sua rescisão só se torna possível se comprovado algum vício de consentimento e em ação autônoma. (*RT770/265*)

Admitindo a transação extrajudicial, levada à homologação do juízo quando assinada pelo réu, mesmo sem advogado, desnecessária a respectiva constituição apenas para esse fim: TJSP, AI n. 7.281.268.100, 13ª Câmb., rel. Des. Ulisses do Valle, j. 10.12.2008.

Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

CC/1916: art. 1.027.

O artigo presente reproduz idêntico preceito do CC/1916, vazado no sentido de que a transação se interpreta restritivamente e se limita a propiciar a declaração ou o reconhecimento de direitos pelos transigentes. Certo que, implicando concessões recíprocas, portanto em disposição de direitos, a transação deva ser interpretada de maneira restritiva. Já, porém, a segunda parte do dispositivo parece hoje não se coadunar com a reconhecida natureza contratual da transação, tal qual se viu no comentário ao art. 840, a que ora se remete o leitor. Aliás, mesmo na vigência do Código de 1916 já se reconhecia, até em razão do que estava contido no art. 1.032, reproduzido no art. 845 do Código Civil de 2002, que a transação podia, sim, envolver transmissão ou modificação de direitos. Aliás, mais ainda, na observação de Pontes, já colacionada no comentário ao art. 840, a transação, quando elimina uma incerteza obrigacional por meio de concessões recíprocas, acaba, forçosamente, alterando uma situação jurídica anterior (*Tratado de direito privado*, 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, t. XXV, § 3.028, n. 5, p. 124,). E sem que, de resto, se extinga, de maneira necessária, a obrigação, que pode seguir sem a incerteza que provocava, justamente porque as partes transmitiram ou modificaram recíprocos direitos.

Bem de ver que, como acentua Caio Mário, em seu projeto de Código das Obrigações tinha sido suprimida esta última parte do artigo em comento, haurido do CC/1916, que limita a transação à declaração ou reconhecimento de direitos (*Instituições de direito civil* 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. III, p. 510).

Enfim, quer parecer que a transação, inclusive tal como hoje alocada no atual Código Civil, no título destinado aos contratos, não se compadece com uma forçosa natureza meramente declarativa, mais se afeiçoando à índole constitutiva, portanto envolvendo a transmissão de direitos, como se expressa, por exemplo, no Código Civil português (art. 1.248) e no italiano (art. 1.965), quando estabelecem que a transação pode ensejar a criação, modificação ou extinção de direitos.

Jurisprudência: Transação. Responsabilidade civil. Ressalva, no acordo, do não recebimento dos lucros cessantes. Ineficácia da cláusula de ampla quitação. Inteligência dos arts. 1.026 e 1.027 do CC/1916. (RT743/299). No mesmo sentido, interpretando restritivamente a quitação outorgada em termo de transação, adstrita a valores nela especificados: TJSP, Ap. cível. n. 7.029.992.200, 20ª Câmara, rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 15.12.2008.

Art. 844. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

§ 1º Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador.

§ 2º Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

§ 3º Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos codevedores.

CC/1916: art. 1.031.

A primeira parte do dispositivo em comento, que já se continha, com igual redação, no CC/1916, nada mais faz do que, agora explicitada a natureza contratual da transação (v.

comentário ao art. 840), reproduzir princípio clássico dos contratos, o da relatividade de seus efeitos, mercê do qual o ajuste, como regra, não beneficia nem prejudica terceiros, ou seja, quem dele não tenha feito parte.

É certo que esse tradicional princípio em muito foi mitigado pelo princípio da função social do contrato - disposto no art. 421, a cujo comentário se remete o leitor valendo ainda conferir, sobre o que se denominou de eficácia social do contrato, vertente de sua função social num conteúdo genérico *ultra partes*: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 134-50 malgrado ainda se possa dizer que persiste, como regra, assim também aqui, no tocante à transação. Dessa maneira, a transação, e aí os exemplos sempre citados, entabulada por um condômino com terceiro não afeta o outro condômino não transigente, ainda que verse sobre coisa indivisível; ou a transação efetuada por um herdeiro, de igual forma, não pode vincular os demais herdeiros.

Já, porém, se a transação se efetua com o devedor principal, sem que a ela anua o fiador, dá-se a desoneração deste, de resto tal qual já se afirmou no comentário ao art. 838, e tal como ocorre com a novação ou moratória consumadas sem a aquiescência do garantidor, dado que, sem sua manifestação de vontade, não cabe ao afiançado praticar ato que potencialmente afete as condições da garantia pessoal prestada.

É a previsão do § 1º do artigo presente, que, afinal, encerra uma exceção ao princípio do seu *caput*? exatamente na mesma esteira do que contêm os §§ 2º e 3º. Por eles se afirma, de um lado, que a transação concluída entre um dos credores solidários e o devedor extingue a obrigação, inclusive com relação aos demais credores. A rigor, tem-se corolário da regra da solidariedade ativa, no sentido de que a qualquer dos credores solidários é dado exigir a totalidade da dívida do devedor (art. 267). Assim, uma vez pago esse credor, a dívida se extingue (art. 269), cabendo aos cocredores direito regressivo contra o que recebeu. Nada diverso do que sucede se um dos credores houver transigido.

Por outro lado, explicita-se no dispositivo que, se a transação se fizer entre um devedor solidário e o credor, os demais devedores se liberam do vínculo, com relação a eles extinta a dívida. De novo mera consequência, agora, da regra da solidariedade passiva. Afinal, nesses casos o credor pode exigir a dívida de qualquer dos devedores (art. 275). Havido o pagamento, a dívida se extingue, cabendo a quem pagou cobrar em regresso os codevedores beneficiados (art. 283). Pois é exatamente idêntico o princípio se, no lugar do pagamento, houve transação.

Jurisprudência: Entendendo, com base no preceito em tela, que a transação efetuada com o causador direto, em virtude de acidente ocorrido em represa explorada pela municipalidade, afasta pretensão indenizatória contra esta última, dada a solidariedade: Transação. Homologação judicial. Vítima de acidente com embarcação que outorga quitação a todos os danos decorrentes do sinistro. Negócio jurídico válido que repercute em favor de terceiro não participante, em face do conteúdo liberatório do acordo relativamente a pretensões indenizatórias advindas do fato danoso. (RT 800/273)

Considerando liberado o fiador, quando a transação se faça, sem sua participação, pelo locador e locatário: RT737/308 e 740/354.

Ressalvando os honorários advocatícios da transação quando não subscrita pelo advogado, mas só pelas partes: TJSP, Ap. cível n. 7.049.148.000, 20ª Câmara, rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 11.05.2009. Do mesmo modo quanto aos honorários do perito, que não podem, por transação, ser deixados à parte que goza dos benefícios da gratuidade, por isso que rateados os referidos honorários: TJSP, Ap. cível n. 5.495.654.600, 4ª Câmara, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 18.12.2008.

Aplicando o parágrafo terceiro do dispositivo, ver: STJ, REsp n. 866.355, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.04.2009.

Art. 845. Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos.

Parágrafo único. Se um dos transigentes adquirir, depois da transação, novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida, a transação feita não o inibirá de exercê-lo.

CC/1916: art. 1.032.

A transação, envolvendo a cessão recíproca de direitos, pode abranger a renúncia ou transferência de coisa que, depois, se venha a perder por evicção, ou seja, pelo reconhecimento, derivado de sentença, de melhor direito de terceiro. Mas, ao que dispõe o artigo em comento, reprodução do que já previa o CC/1916, no art. 1.032, a despeito da ocorrência da evicção da coisa renunciada ou transferida por força da transação, esta se mantém, apenas garantindo-se ao transigente prejudicado o socorro à via indenizatória.

A opção de ambas as normatizações, destarte, e malgrado alguma crítica que sempre se levantou (v. g^{DELGADO}, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XI, t. II, p. 240), inclusive no sentido de que, precedente o vício da coisa, prejudicava-se o objeto da transação, foi excluir qualquer possibilidade de eventual repristinação da obrigação acaso extinta pela transação em virtude da evicção que atinja coisa renunciada ou transferida por um dos transigentes a outro.

Bem de ver que solução diversa se adotou quando evicta a coisa dada em pagamento (cf. art. 359), mas, aí sim, forma natural de extinção de obrigações, diferente da natureza contratual que hoje se reconhece à transação e com a qual, segundo Pontes, compadece-se e ajusta-se, de maneira perfeita, a regra em tela (v. *Tratado de direito privado*, 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, t. XXV, § 3.044, n. 2, p. 174).

A rigor, enquanto na dação em pagamento há uma quitação que não se pode operar se a coisa prestada se perde pela evicção, e sem o que o crédito do credor a nada se reduziria, não se compreendendo que possa ser exonerado o devedor de uma obrigação entregando coisa que não é sua, na transação há concessões recíprocas mercê das quais as partes abrem mão de parte de seus direitos, o que, porém, não significa um transator garantir o outro contra riscos de coisa renunciada ou transferida em meio ao ajuste, como se a evicção lhe condicionasse a eficácia. Isso tudo ainda que se ressalve, ao transigente evicto, o recurso à indenização, inclusive sem a distinção sobre se a transação envolve justamente incerteza atinente à coisa transferida ou renunciada, vale dizer, se se refere exatamente à potencialidade de evicção, quando então descaberiam perdas e danos, distinção essa que, por exemplo, contém o Código Civil argentino (arts. 854 e 855), porém, repita-se, não o Código Civil brasileiro, nessa parte inspirada em princípio de equidade, como já de há muito advertia Clóvis Bevilacqua (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1934, v. IV, p. 192-3).

Sustenta Pontes, todavia (op. cit., p. 175), que ao apagar dúvida precisamente acerca do direito sobre a coisa, mediante a transação, não há verdadeira alienação que faça surgir a consequência indenizatória a ela concernente. Por outra, só haverá indenização, a seu ver, quando na transação houver mesmo uma alienação, de resto tal qual contém o art. 447, e não quando o objeto em si da transação seja o acerto da incerteza acerca do direito sobre a coisa.

Finalmente, no parágrafo único do dispositivo repete-se, conforme já se estabelecia no CC/1916, o que Caio Mário sempre considerou ser um truísmo (*Instituições de direito civil*

11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. III, p. 511), eis que, evidentemente, se sobre a coisa renunciada ou transferida se erigir novo direito, depois da transação, seu exercício não se fará por esta prejudicado. Trata-se, afinal, da posterior aquisição, pelo transigente, de direito novo sobre a coisa, assim inenfoque a qualquer afetação pela anterior transação.

Art. 846. A transação concernente a obrigações resultantes de delito não extingue a ação penal pública.

CC/1916: art. 1.033.

O artigo presente repete a regra que já continha o art. 1.033 do CC/1916 e, a rigor, se inspira no princípio, consagrado no art. 935, da relativa independência das jurisdições civil e penal. Assim que, nos crimes de ação penal pública, a transação civil que acaso se consume não inibe o Ministério Público de ofertar denúncia, se assim o entender. Em diversos termos, a transação sobre os efeitos civis indenizatórios decorrentes da prática de um ilícito não afasta o ofensor, se for o caso, da atividade persecutória estatal. Porém, vale acentuar, mesmo nos delitos de ação penal privada, dispõe o art. 104, parágrafo único, do Código Penal, que o recebimento, pelo ofendido, da indenização dos danos provocados pelo ilícito não implica tácita renúncia ao direito de queixa. Apenas se deve ressaltar, ante a superveniência da Lei n. 9.099/95, que, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, como tal compreendidas as contravenções e os crimes punidos com pena não superior a dois anos (art. 61), sendo a ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, aí então implicará respectiva renúncia o acordo sobre a composição dos danos civis, mas desde que reduzida a escrito e homologada pelo juízo, na forma da referida Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 74, *caput* e parágrafo único). Posto que se admita a redução extrajudicial a escrito (v. GRINOVHK, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Sacarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 117), dispõe o art. 74, parágrafo único, da LJE que o acordo homologado gera a renúncia do direito de queixa ou de representação.

Jurisprudência: Sobre a repercussão, no cível, da transação efetuada nos termos do art. 74 da Lei n. 9.099/95, ver: *RT* 800/309.

Art. 847. É admissível, na transação, a pena convencional.

CC/1916: art. 1.034.

O artigo em comento consagra, a exemplo do que fazia seu precedente, no CC/1916, a possibilidade de se estabelecer, na transação, pena convencional. Ou melhor, garante-se, no dispositivo, a prerrogativa de as partes inserirem na transação uma cláusula penal, sob qualquer de suas modalidades ou funções, portanto quer a moratória, quer a compensatória, ou ambas, simultaneamente, o que não se veda, dada a diversidade de sua pertinência.

A rigor, como já o justificava Clóvis Bevilacqua (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1934, v. IV, p. 195), o preceito contendo a regra em comento fazia sentido no CC/1916 porque lá era reputada a transação como uma forma de extinção das obrigações, e não propriamente um contrato. Mas agora, explicitada a natureza contratual da transação, de resto como já se observou no comentário ao art. 840, a norma presente perde muito ou toda sua razão de ser, evidenciando-se a ociosidade de se dizer cabível cláusula

penal no que, afinal, é um contrato. Aliás, a doutrina anterior ao Código Civil de 2002 já assentava inútil a regra caso o CC/1916 considerasse a transação um contrato, o que agora se deu.

De toda sorte, aplica-se aqui todo o regramento da cláusula penal, estabelecido nos arts. 408 a 416, a que se remete o leitor. Deve-se acrescentar, ainda, que a transação pode também conter, além da cláusula penal, uma garantia especial, seja ela real, seja convencional.

Art. 848. Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta.

Parágrafo único. Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados, independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudicará os demais.

CC/1916: art 1.026.

A norma em questão, que também já se continha no art. 1.026 do CC/1916, contempla exceção ao princípio que, para os negócios jurídicos em geral, vem insculpido no dispositivo do art. 184, na parte geral do Código Civil de 2002. É que, como lá se estabelece, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na sua parte válida, se separável. Assim, por exemplo, num contrato, a invalidade de uma cláusula não invalida o contrato por inteiro, salvo, é evidente, se se tratar de uma cláusula que lhe seja essencial. Pense-se numa compra e venda, em que a cláusula do preço seja inválida. Decerto que, então, prejudica-se o ajuste por completo. Mas, separável a disposição inválida, persistem as demais. Não é, porém, o que sucede, portanto excepcionalmente, com a transação.

Nessa espécie contratual, a nulidade de qualquer de suas cláusulas contamina todo o negócio. A regra constitui um corolário da característica de indivisibilidade da transação. Ou seja, a transação representa um negócio uno que, animado pelo propósito de se efetivarem concessões recíprocas, pode estampar, em determinada cláusula contratual, a razão específica da renúncia de uma das partes ao que supõe ser direito seu. Daí que, sendo inválida qualquer das cláusulas, a transação se invalida completamente. Em diversos termos, a transação envolve um bloco de disposições não destacáveis ou separáveis, porquanto lhe é subjacente um conjunto de concessões interligadas de forma una, incindível. Em cada disposição haverá motivo específico de concessões suportadas por um equilíbrio encontrado pelas partes, que se quebra com a invalidação de qualquer dos preceitos estabelecidos pelos transatores. Essa a razão de ser do artigo em questão.

É certo que, como está em seu parágrafo único, por vezes pode haver, num mesmo instrumento de transação, concessões recíprocas envolvendo relações obrigacionais independentes entre si. Em diversos termos, seriam como que transações distintas, apenas que materialmente reunidas num só instrumento. Aí, sim, a invalidade de uma não prejudica a outra. Mas importa que os direitos sobre os quais as partes transacionam sejam independentes e autônomos entre si, tanto quanto que cada qual dos ajustes não tenha como causa a entabulação do outro, quando então se retoma a regra do *caput*.

Jurisprudência: Transação. Homologação. Inadmissibilidade se há cláusula nula ou ineficaz, ligada aos demais pontos da transigência. Eiva parcial que contamina o acordo por inteiro. Inteligência do art. 1.026. *caput*, do CC/1916. (RT771/290)

Art. 849. A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

Parágrafo único. A transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes.

CC/1916: art. 1.030 (parcial).

Em redação que se reputa mais precisa e completa, o atual Código Civil reitera o princípio que já se continha no art. 1.030 do Código de 1916» no sentido de que, consumada a transação, a exceção oponível, dela decorrente (*litis per transactionem finitae*) assemelha-se à exceção da coisa julgada. Mas, como já advertia Clóvis Bevilacqua, o Código Civil anterior não afirmava, propriamente, que a transação induzisse coisa julgada que tivesse essa mesma autoridade. Apenas dizia que ela, a transação, produzia efeitos de coisa julgada (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1934, v. IV, p. 189). E isso para o fim de se assemelhar, apenas, exceção respectiva, que se pudesse fazer perante a transação entabulada, mercê de postulação que com ela se chocasse.

Daí não se ter dado o Código Civil de 2002 a repetir a mesma alusão aos efeitos da coisa julgada, mas, de idêntica forma, reproduzindo as limitações à anulação da transação, tão só por vício de consentimento, por isso adequando-se a terminologia que, no CC/1916, era de impreciso uso do termo *rescisão*. Com efeito, torna o artigo em comento, tal qual o que o precedeu, na anterior legislação, a assentar somente anulável a transação por dolo, coação - também aqui melhorando-se a redação, que se referia à violência - e erro, desde que não de direito. E aí o acréscimo que se faz no parágrafo do dispositivo em comento, pondo cabo à discussão que a respeito se travava. O erro que autoriza a anulação da transação apenas poderá ser o de fato, e não, como está no Código Civil italiano (art. 1.969), o de direito, que incida ou seja relativo justamente às questões que constituíam o objeto da controvérsia entre as partes.

A ideia é a de que, na transação, as partes já muito deliberaram sobre o que, afinal, é o ponto de sua controvérsia, não cabendo deduzir que supuseram ou interpretaram mal preceito normativo que a respeito fosse aplicável, sem o que, de resto, se perpetuaria a mesma potencialidade de ou mesmo o litígio já existente que a transação, justamente, destinou-se a prevenir ou extinguir. A crítica justificada ao artigo presente, contida na obra de Caio Mário da Silva Pereira, atualizada por Régis Fichter (*Instituições de direito civil* 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. III, p. 513), está na sua persistência em aduzir só anulável a transação nos casos que elenca, quando, a rigor, enquanto contrato que é, ela poderia ser atacável por qualquer das causas anulatórias dos ajustes em geral. Poder-se-ia argumentar, por exemplo, que é descabida a anulação por lesão, como se dá na legislação italiana (art. 1.970).

É bem de ver, porém, que, a despeito da natural e refletida ponderação das partes para autocomposição sobre controvérsia que já marca sua relação, quando muito determinando uma aferição mais rigorosa da eventual ocorrência da lesão, importa não olvidar que o instituto, malgrado tratado no Código Civil como causa anulatória dos negócios jurídicos, decorre mesmo de um imperativo constitucional de justiça e equilíbrio nas relações (art. 3º, I), pelo que, *a priori*, não se considera ser afastável sua incidência, posto que para tanto seja exigível maior rigor na verificação de seus requisitos, sobretudo quando a transação seja extintiva de litígios, assim levada à homologação judicial, que afinal se dê.

Por outro lado, ainda que havida a homologação da transação pelo juiz, não parece inviável conceber-se um desequilíbrio que por ele não fosse aferível, na sua atividade que, afinal, não é, na matéria, propriamente jurisdicional, e sim integrativa de forma (ou *juris-integrativa*), *a posteriori* revelando-se dado indicativo daquela congênita desproporção, corrigível pela lesão, deliberada, aí sim, na esfera jurisdicional, com amplitude probatória e plenitude do contraditório.

Jurisprudência: Sobre a impossibilidade de apelação para discutir vício de consentimento, somente articulável em ação própria: Transação. Homologação. Vício de consentimento.

Pretendido reconhecimento em sede de apelação. Inadmissibilidade. Alegação que demanda ampla dilação instrutória, somente alcançável através de ação própria. (RT798/217)

Assentando que a transação preventiva serve, em futura ação que, apesar dela, se proponha, à arguição não da exceção de coisa julgada, propriamente (art. 267, V, do CPC), mas sim da carência por falta de interesse (art. 267, VI, do CPC), porquanto inexistente, a rigor, a coisa julgada em si, ver: RT 813/251.

Aplicando o dispositivo mesmo na hipótese do art. 792 do CPC: STJ, REsp n. 1.034.264, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 11.05.2009.

Art. 850. É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação.

CC/1916: art. 1.036.

A regra repete a previsão do Código Civil anterior, estabelecendo a nulidade da transação nas hipóteses que elenca, a rigor porque, mais do que o erro, considerou o legislador que, nos mesmos casos, faltaria propriamente objeto à transação. Assim que, em primeiro lugar, havida uma transação depois de, sobre a mesma controvérsia, ter passado em julgado uma sentença, na realidade nada haveria mais a transacionar. Isso, é certo, desde que inscientes as partes transigentes, ou ao menos uma delas, sobre a prolação daquele mesmo ato jurisdicional, como no exemplo clássico do herdeiro da parte falecida que consuma transação sem conhecer a sentença proferida em processo envolvendo o autor da herança, que já solvera a controvérsia, repita-se, sem o seu conhecimento.

É certo que, ao revés, se transacionam as partes cientes da sentença, nenhum vício há, tratando-se de direitos disponíveis que, afinal de contas, são inclusive renunciáveis. Bem de ver que, erigindo um caso de nulidade, fica ele a descoberto, como já advertia Carvalho Santos, forte na lição de Paul Pont, na hipótese em que o vencedor da demanda transige dela tendo ciência, insciente somente a parte derrotada, quando então não haveria prejuízo a justificar a invalidação (v. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XIII, p. 421-2).

A outra hipótese que justifica a nulidade é a da posterior descoberta de título que indica a estraneidade do direito objeto da transação às partes. Caso que, na verdade, já se subsumiria à previsão do art. 844, não podendo a transação prejudicar terceiros. Seria como que uma “transação *a non domino*”, porquanto atinente a direito de terceiro não transator, muito mais, então, um caso de ineficácia do que de nulidade. De qualquer maneira, também aqui considerou o legislador que faltasse objeto à transação, vazia de conteúdo e, assim, reputada nula pela lei.

Por fim, realçando raras as duas hipóteses contempladas no preceito, lembra, ademais, Rodolfo Camargo Mancuso da plena possibilidade de as partes, mesmo passada em julgado a sentença, transacionarem sobre o bem da vida que constituiu o objeto litigioso, quer pela disponibilidade que sobre o respectivo direito se lhes reconhece, quer até porque a coisa julgada encerra um mecanismo de segurança que impede não mais que nova cognição judicial envolvendo as mesmas partes e tendo o mesmo objeto litigioso - uma sua função negativa, nas palavras do autor, garantidora de um *non bis in idem* (“A coisa julgada e sua recepção no Código Civil”. In: *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Coords.: José Geral Barreto Filomeno; Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior; Renato Afonso Gonçalves, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 283-306).

Jurisprudência: Assentando a validade de transação posterior a sentença, mas conscientemente deliberada pelas partes: Transação. Acordo celebrado entre litigantes, havendo sentença de julgamento de mérito que favorece integralmente uma das partes. Admissibilidade, desde que o pacto apresente os requisitos de validade. (*RT* 773/285). Admitindo transação mesmo após o trânsito em julgado de sentença proferida a respeito do litígio: TJSP, AI n. 7.329.078.300, 17ª Câmara, rel. Des. Tércio Negrato, j. 01.04.2009. Exigindo que ainda não tenha havido trânsito: TJSP, AI n. 7.357.679.100, 22ª Câmara, rel. Des. Andrade Marques, j. 16.09.2009.

CAPÍTULO XX DO COMPROMISSO

Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

CC/1916: art. 1.037.

Legislação correlata: art. 1º, Lei n. 9.307, de 23.09.1996.

O Código Civil de 1916 regulava, já, o compromisso, mas, tal como a transação, inserindo-o dentre as formas de extinção das obrigações. Sobreveio, depois, a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), textualmente revogando, como disposto no seu art. 44, os preceitos dos arts. 1.037 a 1.048 do CC/1916, que cuidavam da matéria. Pois agora retoma o atual Código Civil o tratamento legal do compromisso, e no capítulo dos contratos, tal qual se deu com a transação (v. comentário ao art. 840), apenas que de maneira genérica, sem o mesmo detalhamento que se continha no Código revogado, legado à lei especial, inclusive expressamente ressalvada no art. 853, assim sem criar conflito de normas.

Assenta-se, a rigor, a natureza civil, e não puramente processual do compromisso, como se disse um negócio jurídico de índole contratual, todavia cujas regras procedimentais ficam à disciplina da lei especial. Ocupou-se tão somente o atual Código Civil de lhe fixar o conceito e os requisitos. Na verdade, o compromisso muito se aproxima da transação, pelo que o art. 1.048 do CC/1916 inclusive determinava que lhe fossem aplicáveis as respectivas regras. Se na transação as partes contratam no sentido de autocompor sua incerteza obrigacional, uma controvérsia que lhes marque a relação, mediante a realização de concessões recíprocas, no compromisso as partes contratam com a finalidade de entregar a solução dessa mesma insegurança, dessa mesma dúvida obrigacional, a um terceiro, o árbitro. Ou seja, e em diversos termos, por meio do compromisso as partes submetem sua divergência, verdadeiramente, a um juízo privado e especial, que é o juízo arbitral.

Como negócio jurídico dispositivo que é, porquanto voluntariamente se sujeitam as partes à deliberação por um árbitro que escolhem, daí acaso lhes advindo afetação a seu direito obrigacional, o compromisso somente pode ser instituído, de maneira válida, por quem tenha capacidade e legitimação, da mesma forma que a exigida para a transação. Quando realizam o compromisso, as partes a rigor regulamentam o que será a arbitragem. Fazem-no judicial ou extrajudicialmente, por termo nos autos ou documento escrito, particular-subscrito por duas testemunhas - ou público (art. 9º da Lei n. 9.307/96), identificando-se, e ao árbitro, ou árbitros, indicando, ainda, a matéria objeto da arbitragem e o local em que se proferirá a respectiva sentença.

Podem as partes convencionar que o árbitro ou árbitros decidam de acordo com um juízo que não seja de legalidade, mas sim de equidade. O árbitro, sujeito às causas comuns de impedimento e suspeição (art. 20 da Lei n. 9.307/96), pode ser qualquer pessoa capaz, se nomeado mais de um, necessariamente em número ímpar. Se indicado número par de árbi-

tros, a lei os autoriza a nomear mais um. Na falta de acordo, as partes podem recorrer ao Judiciário. Embora caiba às partes a escolha do procedimento arbitrai, ele não se afasta da necessária atenção» mercê de imperativo constitucional (art. 5º > LV), aos princípios do contraditório e ampla defesa, o que incumbe ao Judiciário, se provocado, aferir.

A sentença arbitrai, proferida com os mesmos requisitos da sentença estatal, portanto com relatório, fundamentação e dispositivo (art. 26 da Lei n. 9.307/96), produz, entre as partes e sucessores, os mesmos efeitos do ato decisório emanado do Poder Judiciário, executando-se como título judicial (art. 31 da Lei n. 9.307/96). Ao juiz togado, no exercício da atividade jurisdicional, não é dado, se a ele recorre qualquer das partes, apreciar o mérito da sentença arbitrai, o acerto ou desacerto da deliberação do árbitro. O controle do Judiciário sobre o procedimento arbitrai não diz respeito à verificação do acerto ou desacerto da decisão que nele se profira, mas à legalidade, a começar pela verificação do atendimento ao contraditório e ampla defesa, princípios que permeiam qualquer procedimento, judicial ou extrajudicial, a par da aferição acerca do respeito às próprias regras e objeto fixados para a arbitragem. Nesse sentido é que cabe a ação de nulidade da sentença arbitrai (art. 33 da Lei n. 9.307/96).

Dentre as hipóteses de nulidade, elencadas no art. 32 da Lei de Arbitragem, está a de prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro. Tanto quanto pela prolação da sentença arbitrai, o compromisso se extingue se houver recusa do árbitro e as partes não aceitarem substituto, da mesma forma que se houver falecimento ou impossibilidade de o árbitro proferir seu voto, ou ainda expirado o prazo, se houver (art. 11, III, da Lei n. 9.307/96).

Jurisprudência: Arbitragem. Sentença arbitrai. Tutela antecipada. Inviabilidade de conceder a medida para o fim de anular e suspender os efeitos da decisão arbitrai. Impossibilidade de impedir o executante de exercer o seu direito à execução, pois o direito de ação é de ordem constitucional. Caso, ademais, que não se encontra dentro das hipóteses que autorizam a nulidade da sentença arbitrai. Nulidade que pode ser alegada em regular embargos do devedor. Inteligência dos arts. 32 e 33, § 3º, da Lei n. 9.307/96. (RT803/262)

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 1º, Lei n. 9.307, de 23.09.1996.

O compromisso, se, como se viu no comentário ao artigo anterior, tem natureza contratual, sendo instituído pelas próprias partes, que se sujeitam à deliberação de um terceiro que escolhem para solver uma incerteza obrigacional sua, por conseguinte só pode mesmo se referir a direitos disponíveis. Ou seja, o preceito ora em exame corresponde, simetricamente, ao que, acerca da transação, se explicitou no art. 841, a cujo comentário se remete o leitor. Na verdade, não custa a lembrança, o compromisso não deixa de envolver uma concessão, com a diferença, para a transação, de que as partes não a consumam diretamente, autocompondo sua divergência, mas entregando essa solução a um terceiro.

Daí que já a lei especial inicia seu regramento dizendo somente possível o compromisso quando relativo a direitos disponíveis (art. 1º da Lei n. 9.307/96). Mesmo se, no curso da arbitragem, e para que o árbitro profira a sua decisão, surgir a necessidade de manifestação incidente, de decisão sobre questão prejudicial envolvendo direito indisponível, o procedimento deverá ser suspenso e submetido ao juízo comum, para deslinde daquela matéria.

Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitrai, na forma estabelecida em lei especial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 4º, Lei n. 9.307, de 23.09.1996.

Diferentemente do compromisso arbitrai, como se examinou no comentário ao art. 851, o verdadeiro regulamento da arbitragem, a cláusula compromissória não é mais do que a promessa prévia de contratá-lo. Com efeito, por meio da cláusula compromissória as partes convencionam a sua submissão à arbitragem, caso sobrevenha alguma incerteza acerca de relação contratual que as vincule. Fazem-no, sempre, por escrito, no próprio contrato ou em instrumento à parte. Se inserida em contrato de adesão, a cláusula só terá eficácia se de iniciativa do aderente ou se este aceitá-la de maneira diferenciada, como está no § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/96.

Já em contratos de adesão que se refiram também a uma relação de consumo, tem-se no CDC - veja-se, lei subjetivamente especial e de índole protetiva, por comando constitucional (art. 5º, XXXII, da CF/1988) - que é abusiva a cláusula de utilização compulsória da arbitragem (art. 51, VII), o que, se para uns, e ao que se acede, impede mesmo a cláusula compromissória, mercê da qual se institui a obrigatoriedade da solução arbitrai (v. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 888-91), para outros ela até se compatibiliza com o sistema consumerista se essa mesma cláusula decorrer de efetiva bilateralidade e refletida manifestação de vontade do consumidor (v. g., NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 525). Antônio Junqueira de Azevedo, a propósito, salienta que a vedação da lei consumerista é à cláusula compromissória, mas não ao compromisso. Nas suas palavras: “nas relações em que o consumidor é parte, o compromisso é sempre permitido e deve obedecer às regras do Código de Defesa do Consumidor; a cláusula compromissória, por sua vez, continua proibida, por força do inciso VII do art. 51 do CDC, não revogado. Já nas relações entre não consumidores, tratando-se de contratos de adesão, há de se aplicar o § 2º do art. 4º, da Lei de Arbitragem; a cláusula compromissória vale, se negociada ou devidamente salientada no texto contratual” (WA arbitragem e o direito do consumidor”. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 135-45).

Mas, de qualquer maneira, e tal qual o define a lei especial, cuida-se mesmo de as partes pactuarem que os litígios que possam vir a surgir, relativamente a um dado contrato, deverão ser arbitrados (art. 4º da Lei n. 9.307/96). É, portanto, uma convenção prévia, mediante a qual as partes se comprometem a contratar o compromisso. Trata-se de disposição autônoma em relação ao contrato a que se refere, pelo que a nulidade deste não a contamina, forçosamente (art. 8º da Lei n. 9.307/96). Como pacto preliminar que é, a cláusula compromissória suscita execução coativa, para o caso de haver resistência da parte em cumpri-la, tudo na forma do art. 7º da Lei n. 9.307, o que, como de resto outros dispositivos da lei especial cuja constitucionalidade se discutiu, a Suprema Corte já julgou constitucional, destarte sem nenhuma afronta, que do regramento legal da arbitragem se pudesse depreender, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/1988).

E, mais, sujeitando-se as partes à resolução de suas incertezas obrigacionais por meio da arbitragem, não lhes assiste interesse processual em veicular pretensão jurisdicional para o mesmo fim. É o que se contém, textualmente, no art. 267, VII, do Código de Processo Civil. Porém, situação diversa é daquele que já se julgue detentor de título executivo e queira manejar ação de execução, nesse caso não se subordinando à prévia instituição do procedimento arbitrai, ainda que existente cláusula compromissória. Claro, tudo sem prejuízo da verificação dos requisitos próprios de certeza e liquidez do título.

Em diversos termos» não faz sentido algum imaginar que» já dispondo a parte de título executivo, assim não tencionando resolver litígio, mas satisfazer seu crédito, haja qualquer necessidade de se instituir compromisso. Aliás, cabe não olvidar, isto nem seria possível para prática de atos satisfativos, porque esse poder o árbitro não possui (art. 22, § 4º, da Lei n. 9.307/96). A esse respeito vale remissão à lição de Cândido Rangel Dinamarco, in *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2004, v.IV» p. 83.

Jurisprudência: Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucionais os dispositivos da Lei n. 9.307/96, no Ag. Reg. na SE n. 5.206-7/Espanha, j. 12.12.2001.

Assentando a falta de interesse na veiculação de demanda judicial para resolver litígio objeto de cláusula compromissória: STJ, REsp n. 653.733/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.08.2006, DJ 30.10.2006. No mesmo sentido: "Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. A eleição de cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC". (STJ, REsp n. 606.345/RS, 2ª T., rel. Min. João Otávio Noronha, j. 17.05.2007, DJ 08.06.2007)

Ressalvando a possibilidade de execução sem prévia instituição de arbitragem: "Deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não se exige que todas as controvérsias surgidas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo. Além disso, o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens¹. (STJ, REsp n. 944.917/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.09.2008, DJ 03.10.2008)

TÍTULO VII DOS ATOS UNILATERAIS

CAPÍTULO I DA PROMESSA DE RECOMPENSA

Art. 854. Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido.

CC/1916: art. 1.512.

A promessa de recompensa inclui-se entre os atos unilaterais que são fonte de obrigação. Assim, uma vez preenchidos determinados requisitos, aquele que promete recompensa está vinculado ao cumprimento da prestação oferecida. Tal situação verifica-se quando, por exemplo, colocam-se faixas em determinado bairro prometendo recompensar quem restituir um animal de estimação. A obrigação não decorre do simples fato de restituir-se o animal, mas sim da promessa anterior, feita por anúncios, de que se pagaria recompensa ou gratificação. Do mesmo modo, não é suficiente que se formule pedido de restituição do animal, havendo necessidade de promessa de recompensa ou gratificação consignada no anúncio.

Desde o anúncio público, o promitente considera-se obrigado, mas a exigência da contraprestação prometida dependerá de fato futuro e incerto ou da realização de determinado serviço. A obrigação surgida para o promitente não depende do consentimento da outra parte, cujo serviço não transforma o negócio em bilateral (DE LUCCA, Newton. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XII, p. 8 e segs.).

Carlos Roberto Gonçalves aponta os requisitos necessários para que a promessa de recompensa se torne obrigatória: “a) que lhe tenha sido dada publicidade; b) a especificação da condição a ser preenchida ou o serviço a ser desempenhado; e c) a indicação da recompensa ou gratificação” (*Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. III, p. 567).

O requisito da publicidade não implica qualquer restrição a respeito do meio pelo qual a promessa é divulgada, bastando que seja dirigida a pessoas indeterminadas. Assim, tanto o anúncio pela imprensa quanto a distribuição de folhetos ou a afirmação verbal em local em que se encontrem várias pessoas serão suficientes. Nos casos em que a promessa for feita por fornecedores de produtos ou serviços, as regras de incidência predominante serão as do Código de Defesa do Consumidor (arts. 30 a 38).

Jurisprudência: Danos morais. Promessa de recompensa. Participação em programa televisivo que foi retirado do ar. Atos preparativos. Emissora que não assumiu a obrigação de exibir ou de conceder o prêmio. Inexistência do dever de indenizar. Sentença de improcedência mantida. Apelo improvido. (TJSP, Ap. civil c/ revisão n. 4.763.184.300, 10ª Câm. Dir. Privado, rel. Testa Marchi, j. 16.06.2009, DJ 01.07.2009)

Apelação cível. Ensino particular. Ação cominatória. Cumprimento de obrigação de fazer. Concurso de monografias. Promessa de recompensa. Preenchidos os requisitos. Gratificação. Publicação do trabalho. Tiragem. Prazo. Competência da Justiça estadual. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Verba honorária mantida [...]. Mérito do recurso em exame. 7 - Preambularmente, cumpre salientar que descabe ao Poder Judiciário fazer juízo de valor quanto aos critérios estabelecidos para a escolha dos trabalhos a serem publicados, pois é assegurada constitucionalmente às universidades a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira. Inteligência do art. 207 da CF. 8 - É incontroverso nos autos que a demandada instituiu, no curso de Direito, um concurso para selecionar os melhores trabalhos de conclusão, cujos autores seriam agraciados com uma bolsa de estudos em curso de pós-graduação *lato sensu* e com a publicação do trabalho através da Editora da Universidade de Caxias do Sul. 9 - Aplicável ao caso o disposto no art. 854 e ss. do CC, os quais disciplinam a promessa de recompensa. Feitas estas considerações, resta apreciar se presentes os requisitos exigidos, quais sejam: a publicidade da promessa, a especificação da condição a ser preenchida ou do serviço a ser desempenhado e a indicação da respectiva recompensa. 10 - No que se refere ao primeiro requisito, importa ressaltar que a Portaria 026/2002 deu a necessária publicidade quanto aos termos do concurso de seleção de monografias; bem como, atendendo ao segundo requisito, estabeleceu a condição para o recebimento do prêmio, ou seja, que o trabalho produzido seja escolhido como um dos três melhores apresentados no semestre. Por fim, a gratificação também restou expressamente descrita. 11 - No caso dos autos, restou demonstrado o fato de a monografia do autor ter sido escolhida como uma das três melhores no primeiro semestre letivo de 2003, preenchendo deste modo os requisitos estabelecidos na precitada. Portanto, devendo ser contemplado com a premiação prometida. 12 - No que diz respeito à bolsa de estudos, a Universidade cumpriu com o prometido. Contudo, com relação à publicação do texto, restou demonstrado que a ré não cumpriu com a obrigação assumida, negando-se a publicar a monografia do autor, sob o argumento de que o texto não estaria de acordo com a política editorial da Educs. 13 - Frise-se que a portaria precitada não faz qualquer referência sobre nova avaliação dos trabalhos pelo

conselho editorial, sendo descabida tal exigência. Ademais, o ofício n. 106/05 da Coordenação da Editora de Universidade de Caxias do Sul, datado de 19.12.2005, dá conta que o texto estava apto para a publicação, desde que fossem observados alguns pontos. 14 - Ainda, no que concerne à alegação de que teria sido proposta ao autor a publicação do texto em forma de artigo na Revista da Faculdade de Direito ou do Mestrado, oportuno destacar que este argumento só foi trazido a lume nos memoriais, sendo reiterado, posteriormente, nas razões recursais, o que impede o seu exame neste momento processual, a teor do que estabelece o art. 300 do CPC. Destarte, não há nos autos qualquer adinício de prova a este respeito. 15

- Com relação à tiragem da obra tenho que esta foi bem estabelecida em 500 exemplares, tendo em vista que de acordo com as informações prestadas pela testemunha [...] este é o número mínimo de exemplares para impressão. 16 - Ademais, no que concerne à destinação dos exemplares tenho que merece prosperar a irresignação da recorrente, tendo em vista que a impressão dos exemplares envolve um custo razoável, de aproximadamente R\$

7.000,00, como relatado pelo coordenador da Editora da Universidade. 17 - Assim, apenas 100 exemplares deverão ser entregues ao apelado, cujo custo deverá ser levado em conta na fixação do preço da obra. A receita obtida com a venda dos exemplares restantes - 400 livros

- pertencerá a demandada, a fim de cobrir os gastos relativos à publicação e distribuição da obra, que deverão ser comprovadas pela ré. 18 - Por fim, quanto ao prazo para publicação dos livros, não merece qualquer reparo a fixação daquele, devendo ser mantido conforme estabelecido pelo culto Magistrado *a quo*, na medida em que o trabalho de conclusão de curso foi entregue pelo autor no segundo semestre de 2003 e até hoje, passados mais de 6 (seis) anos, não houve solução para a questão. [...] Rejeitadas as preliminares suscitadas e, no mérito, dado parcial provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.030.749.444, 5ª Câmara Cível, rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 30.09.2009, DJ 07.10.2009)

Apelação cível. Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Concurso de redação divulgado pelo projeto denominado "o Brasil que chega lá". Premiação. Viagem à Europa. Promessa de recompensa. Policitização (CC/1916, arts. 1.512 e 1.513; CC/2002, arts. 854, 855). Autores que satisfizeram a condição, vencendo o certame. Não cumprimento da obrigação prometida por parte da demanda. 1 - Dano moral. Caracterização. Hipótese quem que a demandada, por intermédio de anúncios públicos, se comprometeu a premiar a quem vencesse concurso de redação, divulgando em órgãos de imprensa o projeto denominado "O Brasil que chega lá", que vai levar 11 alunos e mais 4 professores surdos para visitarem Portugal, Espanha e França, após vencerem um concurso de redação com o mesmo tema, induzindo os autores, pois após cumprirem todas as exigências do concurso e serem declarados vencedores, mediante ampla propaganda, anunciaram o cancelamento da viagem. Evidente o ilícito civil da ré. Clarividente está a atitude de má-fé da demandada ao realizar um projeto que somente serviu para a sua promoção e a ilusão dos participantes. Tal conduta da requerida, ao desconsiderar não só os alunos vencedores do concurso, mas todos os participantes, e frustrar-lhes as expectativas, enseja a indenização por danos morais pleiteada pelos requerentes, danos estes que restaram perfeitamente comprovados nos autos, conforme se depreende dos depoimentos colhidos. Dano moral *in re ipsa*. Incidência dos arts. 1.512 e 1.513 do CC/1916; arts. 854 e 855 do CCB/02. Sentença mantida [...]. (TJRS, Ap. cível n. 70.024.574.907, 10ª Câmara Cível, rel. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 28.05.2009, DJ 25.06.2009)

I - Agravo de instrumento contra decisão que declara haver relação de consumo em ação de obrigação de dar c/c indenização por danos morais, afastando alegação de prescrição. II - Promessa de recompensa (art. 854, NCC), caracterizada pela premiação do agrava*do com um quite de produtos da linha da empresa agravante, em virtude do seu desempenho nos estudos. III - Inexistência de relação de consumo. Além do agravado não ter

adquirido nem prometido adquirir qualquer produto da agravante, não é o destinatário final daqueles que lhe foram presenteados, os quais seriam utilizados como insumo da sua atividade laborativa de dentista. Antecedentes jurisprudenciais e doutrinários. IV - O prazo prescricional da pretensão de reparação civil é de 3 anos e só pode ser interrompido uma única vez. Inteligência dos arts. 202 e 206, § 3º, inc. V, NCC. Prescrição configurada. V - Provimento parcial do recurso. (TJRJ, AI n. 0038702-35.2008.8.19.0000 (2008.002.30113), 4ª Câmara Cível, rel. Des. Paulo Maurício Pereira, j. 11.11.2008)

Cobrança. Opção de compra de ações. Prêmio que teria sido prometido pela então empregadora ao funcionário, como incentivo e desenvolvimento de determinadas metas. Julgamento de procedência. Autor, no entanto, que deixou de cumprir com requisitos prévios, a envolver encaminhamento de notificação de aceitação da opção e pagamento das ações, por preço determinado. Possibilidade, no entanto, de que se apliquem, na solução do litígio, as regras da lei civil sobre promessa de recompensa. Fixação da indenização devida em igual valor recebido pelo apelado, a título de liberalidade, na ocasião de seu desligamento da empresa. Recurso parcialmente acolhido. (TJSP, Ap. n. 287.197-4/7, rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 07.08.2008)

Embargos infringentes. Ato unilateral de vontade. Promessa de recompensa. Torneio de futebol. Prêmio à equipe campeã consistente em viagem de doze dias à França, com disputa de jogos amistosos. Inadimplemento. Danos materiais. Existência. Indenização. Necessidade. Fixação da indenização no valor suficiente à plena recomposição do patrimônio dos embargantes. Embargos acolhidos para esse fim. A promessa de recompensa é ato unilateral de vontade, e como tal, fonte de obrigação que vincula o estipulante. (TJSP, Embargos infringentes n. 511.174-4, rel. Des. Egidio Giacoia, j. 03.06.2008)

Direito do consumidor. Publicidade enganosa. Caracterização. Obrigação de não mais procedê-la, sob pena de multa. 1 - Ostenta-se enganosa a publicidade que, em página inteira de jornal, na parte superior, supermercado lista produtos e preços e, na inferior, com destaque, anuncia garantia total extra, seguida de texto com destaque ainda maior, dizendo que a pessoa ganha grátis o produto se encontrá-lo com preço mais baixo junto a concorrente do que o praticado pelo anunciante, como tal entendido (preço praticado) aquele do jornal, e não o da loja sujeito à manipulação instantânea para frustrar o direito do consumidor. De outra parte, não há falar em obrigação de pagar apenas a diferença entre o preço do anunciante (maior) e o do concorrente (menor), invocando texto que, embora na mesma publicidade, revela promoção diversa. Na realidade, face à clareza da mensagem no sentido de ganhar grátis o produto, o anunciante fez um desafio a todas as pessoas, sob promessa de recompensa, prevista inclusive na legislação civil comum (CC/1916, art. 1.512; CC/2002, art. 854), qual seja a prestação de um serviço consistente em encontrar um produto, integrante de uma lista, com preço mais baixo na rede de concorrentes. Para fazer jus ao produto, não era preciso comprá-lo. Bastava encontrá-lo com menor preço na rede de concorrentes. Desde o momento em que pessoas fizeram a pesquisa e encontraram produtos com menor preço e o anunciante negou-se à entrega grátis a pretexto de apenas cobrir a diferença a quem comprasse, e o preço praticado para fins de parâmetro não ser aquele publicado no jornal, e sim o da loja sujeito à prestidigitação, restou evidenciada, pelo suficiente potencial de enganabilidade, tratar-se de publicidade enganosa. Se a lei prevê, em tal caso, a contrapropaganda, sanção mais severa, nada obsta que o pedido se limite a um *minus*, impondo-se a obrigação de não veicular a publicidade, sob pena de multa. Exegese dos arts. 37, § 1º, 56, XII, e 60, do CDC; e art. 30 do CDC, art. 1.512 do CC/1916 e art. 854 do CC/2002.2 - Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.003.821.626, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Irineu Mariani, j. 05.11.2003)

Ação de indenização por danos materiais e morais. Oferta de prêmios mediante sorteio caracterizadora de promessa de recompensa. Inexistência de orientação para preenchimento de cupons e de apresentação prévia do regulamento do sorteio. Suficiência de elementos que permitem a correta identificação do ganhador. Danos materiais devidos. Inexistência de prova relativa ao dano moral. (TJSP, Ap. n. 123.941-4/6, rel. Des. Carlos Stroppa, j. 20.06.2002)

Veiculada promessa de premiação e verificando-se, após, equívoco nos dados informativos inseridos em mensagem publicitária, responde o fornecedor do produto pelos danos causados ao consumidor. (TJSP, Ap. n. 122.422-4/0, rel. Des. Ernani de Paiva, j. 11.04.2002. No mesmo sentido: *RT773/387* e *JSTJ146/250*)

A emissora de televisão presta um serviço e como tal se subordina às regras do Código de Defesa do Consumidor. Divulgação de concurso com promessa de recompensa segundo critérios que podem prejudicar o participante. Manutenção da liminar para suspender a prática. (STJ, REsp n. 436.135, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.06.2003)

Art. 855. Quem quer que, nos termos do artigo antecedente, fizer o serviço, ou satisfizer a condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada.

CC/1916: art. 1.513.

Não se exige que a pessoa que satisfizer o interesse do promitente o tenha feito com a intenção de receber a recompensa ou mesmo que tivesse conhecimento dela. É suficiente que ela tenha sido oferecida publicamente para que o interessado possa postular a recompensa. Dessa forma, se alguém restitui ao proprietário um cão desaparecido, porque sabia que este lhe pertencia, fará jus à recompensa prometida em faixas colocadas nas imediações, mesmo que delas só venha a ter conhecimento depois da devolução do animal.

O presente dispositivo demonstra que a obrigação constitui-se independente da concórdância do titular do direito à recompensa, nascendo exclusivamente com a manifestação pública de vontade do promitente, de forma diversa do que ocorre com os contratos - fontes de obrigações que só se aperfeiçoam com a conjugação de vontades dos manifestantes.

Ao se tornar obrigatória a promessa, aquele que realiza o serviço pode compelir o promitente a cumpri-la por intermédio de ação judicial, que pode ser condenatória ou indenizatória, conforme a natureza da recompensa prometida. Carlos Roberto Gonçalves acrescenta não haver necessidade de se examinar se houve utilidade para o promitente do serviço executado, bastando que sua atividade tenha correspondido ao que foi prometido recompensar (*Direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 569).

Jurisprudência; Cobrança. Opção de compra de ações. Prêmio que teria sido prometido pela então empregadora ao funcionário, como incentivo e desenvolvimento de determinadas metas. Julgamento de procedência. Autor, no entanto, que deixou de cumprir com requisitos prévios, a envolver encaminhamento de notificação de aceitação da opção e pagamento das ações, por preço determinado. Possibilidade, no entanto, de que se apliquem, na solução do litígio, as regras da lei civil sobre promessa de recompensa. Fixação da indenização devida em igual valor recebido pelo apelado, a título de liberalidade, na ocasião de seu desligamento da empresa. Recurso parcialmente acolhido. (TJSP, Ap. n. 287.197-4/7, rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 07.08.2008)

Art. 856. Antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade; se houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia o arbítrio de retirar, durante ele, a oferta.

Parágrafo único. O candidato de boa-fé, que houver feito despesas, terá direito a reembolso.

CC/1916: art. 1.514.

A promessa de recompensa pode ser revogada, desde que:

- a) o serviço não tenha sido executado ou a condição não haja se verificado;
- b) a revogação seja divulgada com a mesma publicidade dada à promessa;
- c) não tenha sido concedido prazo previsto para a execução do serviço.

No caso de haver prazo para a execução da tarefa, a retirada da oferta não pode ser feita durante sua vigência. Nada impede, porém, que seja feita posteriormente. No entanto, ao se esgotar o prazo, a oferta ainda é válida se não tiver havido revogação? Sim, se o interesse do devedor ainda puder ser satisfeito. É o caso da recompensa oferecida a quem se prontificar a ir até uma ilha de difícil acesso resgatar determinada pessoa em 24 horas. Ao ter decorrido o prazo, se a promessa não for revogada, ela ainda é devida se a vítima for resgatada. Segundo Newton de Lucca, nada impede que o promitente “renuncie expressamente à faculdade de revogar” (*Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XII, p. 18).

O parágrafo único do dispositivo assegura ao candidato de boa-fé que tiver feito despesas para atender à oferta o reembolso delas a despeito da revogação. Aplica-se exclusivamente aos casos em que ocorrer a revogação, pois, se a promessa subsistir, o candidato não será indenizado se não obtiver sucesso na empreitada. Ora, ao assumir gastos destinados a satisfazer o interesse do ofertante, o candidato assume o risco de nada receber se não tiver êxito, assim como o de ter despesas superiores ao valor prometido. Apenas se a promessa for revogada é que o candidato de boa-fé fará jus ao reembolso do que gastou por terem sido frustradas suas expectativas - criadas pelo ofertante que a revogou, ainda que licitamente.

Jurisprudência: Promessa de recompensa. Resgate durante enchente e manutenção de equipamentos pertencentes à empresa construtora. Comprovação da promessa de recompensa e de sua posterior revogação. Realização de despesas para a conservação do conjunto de bomba flutuante. Dever de reembolso das despesas suportadas. Aquele que se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido. É bem verdade que a promessa de recompensa possa ser revogada, só que, se restar satisfeita a condição, aquele que a cumprir poderá ao menos se reembolsar das despesas que, de boa-fé, houver feito, consoante se vê do disposto no art. 856, parágrafo único, do Código Civil. Recurso parcialmente provido. (Turmas Recursais - RS, Recurso cível n. 71.000.645.499, 1ª T. Recursal Cível, rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, j. 28.04.2005)

Art. 857. Se o ato contemplado na promessa for praticado por mais de um indivíduo, terá direito à recompensa o que primeiro o executou.

CC/1916: art. 1.515.

Receberá a recompensa o que realizar primeiro o ato contemplado na promessa. A regra afasta a possibilidade de o promitente optar entre os executores do serviço, cumprindo-lhe

recompensar o que primeiro o fizer, mas a solução será distinta se a promessa especificar que a recompensa será paga segundo critérios de avaliação da qualidade do serviço (concurso de contos, de beleza etc.). Se não houver a especificação na promessa, será possível verificar na situação concreta se a intenção do ofertante foi a de recompensar quem concluiu o serviço primeiro ou quem o fez melhor.

Art. 858. Sendo simultânea a execução, a cada um tocará quinhão igual na recompensa; se esta não for divisível, conferir-se-á por sorteio, e o que obtiver a coisa dará ao outro o valor de seu quinhão.

CC/1916: art. 1.515.

Caso mais de uma pessoa execute simultaneamente o ato contemplado na promessa, a recompensa será dividida entre eles em partes iguais, sem que se estabeleça a partilha segundo a importância da conduta de cada um dos executores. Trata-se, pois, de hipótese em que poderá ocorrer enriquecimento daquele que desempenhou papel menos importante e menos dispendioso para executar a tarefa em prejuízo do que mais se desempenhou neste sentido.

O § 2º do art. 1.515 do Código Civil de 1916 previa o sorteio da recompensa entre os executores simultâneos se ela fosse indivisível e nada dizia sobre a premiação do que não fosse sorteado. O dispositivo em exame modificou o tratamento do tema: manteve o sorteio entre os executores simultâneos, mas acrescentou a obrigação de o que for contemplado dar ao outro o valor de seu quinhão.

A solução do Código vigente é mais justa, pois evita que um dos executores fique sem recompensa, o que, a rigor, equivaleria ao inadimplemento do promitente em relação a ele. É certo, porém, que não se poderia obrigar o promitente a pagar uma recompensa a cada um, para a satisfação de um mesmo interesse. Desta forma, a entrega da recompensa a um dos credores, por sorteio, e a imposição da obrigação de entrega do quinhão correspondente ao outro, ou aos outros, harmoniza o sistema, inclusive em relação à primeira parte do dispositivo.

Art. 859. Nos concursos que se abrirem com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo, observadas também as disposições dos parágrafos seguintes.

§ 1º A decisão da pessoa nomeada, nos anúncios, como juiz, obriga os interessados.

§ 2º Em falta de pessoa designada para julgar o mérito dos trabalhos que se apresentarem, entender-se-á que o promitente se reservou essa função.

§ 3º Se os trabalhos tiverem mérito igual, proceder-se-á de acordo com os arts. 857 e 858.

CC/1916: art. 1.516.

A regra aplica-se às hipóteses de concursos em que há promessa pública de recompensa

— concursos de contos ou de obras jurídicas, por exemplo. Para validade da promessa, deve ser fixado um prazo para inscrição, seleção e escolha, sob pena de a promessa não ser exigível.

A escolha do vencedor pelo juiz do concurso, nomeado nos anúncios divulgadores do concurso, obrigará o ofertante e os participantes do concurso. Se não houver indicação do juiz do concurso no anúncio, entende-se que a escolha se fará pelo próprio promitente, que, segundo se presume, terá reservado essa função a si. Ao admitir-se isso, pode-se admitir tam-

bém que ele a delegue a outro, cujo nome não constou do anúncio. Caso o julgador considere que os trabalhos apresentados pelos candidatos têm mérito igual, aplicam-se as regras dos arts. 857 e 858, partilhando-se, se divisível, e sorteando-se, se indivisível. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, durante o prazo previsto, a promessa é irrevogável (*Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. III, p. 571).

Art. 860. As obras premiadas, nos concursos de que trata o artigo antecedente, só ficarão pertencendo ao promitente, se assim for estipulado na publicação da promessa.

CC/1916: art. 1.517.

Como as obras inscritas nos concursos em que se promete recompensa pertencem aos candidatos, após a escolha eles continuarão sendo seus titulares, a não ser que na publicação da promessa tenha constado que passarão a pertencer ao promitente. É comum nessas promessas que o candidato concorde antecipadamente com a publicação da obra que inscreveu no concurso.

CAPÍTULO II DA GESTÃO DE NEGÓCIOS

Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.

CC/1916: art. 1.331.

Em determinadas situações, sem autorização do interessado, uma pessoa pode assumir seu negócio. Isso ocorrerá, por exemplo, se um vizinho passar a administrar um terreno vizinho ao seu, de propriedade de alguém que não comparece ao local. Essa administração se fará em nome do proprietário e no interesse dele, ainda que não exista autorização de nenhum tipo - porque, por exemplo, o proprietário está preso ou residindo em local distante. O vizinho atencioso que assume a administração, locando o terreno e zelando por sua manutenção, deve agir segundo o que se presume fosse o desejo do proprietário, responsabilizando-se por seus atos perante aqueles com quem contratar e perante o proprietário - a quem deverá prestar contas oportunamente.

O gestor do negócio agirá como uma espécie de mandatário sem mandato em sua relação com o proprietário do terreno, mas permanecerá responsável pessoalmente em face dos terceiros com quem celebra negócios para defender o interesse de outrem. Newton de Lucca (*Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XII, p. 39-42) aponta as seguintes características para a gestão de negócios:

- a) desconhecimento do dono do negócio pelo gestor;
- b) espontaneidade da intervenção, que não deve resultar de qualquer prévio ajuste, ou ordem;
- c) o negócio deve ser alheio;
- d) desinteressado, atuando o gestor no interesse do dono do negócio;
- e) utilidade da gestão, pois o negócio deve ser proveitoso ao dono;
- f) propósito de obrigar o dono do negócio, uma vez que não haverá gestão se o gestor agir por mera liberalidade.

Jurisprudência: Agravo regimental no recurso especial. Ação de prestação de contas. Gestão de negócios não caracterizada. Súmula n. 7/STJ. 1 - Para configurar o instituto da gestão de negócios é necessária a reunião dos seguintes elementos: administração de negócio alheio; atuação por iniciativa do gestor; inexistência de autorização por parte do dono; e, por fim, ser o negócio de um terceiro que se encontra ausente e não possui mandatário. 2 - Não caracteriza gestão de negócios a atuação de advogado nos limites das instruções dadas pelo mandante. 2 - Incide a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 3 - Agravo regimental provido para não conhecer do recurso especial. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 723.816, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13.10.2009, DJ 26.10.2009)

Apelação cível. Contrato de empreitada. Aquisição de material. Gestão de negócios caracterizada. Considerando que a empreiteira adquiriu material para a execução do serviço, qualificando-se, no caso, perante a autora, como representante do dono da obra, bem como que, este, posteriormente, pagou parte da compra realizada, reconhecendo o negócio então efetivado, incumbe que, agora, arque com o saldo devedor existente. Verba honorária corretamente fixada. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Recurso improvido. (TJRS, Ap. cível n. 70.020.543.245, 16ª Câ. Cível, rel. Ana Maria Nedel Scalzilli, j. 19.03.2009, DJ 25.03.2009)

Apelação cível. Dissolução e liquidação de sociedades. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Mandato exercido contrariamente aos interesses do mandante. Alteração contratual. Quebra da *affectio societatis*. Exclusão de sócio [...]. Mérito do recurso em exame. 3 - A existência de sociedade por quotas de responsabilidade limitada mantida entre os litigantes é fato incontroverso nos autos, a teor do que estabelece o artigo 334, inciso II, do Código de Processo Civil. 4 - A controvérsia cinge-se à nulidade da alteração contratual levada a efeito e o conseqüente retorno do autor ao quadro societário, bem como a dissolução parcial da sociedade em relação ao sócio minoritário. 5 - A prática de ato por parte do mandatário, sócio minoritário, contrário ao interesse do mandante importa na invalidade da alteração contratual levada a efeito, quando sequer pode ser aproveitado o negócio jurídico praticado como mera gestão. 6 - É oportuno ressaltar que não é dado ao mandatário agir contrariamente ao interesse do mandante, como ocorreu no caso em discussão, tendo em vista que o pai do demandante, na condição de procurador deste, procedeu a sua exclusão do quadro societário. Frise-se que tal ato não foi ratificado pelo postulante, motivo pelo qual não produz qualquer efeito contra este, na medida em que realizado a título de mera gestão de negócios. Exegese do art. 861 do CC. 7 - Ademais, o demandado [...] não prestou contas quanto ao pagamento recebido pela retirada do autor do quadro societário, obrigação que lhe cabia, de acordo com o art. 668 do CC, a qual descumpriu. 8 - Releva ponderar que, nos termos do art. 1º, I, da Lei n. 8.934/94, dentre as finalidades do registro público de empresas mercantis está à garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos das empresas mercantis. 9 - Ressalte-se que no caso em foco, embora o instrumento de alteração contratual esteja datado de 31.03.2004, só foi levado a registro em 10.11.2004, quando já revogado o mandato concedido pelo autor ao primeiro demandado. 10 - Assim, a razão da invalidade e conseqüente ineficácia da alteração contratual realizada, decorre do fato de que quando esta passaria a surtir seus efeitos, estes inocontraram, pois naquela data o réu não possuía poderes para prática do ato jurídico em questão, cuja ausência de regular representação leva a nulidade absoluta deste. 11 - Trata-se de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, na qual, diferentemente do que ocorre em outros tipos societários, o elemento preponderante em sua constituição - *intuitu personae* ou *intuitu pecuniae*, pode variar de acordo com a intenção de seus integrantes. Espécies societárias que devem ser levadas em conta para dissolução parcial a ser realizada e os efeitos daí decorrentes. 12 -

No caso em tela, é possível identificar o caráter pessoal e familiar da empresa precitada, uma vez que composta apenas por dois sócios, bem como pela existência de cláusula restritiva à cessão de quotas sociais, o que significa que as qualidades pessoais de cada sócio são determinantes para a constituição da sociedade. 13 - Merece guarida a pretensão recursal da parte autora, tendo em vista que há nos autos provas suficientes a corroborarem as alegações deduzidas na inicial, tanto no que tange à nulidade da alteração contratual efetivada, quanto à quebra da *affectio societatis*. Consubstanciada esta na incompatibilidade e desarmonia entre os sócios decorrentes da prática de ato pelo primeiro demandado contrário ao mandato outorgado a este pelo autor, ônus que se impunha à parte postulante e do qual se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333,1, do CPC. 14 - Releva ponderar, ainda, que o art. 1.030, do CC, constitui permissivo à exclusão judicial de sócio, no caso de falta grave no cumprimento de suas obrigações, o que autoriza a dissolução parcial pleiteada na exordial. Dado provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.029.372.893, 5ª Câ. Cível, rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 15.07.2009, DJ 24.07.2009)

Ação de prestação de contas. Gestão de negócios. Primeira fase. Ainda que réu não tenha assumido o encargo de curador da autora, o seu dever, para esta primeira fase da demanda, decorre do fato de ter atuado, como ele próprio admite, como gestor de negócios em relação à irmã incapaz, nos termos do art. 861 do Código Civil. Sentença mantida. Nega do provimento. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.015.305.618, 7ª Câ. Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 27.09.2006)

Despejo. Uso próprio. Legitimidade. Mandatário presumível ou gestor de negócio. Inoponibilidade do locatário ao contrato. Reconhecimento.

A ação de despejo para uso próprio cabe, em regra, ao proprietário e locador. No entanto, não podem ser ignoradas hipóteses como o mandato tácito ou verbal (arts. 1.228 e segs. do Código Civil) e a gestão de negócios (arts. 1.331 e segs. do Código Civil), mormente quando o próprio locatário não põs em questão a validade do contrato e não haja suspeita de má-fé. (JTA 139/343)

Gestão de negócios. Administrador. Procurador *ad negotia*. Comparecimento em juízo em nome próprio. Inadmissibilidade.

A gestão de negócios possui analogia com o mandato, sobretudo com o mandato tácito. A diferença é que no mandato existe prévio acordo entre mandante e mandatário. Na gestão de negócios, inexistente esse ajuste prévio. (JTA/RT106/316)

No mesmo sentido: JTA/Saraiva73/2B6,73/306, JTA/Lex43/165, 50/246. Julgados do TARGS 31/74, 32/348, II TAC, Ap. n. 108.506-00/8, 9ª Câ., rel. Juiz Vallim Bellocchi, j. 31.12.1980, e II TAC, Ap. n. 107.551-00/7, 3ª Câ., rel. Juiz Roberto Rodrigues, j. 13.10.1980.

Art. 862. Se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobre vindo, ainda quando se houvesse abatido.

CC/1916: art. 1.332.

Caso se verifique que a gestão contrariou a vontade do dono do negócio, caracterizar-se-á a ilicitude do ato. Assim, a gestão perde o caráter de benevolência que a caracteriza, e o gestor será obrigado a indenizar até mesmo por caso fortuito, a não ser que demonstre que o dano teria ocorrido ainda que não tivesse ocorrido sua atuação (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 582).

Observe-se que a responsabilidade do gestor dependerá de ele ter ciência, ou poder ter ciência, de que o interessado não deseja a gestão antes de lhe dar início. Se a oposição ocorrer após o início da gestão, somente se aplicará a regra em exame aos atos posteriores a esse momento, na medida em que os anteriores não se verificaram com ciência da contrariedade do interessado.

Newton de Lucca registra caber ao dono do negócio demonstrar que a gestão se realizou contra sua vontade manifesta ou presumível e não poder a proibição ser infundada ou decorrer de mero capricho (*Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XII, p. 47).

Jurisprudência: Gestão de negócios. Administradora de bens. Atos excessivos ao poder outorgado no mandato. Reconhecimento.

A administradora de bens (mandatária) que excede os poderes do mandato é reputada como mero gestor de negócios (exegese do art. 1.297, do Código Civil). (II TAC, AI n. 571.954-00/5, 7ª Câmb., rel. Juiz Willian Campos, j. 27.04.1999)

Art. 863. No caso do artigo antecedente, se os prejuízos da gestão excederem o seu proveito, poderá o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou o indenize da diferença.

CC/1916: art. 1.333.

A aplicação do presente artigo relaciona-se ao anterior - ou seja, só incide se o gestor agir contra a vontade do dono do negócio. Nessas hipóteses, se a atuação do gestor causar prejuízo ao dono do negócio - porque os resultados obtidos são deficitários caberá ao gestor restituir as coisas ao estado anterior à sua intervenção, ou indenizar a diferença do resultado que o prejudica, segundo escolha conferida ao dono do negócio.

Art. 864. Tanto que se possa, comunicará o gestor ao dono do negócio a gestão que assumiu, aguardando-lhe a resposta, se da espera não resultar perigo.

CC/1916: art. 1.334.

O gestor deverá providenciar a comunicação ao dono do negócio de que assumiu a gestão. No entanto, se houver necessidade de atuar antes de receber resposta deste, comunicando-lhe a discordância, deverá fazê-lo, se isso for necessário para evitar danos.

Sua atuação deve restringir-se ao mínimo indispensável, tendo natureza predominantemente conservatória. Contudo, sempre que possível, deverá aguardar a resposta, se a espera não prejudicar os atos de gestão.

O silêncio do dono do negócio deverá ser havido como consentimento tácito, salvo se ele não tiver condições de manifestar sua discordância (DE LUCCA, Newton. *Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XII, p. 49). De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, ao receber a comunicação do gestor, “o dono do negócio tomará uma das deliberações assim elencadas por Washington de Barros Monteiro: a) desaprová a gestão, caso em que a situação se regerá pelo art. 874 do Código Civil; b) aprova-la-á expressa ou tacitamente, caso em que a gestão se converterá em mandato expresso ou tácito; c) aprova-la-á na parte já realizada, desaprovando-a, porém, para o futuro; d) constituirá procurador, que assumirá o negócio no pé em que se achar, extinguindo-se assim a gestão; e) assumirá pessoalmente o negócio, cessando igualmente a gestão, como no caso da letra anterior” (*Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. III, p. 575).

Art. 865. Enquanto o dono não providenciar, velará o gestor pelo negócio, até o levar a cabo, esperando, se aquele falecer durante a gestão, as instruções dos herdeiros, sem se descuidar, entretanto, das medidas que o caso reclame.

CC/1916: art. 1.335.

O gestor deve velar o negócio até que o dono o retome. Poderá, ainda, levá-lo a cabo - liquidá-lo. Se o dono do negócio falecer durante a gestão, o gestor deve aguardar as instruções dos herdeiros e, até recebê-las, não deve se descuidar das medidas reclamadas no caso. É certo, porém, que o gestor pode ser dispensado do ônus previsto neste artigo se sobrevierem circunstâncias excepcionais - tais como doença, acidente etc.

Art. 866. O gestor envidará toda sua diligência habitual na administração do negócio, ressarcindo ao dono o prejuízo resultante de qualquer culpa na gestão.

CC/1916: art. 1.336.

Como se afirmou nos comentários ao art. 863, o gestor indenizará o dono do negócio se os prejuízos excederem o proveito de sua gestão. Nessa hipótese, não se exige conduta culposa do gestor, pois ele terá agido contra a vontade do dono do negócio.

No artigo ora em exame, a culpa do gestor é que o obrigará a indenizar o dono do negócio. Assim, mesmo que o proveito do negócio se sobreponha aos prejuízos, haverá obrigação de o gestor indenizar se, culposamente, provocar prejuízos ao dono do negócio. Por exemplo: o gestor administra uma fábrica cujo dono está ausente. No final da gestão, apresenta ao dono um resultado positivo de R\$ 10.000,00. No entanto, verifica-se que deixou uma máquina da fábrica do lado de fora das instalações e ela foi furtada. Ao ser reconhecida sua culpa, estará obrigado a indenizar o valor da máquina, ainda que tenha dado lucro ao dono do negócio.

Art. 867. Se o gestor se fizer substituir por outrem, responderá pelas faltas do substituto, ainda que seja pessoa idônea, sem prejuízo da ação que a ele, ou ao dono do negócio, contra ela possa caber.

Parágrafo único. Havendo mais de um gestor, solidária será a sua responsabilidade.

CC/1916: art. 1.337.

Caso o gestor transfira sua função a outro, responde pelas faltas deste, mesmo que sem culpa na escolha ou na vigilância do substituto. Assim, basta que o substituto do gestor tenha cometido a falta para que a responsabilidade do gestor surja, sem impedimento de que este e o dono do negócio tomem medidas contra o substituto.

O parágrafo único do dispositivo consagra a solidariedade da responsabilidade dos vários gestores porventura existentes.

Art. 868. O gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesses seus.

Parágrafo único. Querendo o dono aproveitar-se da gestão, será obrigado a indenizar o gestor das despesas necessárias» que tiver feito, e dos prejuízos, que por motivo da gestão, houver sofrido.

CC/1916: art. 1.338.

Caso o gestor decida efetuar operações arriscadas na gestão do negócio alheio, ficará responsável pelos danos decorrentes de caso fortuito, ainda que o dono do negócio também costumasse correr tais riscos. Também responderá pelo fortuito se preterir interesses do dono do negócio em benefício próprio.

A solução resulta do fato de a gestão ser assumida espontaneamente sem obrigatoriedade para o gestor, de maneira que, se ele decidir gerir negócio alheio, assumirá o ônus do resultado negativo decorrente de operações arriscadas.

O parágrafo único deste artigo autoriza o dono do negócio a aproveitar-se dos atos de gestão, mas para isso o obriga a indenizar o gestor de suas despesas necessárias - não as excepcionais ou meramente úteis -, bem como dos prejuízos que tiver suportado em decorrência da gestão.

Jurisprudência: Interdição. Prestação de contas no seu bojo. Rejeição parcial, com determinação ao antigo curador de devolver honorários por ele auferidos, derivados da prestação de serviços junto ao Ministério do Exército; tendentes à regularização de isenção fiscal em favor da mãe interdita. Prestação que teve início antes da nomeação à curatela, não podendo, todavia, ignorar o estado de amentalidade da genitora. Não tipificação de mandato, equiparação à mera gestão de negócio. Possibilidade de fazer jus a remuneração, a teor do artigo 1.338, parágrafo único, do Código Civil à época vigente; os serviços efetivamente prestados, sem que houvesse necessidade da contratação de outro profissional especializado. Acolhimento do alvitre da Procuradoria de Justiça, para reduzir o valor cobrado (mais de 14% sobre o importe afinal lucrado pela interdita) à metade; cabendo devolução da outra metade com os acréscimos legais, na forma aventada pela sentença. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 4.140.774.900, 8ª Câm. Dir. Privado, rel. Luiz Ambra, j. 30.09.2009, DJ 05.10.2009)

Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão.

§ 1º A utilidade, ou necessidade, da despesa, apreciar-se-á não pelo resultado obtido, mas segundo as circunstâncias da ocasião em que se fizerem.

§ 2º Vigora o disposto neste artigo, ainda quando o gestor, em erro quanto ao dono do negócio, der a outra pessoa as contas da gestão.

CC/1916: art. 1.339.

Basta que o negócio seja adequadamente administrado pelo gestor para que o dono do negócio seja obrigado a cumprir os negócios celebrados em seu nome. Em decorrência da utilidade da atuação do gestor, o dono do negócio fica obrigado a reembolsá-lo pelas despesas úteis e necessárias que houver feito o primeiro.

Aqui no presente caso, diversamente do que ocorre com as operações arriscadas (art. 868, parágrafo único), o gestor é indenizado tanto pelas despesas úteis quanto pelas necessárias, pois ele se limitou a cuidar do negócio de modo útil, sem realizar ações arriscadas.

Além do reembolso atualizado das despesas, também incidirão os juros legais sobre a quantia a reembolsar (art. 406). O dispositivo contém inovação relacionada ao texto correspondente do Código Civil de 1916. Trata-se de impor ao dono do negócio, além do reembolso de despesas, a obrigação de indenizar os prejuízos que o gestor houver sofrido em decorrência dos atos de gestão.

Em razão da aparente distinção feita pelo art. 403 entre estes e os lucros cessantes, tais prejuízos poderão compreender aquilo que o gestor deixou de auferir em seu próprio negócio ou atividade, para cuidar dos negócios do terceiro? A interpretação literal levaria a resposta negativa - confirmam-se os comentários ao art. 404, parágrafo único, do Código Civil. No entanto, a leitura do disposto no § 1º deste dispositivo permite que se conclua que a utilidade ou a necessidade da interrupção das atividades próprias do gestor podem ser avaliadas à luz das circunstâncias da ocasião e da boa-fé de que tratam os arts. 113 e 422 deste Código.

Desta forma, se o gestor interrompeu seu negócio - de rentabilidade reduzida -, para gerir o do dono de outro negócio, muito mais rentável, e, com isso, assegurou-lhe ganhos elevados - ou impediu que ele sofresse prejuízos expressivos -, será o caso de obrigar o dono do negócio a incluir os lucros cessantes do gestor na importância pela qual deverá indenizá-lo, observando-se, porém, o limite estabelecido no artigo seguinte.

O § 2º impõe que o dono do negócio indenize o gestor mesmo se este, por erro, der conta a quem não é o dono do negócio. Nesta última hipótese, basta que o gestor esteja em erro, não havendo necessidade de que o falso dono do negócio soubesse, ou pudesse saber, que o gestor estava em erro, tal como o art. 138 deste Código exige.

No que tange à verificação da utilidade da gestão, Carlos Roberto Gonçalves pondera: “Não fica ao alvedrio do titular do negócio declarar se a administração do gestor foi, ou não, útil e necessária, devendo tal aferição ser feita de acordo com os critérios legais. A utilidade da gestão decorre de fatores vários, como sejam a vontade presumível do dono, o interesse deste, bem como as circunstâncias da ocasião em que se fizeram” (*Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. III, p. 577).

Jurisprudência: Apelação. Ação de arbitramento de honorários de advogado. Sentença de improcedência. Cerceamento de defesa inócua. Elementos dos autos bastando para a composição do litígio. Serviços advocatícios contratados por inventariante antes de ser investido no cargo e sem autorização judicial. Oposição do herdeiro ao cumprimento dos contratos assim celebrados, por contrários aos respectivos interesses. Parte dos serviços contratados, os consistentes no acompanhamento dos filhos e parentes próximos do casal assassinado nos atos relacionados à investigação policial e à cobertura da imprensa, que se considera ter apresentado utilidade aos herdeiros, até então dependentes econômicos dos pais mortos, os autores da herança. Raciocínio tomando por base o disposto no art. 1.700 do CC, segundo a qual a obrigação de prestar alimentos se transmite com a herança e deve ser satisfeita pelo espólio até que se verifique a partilha. Tio dos herdeiros que, ao realizar tal específica contratação, agiu como gestor de negócios, gestão útil e merecendo ser assim referendada, nos termos do art. 869 do CC. Gestão não proveitosa, contudo, no que se refere à ulterior contratação dos serviços relacionados à defesa criminal da herdeira que já então confessara coautoria no assassinato dos pais, tanto porque também contrária aos presumíveis interesses dos autores da herança. Sentença de improcedência da demanda parcialmente reformada, para o acolhimento, apenas, do pedido de arbitramento e cobrança de honorários referentes à primeira contratação. Julgamento do mérito da apelação verificado por maioria de votos, mediante a adoção do voto intermediário. Apelação parcialmente provida, prejudicado o agravo retido. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.087.552.000, 25ª Câmara. Dir. Privado, rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 07.07.2009, DJ 19.08.2009)

Caso em que corretora de seguros pagou parcelas do prêmio em favor do segurado. Incidência do CC/1916. Gestão de negócios caracterizada, afastada a hipótese de pagamento com sub-rogação. Aplicação do disposto no art. 1.339 do Código Civil anterior. Direito de reembolso configurado. Procedência da demanda. 3 - Juros moratórios incidentes à taxa de 1% ao mês, ora explicitada, pois a citação ocorreu na vigência do novo Código Civil. 4 - Litigância de má-fé. Caráter protelatório do recurso não verificado. Situação em que a conduta do demandado não desembordou do exercício regular do direito de defesa. Recurso desprovido, com explicitação. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.279.319, 6ª Câm. Cível, rel. Des. Ubirajara Mach de Oliveira, j. 15.02.2007)

Art. 870. Aplica-se a disposição do artigo antecedente, quando a gestão se propo- nha a acudir a prejuízos iminentes, ou redunde em proveito do dono do negócio ou da coisa; mas a indenização ao gestor não excederá, em importância, as vantagens obtidas com a gestão.

CC/1916: art. 1.340.

Tal como resulta do art. 869, nos casos em que a gestão verificar-se com vistas a evitar prejuízos, ou quando trazer proveitos ao dono do negócio ou da coisa, o gestor fará jus ao reembolso de seus gastos e das despesas necessárias e úteis, bem como ao recebimento da indenização por seus prejuízos.

No entanto, o legislador limita o valor do reembolso ao proveito obtido por ele com a gestão, segundo a parte final do dispositivo. Essa limitação é aplicável aos casos em que hou- ver gestão para afastar prejuízos iminentes ou redunde em vantagem ao dono do negócio, ou também aos casos do artigo antecedente, no qual basta a administração útil? Ora, se quando o gestor intervém para evitar prejuízos ao dono do negócio, ele só recebe o que não exceda as vantagens do dono do negócio, com maior razão valerá o limite se ele apenas administrou utilmente o negócio, sem que houvesse qualquer risco que tornasse imperiosa a gestão.

Art. 871. Quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato.

CC/1916: art. 1.341.

Aquele que presta alimentos ao credor deve ser reembolsado pelo devedor, mesmo que ele não concorde com o pagamento. Este artigo deve ser conjugado com o disposto no art. 306 deste Código, pois se o devedor tivesse argumento capaz de excluir sua obrigação de pagar - a maioria do credor, por exemplo não poderá ser obrigado a reembolsar quem quitou a dívida por ele.

Assim sendo, este dispositivo quer apenas dispensar a ratificação do devedor como con- dição para o reembolso. Não significa, contudo, que o pagamento indevido deva ser reem- bolsado pelo devedor. Também o presente dispositivo não incidirá ao caso se o gestor não tiver intenção de substituir o ausente, mas apenas pretender fazer caridade (DE LUCCA, New- ton. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XII, p. 66).

Art. 872. Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de ali- mentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens.

Parágrafo único. Cessa o disposto neste artigo e no antecedente, em se provando que o gestor fez essas despesas com o simples intento de bem-fazer.

CC/1916: art. 1.342.

Despesas de enterro suportadas por terceiros podem ser cobradas daqueles que deviam alimentos ao defunto, salvo se aquele que pagou o fez com intenção de fazer caridade.

Jurisprudência: A partir do exposto no artigo 872, *caput* do CC e ficando evidenciado que a autora efetuou o pagamento dos serviços relativos ao funeral da filha dos réus [...], tem o direito de ser ressarcida. A testemunha [...] confirmou que a autora emprestou o valor para realização dos atos pertinentes ao funeral, sendo que o réu [...] na ocasião, comprometeu-se com a autora a efetuar o pagamento até o próximo o final de semana após o funeral. O pagamento de valor diretamente à funerária não afasta o direito da autora receber, integralmente, a quantia que despendeu. Irrelevante, perante à autora, o pagamento efetuado pelo recorrente à funerária, porquanto a pretensão deduzida nesta demanda tem como base a relação estabelecida entre os litigantes. Sendo os réus, independente do divórcio, pais da falecida [...], ambos, em tese, tinham obrigação alimentar (arts. 872 e 1.696 do CC). Logo, há responsabilidade solidária, inexistindo razão para ocorrer individualização da condenação. Desnecessidade, no mais, em sede de Juizado Especial Cível, de se formalizar o julgamento, principalmente na instância recursal, repetindo-se argumentos apresentados na decisão da 1ª fase (art. 46 da Lei n. 9.099/95). Recurso improvido. Proposta de decisão homologada mantida por seus próprios fundamentos. (Turmas Recursais - RS, Recurso cível n. 71.000.560.755, 2ª T. Recursal Cível, rel. Juiz Leandro Figueira Martins, j. 20.10.2004)

Art. 873. A ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato.

CC/1916: art. 1.343.

Ratificar é confirmar a gestão. Tal ato implicará validade da gestão desde o seu início e a equipará ao mandato para todos os fins. Isso significa que, se após a gestão o dono do negócio ratificar sem ressalvas os atos do gestor, valerão as regras do mandato para a relação estabelecida entre eles. A ratificação pode ser expressa ou tácita e, ocorrendo, afasta a incidência ao caso das regras da gestão, aplicando-se à relação jurídica os dispositivos relativos ao mandato.

Jurisprudência: Monitória. Instrumento de confissão de dívida. Assinatura da funcionária do autor. Gestão de negócios. Artigo 873 do Código Civil. Ato ratificado equivale a ato praticado por meio de mandato. Ação procedente. Coação moral. Inexistência de prova. Artigo 333,1, do Código de Processo Civil. Ônus do autor. Desconsideração de personalidade jurídica. Inaplicabilidade. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 7.339.137.000,21ª Câ. Dir. Privado, rel. Silveira Paulilo, j. 13.05.2009, DJ 29.05.2009)

Art. 874. Se o dono do negócio, ou da coisa, desaprovar a gestão, considerando-a contrária aos seus interesses, vigorará o disposto nos arts. 862 e 863, salvo o estabelecido nos arts. 869 e 870.

CC/1916: art. 1.344.

Caso o dono do negócio desaprove os atos de gestão, valerão as regras mencionadas nos arts. 862 e 863, a cujos comentários nos reportamos. Observe-se, contudo, que a desaprovação deve ser fundamentada, não se permitindo que seja externada por mero arbítrio do dono do negócio, o que caracterizaria abuso de direito (art. 187 do CC).

Art. 875. Se os negócios alheios forem conexos ao do gestor, de tal arte que se não possam gerir separadamente, haver-se-á o gestor por sócio daquele cujos interesses agenciar de envolta com os seus.

Parágrafo único. No caso deste artigo, aquele em cujo benefício interveio o gestor só é obrigado na razão das vantagens que lograr.

CC/1916: art. 1.345.

Nos casos em que o gestor tiver negócio conexo ao que administra, há evidente coincidência de interesses entre ambos, o que coloca em risco a idoneidade da gestão. Por isso é que o presente artigo estabelece sociedade entre o gestor e o dono do negócio.

O parágrafo único limita a obrigação do dono do negócio às vantagens que obtiver, afastando a incidência de outras disposições a respeito da responsabilidade pelos atos de gestão.

A norma pretende evitar que o gestor se aproveite das circunstâncias para tirar proveito da situação em prejuízo do dono do negócio gerido por ele.

CAPÍTULO III DO PAGAMENTO INDEVIDO

Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

CC/1916: art. 964.

O valor recebido por quem não é credor deve ser restituído, sob pena de enriquecimento injustificado. Do mesmo modo, se o recebimento se verifica sob condição - isto é, dependendo de fato futuro e incerto caso o evento condicionante não se verifique, o pagamento efetuado deixa de ser devido, de modo que deve ser restituído (art. 125).

Carlos Roberto Gonçalves, ao comentar o presente dispositivo, anota: “Nessa matéria vigora o tradicional princípio de que todo enriquecimento sem causa jurídica e que acarrete como consequência o empobrecimento de outrem induz obrigação de restituir em favor de quem se prejudica com o pagamento” (*Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. III, p. 580).

Trata-se de uma modalidade de enriquecimento sem causa, tratado especificamente a partir do art. 884 deste Código. Newton de Lucca registra que os requisitos para a configuração do pagamento indevido são os seguintes: “a) *animus solvendi*, ou seja, a intenção de pagar; b) inexistência do débito ou pagamento endereçado àquele que não seja o credor” (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XII, p. 79).

Jurisprudência: Sentença. Ausência de manifestação acerca de alegação da parte. Não ocorrência de nulidade. Desobrigação do juiz quanto à apreciação de todas as teses apresentadas pela parte, principalmente quando a conclusão da decisão se mostra incompatível com a proposição apresentada. Preliminar rejeitada. Recurso improvido. Repetição de indébito.

Pagamento voluntário. Perícia conclusiva no sentido da existência de importância paga a maior. Devolução do montante. Necessidade. Observância do art. 876 do CC/2002 que impõe a restituição de quantia, sob pena de enriquecimento sem causa de quem recebe indevidamente. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 3.994.344.100, 7ª Câm. Dir. Privado, rel. Álvaro Passos, j. 18.02.2009, DJ 06.03.2009)

Cartão de crédito. Pagamento em duplicidade, por erro da própria autora. Obrigação de restituir o valor (art. 876 do Código Civil). Danos morais. Inocorrência, no caso, pois mesmo tivesse sido considerado tal pagamento persistiria a inadimplência da autora, ainda que por valor menor. Demora na solução do imbróglio causado a partir de erro da própria autora. Mero dissabor, que precisa ser suportado por quem vive em sociedade. Recurso parcialmente provido. 1 - Todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir. 2 - Os meros dissabores não podem ser alçados ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. (TJSP, Ap. cível n. 991.090.384.084, 11ª Câm. Dir. Privado, rel. Gilberto dos Santos, j. 26.11.2009, DJ 10.12.2009)

Processual civil e tributário. Taxa de iluminação pública. Documentos indispensáveis à propositura da ação de repetição de indébito. Art. 283 do CPC. Afastamento da multa do § 2º do art. 557.

[...] 2 - Em sede de repetição de indébito, os documentos indispensáveis à propositura da ação são aqueles hábeis a comprovar a realização do pagamento indevido e a legitimidade ativa *ad causam* do contribuinte que arcou com o referido recolhimento.

3 - Em se tratando de débitos repetidos e de igual conteúdo, a verificação do *quantum debeatur* pode ser postergada para a liquidação.

4 - Recurso especial provido em parte. (STJ, REsp n. 1.028.628, rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.03.2008).

Do mesmo teor: STJ, REsp n. 923.150, rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.08.2007.

Em se tratando de débitos repetidos e de igual conteúdo, a verificação do *quantum debeatur* pode ser postergada para a liquidação. (STJ, REsp n. 923.150, rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.08.2007)

Contrato. Prestação de serviços bancários. Ação de repetição de indébito. Transferência em duplicidade, por erro, de quantia da conta de correntista para conta de terceiro. Obrigação deste restituir o pagamento indevido. Exegese do art. 876 do Código Civil. Recurso improvido nessa parte. (TJSP, Ap. cível n. 1.289.918-2/SP, 11ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 15.02.2007, v.u., voto n. 8.926)

Condomínio. Centro comercial. Taxa de publicidade. Alegação de pagamento indevido porque a unidade autônoma não está sendo utilizada. Inconsistência. Restituição de indébito julgada improcedente. Convenção condominial que não exclui as unidades desocupadas. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 331.483.4/7, rel. Des. Álvares Lobo, j. 31.03.2004)

O locador, que aplica reajustes em desacordo com as formas e prazos contratuais sem a concordância expressa do locatário, e concorre, decisivamente, para erro deste sobre o valor correto do aluguel, está obrigado a repetir o indevidamente recebido. (II TAC, Ap. n. 417.903, rel. Juiz Laerte Sampaio, j. 14.02.1995)

Art. 877. Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro.

CC/1916: art. 965.

Para que o valor recebido indevidamente seja restituído, aquele que efetuou o pagamento deverá comprovar que o fez por erro. A demonstração de que o pagamento foi feito por equívoco acarretará a conclusão de que não foi espontâneo, consciente e intencional. Vale dizer: foi feito apesar da consciência de que o valor não era devido. Pois, se o valor não era conscientemente devido e o pagamento se fez mesmo assim, não há oportunidade de repetição, na medida em que se equipara a uma liberalidade ou renúncia de direito.

Como se verifica, o Código Civil adotou a teoria subjetiva, tornando indispensável a demonstração do erro. Contudo, se não houve erro, a repetição pode encontrar fundamento no enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC).

O ônus da prova do erro, segundo o presente dispositivo, é daquele que efetuou o pagamento. Acrescente-se, com amparo na lição de Newton de Lucca, que, caso o pagamento tenha se verificado involuntariamente - por coação, exemplificativamente -, não será o caso de incidência do presente dispositivo, mas de defeito do negócio jurídico (art. 171, II, do CC), suscetível de anulação (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XII, p. 83).

O art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a obrigação de o fornecedor restituir em dobro ao consumidor aquilo que este pagou indevidamente, com correção monetária e juros de mora, salvo engano justificável. A disposição tem natureza distinta do pagamento indevido contemplado no Código Civil, pois não exige o erro do consumidor, limitando-se a estipular uma única hipótese de exclusão de responsabilidade do fornecedor: o engano justificável.

Jurisprudência: Repetição de indébito. Origem da dívida. Demonstração inequívoca de pagamento indevido. Autora que comprovou os fatos constitutivos do seu direito. Inteligência do art. 877 do novo Código Civil e art. 333, I, do CPC. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 1.164.504.000, 14ª Câ. Dir. Privado, rel. Ligia Araújo Bisogni, j. 27.05.2009, DJ 26.06.2009)

Repetição de indébito. Pretensão da autora voltada a restituição dos valores pagos a maior ao requerido, a título de gratificação pelo exercício da função de supervisão, no período compreendido entre maio/93 a março/97. Improcedência do pedido pronunciada em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Erro no cálculo da vantagem aludida perfeitamente delineado nos autos, tendo lugar a repetição por aplicação dos arts. 876 e 877 do CC. Obrigação de restituir que decorre objetivamente da ausência de causa jurídica do pagamento, devendo ser evitado o enriquecimento injusto à custa de outrem. Irrelevante, nesse passo, a perquirição se houve ou não má-fé daquele que percebeu o que não lhe era devido, consubstanciando a restituição uma imposição legal. Apelo provido para o fim de julgar procedente a ação. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 6.564.875.900, 8ª Câ. Dir. Público, rel. Paulo Dimas Mascareti, j. 28.01.2009, DJ 13.02.2009)

Prestação de serviços educacionais. Indenização. Preliminar. Inversão do ônus da prova. A critério do magistrado, diante das peculiaridades de cada caso. Preliminar repelida. Prestação de serviços educacionais. Litigância de má-fé não demonstrada. Ausência de dolo ou ilicitude na conduta da apelada. Não tipificação dos artigos 14 a 18 do Código de Processo Civil. Pagamento voluntário. Repetição do indébito. Prova de que o pagamento indevido foi feito por erro. Ausência. Exegese do artigo 877 do Código Civil de 2002. Dano moral. Prova. Necessidade. No plano do dano moral, não basta o fator em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua reper-

cussão, prejudicialmente moral. Ausência de comprovação desse abalo. Indenização indevida. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.017.784.000, 25ª Câ. Dir. Privado, rel. Marcondes D'Angelo, j. 27.01.2009, *DJ* 11.02.2009)

Restituição. Repetição de indébito. Preço de apartamento quitado mais de seis anos antes da propositura da ação. Ausência de ilegalidade, até porque, de consenso o preço e prestações pagas. índice do Sinduscon, mesmo que irregular, pago sem ressalvas. Juros ditos superiores à lei de usura controvertidos. A normalização e equilíbrio das relações contratuais inadmitte pedidos revisionais de preços já quitados e sem ressalvas específicas. Atos que se poderiam dizer juridicamente perfeitos. Recurso provido. (TJSP, Ap. n. 290.609-4/6, rel. Des. Alfredo Migliore, j. 11.05.2004. No mesmo sentido: *RT* 628/128)

Sentença que indeferiu a petição inicial. Alega a autora que celebrou acordo com a ré, no sentido de lhe pagar certa importância em razão de coação moral a que foi submetida, substanciada no fato de que tinha a autora necessidade de resolver pendência existente entre as partes sob pena de serem agravados os seus prejuízos. Em face dos elementos processuais já constantes do processo, não vejo como possa coação ficar caracterizada. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 199.433-4/9, rel. Des. Sebastião Amorim, j. 20.05.2004)

Aquele que recebeu o que não era devido deve restituir, sendo certo que não se pode considerar pagamento voluntário quando é efetuado para evitar possíveis constrangimentos. (STJ, REsp n. 187.281, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.11.1999. No mesmo sentido: REsp n. 187.717, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14.10.1999; REsp n. 249.466, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.09.2000)

Repetição de indébito. Inviabilidade sem a prova do pagamento por erro (art. 965 do Código Civil). (II TAC, Ap. n. 626.698, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 20.02.2000)

A cobrança de encargos ilegais por parte da instituição financeira descaracteriza a mora do devedor, não se admitindo a cobrança das respectivas penalidades, dentre elas a multa.

Em contratos bancários como o da espécie dos autos, esta Corte orienta-se no sentido de que desnecessária a prova do erro no pagamento para que se determine a repetição do indébito. (STJ, REsp n. 331.416, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.04.2003)

Em se tratando, como na espécie, de contrato de abertura de crédito em conta-corrente, o pedido de restituição dos valores pagos a maior não exige a prova do erro, pois não há que se falar em pagamento voluntário, já que os débitos são lançados na conta pela própria instituição financeira credora. (STJ, REsp n. 184.237. rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 05.10.2000)

O entendimento da Corte está consolidado no sentido de que "tratando-se de prestação, em contrato de adesão, cujo valor é calculado unilateralmente pelo credor, a repetição do que foi pago a mais pode ser requerida independentemente da prova do erro" (STJ, REsp n. 234.437/RS, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 21.02.2000). (STJ, Ag. Reg. n. 496.086, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25.08.2003)

Art. 878. Aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto neste Código sobre o possuidor de boa-fé ou de má-fé, conforme o caso.

A coisa dada em pagamento indevido fica em poder daquele que a recebeu sem ter direito ao bem. Esse falso credor pode ter agido de boa-fé ou de má-fé e poderá ter percebido frutos do bem ou ter incorporado acessões a ele. Pode ser, ainda, que o bem recebido tenha se deteriorado.

Caso o credor tenha agido de boa-fé, a hipótese se regerá pelo disposto nos arts. 1.214 e seu parágrafo único, 1.217 e 1.219. Se tiver agido de má-fé, a questão rege-se pelo disposto nos arts. 1.214, parágrafo único, 1.216, 1.218 e 1.220.

Jurisprudência: 1 - Não sendo o despachante aduaneiro contribuinte ou responsável pelo Imposto de Importação, não se afigura ilegal o ato do Fisco que negou a restituição do tributo pago indevidamente na via administrativa, sob o fundamento de que tal pedido deveria ser feito em nome do importador, e não no do próprio despachante, tendo em vista que este não possui relação jurídica tributária com o Fisco. Ressalte-se que não foi negada a existência do direito creditório, tampouco a legitimidade do despachante para formular o pedido na via administrativa, porquanto expressamente autorizado pelo importador, razão pela qual não há falar em ofensa aos arts. 653 e 878 do CC/2002.

2 - Recurso especial desprovido. (STJ, REsp n. 652.263, rel. Min. Denise Arruda, j. 26.06.2007)

Art. 879. Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.

Parágrafo único. Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.

CC/1916: art. 968.

O dispositivo contempla os casos em que o pagamento indevido compreende a transferência de um imóvel ao credor. Nesse caso, o imóvel pode ser transferido a terceiro por esse credor.

As soluções previstas neste artigo variam conforme o terceiro adquirente esteja ou não de boa-fé e segundo a transferência efetuada ao terceiro seja gratuita ou onerosa. As soluções serão as seguintes:

a) alienação onerosa feita de boa-fé a terceiro igualmente de boa-fé. O credor que recebeu o imóvel indevidamente responde perante o devedor que pagou apenas pela quantia recebida do terceiro pela aquisição do imóvel. Não se cuida de determinar a restituição do valor do bem, pois o artigo refere-se expressamente à quantia recebida, que só pode ser aquela recebida pelo falso credor. Não se determina o pagamento do valor do próprio bem, pois, nesse caso, o credor de boa-fé poderia ser obrigado a restituir mais do que recebeu - isto é, o valor real do bem, e não aquilo que recebeu efetivamente;

b) o credor age de má-fé ao transferir o imóvel recebido incorretamente a terceira pessoa. A segunda parte deste dispositivo impõe ao credor que recebe o imóvel e o aliena de má-fé a obrigação de indenizar perdas e danos - ou seja, o montante de seus prejuízos mais lucros cessantes. A má-fé tanto pode caracterizar-se em razão do fato de o credor ter conhecimento de que o pagamento era indevido, quanto do fato de o credor ter efetuado a alienação com o propósito de não restituir o bem ao devedor que o entregou indevidamente, admitindo-se que só posteriormente tenha tomado conhecimento da intenção do devedor de sustentar que o pagamento era indevido, desconhecendo o fato até este momento. No caso de o credor que recebeu

o indevido ter agido de má-fé, ele responde perante aquele que pagou pelo valor do imóvel - e não pelo valor recebido, como se verificaria na hipótese anterior - além das perdas e danos;

c) o credor transfere o imóvel a terceiro gratuitamente ou a terceiro que adquire onerosamente, mas atuando de má-fé. Nessas hipóteses, segundo a regra do parágrafo único deste dispositivo, a reivindicação do imóvel a ser ajuizada pelo devedor que paga indevidamente poderá atingir o terceiro; no caso da alienação gratuita, porque a transferência do bem sem contraprestação justifica que o beneficiado ceda o bem ao titular que dele foi privado por erro; no que se refere ao terceiro que adquire de má-fé, porque o sistema do Código Civil não autoriza que a má-fé seja prestigiada em detrimento de quem age de boa-fé. Também nos casos em que o credor não houver transferido o imóvel a terceiro, será possível que o devedor que o entregou em pagamento indevido tenha sucesso na reivindicação.

Em todos esses casos, cabe a quem pagou optar entre a reivindicação e o recebimento do valor.

Art. 880. Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador.

CC/1916: art. 969.

Nas hipóteses referidas neste artigo, a repetição do indébito é afastada em razão de, por alguma razão, o pagamento indevido haver levado o credor, de boa-fé, a se desfazer de algum direito de que era titular verdadeiramente.

Assim, se a dívida realmente existente deixar de ser realizável em decorrência do pagamento indevido - o credor inutiliza o título, permite que ocorra a prescrição ou abre mão das garantias -, ficará o devedor impossibilitado de postular a repetição. Caberá a ele, porém, ajuizar ação regressiva em relação ao verdadeiro devedor e seu fiador.

É certo que a disposição em exame só incide se o credor agiu convencido de que recebia o que lhe era devido - vale dizer, de boa-fé pois, do contrário, se agiu maliciosamente, não pode ser dispensado da obrigação de restituir o recebimento do indébito.

Art. 881. Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido.

CC/1916: sem correspondente.

O pagamento não se aperfeiçoa apenas pela entrega de dinheiro ou bem, mas também pela entrega de uma prestação de fazer ou não fazer. Nessas hipóteses, também é possível verificar-se que a prestação não era devida, cabendo a repetição. Contudo, não será possível a restituição da mesma espécie de prestação recebida, de modo que o credor que recebeu o indevido indenizará aquele que deu cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Essa indenização, porém, não será medida pela extensão dos prejuízos, mas pelo lucro obtido pelo credor. Assim, será identificado o valor da vantagem obtida pelo credor e este será o montante a indenizar ao devedor. Pode ocorrer, portanto, que o prejuízo do devedor ultrapasse o valor repetido, caso o fazer ou não fazer seja inferior, não produza ao credor vantagem ao menos igual à de suas despesas. Nessa hipótese, deixará de haver enriquecimento

injusto do credor, que restituirá ao devedor o enriquecimento obtido. No entanto, não estará o devedor integralmente ressarcido dos danos suportados.

Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

CC/1916: art. 970.

O pagamento da dívida alcançada pela prescrição, ou juridicamente inexigível, é adimplida espontaneamente pelo devedor, que não pode invocar a prescrição ou a inexigibilidade para postular a repetição. Mas, se houver outra espécie de erro no pagamento, será possível repetir o adimplemento. Imagine-se que o erro resultou do fato de uma seguradora pagar indenização a um segurado, após o prazo prescricional, porque imaginava que ele havia sido vítima de um furto. Ao ser apurado o erro - o furto não ocorreu, e o equívoco da denúncia foi informado à seguradora em momento oportuno a seguradora poderia postular a repetição do indébito decorrente do erro cometido, porque seu pedido não estaria fundamentado no pagamento de dívida prescrita.

Conclui-se que o dispositivo veda a alegação de que a dívida estava prescrita ou que era juridicamente inexigível como causa da repetição, mas não exclui a repetição se o fundamento do devedor for o erro, ou seja, a alegação de que pagou o que era indevido - e o fato de ter ocorrido a prescrição ou de a dívida não ser juridicamente exigível não significa que ela não era devida.

Jurisprudência: Embargos à execução. Execução. Parcelas prescritas. Cobrança judicial, dolosa, por dívida já paga. CC/2002, art. 940. Inocorrência. Descabimento. Dívida prescrita é considerada obrigação natural, ou seja, conquanto devida não pode mais ser exigida judicialmente ante o decurso do prazo estipulado pela lei, mas uma vez solvida não pode ser repetida (CC/02, art. 882). Assim, a exigência de parcelas prescritas configura apenas excesso de execução, mas não preenche o pressuposto de "demanda por dívida já paga", não gerando, portanto, obrigação de pagamento em dobro, à luz do artigo 940 da lei substantiva, especialmente quando também não demonstrada má-fé do exequente. (TJSP, Ap. cível n. 992.070.388.708, 35ª Câm. Dir. Privado, rel. Clóvis Castelo, j. 16.11.2009, *DJ* 01.12.2009)

IPTU. Execução fiscal. Depósito judicial do débito efetuado parcialmente nos autos da execução. Determinação do depósito da diferença. Pedido de reconsideração. Indeferimento. Alegação de prescrição. Decisão mantida, prescrição afastada. Agravo de instrumento. Prescrição e pedido de restituição do valor depositado. Depósito parcial efetuado nos autos da execução fiscal implica no reconhecimento da dívida, nos termos do artigo 882 do Código Civil. Restituição de débito prescrito indevida. Agravo de instrumento da executada desprovido. (TJSP, Al n. 6.079.905.000, 14ª Câm. Dir. Público, rel. Carlos de Carvalho, j. 17.09.2009, *DJ* 10.11.2009)

Processo civil. Pedida a suspensão do processo, mesmo se o crédito de origem não tributária estiver prescrito, não se precisa extinguir a execução, porque o credor, na forma do art. 882 do Código Civil pode receber o pagamento, momento em que se extingue com julgamento de mérito o processo de execução. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível \$/ revisão n. 7.694.655.800, 15ª Câm. Dir. Público, rel. Paulo Roberto Fadigas Cesar, j. 22.05.2009, *DJ* 07.07.2009)

Inviável acolher pleito de ressarcimento de imposto pago pelos autores, cuja responsabilidade era da ré, na medida em que essa dívida foi paga depois de operada a prescrição. A divi-

da prescrita, por se constituir em obrigação natural, é inexigível, não havendo, por isso, direito de ressarcimento por seu pagamento indevido, ainda que inequívoca a responsabilidade do real devedor. Inteligência do art. 882 do Código Civil. Danos morais. Inscrição do nome dos promitentes compradores em dívida ativa. Culpa da promitente vendedora evidenciada. Dever de indenizar configurado. Evidenciado que o nome dos autores foi inscrito indevidamente em dívida ativa por débito tributário que deveria ter sido solvido pela ré, quando ainda não prescrita a dívida, a qual descumpriu com a obrigação contratual de quitar todos os impostos pendentes sobre o imóvel prometido vender, impositivo reconhecer o dever de indenizar. Abalo moral sobejamente demonstrado pela prova carreada. Recurso parcialmente provido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.018.695.411, 18ª Câm. Cível, rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 05.04.2007)

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

CC/1916: art. 971.

Caso o objeto da prestação não cumprida seja ilícito, imoral ou proibido por lei, a repetição é indevida, pois não se pode prestigiar a obrigação nula (art. 166), indesejada pelo legislador. Contudo, também não será adequado que aquele que recebeu algo para realizar uma dessas prestações fique com o bem, de modo que o legislador inovou ao determinar que o bem reverta em proveito de estabelecimento de beneficência.

Será necessário que aquele que deu alguma coisa postule a repetição e que o juiz identifique o fim ilícito no curso da demanda, de modo a acolher o pedido e condenar quem recebeu a entregar o bem ao estabelecimento. Mas também é possível que algum estabelecimento de beneficência postule a repetição, ou que o interesse público legitime o Ministério Público a fazê-lo. O princípio da socialidade do Código Civil autoriza esta interpretação: em nome do interesse social predominante, é de se alargar a interpretação do presente dispositivo para que seja possível admitir a legitimação extraordinária na hipótese, a fim de evitar que o enriquecimento fundado em conduta ilícita fique sem a sanção legal estabelecida, que, mais do que o interesse particular, tutela interesse público.

Pela mesma razão, a natureza pública do texto legal autoriza que o juiz o aplique de ofício, sem que qualquer das partes o sugira ou mencione. A regra teria aplicação ao caso em que alguém entrega dinheiro para que uma pessoa com qualificação melhor preste concurso público em seu lugar. Ao ser identificado o crime e preso aquele que se fazia passar pelo candidato, este poderia pretender a repetição do indébito, na medida em que foi excluído do concurso - o objeto do contrato não lhe foi conferido, tendo havido, por isso, inadimplemento. O presente dispositivo, porém, veda essa devolução, ao estabelecer que a importância reverterá a um estabelecimento de beneficência. Com essa solução, evita-se que qualquer dos participantes da conduta permaneça com a quantia que se destinava a fim ilícito, imoral ou contrário à lei.

Jurisprudência: Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de cobrança. Repetição de valores pagos para obtenção de fim ilícito. Vedação expressa no artigo 883 do Código Civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Juízo terminativo prolatado. Encontrando a pretensão do autor vedação expressa no ordenamento jurídico, a extinção do feito em razão da impossibilidade jurídica do pedido é medida que se impõe. Hipótese em que o requerente pretende a repetição de valor referente a acordo firmado com o réu, consistente na compra de dinheiro

supostamente desviado da Casa da Moeda do Brasil. Pedido que encontra vedação expressa no artigo 883 do Código Civil brasileiro, em razão da ilicitude do negócio firmado entre as partes. Inversão da sucumbência. Extinção, de ofício, do processo sem resolução de mérito, ex *vi*, do art. 267, VI, do CPC. Prejudicado o exame das apelações. (TJRS, Ap. cível n. 70.023.444.250, 10ª Câ. Cível, rel. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 28.05.2009, *DJ* 22.06.2009)

Prestação de serviços. Telefonia. Desligamento indevido da linha telefônica instalada no estabelecimento comercial da autora. Indenização. Dano moral. Elementos caracterizadores do dever de indenizar. Reconhecimento. Prova do dano. Desnecessidade. Os inúmeros aborrecimentos causados à autora em decorrência do desligamento indevido da linha telefônica instalada em seu estabelecimento comercial justifica plenamente a imposição de sanção reparatória, sendo de todo desnecessária a prova do dano. Danos morais. Condenação da requerida ao pagamento de oitenta e cinco salários-mínimos à Associação de Assistência à Criança Deficiente em razão dos fatos noticiados nos autos. Inadmissibilidade. Indenização afastada. Inexiste amparo legal a justificar a condenação da ré ao pagamento de indenização no importe de 85 (oitenta e cinco) salários-mínimos à Associação de Assistência à Criança Deficiente (AACD), sendo inaplicável ao caso a indenização social prevista no parágrafo único do artigo 883 do Código Civil, cuja aplicação restringe-se aos casos de pagamento indevido, voltado à obtenção de fim ilícito, imoral ou proibido por lei, do que na hipótese não se cogita, restando afastada tal condenação sem que isso acarrete a nulidade do julgado pretendida pela apelante. Danos materiais. Ausência de prova dos prejuízos sofridos. Indenização afastada. A falta de prova de prejuízo material sofrido pela autora em razão dos fatos narrados impede a condenação da ré ao pagamento de indenização a esse título. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 1.118.194.007, 30ª Câ. Dir. Privado, rel. Orlando Pistoiresi, j. 11.03.2009, *DJ* 13.04.2009)

CAPÍTULO IV DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

CC/1916: sem correspondente.

No Direito romano, o princípio que veda o enriquecimento sem causa já era conhecido e aplicado. Atualmente, várias ações têm o objetivo de evitar esse tipo de enriquecimento: a repetição de indébito, a de enriquecimento ilícito na cobrança do cheque prescrito, a de indenização etc. Todas elas pertencem ao gênero das ações *in rem verso*.

No Código Civil de 1916, eram exemplos dessas medidas o dispositivo que determinava a restituição do pagamento indevido, o que reconhecia o direito de ressarcimento das despesas de produção e custeio e das benfeitorias necessárias ao possuidor de má-fé, bem como aquela que reconhecia o direito à indenização do construtor de boa-fé em terreno alheio.

No Código Civil de 2002, foi dedicado um capítulo específico ao enriquecimento sem causa. O parágrafo único deste dispositivo acrescenta, no que se refere ao enriquecimento que tem por objeto coisa determinada, que “quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”.

Os requisitos da ação de enriquecimento sem causa são:

- a) enriquecimento de alguém;
- b) empobrecimento correspondente de outrem;
- c) relação de causalidade entre ambos;
- d) ausência de causa jurídica;
- e) inexistência de ação específica (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. III, p. 590).

O enriquecimento compreende não só o aumento patrimonial, mas também qualquer vantagem, como não suportar determinada despesa. Exemplo interessante da questão é fornecido por Sílvio Rodrigues e tem origem na Corte de Cassação francesa: “Um negociante havia entregue ao arrendatário de uma propriedade agrícola adubos por este comprados. Rescindido o arrendamento, o negociante, que não conseguiu receber o preço da venda do arrendatário, que de resto se tornara insolvente, veio cobrá-lo do arrendante por meio da ação de *in rem verso*. Seu êxito na demanda é que valeu a consagração e do princípio do repúdio ao enriquecimento indevido, no Direito francês” (*Direito civil* São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 422).

O empobrecimento pode consistir em uma redução de patrimônio ou em não perceber determinada verba que seria obtida em razão do serviço prestado ou da vantagem conseguida pela outra parte. Para Agostinho Alvim, esse requisito nem sempre é necessário (RT 259/3). Segundo o ilustre mestre, há hipóteses em que a ação é cabível mesmo sem o enriquecimento; por exemplo, quando uma pessoa informa ao herdeiro sua qualidade em determinada sucessão.

A relação de causalidade significa que o enriquecimento e o empobrecimento resultam de um só fato, atuando um como determinante da ocorrência do outro. Se os valores forem diversos, a indenização será fixada pela cifra menor. Assim, se a vantagem de quem enriquece é de R\$ 5.000,00, mas o empobrecimento correspondente é de R\$ 3.000,00, esta última importância é que deverá ser paga ao primeiro. É que, no momento em que aquele que empobreceu for indenizado pelo montante de seu prejuízo, seu interesse fundado na ausência de outros danos a reparar desaparecerá, de modo que não poderá receber além do que perdeu. Não é necessário que o empobrecimento seja causa eficiente do enriquecimento e vice-versa. Cuida-se de verificar se ambos têm origem no mesmo fato. Assim, o indivíduo trabalha sem remuneração e sofre um empobrecimento ao qual corresponde um enriquecimento do beneficiado. O serviço foi a causa de ambos os fatos.

A ausência de causa jurídica é o requisito mais importante para o reconhecimento do enriquecimento sem causa. Não haverá enriquecimento sem causa quando o fato estiver legitimado por um contrato ou outro motivo previsto em lei. Somente quando não houver nenhum destes dois fundamentos é que haverá ilicitude no locupletamento.

Jurisprudência: Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Cobrança indevida de parcela relativa ao Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS). Equívoco da CEF. Erro inescusável. Pretensão de quitação do saldo devedor nos termos da Lei 10.150/2000. Possibilidade. 1 - A parte não pode valer-se da própria torpeza para legitimar o seu enriquecimento sem causa (*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*), consoante dispõem os art. 884 a 886 do Código Civil de 2002. 2 - O Recurso especial interposto pela alínea c permite a adoção de soluções análogas aos casos semelhantes. 3 - A existência de erro inescusável, em razão do preparo técnico dos agentes da CEF que atuam na área de financiamento, impõe ao agente financeiro arcar com as consequências econômicas advindas de eventual equívoco quando da elaboração das cláusulas contratuais. Precedentes do STJ: REsp 684970/G0, Segunda Turma, DJ 20.02.2006; REsp 562.729/SP, Segunda Turma, DJ 06.02.2007; e REsp 653170/GÜ, Segunda Turma, DJ 19.09.2005. 4 - *In casu*, o erro quanto à previsão de cobertura pelo FCVS, mercê de o valor financiado exceder o limite regula-

mentar encartado na Circular 1.214/1987, item 15; Resolução 1.361/1987 do Bacen, bem como a indevida cobrança das parcelas relativas ao FCVS juntamente com a prestação e o seguro, consoante assentado pelo Tribunal *a quo* à fl. 193, decorreu de equívoco dos agentes da Caixa Econômica Federal - CEF, que, evidentemente, não pode se valer da própria torpeza para afastar o benefício de cobertura do saldo devedor pelo FCVS, em razão da presunção de boa-fé dos mutuários reafirmada, no caso concreto, pelo adimplemento das prestações do contrato de mútuo habitacional. 5 - *Mutatis mutandis*, o entendimento adotado por esta Corte, no julgamento de hipótese análogas, revela-se perfeitamente aplicável ao caso concreto para reconhecer o direito dos recorrentes à quitação do imóvel, objeto do contrato n. 1.0643.0406.315-2, nos moldes delineados na Lei 10.150/2000, bem como a respectiva baixa da hipoteca incidente sobre o imóvel em questão. 6 - Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 972.890, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 16.06.2009, DJ 17.08.2009)

Valores pagos pela Administração Pública em virtude de decisão judicial provisória, posteriormente cassada, devem ser restituídos, sob pena de enriquecimento ilícito por parte dos servidores beneficiados. (STJ, REsp n. 725.118, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 09.12.2005)

Perfeitamente viável a pretensão de restituição dos valores indevidamente descontados pela empresa-ré, e o fundamento está no princípio de que ninguém deve locupletar-se à custa alheia, nos termos dos arts. 884 e 885 do Código Civil. Apelo provido em parte. (TJRS, Ap. cível n. 70.020.501.920, 15ª Câmara Cível, rel. Des. Vicente Barroco de Vasconcellos, j. 12.09.2007)

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

CC/1916: sem correspondente.

De acordo com o disposto neste artigo, a restituição é devida não só quando não houver causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixar de existir. Assim, mesmo que, de início, o enriquecimento estivesse justificado, a partir do momento em que deixa de haver causa para sua permanência, a restituição será possível.

Giovanni Ettore Nanni, ao comentar o presente dispositivo, apresenta como exemplo o bem alheio cujo uso foi consentido por negócio jurídico regular que, após o período estabelecido, deixa de ter justa causa, gerando enriquecimento sem causa (*Enriquecimento sem causa*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 264). Acrescenta, ainda, o caso dos esponsais, observando que, ainda que não acolhidos no Direito brasileiro, geram efeitos jurídicos, inclusive o de postulação de perdas e danos (*idem, ibidem*).

Jurisprudência: Previdência. IPREM. Contribuição especial. Segurado facultativo. Exclusão. Restituição. Sentença de improcedência. Recolhidas às contribuições depois que a justa causa para o seu recolhimento deixou de existir, é devida a restituição para evitar o enriquecimento sem causa. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível c/ revisão n. 6.557.365.900, 10ª Câmara Dir. Público, rel. Teresa Ramos Marques, j. 26.01.2009, DJ 12.02.2009)

Administrativo. Servidor público. Valores recebidos em virtude de acórdão do TRT posteriormente reformado pelo TST. Restituição. 1 - É cabível a restituição de verba paga a servidores em virtude de decisão judicial posteriormente reformada. Não é correto alegar que as verbas tinham caráter alimentício, e assim não devem ser restituídas. Os autores pediram judicialmente a providência liminar, a obtiveram e mais tarde ela foi revogada. Por força de

lei, respondem pelo que receberam indevidamente (art. 811 do CPC e artigos 876 e 885 do Código Civil). O contrário seria consagrar o enriquecimento sem causa por parte dos servidores beneficiados. 2 - Apelação e remessa necessária providas. (TRF, 2ª Região, Ap. cível n. 355.639, 6ª T. Especializada, rel. Des. Guilherme Couto, j. 26.01.2009, DJ 06.02.2009)

Fornecimento de energia elétrica. Relação de consumo. Presunção da boa-fé objetiva da consumidora. Presunção que, ademais, se aplica a todo e qualquer ramo do Direito. Lavratura de Termos de Ocorrência de Irregularidade (TOI's) em decorrência de suposta fraude no medidor de energia elétrica. Apuração arbitrária e unilateral de consumo pretérito e cobrança de valores. Aplicação do máximo abstrato previsto na Resolução n. 456/00 da Aneel (art. 73) sem elementos concretos para tanto. Hipótese em que houve até diminuição do consumo de energia elétrica após a regularização. Declaração de nulidade do TOI e de inexigibilidade da dívida cobrada, com a conseqüente restituição em dobros dos valores pagos indevidamente. Sentença parcialmente reformada. Apelação da concessionária de energia elétrica não provida e da consumidora provida. (TJSP, Ap. n. 7.123.256-9, rel. Des. Luis Eduardo Scarabelli, j. 12.09.2008)

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

CC/1916: sem correspondente.

Finalmente, a ação fundada no enriquecimento sem causa só é cabível quando não houver ação específica, tendo em vista seu caráter subsidiário. Se o interessado deixa prescrever a ação específica, não poderá valer-se da ação de enriquecimento ilícito, ou todas as demais ações seriam absorvidas por ela. Vale dizer, aquele que dispunha de determinada ação específica para receber seu crédito e deixa sua pretensão prescrever não poderá invocar o enriquecimento injusto para postular indenização correspondente ao crédito prescrito. Se houver ação específica, esta é que deve ser utilizada.

Giovanni Ettore Nanni observa que “o conceito básico que predomina a respeito da subsidiariedade é que a ação de enriquecimento deve ser entendida como um remédio excepcional, cujo exercício é condicionado à inexistência de outra solução prevista na lei” (*Enriquecimento sem causa*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 268) e prossegue, anotando que “a verificação da subsidiariedade não deve ser feita abstratamente, *a priori*, mas analisada em concreto, conforme as particularidades da questão submetida a julgamento, em que se averiguará a possibilidade ou não da existência de outros meios disponíveis ao demandante para recompor a perda sofrida” (idem, p. 270). A rigor, como o insigne monografista pondera, o que se pretende é evitar que a ação de enriquecimento sem causa seja utilizada para viabilizar violação ou fraude à lei, possibilitando que se alcance por via oblíqua o que é vedado pela lei (idem, *ibidem*). Por outro lado, sempre que outra demanda for suficiente para restabelecer o equilíbrio da situação, não haverá necessidade da ação de enriquecimento sem causa, sob pena de ela ser admitida em praticamente todas as hipóteses de pedido condenatório, como verdadeira panaceia. Giovanni Ettore Nanni, porém, pondera que não se deve fazer uma análise meramente formal da subsidiariedade, devendo o intérprete admitir essa ação em todos os casos em que, mesmo concorrendo com outra ação, a demanda preencha os seus requisitos específicos (idem, p. 273).

Jurisprudência: Declaratória de nulidade. Contrato de compra e venda de imóvel. Cláusula contratual. Reajuste vinculado ao salário-mínimo. Nulidade declarada. Repetição de indébito. Prescrição. Art. 205 do CCB. Sob a vigência do novo Código Civil, é de 10 (dez) anos o prazo prescricional (art. 205 do CCB) para a pretensão de ressarcimento do pagamento indevido

ocorrido em decorrência de previsão contratual que sofrer modificação, descartada a incidência do prazo de 3 (três) anos, previsto para os casos de ressarcimento de enriquecimento sem causa (206, § 3º, IV, CCB). A pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa não é cabível quando a lei confere ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido (art. 886 do CCB), como ocorre nos casos em que o pedido de repetição de indébito funda-se na alegação de pagamento indevido no âmbito de contrato de compra e venda de imóvel e há expressa previsão legal de reparação (art. 876 do CCB). (TJMG, Ap. cível n. 1.0313.07.224690-0/001(1), 13ª Câ. Cível, rel. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 16.07.2009, DJ 03.08.2009)

TÍTULO VIII DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 887.0 título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil de 2002 cuidou de disciplinar, em separado, os títulos de crédito, construindo, conforme sugestão formulada pelo professor Mauro Brandão Lopes, no início da década de 1970, após elaboração e entrega do anteprojeto de autoria de comissão elaboradora designada pelo Ministério da Justiça, um regramento geral, aplicável aos títulos atípicos e às lacunas da disciplina de cada título típico. O presente artigo reproduz a conhecida definição de Cesare Vivante (*Trattato di diritto commerciale*, 5. ed. Milano, Vallardi, 1924, v. III, p. 123), indicativa da natureza documental e dos três predicados comuns a todos os títulos de crédito: cartularidade, autonomia e literalidade.

Todo título de crédito é, portanto, um documento, ou seja, uma coisa destinada a manter a memória permanente acerca do advento de determinado fato jurídico. Emerge de tal coisa, de sua interpretação, um juízo de existência com respeito a um dado evento produtor da incidência de normas jurídicas. Ademais, não se trata de um documento qualquer, igual a todos os outros. Ao ser criado, o título de crédito passa a conter uma promessa unilateral formulada pelo emitente ou sacador, seu criador. Tal promessa, como declaração negociada, não se dirige ao público, isto é, a um número de pessoas indeterminado, porém a uma pessoa determinada, ou seja, de início, ao credor original e, em sequência, a cada um dos eventuais e novos portadores, a quem for transferido o próprio documento. É a vontade do emitente ou sacador que determina a função especial do título de crédito, fazendo que nele se contenha uma declaração unilateral, a qual “tem por objeto a promessa de uma prestação ou o reconhecimento de uma posição jurídica derivada de uma dada relação jurídica de caráter patrimonial” (FERRI, Giuseppe. “Le promesse unilaterali -1 titoli di credito”. In: *Trattato di diritto civile diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli*. Milano, Vallardi, 1972, v. IV, fase. III/I, p. 53). Essa declaração unilateral é cartular, ou seja, encontra-se inserida num suporte documental, e se vincula a uma relação antecedente, extracartular, nascida de um primeiro negócio jurídico, chamado subjacente. Os títulos de crédito constituem, ainda, documentos que dispõem de uma função dispositiva, ou seja, são ferramentas indispensáveis ao exercício de determinado direito, no que se distinguem, fundamentalmente, dos documentos probatórios e constitutivos. Eles não apenas servem para atestar a ocorrência de um fato jurídico, não somente solidificam direitos subjetivos, mas, sobretudo, man-

têm permanente conexão com os direitos subjetivos constituídos, legitimando, com sua circulação, o portador designado na própria cártula. Há uma clara coligação, apartado o exame do negócio subjacente, entre o título de crédito e a declaração negociai que o criou, derivando daí a impropriamente chamada incorporação dos direitos subjetivos ao documento.

A definição adotada frisa, também, persistirem três predicados comuns a toda essa categoria de documentos. A primeira dessas características é a *literalidade*, entendida como o fato de só serem extraídos efeitos do título daquilo que nele estiver escrito. Os direitos subjetivos conferidos ao portador designado de um título de crédito decorrem do que está escrito na cártula. Daí decorre, em reverso, uma simultânea vinculação formal, a qual significa que o que não está escrito também não pode ser alegado. A segunda característica é a *autonomia*, consubstanciando-se na independência da obrigação assumida individualmente pelas pessoas cuja firma foi exarada no título. A terceira característica é a *cartularidade*, a qual representa a absoluta necessidade, tal como consta da já mencionada definição de Vivante, de apresentar o título de crédito para o exercício dos direitos decorrentes da promessa unilateral feita por seu emitente. De um ângulo inverso, se um documento é apto, por si só, ao exercício dos direitos subjetivos apresentados literalmente, dispõe de cartularidade. Consideram-se, também, os títulos como documentos formais, mesmo que dotados com diferentes graus de rigidez, devendo um documento, para ser ungido a tal categoria, respeitar com exatidão as prescrições legais.

Art. 888. A omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem.

CC/1916: sem correspondente.

Propõe-se, aqui, a persistência de uma distinção e de uma separação entre os negócios cartulares (declarações inseridas no documento e cuja validade e eficácia dependem do preenchimento de requisitos específicos) e subjacentes (declarações fornecedoras de motivação jurídica para aquelas inseridas no documento, correspondentes a sua causa). Uma falha formal na elaboração do título de crédito, induzindo a ausência de um elemento essencial, produz um vício sobre o documento, retirando-lhe sua qualidade dispositiva, mas não atinge, de modo algum, o negócio que lhe forneceu razão de ser, o qual se mantém válido e eficaz.

Jurisprudência: O art. 888 do NCCB preserva a relação negociai que deu surgimento ao escrito desprovido de requisito legal necessário à geração de título de crédito. Com isso evita que as partes contratantes tenham a relação primitiva afetada pela emissão de documento que deveria ser título de crédito, mas que, por contrariar norma vigente, não atinge o patamar almejado. (TJMG, Ap. cível n. 1.0701.06.148286-8/001(1), 13ª Câm. Cível, rel. Des. Francisco Kupidlowski, j. 06.03.2008)

Art. 889. Deve o título de crédito conter a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere, e a assinatura do emitente.

§ 1º É à vista o título de crédito que não contenha indicação de vencimento.

§ 2º Considera-se lugar de emissão e de pagamento, quando não indicado no título, o domicílio do emitente.

§ 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 1º e 2º, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

No presente artigo, há uma discriminação de elementos essenciais gerais e não essenciais gerais, próprios aos títulos atípicos. Adotada, como padrão, a presença de uma relação bipolar (entre um emitente e um beneficiário), semelhante à estabelecida na nota promissória, os elementos essenciais expressos gerais são três:

- a) descrição do direito literal, com a precisa indicação de seu conteúdo;
- b) data de criação;
- c) assinatura do emitente ou sacador, indicando a inequívoca vontade de criar o título de crédito.

Há um quarto elemento implícito, correspondente ao nome do beneficiário, pois não é admitida a possibilidade de um título atípico ao portador, dado o disposto no art. 907. A ausência de qualquer desses elementos não pode ser superada e induz a desnaturação do título de crédito, que, de documento dispositivo, passa a assumir apenas um caráter probatório.

O texto legal elenca, também, outros três elementos não essenciais gerais, cuja ausência pode ser superada pela aplicação de presunções absolutas (*jure et de jure*) expressas nos §§ 1º e 2º do presente artigo:

- a) data de vencimento (em caso de omissão, o título deve ser considerado à vista);
- b) local de criação (ausente a menção, deve ser considerado o de domicílio do emitente);
- c) local de pagamento (ausente a menção, deve ser considerado o de domicílio do emitente, pois, em regra, as obrigações cartulares são quesíveis).

Consta, por fim, no § 3º, uma autorização legislativa para a criação de títulos atípicos com cártula digital, isto é, composta em arquivo magnético, em que a assinatura do emitente, como sinal gráfico, será, evidentemente, substituída por um identificador digital ou alfanumérico.

Art. 890. Consideram-se não escritas no título a cláusula de juros, a proibitiva de endosso, a excludente de responsabilidade pelo pagamento ou por despesas, a que dispense a observância de termos e formalidade prescritas, e a que, além dos limites fixados em lei, exclua ou restrinja direitos e obrigações.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 1º e 5º, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

Foram estabelecidas, aqui, proibições de caráter geral, que, inclusive, podem ser disciplinadas diversamente em leis especiais, relativas a cláusulas, elementos acidentais de um título de crédito, inseridos conforme expressa manifestação volitiva do emitente ou sacador. As proibições atingem as cláusulas de:

- a) juros, estabelecendo, como decorrência de serem deixados valores à disposição do devedor (o próprio emitente), remuneração em favor do beneficiário (art. 5º da LUG);
- b) interdição de endossos, capaz de transformar um título endossável em um título nominativo impróprio, cuja titularidade é transmitida por meio de cessão de crédito (art. 15, 2ª alínea, da LUG);

c) dispensa de formalidades legais, pois não é possível, dada sua natureza, dispor sobre a forma adotada por um título de crédito ou sobre os procedimentos necessários à extração de sua eficácia plena;

d) exclusão ou restrição de direitos ou obrigações, desde que sejam ultrapassados os limites fixados em lei.

Tais cláusulas não podem ser inseridas, em todo caso, de maneira alguma, nos títulos atípicos ou naqueles em que as normas de regência foram omissas.

Art. 891. O título de crédito, incompleto ao tempo da emissão, deve ser preenchido de conformidade com os ajustes realizados.

Parágrafo único. O descumprimento dos ajustes previstos neste artigo pelos que deles participaram, não constitui motivo de oposição ao terceiro portador, salvo se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 10, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

O título de crédito em branco, isto é, aquele que não reúne todos os elementos essenciais próprios à aquisição da natureza dispositiva, pode ser completado, sem desnaturação, até o momento de extração de plena eficácia, o que ocorre no vencimento, quando solicitado seu pagamento ou apresentado a protesto. Entre o emitente ou sacador e o beneficiário, resta consolidado um ajuste de vontades, um contrato de preenchimento, e cabe ao último obedecer às instruções fornecidas, incluindo no documento os dados compatíveis com o convenicionado. O contrato de preenchimento não é, porém, oponível a terceiros de boa-fé, de maneira que seu descumprimento, a não ser quando comprovada a má-fé, não afeta a posição de um futuro titular do título, a quem, seja qual for a forma de circulação do documento, tenha sido transmitida a propriedade do documento e, por consequência, os direitos incorporados. Ressalte-se que o imediato preenchimento da cártula, assim como a boa-fé de terceiro, é presumido, devendo a alegação em sentido contrário, por isso, ser conjugada com prova cabal (art. 3º do Decreto n. 2.044/08 e Súmula n. 387 do STF).

Jurisprudência: Súmula n. 387, STF: A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto.

Art. 892. Aquele que, sem ter poderes, ou excedendo os que tem, lança a sua assinatura em título de crédito, como mandatário ou representante de outrem, fica pessoalmente obrigado, e, pagando o título, tem ele os mesmos direitos que teria o suposto mandante ou representado.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 8º e 14, Decreto n. 2.044, de 31.12.1908; art. 8º, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

É perfeitamente possível que a celebração de negócios cartulares (declarações inseridas no título de crédito) seja efetivada a partir da instituição de uma relação de representação, por procurador dotado de poderes especiais para tanto. O texto legal realça a necessidade de fazer amoldar a atuação do representante aos limites derivados dos poderes a ele conferidos,

sob pena, em se tratando de documento em que são incorporados direitos literais, de o próprio procurador se ver pessoalmente vinculado, assumindo, assim, toda a responsabilidade patrimonial perante terceiros, permanecendo o suposto representado isento. Efetuado um eventual pagamento, aquele que atuou com excesso ou sem poderes assume a posição cabível ao suposto representado, podendo, se for o caso, pleitear o regresso, ou seja, o reembolso dos valores despendidos (art. 8º da LUG).

Jurisprudência: Cambial. Nota promissória. Assinatura por quem não mais detém a representação do emitente, pessoa jurídica. Responsabilidade pessoal, com exclusão do mandante ou representado. Código Civil, art. 892. Decreto 2.044, de 1908, art. 46. Decreto 57.663/66, art. 8º. Preliminares rejeitadas. Ação declaratória negativa procedente. Sustação definitiva do protesto. Recursos improvidos. (TJSP, Ap. cível n. 7.259.290.600, 22ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Matheus Fontes, j. 08.07.2009)

Art. 893. A transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 14 e 16, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

Em todo título de crédito, uma ou mais obrigações são incorporadas, agregando-se a um suporte físico para possibilitar sua ágil circulação. Tais obrigações, chamadas cartulares, apresentam, na posição de credor, o proprietário do documento como coisa móvel. Persiste uma sobreposição entre duas relações jurídicas de natureza distinta, uma derivada de uma obrigação cartular e outra relativa ao direito real de propriedade incidente sobre o documento, o que resulta numa coincidência inevitável, pois o titular da propriedade do documento é, simultaneamente, titular do crédito incorporado ao documento. Trata-se da conhecida teoria da propriedade, defendida, entre outros e desde muito, por Ageo Arcangeli (“Sulla teoria dei titoli di credito” In: *Rivista di Diritto Commerciale*? ano 1910, p. 351-2) e Tullio Ascarelli (“Titularità e costituzione dei diritto cartolare” In: *Rivista di Diritto Commerciale*? ano 1932, 1.1, p. 520-2), bastante divulgada e albergada pelo texto do presente artigo, deixando-se de lado outras explicações para a circulação cambiária (créditos sucessivos, delegação, pendência, personificação do título etc.), que com o passar do tempo tiveram sua fragilidade e imperfeição apontadas. Frisa-se, aqui, pura e simplesmente, que a titularidade da propriedade do documento implica a titularidade dos créditos incorporados, uma seguindo a outra quando efetuada uma transmissão; o direito sobre o título e o direito nascido do título caminham sempre juntos.

Art. 894.0 portador de título representativo de mercadoria tem o direito de transferi-lo, de conformidade com as normas que regulam a sua circulação, ou de receber aquela independentemente de quaisquer formalidades, além da entrega do título devidamente quitado.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 15, 16, 20, 21 e 22, Decreto n. 1.102, de 21.11.1903.

Os títulos representativos de mercadorias outorgam a seu portador legitimado direitos reais incidentes sobre bens móveis literalmente especificados, os quais, em virtude de uma

relação contratual antecedente (depósito empresarial ou transporte de cargas), são exercidos ao final, pelo esgotamento desse mesmo contrato. Tais títulos apresentam total causalidade, compondo essa categoria o conhecimento de transporte, o conhecimento de depósito e o *warrant*. De ordinário, eles são transmissíveis por endosso e, seguindo a regra proposta pelo artigo anterior, sua transmissão implica, também, a transmissão dos direitos incorporados, os quais, nesse caso particular, dizem respeito a mercadorias depositadas em armazém geral ou em trânsito, ou seja, no curso do transporte de uma localidade para outra. De toda maneira, será necessária sempre, em homenagem ao princípio da cartularidade, a exibição do documento e, com isso, a demonstração da legitimidade material de seu portador, a fim de que, ao final, sejam exercidos os direitos reais incidentes sobre as mercadorias enfocadas.

Art. 895. Enquanto o título de crédito estiver em circulação, só ele poderá ser dado em garantia, ou ser objeto de medidas judiciais, e não, separadamente, os direitos ou mercadorias que representa.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 17, Decreto n. 1.102, de 21.11.1903.

Em se tratando de títulos representativos de mercadorias, já referidos no artigo anterior, qualquer constrição judicial (penhora, arresto, seqüestro etc.), assim como a instituição de direito real de garantia (penhor), só poderá ser efetivada por meio do próprio título, eis que, enquanto for possível a circulação do documento dispositivo, não se saberá, com total exatidão, quem é o titular dos direitos relativos à mercadoria representada e, portanto, não se poderá aferir a legitimidade para a constituição de ônus sobre os bens móveis. Na hipótese proposta, a efetivação de uma constrição judicial só é viabilizada pela apreensão do título de crédito, assim como a instituição de um direito real de garantia depende de um simples endosso, negócio jurídico consumado mediante a aposição de um simples sinal gráfico sobre a cártula. O art. 17 do Decreto n. 1.102/03 já contém regra idêntica e que pretende evitar que um terceiro de boa-fé seja atingido por um ato ou uma declaração extracartular.

Art. 896. O título de crédito não pode ser reivindicado do portador que o adquiriu de boa-fé e na conformidade das normas que disciplinam a sua circulação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 16, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

Ante a literalidade, fatos sem expressão no documento não podem, com o fim de reivindicar o título de crédito, ser alegados diante de um portador de boa-fé, que recebe o documento em virtude de um encadeamento perfeito, iniciado no beneficiário (credor original) e consubstanciado por transmissões contínuas e sucessivas. A plena circulação dos títulos de crédito, seja qual for a forma de transmissão aplicável, depende da segurança da posição jurídica assumida pelos sucessivos credores (portadores legitimados do documento), que, em nome das necessidades do tráfico jurídico, merece ser resguardada e protegida. É inadmissível, portanto, não só o acolhimento, mas, isso sim, a discussão de toda questão atinente à titularidade do título de crédito, desde que sua aquisição tenha se operado regularmente, sem violação das regras especificamente incidentes.

Art. 897.0 pagamento de título de crédito, que contenha obrigação de pagar soma determinada, pode ser garantido por aval.

Parágrafo único. É vedado o aval parcial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 30, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

O aval é o negócio jurídico unilateral, cartular e simples pelo qual alguém assume a posição de garante do pagamento da letra de câmbio, equiparando-se sua responsabilidade à de um dos coobrigados existentes. Trata-se da garantia primordial do pagamento de títulos de crédito. É um negócio jurídico, pois corresponde a uma declaração de vontade destinada à produção de efeitos admitidos e delimitados pelo ordenamento positivado. Essa declaração só pode ser manifestada sobre um documento dispositivo, isto é, sobre uma cártula, e sua unilateralidade deriva da atuação de apenas uma pessoa, que sempre externa seu querer por meio de uma única formalidade, motivo pelo qual o ato é, também, simples, e não complexo.

Duas figuras se destacam no aval: o avalista e o avalizado. O primeiro (avalista) é o autor do negócio, aquele que emite a declaração volitiva e se vincula ao pagamento, assumindo a função de garante. Em geral, o avalista é um terceiro estranho às relações obrigacionais originalmente derivadas do título de crédito, até para não retirar do aval sua eficácia total e dar maior conforto e segurança ao credor, mas nada impede que tal pessoa possa ser um dos antigos coobrigados, assumindo este uma dupla vinculação. O segundo (avalizado) é a pessoa designada pelo avalista e a quem sua responsabilidade patrimonial se equipara. Tal pessoa há de ser um dos obrigados ao pagamento da quantia mencionada na cártula e pode ser o sacador, o aceitante ou um endossante. A obrigação do avalista rege-se pelo princípio da autonomia, não podendo ser taxada de acessória, e apresenta um caráter objetivo, pois a garantia não diz respeito ao comportamento de um devedor. O avalista garante que, seja lá como for, ocorrerá o pagamento e, portanto, o credor será satisfeito.

Quanto ao parágrafo único, ao ser vedado o aval parcial, foi introduzida regra geral completamente dissonante com o conjunto da legislação extravagante (art. 30 da LUG), inexistindo motivo ponderável para proibir o aval parcial, limitativo da responsabilidade do avalista. Em todo caso, tal regra só subsistirá quando omissa norma especial em sentido diverso (art. 903 do CC), tornando, então, nula a declaração cartular correspondente.

Jurisprudência: A palavra "avalista", constante do instrumento contratual, deve ser entendida, em consonância com o art. 85 do Código Civil, como coobrigado, codevedor ou garante solidário. (TRF, 4ª Região, Ap. n. 2001.711.400.48580/RS, 3ª T., rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 13.03.2006)

Art. 898. O aval deve ser dado no verso ou no anverso do próprio título.

§ 1º Para a validade do aval, dado no anverso do título, é suficiente a simples assinatura do avalista.

§ 2º Considera-se não escrito o aval cancelado.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 14, Decreto n. 2.044, de 31.12.1908; art. 31, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

No que diz respeito à forma, o aval se exterioriza quando exarada a assinatura sobre a cártula, tendo o texto do presente dispositivo reproduzido o art. 31 da LUG. Essa assinatura, na

generalidade dos casos, é aposta sobre o anverso do documento, mas é permitida, também, sua colocação nas costas. Derivam daí as hipóteses de necessidade da utilização da cláusula “bom para aval” ou outra equivalente. Há situações concretas em que se confunde o aval com outra declaração cartular, caso não seja empregada qualquer fórmula designativa de sua natureza, e, então, o uso da cláusula referida ou de expressão similar torna-se obrigatório. Duas situações são, portanto, ressaltadas no artigo em exame. Nas costas do título, a declaração cambiária típica é o endosso, e persistiria a impossibilidade de distinguir um endosso em branco do aval se este não viesse acompanhado de outros dizeres. Na frente da letra, se o avalista é o sacado, há evidente perigo de confusão, pois lhe cabe, em princípio, exarar o aceite, surgindo novo questionamento, também, quando a obrigação de garantia é criada pelo próprio sacador, que ostenta a responsabilidade primária pelo pagamento do título. Excluídas tais hipóteses, isto é, quando o aval for exarado na frente do título e por quem não seja sacador ou sacado, basta a simples assinatura para a criação da obrigação de garantia. Ademais, diferentemente do que ocorre com o aceite, o aval é passível de cancelamento, como o reconhecido pelo § 2º. O cancelamento do aval se materializa quando a assinatura do avalista é riscada, de maneira que a existência do negócio consumado é “soterrada” e a declaração volitiva feita passa a ser tida como não escrita.

Art. 899.0 avalista equipara-se àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, ao emitente ou devedor final.

§ 1º Pagando o título, tem o avalista ação de regresso contra o seu avalizado e demais coobrigados anteriores.

§ 2º Subsiste a responsabilidade do avalista, ainda que nula a obrigação daquele a quem se equipara, a menos que a nulidade decorra de vício de forma.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 32, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG); art. 70, III, CPC.

No âmbito do aval, a única função do avalizado é constituir um parâmetro para que seja aferida a responsabilidade do avalista, promovida uma equiparação completa. O avalizado deve ser indicado expressamente, junto da assinatura do avalista, persistindo uma presunção de caráter absoluto (*jure et de jure*); havendo omissão, isto é, ausente qualquer remissão literal, considera-se avalizado o criador do título de crédito, emitente ou sacador, cuja declaração sempre constará, necessariamente, da cártula. Ademais, efetivado o pagamento pelo avalista, como previsto no § 1º, opera-se, em seu favor, uma sub-rogação, ocupando este a posição naturalmente conferida ao avalizado, resguardada a possibilidade de exercício do direito de regresso, ou seja, de solicitar o reembolso dos valores despendidos ao próprio avalizado e a todos os demais coobrigados que ostentem maior responsabilidade do que ele próprio (“coobrigados anteriores”). O § 2º afirma, por último, a autonomia do aval quanto à obrigação do avalizado, de maneira que a validade da obrigação do avalista independe da regularidade da obrigação do avalizado, não persistindo relação de acessoriedade entre ambas. Rcalça-se, porém, que resta inviabilizada a produção de efeitos pela declaração do avalista quando a vinculação do avalizado ainda não houver se materializado, pois sem um avalizado não haveria como balizar a responsabilidade do garante. Há uma conexão formal entre as declarações do avalista e as do avalizado, apesar de serem estas substancialmente independentes.

Jurisprudência: Nega-se a possibilidade do avalista discutir a relação negociai subjacente ao título de crédito, descabendo formular alegações relativas ao contrato celebrado ou postular a inversão de ônus da prova: TJSP, Ap. cível n. 1.138.831.900, 20ª Câm. Dir. Privado,

rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. 21.11.2005; TJMG, Ap. cível n. 1.0024.06.206838-2/001; 10ª Câm. Cível, rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, j. 04.08.2008.

Art. 900. O aval posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anteriormente dado.

CC/1916; sem correspondente.

O presente artigo diz respeito ao aval póstumo, aquele conferido após o vencimento da letra. Nem o Decreto n. 2.044/08 nem a LUG fizeram qualquer menção à hipótese, o que, em um primeiro momento, fez que ela fosse repudiada, entendendo-se que o aval conferido em tais circunstâncias deveria ser desconsiderado ou produzir os efeitos da fiança (cf., com vastas referências sobre o assunto, BORGES, João Eunâpio. *Do aval* 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 156-61). Os títulos de crédito não perdem, porém, suas características básicas com o vencimento. Eles continuam sendo documentos dispositivos, e nada explica que possa ser negada a existência de aval póstumo ou que lhe sejam conferidos efeitos diversos. O legislador brasileiro sufragou tal entendimento, ao dispor, no âmbito específico das duplicatas (art. 12 da Lei n. 5.474/68), sobre o assunto, equiparando os efeitos produzidos pelo aval póstumo e pelo comum, o que, com o Código Civil, foi simplesmente reiterado.

Art. 901. Fica validamente desonerado o devedor que paga título de crédito ao legítimo portador, no vencimento, sem oposição, salvo se agiu de má-fé.

Parágrafo único. Pagando, pode o devedor exigir do credor, além da entrega do título, quitação regular.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 39, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

Define-se pagamento como a prestação daquilo que está contido na obrigação. Trata-se do implemento ou cumprimento dos deveres assumidos, da execução normal da obrigação. Em qualquer pagamento, três elementos são indispensáveis: o vínculo obrigacional, o sujeito ativo (quem paga) e o sujeito passivo (quem recebe). Sem vínculo não pode haver pagamento, porquanto não há como adimplir o que não existe. Alguém, no entanto, deve pagar, e outra pessoa, aceitar o bem da vida que lhe é conferido. No caso dos títulos de crédito, surgem evidentes peculiaridades, pois a presença do princípio da cartularidade implica a absoluta necessidade de exibição do documento para que se consuma a exigibilidade do crédito a ele conectado. Tal obrigatoriedade se justifica pelo fato de somente ser possível aferir qual a conformação da obrigação derivada do documento por meio do que se acha nele escrito. Não é possível, sem a leitura do título, verificar quais declarações foram nele exaradas, qual o valor devido e se houve o vencimento efetivo. A conformação de cada um dos três elementos fundamentais (vínculo, sujeito ativo e sujeito passivo) só pode ser confirmada à vista da cártula, na qual está consignado quem deve ser considerado credor e quais são os devedores. Portanto, todo pagamento efetuado com estrito respeito aos dados contidos na cártula deve ser considerado regular e apto a desonerar seu autor.

O texto legal excepciona duas únicas hipóteses. A primeira se materializa quando formulada uma oposição ao pagamento, procedimento pelo qual um interessado dá ciência ao devedor da consumação de um fato obstativo ao recebimento da prestação pelo portador do título de crédito. Há algumas circunstâncias capazes de retirar a legitimação negociai especí-

fica de uma pessoa para que possa, regularmente, ocupar a posição de sujeito passivo do pagamento e fornecer quitação válida. Assim, quando alguém tem declarada sua incapacidade diante de uma sentença decretatória de falência ou insolvência e, ainda, em razão de extravio ou subtração do título, nega-se ao portador o poder de disposição necessário para fazer extinguir a obrigação cartular. Tais eventos, todavia, nunca se encontram expressos no documento e, em virtude de sua extracartularidade, não podem surtir efeitos ante o portador de boa-fé, a menos que sejam levados a seu conhecimento de forma inequívoca. O interessado, para elidir a eficácia do ato praticado pelo devedor, ou seja, para impedir a produção de efeitos pelo pagamento feito ao suposto credor, deve anunciar-lhe a falta de legitimação do portador da letra, podendo ele se valer, para tanto, de dois diferentes meios: remeter uma carta registrada ou providenciar uma notificação extrajudicial, feita, nos termos do art. 160 da Lei n. 6.015/73, pelo oficial registrador de títulos e documentos, mostrando-se a segunda forma mais segura, por não ensejar qualquer dúvida sobre o conteúdo da comunicação. O desrespeito à oposição realizada implica a ineficácia do pagamento diante do opoente e> assim, o devedor poderá ser constrangido a lhe pagar a mesma importância em outra oportunidade. A segunda hipótese deriva da caracterização da pura e simples má-fé do autor do pagamento, que procura efetuar a entrega da prestação devida a quem sabe não ser o legítimo credor.

O parágrafo único cuida da quitação, geralmente demonstrada pela simples entrega do título ao devedor, que pode, de acordo com o texto examinado, exigir que o credor elabore um novo documento, no qual ficará declarada a extinção de sua obrigação (art. 320, *caput*, do CC).

Art. 902. Não é o credor obrigado a receber o pagamento antes do vencimento do título, e aquele que o paga, antes do vencimento, fica responsável pela validade do pagamento.

§ 1º No vencimento, não pode o credor recusar pagamento, ainda que parcial.

§ 2º No caso de pagamento parcial, em que se não opera a tradição do título, além da quitação em separado, outra deverá ser firmada no próprio título.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 39 e 40, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

As obrigações cartulares deverão ser cumpridas, naturalmente, na data de seu vencimento, devendo-se considerar um prazo de vencimento estabelecido como de interesse mútuo, do credor e do devedor. Pode o credor, então, recusar o pagamento antecipado sem se submeter a qualquer sanção, e, em contrapartida, o autor do pagamento se coloca como único responsável pela validade do ato, assumindo todos os riscos da presença de algum vício desconhecido. O pagamento parcial, de acordo com o art. 313 do Código Civil, pode ser rejeitado pelo credor, cujo interesse se materializa no recebimento da prestação completa. No âmbito dos títulos de crédito, tal regra sempre sofreu exceção (art. 39, alínea 2ª, da LUG), tendo o texto legal tolerado e imposto a obrigatoriedade da aceitação do pagamento parcial quando efetivado na data do vencimento, isto é, ao tempo do pagamento, por um dos coobrigados. Nesse caso, tratando-se da consumação do escopo original do título, inexistente a possibilidade de recusa, devendo o credor fazer consignar na cártula uma quitação relativa ao valor pago, a fim de que possa exigir, em seguida, a diferença de um dos coobrigados, exercendo direito de regresso, não bastando ser esta exarada em documento separado, sob pena de permitir cobrança irregular do todo. Como não sobreveio o pagamento integral, o título permanece em poder do credor, visto não se configurar o adimplemento e ainda não haver sido extinta a obrigação cartular. Por isso, para resguardar terceiros de boa-fé e diante da inviabilidade da prova testemunhai, mostra-se imprescindível a menção do evento no corpo do documento.

Art. 903. Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código.

CC/1916: sem correspondente.

No âmbito da disciplina dos títulos de crédito, o Código Civil de 2002 apresenta apenas uma aplicação subsidiária e de caráter geral. A incidência das normas só ocorrerá ante uma lacuna do regramento específico de um título típico ou na hipótese de atipicidade. Revela-se, aqui, portanto, a intenção de preencher omissões e oferecer regras relativas aos títulos atípicos, sem atingir a legislação extravagante anterior, a qual permanece intacta e plenamente vigente. O Código Civil não se sobrepõe à disciplina individual dos títulos típicos, que foi mantida intacta, trazendo, em verdade, um estatuto da atipicidade.

CAPÍTULO II DO TÍTULO AO PORTADOR

Art. 904. A transferência de título ao portador se faz por simples tradição.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil estabeleceu regras para três espécies de títulos de crédito, de acordo com a forma de circulação. Tal classificação é a mais importante do ponto de vista prático e uma das mais utilizadas, se bem que o critério escolhido não afete o direito patrimonial inserido no documento. As três categorias são: título ao portador, título à ordem e título nominativo.

Nos títulos ao portador, de que trata o presente capítulo, não se menciona o nome do beneficiário. A circulação se dá, livremente, pela tradição do documento, por meio da qual é determinável o proprietário, a pessoa que detém a posse legítima do título, isto é, a transmissão da posse induz a transmissão da propriedade do documento. O título ao portador é identificado pela inserção de uma cláusula especial “ao portador”, podendo a transmissão por mera tradição se viabilizar pela omissão na designação do beneficiário, deixando-se um mero espaço em branco no local destinado a sua nomeação, ou pela inserção de um endosso em branco, num título naturalmente à ordem.

Art. 905. O possuidor de título ao portador tem direito à prestação nele indicada, mediante a sua simples apresentação ao devedor.

Parágrafo único. A prestação é devida ainda que o título tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente.

CC/1916: arts. 1.505 e 1.506.

A titularidade do crédito numa obrigação cartular derivada de um título ao portador provém pura e simplesmente do exercício da posse legítima sobre a coisa móvel correspondente ao documento. A posse do título, cuja presença é evidenciada pela exibição da cártula, indica, em qualquer circunstância, a quem deve ser feito o pagamento. Ainda que tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente, o título ao portador restará adstrito ao cumprimento da obrigação criada, desde que o possuidor esteja de boa-fé e, portanto, desconheça a presença de um vício atinente à origem do documento, tal como realçado pelo parágrafo único.

Art. 906. O devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, ou em nulidade de sua obrigação.

CC/1916: art. 1.507.

O presente artigo reproduz o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais, segundo o qual o devedor, num título de crédito qualquer, não pode deduzir, ante um credor de boa-fé, defesas decorrentes de sua relação para com terceiros. Persiste, assim, uma proteção específica para o credor diante de vícios que lhe são desconhecidos. Tal proteção, limitadora das exceções pessoais, não se aplica apenas aos títulos ao portador, mas a todas as espécies de documentos dispositivos. Trata-se de uma consequência direta do princípio da autonomia, conferindo-se maior segurança à posição do credor, que não pode ser surpreendido por fatos ou atos externos a sua esfera de atuação jurídica.

Art. 907. É nulo o título ao portador emitido sem autorização de lei especial.

CC/1916: art. 1.511.

Não há títulos ao portador atípicos; todos os títulos dessa espécie são típicos. O legislador precisa reconhecer previamente a juridicidade de um título ao portador, sem o que não se faz viável sua regular circulação e sobrevêm uma nulidade formal, não ganhando o documento natureza dispositiva. É preciso ressaltar, aqui, que os títulos ao portador, como categoria, haviam sido proibidos pelo art. 2º da Lei n. 8.021/90, de maneira que todos os títulos ao portador típicos, então disciplinados pela legislação nacional, foram extirpados do direito pátrio, diante da alegada necessidade de evitar a evasão ou sonegação fiscal. Há, agora, a possibilidade de serem criados novos títulos ao portador, mas as normas relativas àqueles antigos, já extintos, não foram reconduzidas, automática e imediatamente, à vigência. Não houve mera revogação do art. 2º da Lei n. 8.021/90, apenas se admitindo novos títulos ao portador por meio de novos atos legislativos.

Jurisprudência: Há julgado interpretando o bilhete de loteria como título ao portador (TRF, 3ª Região, Ap. n. 388.338, 6ª T., rel. Juiz Lazarano Neto, j. 18.04.2007), se bem que em tal documento, não se agrega, propriamente, um crédito e, por isso, não ostenta função dispositiva.

Art. 908.0 possuidor de título dilacerado, porém identificável, tem direito a obter do emitente a substituição do anterior, mediante a restituição do primeiro e o pagamento das despesas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 912, CPC.

Dilacerado é o título cuja integridade física foi violada. Ele foi rasgado, riscado ou simplesmente, em razão da atuação de agentes químico-físicos, apagado. Para promover sua revitalização e viabilizar sua circulação renovada, seu portador, na qualidade de proprietário do documento, ostenta a faculdade de solicitar ao emitente sua substituição. O emitente, desde que exibido o título ao portador e identificada sua vinculação, não pode se negar à confecção de um

novo título ao portador, que há de ser absolutamente igual ao original. A entrega desse documento substituto deve ficar condicionada à destruição do título dilacerado, evitando que um terceiro de boa-fé cogite de uma duplicidade de obrigações cartulares, bem como ao pagamento de eventuais despesas decorrentes do novo saque. Merece ressalva, no entanto, a hipótese específica da impossibilidade de reconhecimento da assinatura do emitente, pois, não sendo tal sinal gráfico identificável, a substituição do título dependerá sempre de uma declaração judicial antecedente, compelindo-se, então, o emitente à elaboração do documento substituto.

Art. 909. O proprietário, que perder ou extraviar título, ou for injustamente desapossado dele, poderá obter novo título em juízo, bem como impedir sejam pagos a outrem capital e rendimentos.

Parágrafo único. O pagamento, feito antes de ter ciência da ação referida neste artigo, exonera o devedor, salvo se se provar que ele tinha conhecimento do fato.

CC/1916: art. 1.509.

Legislação correlata: arts. 907 a 913, CPC.

O extravio ou a perda de títulos ao portador requerem, para a salvaguarda dos direitos do titular desapossado, a propositura de ação dotada de procedimento especial, disciplinada pelos arts. 907 a 913 do Código de Processo Civil. Nesse caso, é preciso tomar rápidas providências notificando o emitente e ingressando a ação imediatamente em juízo, pois, sem isso, por aplicação do art. 896 do Código Civil, um futuro portador de boa-fé permaneceria protegido, o que faria perecer as pretensões da vítima da subtração ou do extravio. Ademais, como afirmado pelo parágrafo único, pagamentos feitos antes que o devedor seja cientificado do ocorrido o desoneram, justificando a urgência de sua notificação.

CAPÍTULO III DO TÍTULO À ORDEM

Art. 910.0 endosso deve ser lançado pelo endossante no verso ou anverso do próprio título.

§ 1º Pode o endossante designar o endossatário, e para validade do endosso, dado no verso do título, é suficiente a simples assinatura do endossante.

§ 2º A transferência por endosso completa-se com a tradição do título.

§ 3º Considera-se não escrito o endosso cancelado, total ou parcialmente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 12 e 13, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

A segunda das três categorias de títulos de crédito distinguidas pelo Código Civil corresponde aos títulos à ordem ou endossáveis. Tal qual verificado nos títulos nominativos, nos títulos à ordem há menção expressa do nome do beneficiário, mas esta é acompanhada de uma cláusula “à ordem”, a qual permite a transferência de direitos mediante a aposição de uma simples assinatura no documento, o endosso. O endosso é o negócio jurídico, de natureza unilateral, formal e simples, que tende à transferência da propriedade do próprio título de crédito e, por consequência, dos direitos patrimoniais conectados ao documento. Há nele uma declaração de vontade receptícia e destinada à produção de efeitos jurídicos, sempre referentes à totalidade

do crédito de expressão literal. Em regra, essa declaração se materializa, formal e integralmente» com a aposição da assinatura do tomador, portador legitimado do documento, no verso da cártula, derivando daí o próprio nome do negócio - “endosso” significa no dorso, isto é, no verso. Com isso, duas figuras distintas podem ser identificadas no âmbito do endosso: o endossador ou endossante, de um lado, e o endossatário, de outro. O primeiro é aquele que transfere o título, o autor da declaração unilateral, enquanto o segundo se estabelece como quem recebe o título, passando, a partir de então, a ostentar a posição de credor. O endosso, no âmbito específico de sua utilização, exclui o uso da cessão de crédito, própria ao direito comum, criando uma disciplina peculiar e muito mais prática e segura para a transferência dos direitos patrimoniais.

Quanto a sua forma, são duas as modalidades do endosso: o endosso em preto e o endosso em branco. No primeiro caso, ao ser feita a transferência dos direitos de crédito, o nome do endossatário, o novo credor, é expressamente mencionado no texto do endosso. No segundo, não persiste, simplesmente, qualquer menção ao nome do novo titular dos direitos subjetivos incorporados ao documento. Admite-se, excepcionalmente, que o endosso em preto seja efetuado no anverso, ou seja, na frente do documento, mas tal exceção não se estende ao endosso em branco. Não há como deixar de exarar um endosso em branco no verso da cártula. A diferenciação é justificável. Enquanto no endosso em preto a assinatura do endossador sempre vem acompanhada de um texto, por menor que seja (p. ex., “por endosso a Fulano”), o endosso em branco se materializa com a simples exaração da firma, a qual pode ser mantida só e desacompanhada de qualquer texto. Ora, permitir a declaração do endossador no anverso provocaria uma incerteza absoluta, acarretando uma confusão indevida com o instituto do aval.

O § 2º indica estar perfeito o endosso com a tradição do documento, isto é, com sua entrega física ao endossatário, como decorre obviamente da transmissão de sua propriedade. O § 3º, por fim, ressalta a viabilidade de ser efetivado o cancelamento de um endosso, bastando, para tanto, riscá-lo. A declaração negociai, dessa forma, é extirpada do documento e não produzirá mais efeitos, passando o título de crédito a se reger como se ela nunca houvesse tido existência.

Art. 911. Considera-se legítimo possuidor o portador do título à ordem com série regular e ininterrupta de endossos, ainda que o último seja em branco.

Parágrafo único. Aquele que paga o título está obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 16, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

A propriedade do título à ordem e, por conseqüência, a titularidade do crédito cartular são indicadas pela posse legitimada do documento, cuja presença, se houve circulação, é induzida pela verificação de uma ordem contínua de endossos. Há de persistir uma série encadeada de transmissões que termine em um último endossatário, a quem cabe solicitar o pagamento. Já o devedor-emissor ostenta o dever jurídico de analisar a perfeição da cadeia de endossos produzida e a concreta legitimidade de qualquer apresentante do título, só cabendo realizar o pagamento àquele que se qualifique como último endossatário, pois, caso contrário, sua responsabilidade patrimonial não se extinguirá e ele poderá ser chamado a reproduzir o pagamento, considerando-se o anterior indevido.

Jurisprudência: Ação reivindicatória de cheque. Título adquirido por cessão de crédito em operação de fomento mercantil. Endosso. Necessidade de conferência da sua regularidade. Inteligência do artigo 39 da Lei 7.357/85 e do artigo 911 do Código Civil. Ainda que a fatu-

rizadora não esteja obrigada a conferir a assinatura do endossante do cheque, o exame da regularidade dos endossos lançados no título passa, necessariamente, pelo exame da qualidade de quem os endossa. Hipótese em que o faturizado cedente não tinha legitimidade para endossar o título, uma vez que o cheque foi emitido nominalmente ao credor originário. Nulidade do endosso reconhecida, com a determinação da restituição do cheque em poder da *factoring* ao legítimo beneficiário do título. Sentença mantida. (TJSP, Ap. cível n. 7.046.508.400, 20ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 22.06.2009)

Art. 912. Considera-se não escrita no endosso qualquer condição a que o subordine o endossante.

Parágrafo único. É nulo o endosso parcial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 12, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG); art. 18, § 1º, Lei n. 7.357, de 02.09.1985.

O endosso não se submete a qualquer das modalidades do negócio jurídico, sendo sempre puro e simples. Não há como restringir sua eficácia ao advento de um evento qualquer, seja certo (termo), seja incerto (condição), ou vincular a transferência de direitos ou de seu exercício a uma futura conduta assumida pelo endossatário (encargo). A transferência operacionalizada pelo endosso é imediata e apresenta eficácia definitiva, desconsiderando-se, como proposto pelo texto do *caput*, qualquer modalidade imposta, como se estivesse “não escrita”. Ademais, as obrigações cartulares, uma vez criadas, apresentam unitariedade e não podem ser transmitidas parcialmente» resguardando o endossante parcela do crédito para si. Como o crédito está incorporado a um documento e a propriedade deste último induz a titularidade do primeiro, não é viável efetuar transferências ou alienações parciais, como seria normal diante de obrigações comuns. Justificam-se, assim, as restrições constantes do presente artigo.

Art. 913. O endossatário de endosso em branco pode mudá-lo para endosso em preto, completando-o com o seu nome ou de terceiro; pode endossar novamente o título, em branco ou em preto; ou pode transferi-lo sem novo endosso.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 20, Lei n. 7.357, de 02.09.1985.

Cuida-se, aqui, dos efeitos produzidos pelo endosso em branco, em que não consta o nome do destinatário do negócio cartular, o endossatário. Cogita o legislador de duas possibilidades. Num primeiro plano, pode ser operada sua conversão, alterando-se a modalidade concretamente usada, quando simplesmente for preenchido o nome do novo titular do direito de crédito. A nova informação, ainda que acrescentada num momento posterior, caracteriza um endosso em preto. Num segundo plano, mantida a omissão da nomeação do novo credor, o documento ganha, impropriamente, as características de um título ao portador, passível de ser transmitido por mera tradição. Regras idênticas encontram-se inscritas no art. 14 da LUG, decorrendo estas, de maneira natural e até óbvia, da própria conformação do endosso em branco.

Art. 914. Ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título.

§ 1º Assumindo responsabilidade pelo pagamento, o endossante se torna devedor solidário.

§ 2º Pagando o título, tem o endossante ação de regresso contra os coobrigados anteriores.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 15, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG); art. 21, Lei n. 7.357, de 02.09.1985.

Em total contraste com o disposto no art. 15 da LUG e com toda a tradição do direito cambiário, o presente artigo estabeleceu estar restrita à existência e idoneidade do crédito incorporado, no âmbito dos títulos atípicos e diante de lacuna na disciplina de dado título típico, a responsabilidade do endossante, salvo expressa manifestação em sentido contrário. De acordo com o entendimento comum, o endossante deve assegurar não apenas que o crédito transferido existe e é válido, mas, sobretudo, sua solvência, suportando, na qualidade de coobrigado secundário, os riscos decorrentes de um inadimplemento. O Código Civil de 2002 inverteu a construção jurídica vigente desde a Idade Média e, sem razão plausível, estipulou só poder a responsabilidade do endossante abarcar a solvência quando inserida uma cláusula especial junto de sua declaração volitiva. Quando inserida tal cláusula, o endossante é alçado à condição de coobrigado secundário e, caso efetive o pagamento, sub-rogar-se-á nos direitos de credor e, então, poderá exercer o regresso, à semelhança do cogitado no art. 899.

Art. 915. O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício da ação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 17, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

No presente artigo, volta à tona o princípio da inoponibilidade das exceções, objeto também dos arts. 906 e 916. Frente ao credor original e primitivo, o uso de defesas previstas no direito comum não encontra limitações, mas o mesmo não se repete se um título de crédito é colocado em circulação e chega às mãos de um terceiro. O devedor, num título de crédito qualquer, não pode deduzir, frente a um credor de boa-fé, defesas decorrentes de sua relação para com terceiros, porque se não é dado ao terceiro conhecer fatos não mencionados no título, ou seja, conhecer convenções e acontecimentos extracartulares, estas não podem lhe ser opostas. Apenas vícios da criação, os quais ostentam uma maior gravidade e dizem respeito à própria existência da promessa do devedor, corporificada no documento poderia atingir o terceiro de boa-fé. Nesse caso, apresentam-se as incapacidades, a falsidade da firma e o excesso de poderes do representante, por exemplo, que produzem defesas avaliadas com base em elementos expressos no corpo do documento, ou seja, a partir da consideração de elementos cartulares, e que podem ser, por isso, opostas ao terceiro, mesmo no confronto com a boa-fé, pelo devedor prejudicado.

Jurisprudência: A revelia não isenta o devedor da prova da má-fé do endossatário, devendo serem detalhados seus elementos constitutivos: TJSP, Ap. cível n. 7.033.031.300, 24ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Saltes Vieira, j. 24.01.2008; TJSP, Ap. cível n. 1.277.998.900, 12ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 13.03.2006.

Art. 916. As exceções» fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé.

CC/1916: sem correspondente.

O princípio da inoponibilidade das exceções não é aplicável no caso de má-fé do portador do título de crédito que, mesmo conhecedor da existência de um vício atinente à relação causai mantida pelo emitente (devedor) e pelo beneficiário (credor original), adquire, na qualidade de endossatário, o título à ordem. A má-fé coloca-se como obstáculo à aplicação das regras gerais, devendo sempre ser provada, nunca presumida. Frente ao portador de má-fé, defesas pessoais, também chamadas vícios da emissão, são oponíveis e atingem a exigibilidade do crédito, cabendo levar em consideração sempre o momento do endosso para aferir o conhecimento de um eventual vício, pois não há como exigir que perdure indefinidamente a crença na idoneidade do documento e do crédito incorporado. Não é realizada uma investigação relativa à subsistência da culpa do portador. A simples possibilidade de ser obtido conhecimento relativo a vícios ou máculas materiais, como o erro, o dolo, a coação e a simulação ou a aquisição *a non domino*, derivada, por exemplo, do furto do documento após o surgimento da vinculação cartular, não abala a posição do endossatário.

Jurisprudência: A razão de existir dos títulos de crédito é sua mobilidade, quer dizer, a qualidade que possuem circular. Essa transferibilidade decorre precisamente da autonomia das obrigações que encerra. O efeito da autonomia que viabiliza a circulação segura dos títulos de crédito é a inoponibilidade das defesas pessoais contra terceiro de boa-fé, portador do título. É a impossibilidade em que se encontra o devedor de opor ao portador, endossatário de boa-fé, as exceções que teria em relação ao endossante. (TJRJ, Ap. 2006.001.31019, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Maria Henriqueta Lobo, j. 19.09.2006)

Art. 917. A cláusula constitutiva de mandato, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título, salvo restrição expressamente estatuída.

§ 1º O endossatário de endosso-mandato só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador, com os mesmos poderes que recebeu.

§ 2º Com a morte ou a superveniente incapacidade do endossante, não perde eficácia o endosso-mandato.

§ 3º Pode o devedor opor ao endossatário de endosso-mandato somente as exceções que tiver contra o endossante.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 18, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

Além do endosso translativo, a mais comum e antiga das espécies desse negócio jurídico, cuja finalidade é viabilizar a transmissão da propriedade do título de crédito e, por consequência, do crédito incorporado, outras espécies surgiram, por via da prática e dos usos comerciais, assumindo novas funções econômico-jurídicas, mantida apenas a proximidade da forma adotada. Dessas novas espécies, a mais utilizada e de maior relevância é, sem dúvida, o endosso-mandato, também chamado de endosso-procuração. Nesse caso, o endossador

não transmite a propriedade do título ou a titularidade dos direitos incorporados ao documento, mas simplesmente a posse do documento, cabendo ao endossatário praticar atos na qualidade de representante do verdadeiro proprietário, por conta e em nome de tal pessoa. O endosso-mandato trouxe vários benefícios práticos ao comércio, evitando deslocamentos e possibilitando, por exemplo, a terceirização, para usar uma expressão atual, da cobrança.

A indicação da natureza específica do endosso realizado deve ser sempre literal e exterior. Ao ser efetivado o endosso com a aposição da assinatura do endossador-mandante, é preciso ser ela acompanhada, no título cambiário, das expressões “valor a cobrar”, “para a cobrança” ou “por procuração”, tal como previsto no art. 18 da LUG, sob pena de se reconhecer como efetivado um endosso comum, isto é, translativo. O endossatário-mandatário age como se fosse proprietário da letra, podendo apresentá-la para aceite, remeter o título a protesto ou receber, ante o adimplemento, a quantia paga. Os poderes conferidos ao endossatário-mandatário podem, no entanto, ser limitados. Nada impede a assunção da cláusula *ad juditia* junto ao endosso-mandato, como lembra Waldemar Ferreira (*Tratado de direito comercial* São Paulo, Saraiva, 1962, v. VIII, p. 258-9), restringindo-se os poderes e a atuação do representante somente ao âmbito do juízo. A limitação, todavia, há de ser expressa, usando-se, por exemplo, a fórmula “p.p. em cobrança *ad juditia*” Pode tal pessoa, ainda, endossar novamente o título, mas, nesse caso, transmitindo meramente os direitos de representação que lhe foram conferidos, isto é, efetivando um verdadeiro substabelecimento, jamais a propriedade do título, dado que a ninguém é permitido transmitir mais direitos do que aqueles de que é titular. O novo endossatário-mandatário recebe, assim, apenas os poderes conferidos a seu antecessor, o qual poderá, nessa hipótese, efetivar, também, se for de sua conveniência, expressa limitação.

O mandato conferido por endosso distingue-se, porém, de maneira absoluta, do contrato nominado próprio ao direito comum, uma vez que perde sua natureza personalíssima e não é passível de se extinguir pela morte do mandante ou pelo advento posterior da incapacidade deste, contrariando as regras comuns do contrato de mandato. Apenas a morte, a falência ou a incapacidade do mandatário (nunca a do mandante) são capazes de provocar a extinção do mandato exteriorizado por endosso. A revogação voluntária do mandato conferido, por sua vez, exprime-se com a efetivação do já referido cancelamento, simplesmente riscando o endosso efetivado. Qualquer das exceções pessoais não pode ser invocada com relação ao endossatário-mandatário. O titular dos direitos de crédito continua a ser outra pessoa, o endossador-mandante, e é por isso que lhe devem ser dirigidas as exceções passíveis de serem alegadas. É necessário assinalar que, mesmo com a efetivação do endosso, uma eventual ação de execução terá de ser proposta em nome do endossador, e não em nome do próprio endossatário.

Art. 918. A cláusula constitutiva de penhor, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título.

§ 1º O endossatário de endosso-penhor só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador.

§ 2º Não pode o devedor opor ao endossatário de endosso-penhor as exceções que tinha contra o endossante, salvo se aquele tiver agido de má-fé.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 19, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

O endosso-penhor ou endosso pignoratício é uma terceira espécie de endosso. Nesse caso, o endossatário (credor pignoratício) recebe a letra a título de garantia de outra obrigação, podendo exercer todos os direitos emergentes do documento, sem ostentar, porém, a qualidade de titular da

propriedade do título de crédito ou dos direitos patrimoniais de expressão literal. Exprime-se com o uso das cláusulas “valor em garantia” ou “valor em penhor”. O Decreto n. 2.044/08 não o previa, e, por tal razão, a doutrina vacilou em admiti-lo, mesmo depois de ter o Decreto n. 19.473/30 disciplinado, expressamente, essa modalidade quanto ao conhecimento de transporte, mas, em sendo expresse, o art. 19 da LUG não deu mais lugar para a controvérsia (MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*, 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 170-1). Nessa hipótese, qualquer endosso efetuado pelo endossatário (credor pignoratício) assume a qualidade de endosso-mandato, pois, em razão do conteúdo dos direitos ostentados por tal pessoa, é inviável o endosso comum. O endossatário tem o dever de conservar a integridade física e jurídica do documento, promovendo todos os atos necessários para tanto, inclusive o protesto ou o ajuizamento de eventuais ações. As exceções pessoais opostas, porém, e considerada essa última hipótese, deverão ser dirigidas contra o endossador (devedor pignoratício), e não contra o endossatário (credor pignoratício), pois aquele continua sendo o titular dos direitos subjetivos de expressão cartular.

Art. 919. A aquisição de título à ordem, por meio diverso do endosso, tem efeito de cessão civil.

CC/1916: sem correspondente.

Um título à ordem é transferido, em princípio, por meio de endosso translativo, mas a proibição da assunção de novos e posteriores endossos, a teor da segunda alínea do art. 15 da LUG, ou a aposição da cláusula “não à ordem” viabiliza a transformação do título em nominativo impróprio. Em tal circunstância, é mantida a possibilidade de ser efetivada a transferência do crédito, mas, diante da situação especial criada pela cláusula “não à ordem”, o endosso resta interditado e a mudança na titularidade dos direitos subjetivos só poderá ser operada mediante uma cessão, observados os efeitos restritos próprios a esse instituto e as formalidades prescritas nos arts. 288 e 290 do Código Civil, com a lavratura de instrumento público ou de instrumento particular e a posterior notificação do devedor. Apartadas tais circunstâncias, as transferências forçadas pelas sucessões *causa mortis* ou *inter vivos* (morte do credor, incorporação, fusão ou cisão societária) equiparam-se, para todos os efeitos, a uma cessão de crédito, ainda que não se submetam à forma aludida.

Art. 920.0 endosso posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anterior.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 8º, § 2º, Decreto n. 2.044, de 31.12.1908; art 20, Lei Uniforme de Genebra em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (LUG).

O presente artigo faz referência ao chamado endosso póstumo, tomando como marco temporal para a distinção, em correspondência com o revogado § 2º do art. 8º do Decreto n. 2.044/08, o vencimento do título. No entanto, há, aqui, diante da redução da responsabilidade comum do endossante prevista no art. 914, já examinada, uma inédita equiparação entre o endosso translativo comum e o póstumo, ordenando o legislador, ao menos para os títulos atípicos e em face de regramentos lacunosos, que produzam ambos os mesmos efeitos. No âmbito da LUG (art. 20), chama-se endosso póstumo ou tardio aquele realizado após o protesto por falta de pagamento ou depois de ultrapassado o prazo para que seja tirado o protesto necessário, ou seja, em momento posterior ao vencimento, produzindo ele os mesmos efeitos que uma cessão civil, caracterizado o inadimplemento e materializada uma futura dificuldade na satisfação do crédito pelo efetivo pagamento.

CAPÍTULO IV DO TÍTULO NOMINATIVO

Art. 921. É título nominativo o emitido em favor de pessoa cujo nome conste no registro do emitente.

CC/1916: sem correspondente.

Classificados os títulos de crédito de acordo com a forma de circulação, a terceira categoria tratada pelo Código Civil corresponde aos títulos nominativos. O texto legal lhes forneceu, porém, uma definição muito imperfeita. Os títulos nominativos carregam, em seu corpo, a menção ao nome do beneficiário, mas, além disso, dependem, para que se concretize a transferência de sua propriedade, da realização de uma inscrição nos livros do devedor emitente, o que os diferencia fundamentalmente dos títulos endossáveis. Essa segunda característica materializa uma *condictio iuris*, sem a qual não há circulação e que, no âmbito doutrinário, gerou uma série de desavenças, por pretenderem alguns excluir os títulos nominativos da categoria dos títulos de crédito, especialmente diante das dificuldades criadas ao tráfico jurídico. A nominatividade, contudo, não impede que um documento seja enquadrado ou considerado como um título de crédito, dada a possibilidade, sempre presente, de exigir coercitivamente o concurso do devedor para a efetivação da transferência de titularidade (cf. MENPONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, 4. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, v. V, p. 64-6). A autonomia e a literalidade não ficam nem ao menos limitadas frente ao ato estranho ao documento, ou seja, a apresentação do título para a inscrição; ambas permanecem quase intocadas e a cartularidade não desaparece. O que está escrito no título continua a delimitar, qualitativa e quantitativamente, o conteúdo dos direitos subjetivos incorporados, a independência das obrigações cartulares continua a vigorar e se mantém a necessidade de apresentação do documento para o exercício desses mesmos direitos.

Art. 922. Transfere-se o título nominativo mediante termo, em registro do emitente, assinado pelo proprietário e pelo adquirente.

CC/1916: sem correspondente.

Confirmando o expendido quando do exame do artigo anterior, prevê-se, aqui, como requisito da transferência da titularidade da propriedade do título nominativo e do correspondente crédito incorporado, a lavratura de um termo de transferência, constante de um livro do emitente (devedor) e firmado pelo alienante e pelo adquirente do documento. A circulação do título nominativo se materializa, portanto, mediante a consumação de um ato formal, de maneira que, enquanto não tiver sido lavrado o aludido termo, não ganhará eficácia qualquer acordo tendente a que seja empreendida uma pretendida transmissão.

Art. 923. O título nominativo também pode ser transferido por endosso que contenha o nome do endossatário.

§ 1º A transferência mediante endosso só tem eficácia perante o emitente, uma vez feita a competente averbação em seu registro, podendo o emitente exigir do endossatário que comprove a autenticidade da assinatura do endossante.

§ 2º O endossatário, legitimado por série regular e ininterrupta de endossos, tem o direito de obter a averbação no registro do emitente, comprovada a autenticidade das assinaturas de todos os endossantes.

§ 3º Caso o título original contenha o nome do primitivo proprietário, tem direito o adquirente a obter do emitente novo título, em seu nome, devendo a emissão do novo título constar no registro do emitente.

CC/1916: sem correspondente.

O presente artigo traz a possibilidade de ser transferido um título nominativo por meio de um endosso em preto. Tal endosso produz, porém, efeitos limitados, posto que não atinge o emitente (devedor), que persiste em ter como referência a escrituração do livro previsto no artigo anterior. O endosso, diante da natureza do título em que foi exarado, apresenta-se deficiente e sua eficácia permanece restrita ao endossante e ao endossatário, a quem caberá, uma vez transferida a posse legítima do documento, mas não sua propriedade, dirigir-se ao emitente, com o fim de solicitar que seja feita a anotação necessária em seu livro. Deixa-se de lado, aqui, a elaboração de um termo, bastando uma simples anotação (averbação). Nada impede, também, sejam exarados vários endossos sobre um mesmo título nominativo, tocios eles em preto, devendo cada um destes ser objeto de uma anotação específica. O emitente, confirmada a autenticidade da assinatura aposta no título, não pode se negar a efetuar essa anotação e a concretizar a transmissão da propriedade do documento e da titularidade do crédito incorporado. Ademais, o § 3º estabeleceu poder o endossatário, quando concluída a aquisição do documento, requisitar a elaboração de um novo em seu nome, desde que arque com todas as despesas decorrentes. Há, então, mera substituição.

Art. 924. Ressalvada proibição legal, pode o título nominativo ser transformado em à ordem ou ao portador, a pedido do proprietário e à sua custa.

CC/1916: sem correspondente.

É possível, ausente vedação legal, efetuar a conversão de um título nominativo em endossável ou ao portador. Essa conversão altera a forma de circulação do título sempre de acordo com a conveniência do portador legitimado (credor), o qual deve arcar com todos os custos decorrentes da emissão de um novo título de crédito. Havendo possibilidade legal, o emitente (devedor) não pode se negar à conversão solicitada, cabendo tomar o momento da entrega do novo documento ao portador legitimado (credor) como marco temporal definitivo para a alteração da disciplina do documento.

Art. 925. Fica desonerado de responsabilidade o emitente que de boa-fé fizer a transferência pelos modos indicados nos artigos antecedentes.

CC/1916: sem correspondente.

Efetivada a transmissão da propriedade de um título nominativo, mediante a rigorosa observância dos ditames fixados pelos arts. 922 e 923, o emitente (devedor) não ostentará qualquer responsabilidade patrimonial sobre uma operação reconhecida como ilícita, desde que ausente a má-fé. Essa responsabilidade deve ser imputada exclusivamente aos partícipes do negócio consumado, ou seja, ao alienante e ao adquirente. Efetivada a lavratura de termo ou de anotação em

seus livros, o respeito à forma torna o emitente imune a qualquer arguição de autoria de um prejudicado, a não ser que seja provado seu conhecimento prévio da ilicitude proposta.

Art. 926. Qualquer negócio ou medida judicial, que tenha por objeto o título, só produz efeito perante o emitente ou terceiros, uma vez feita a competente averbação no registro do emitente.

CC/1916: sem correspondente.

Diante da natureza nominativa de um título de crédito, a eficácia de todos os negócios ou constrições judiciais que ostentem como objeto o próprio documento dependem sempre da conclusão de uma anotação nos livros especialmente mantidos pelo emitente (devedor). Antes da consecução de tal formalidade, os efeitos do ato judicial ou da declaração negociada não podem atingir o emitente ou qualquer terceiro. A situação de cada título nominativo é sempre indicada pelos assentamentos mantidos pelo emitente, referencial único para sua aferição.

TÍTULO IX DA RESPONSABILIDADE CIVIL

CAPÍTULO I DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

CC/1916: art. 159 (parcial).

O art. 927, que inaugura o título destinado ao tratamento da responsabilidade civil, fonte do direito obrigacional, consagra, em seu texto, o que representa inovação do sistema: a coexistência genérica e, segundo se entende, não hierarquizada de regras baseadas na teoria da culpa e na teoria do risco. Ou seja, por ele se altera o modelo subjetivo levado aos Códigos do século XIX, em que o centro da responsabilidade civil sempre foi, quase que exclusivamente, a culpa, tudo a fim de atender a reclamo de uma sociedade mais industrial e tecnológica, pródiga na facilitação da ocorrência de acidentes (fala-se na era dos acidentes ou na civilização dos acidentes) e, assim, na indução a uma desigualdade das relações que dificulta a prova da culpa pela vítima. De outra parte, ocupa-se o novo modelo de Estado social muito especialmente da garantia de preservação da pessoa humana, de sua dignidade.

Resultado desse panorama são a constatação da insuficiência das normas da chamada responsabilidade aquiliana e a imposição de regras de responsabilidade objetivizada e coletivizada, portanto não só mais de cunho eminentemente pessoal, como sempre foi (pense-se nos exemplos do seguro obrigatório, indenização acidentária e assim por diante). Passa a lei a procurar identificar um responsável pela indenização, e não necessariamente um culpado, individualmente tomado.

Mas nem por isso a culpa deve ser escoimada do sistema. Como observa João Calvão da Silva (*Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra, Almedina, 1999, p. 107-12), quando pro-

cura traçar um perfil do novo modelo de responsabilidade civil, uma teoria de dever reparatorio que fosse exclusivamente socializado ou coletivizado dependeria muito da força econômica do Estado; de outro lado, a culpa seria sempre discutida no exercício do eventual direito regressivo do responsável objetivo; por último, a culpa, que a rigor é um erro de conduta, desempenha fundamental papel educativo-pedagógico, quando impõe a reflexão e a preocupação de não errar. Daí o ideal do sistema, que é a coexistência dos dois modelos de responsabilidade: o subjetivo e o objetivo. Pois foi o que fez o Código Civil de 2002.

No seu *caput*, o art. 927 reproduz a cláusula geral da responsabilidade aquiliana, que estava contida no art. 159 do CC/1916. E o fez de maneira compartimentada ao estatuir que quem comete ato ilícito é obrigado a reparar, remetendo, porém, aos arts. 186 e 187 para a definição do que seja ato ilícito. Mas isso de sorte que, afinal, com os acréscimos que no art. 186 se encontram, comentados na parte geral, esse dispositivo mais o do art. 927, *caput*, acabam resultando na cláusula geral da responsabilidade fundada na culpa, tal como estava no art. 159 do CC/1916.

Grande inovação contém, todavia, o parágrafo do art. 927. Não propriamente por concernir a uma responsabilidade sem culpa, já constante de legislação especial ou, antes, da própria Constituição Federal (tomem-se os exemplos da responsabilidade civil do Estado, da responsabilidade por danos ecológicos, danos atômicos ou danos causados aos consumidores). A novidade está numa previsão genérica ou numa cláusula geral da responsabilidade sem culpa, baseada na ideia do risco criado, e mitigado, ou não integral, dada a exigência de circunstância específica, além da causalidade entre a conduta e o dano, que está na particular potencialidade lesiva da atividade desenvolvida, tal qual adiante se referirá.

Antes, porém, força convir ostentar-se de todo equânime a disposição de que quem cria risco a outrem com sua atividade, daí tirando qualquer proveito, não necessariamente econômico (ver comentário ao art. 932 sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas sem fins lucrativos), seja por ele responsabilizado. É o que está na segunda parte do parágrafo em comento, ressaltando-se, na primeira, casos especiais de responsabilidade sem culpa, quer em lei especial, como se viu, quer no próprio Código Civil, como se verá. A exigência da lei, porém, está em que a atividade do agente deva normalmente induzir particular risco, isto é, por sua natureza deve ser foco de risco a outras pessoas ou a seus bens. O risco deve ser inerente à atividade e não resultar do específico comportamento do agente. Trata-se de uma potencialidade danosa intrínseca do que seja uma atividade organizada, não eventual ou esporádica, diferente, mais ainda, de um isolado e casual ato praticado. Pense-se nos casos, costumeiramente citados, das atividades de mineração, transporte, produção e fornecimento de energia (sobre a locação e o arrendamento de veículos, ver comentário ao art. 932), embora nem só esses, dado que, nas palavras precisas de Antônio Junqueira de Azevedo, não se exige que a atividade seja de risco, mas sim risco da atividade, acrescenta-se, maior, especial, particular. São hipóteses em que, mesmo lícita e exercitada regular e normalmente, a atividade por si cria maior risco a terceiros, independentemente de quem a exerça. Procurando estabelecer o que seja o conceito desse risco intrínseco, foi fixado na Jornada de Direito Civil, realizada em setembro de 2002 no Superior Tribunal de Justiça, o enunciado segundo o qual a responsabilidade sem culpa, de que se trata aqui, “configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da comunidade” (Enunciado n. 38).

E também não falta quem, na tentativa de compatibilizar a responsabilidade agora erigida com aquela da Lei n. 8.078/90, identifique a necessidade de que, para a incidência da cláusula geral da responsabilidade sem culpa, se tenha em vista, mais que o risco inerente à atividade, sua ligação a uma obrigação de resultado, ademais em que falhe o dever de segurança que razoavelmente se poderia esperar do que, a rigor, é um serviço prestado (v. g., DIREITO, Carlos Alberto Menezes & CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil* coord. Sálvio de

Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XIII, p. 150-5). Bem de ver, todavia, e ao que se entende, que a diferença está, no caso do Código de Defesa do Consumidor, na inexigibilidade de uma atividade que seja especial foco de risco para a configuração da responsabilidade do fornecedor, mitigada porquanto a qualifica o defeito, ao contrário do Código Civil, em que o dado qualificador é, justamente, o maior risco da atividade desenvolvida.

Por outra, e como tive oportunidade de sustentar alhures (*Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. São Paulo, Saraiva, 2009), o risco de que trata o parágrafo em questão não se confunde com o defeito, mesmo de segurança, pois, nesse caso, há uma periculosidade anormal do produto ou serviço. Contenta-se com menos o atual Código. Exige um risco, muito embora diferenciado, exacerbado, já que de causalidade pura também não se cuidou. Afinal se toda atividade gera maior ou menor risco, e se qualquer risco, na disposição em comento, induzisse responsabilidade, mais não seria preciso dizer senão que quem exerce uma atividade responde pelos danos dela advindos. Exige-se, enfim, não um perigo anormal, e nem propriamente um perigo, posto intrínseco, mas, antes, um risco especial naturalmente induzido pela atividade e identificado de acordo com dados estatísticos existentes sobre resultados danosos que lhe sejam resultantes, ou seja, conforme a verificação da regularidade estatística com que o evento lesivo aparece como decorrência da atividade exercida. Ou, ainda, de acordo com meios técnicos de demonstração científica do risco especial naturalmente intrínseco à atividade. E sem contar, sempre, o recurso à experiência comum. Tomem-se exemplos como o da atividade de cobrança de títulos, com protesto e negativação, ou o da atividade dos bancos de dados e de cadastro de consumidores. Foco, ambos os casos, de constante causação de danos, mesmo não haja defeito da atividade, de um lado, e mesmo não se trate propriamente de perigo, de outro. Trata-se é de um risco particular, especial, diferenciado que a atividade induz e que determina, então, a objetiva responsabilidade de quem a exerce, por evento que a ela se ligue, mercê de uma causalidade recompreendida, porquanto no caso não necessariamente naturalística, mas normativa, impondo também, por conseguinte, uma nova dimensão do âmbito da estraneidade de fortuitos havidos.

Quanto aos profissionais liberais, mesmo os que exercem atividade de especial risco, para quem o Código de Defesa do Consumidor estatuiu uma responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4º), sustenta Ruy Rosado Aguiar Júnior que superada a regra pelo dispositivo em tela do Código Civil de 2002 (“Projeto do CC - Obrigações e contratos”, RT 775/18), malgrado não sem oposição, fundada na especialidade da norma relativa ao consumo e na obrigação subjacente que é de meio (K g., GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil* São Paulo, Saraiva, 2003, v. III, p. 232), sem contar, ainda, a disposição do art. 951, a cujo comentário se remete o leitor, acerca, especificamente, da responsabilidade dos profissionais da saúde. Ressalvam-se apenas, mesmo admitida a prevalência da regra especial, e como já era da interpretação do artigo citado, do CDC, as contratações de profissional liberal de maneira não negociada, em que não avulte o fator confiança, base da previsão normativa específica, tal qual nas hipóteses das lides coletivas, para a situação exemplificativa do advogado, ou quando a prestação do serviço se dê de maneira impessoal, por empresário que explora a atividade, como o hospital, por exemplo (ver a respeito: DKNARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 175-7). Ressalvam-se, também, os casos de atividades médicas, mesmo prestadas pelo profissional pessoa natural, mas que ensejam obrigação de resultado, que não integram tratamento, propriamente, e desde que induzam especial risco.

Por fim, anote-se que preceito semelhante àquele ora em comento se contém nos arts. 2.050 e 493.2, respectivamente dos Códigos italiano e português, entretanto alusivos ao perigo, não só ao risco, portanto sem a mesma potencialidade expansiva do Código Civil brasileiro, dado que, conforme exemplificação que se vem de colacionar, atividades há que podem não ser essencialmente perigosas, mas indutivas de especial, diferenciado risco. Tudo

además da virtualidade de recompreensão de hipóteses anteriormente decididas sob diferente matiz e que, agora, podem se reconduzir ao preceito em tela, como a da responsabilidade do empregador por dano advindo ao empregado, ou a da responsabilidade do arrendador no caso de *leasing* operacional, a propósito do que se remete ao comentário do art. 932. Acrescentam, ainda, aquelas legislações estrangeiras, ambas, que o perigo pode estar não na atividade, mas nos meios adotados para o seu exercício» o que no sistema brasileiro pode ser cogitável se esses meios forem os normais para desempenho daquele mister. Mas, ao contrário dos dispositivos comparados, não admite o atual Código Civil que o agente possa eximir-se de sua responsabilidade objetiva provando ter tomado todas as medidas idôneas a evitar o risco. Essa previsão, aliás, estava na redação original do anteprojeto do Código Civil, mas foi suprimida em sua tramitação.

De toda sorte, a conclusão, enfim, é que o sistema hoje dota a vítima, observados os respectivos requisitos, de mecanismos de responsabilização do agente independentemente da demonstração de sua culpa, cujo papel, como fonte irradiadora da obrigação reparatória, se substitui pela causalidade, todavia não de maneira absoluta - não se adota» como se disse acima, a teoria do risco integral, de causalidade pura inclusive porque concorrentes excluídas, mesmo à míngua de uma regra geral que as contemplasse, como há no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, arts. 12, § 3º, ou 14, § 3º), mas, de qualquer maneira, sempre ressalvadas em hipóteses específicas, como as dos arts. 936 e seguintes, por exemplo, e a seguir examinadas.

Jurisprudência: Sobre o risco criado no exercício de atividades natural e essencialmente perigosas, ver: *RSTJ* 150/262. E responsabilizando o empregador, perante o empregado, não mais só por dolo ou culpa, mas pelo risco da atividade: *RT* 772/403 e mais recentemente: STJ, REsp n. 1.067.738, 3ª T., rel. Min. Sidnei Benetti, DJ 25.06.2009. Salientando, mesmo antes do novo CC, o risco na atividade de estacionamento, razão inclusive para se ter decidido que o roubo não constitui evento fortuito externo, estranho ao risco assumido: STJ, REsp n. 230.180/SP, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 16.10.2001; Colégio Recursal do Distrito Federal, ACJ n. 2004.01.1.049393-7, 2ª T., rel. Juiz Alfeu Machado, j. 17.08.2005. Do mesmo modo quanto aos estacionamentos em *shoppings* ou hipermercados: STJ, REsp n. 419.059/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrichi, j. 19.10.2004. Sobre o risco da atividade de cadastramento de dados pessoais: TJSP, Ap. cível n. 364.951.4/0-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Francisco Loureiro, j. 08.09.2005. Ainda o risco em atividade de olaria: TJSP, Ap. cível n. 188.838-4/1-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Mônica Dias Carvalho, j. 19.08.2005. Risco na atividade de escavação: TJSP, Ap. cível n. 159.356-5/8-00, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Xavier de Aquino, j. 17.03.2005. Assentando o risco da atividade bancária: TJRJ, Ap. cível n. 2005.001.18285, 12ª Câmara Cível, rel. Des. Gamaliel de Souza, j. 06.09.2005. Sobre o risco havido no pagamento, pelo banco, de cheque adulterado: TRF, 5ª Região, Ap. cível n. 2004.830.000.93329, 3ª T., rel. Paulo Gadelha, j. 30.03.2006. Da mesma forma, o risco pela abertura indevida de conta corrente: STJ, REsp n. 774.640/SP, 4ª T., rel. Min. Ouaglia Barbosa, j. 12.12.2006; REsp n. 768.153/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrichi, j. 25.09.2006; TJRS, Ap. cível n. 70.020.270.476, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Umberto Sudbrack, j. 05.09.2007. Sobre o risco na atividade de cobrança bancária, mesmo recebidos títulos cobrados por endosso-mandato ou endosso-caução, remetendo-se, ainda, ao comentário ao art. 942, ver: *RT* 826/357. No mesmo sentido: TJSP, Ap. cível n. 2.923.764.600, 9ª Câmara, rel. Des. Piva Rodrigues, j. 25.08.2009. Já antes do atual CC, reconhecendo risco da atividade de mídia, particularmente em programa radiofônico de entrevista ao vivo, durante o qual se dá ofensa a terceiro: STJ, REsp n. 331.182/SE, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 03.09.2002. Sobre o risco especial que há na atividade de transporte, tanto mais se de valores: STJ, REsp n. 185.659/SP, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 26.06.2000.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

CC/1916: sem correspondente, ressalvado o art. 156, que, porém, cuidava apenas da responsabilidade de uma espécie de incapaz, o menor púbere.

Sempre foi pressuposto da responsabilidade aquiliana a imputabilidade do agente se, afinal, a ele se atribuía, como ainda se atribui, dever ressarcitório desde que tenha ostentado conduta negligente ou imprudente, mas, frise-se, voluntária (art. 159 do CC/1916 e art. 186 c/c o art. 927, *caput*, do CC/2002). Ou seja, a orientação foi sempre e é ainda que a obrigação de reparar dependa da capacidade que tenha o indivíduo de entender e de se determinar de modo a não provocar danos a outrem. Como se disse, o anterior Código Civil apenas ressaltava, em seu art. 156, que o menor relativamente incapaz era equiparado aos maiores, mas aí em qualquer hipótese, sem quaisquer limites, para efeitos de responsabilidade subjetiva.

Tal dispositivo não se repetiu porque ficou superado pela regra genérica do art. 928, agora, o que é relevante inovação, impondo uma responsabilidade indistinta para qualquer incapaz (seja por menoridade, e não só a relativa, seja por deficiência mental, total ou parcial), contudo subsidiária - pesem embora a aparente contradição com o art. 942, parágrafo único, e, por causa disso, a proposta de alteração legislativa, abaixo mencionada - e mediante requisitos específicos dispostos na lei. Trata-se, como aponta Milton Paulo de Carvalho Filho (*Indenização por equidade no novo Código Civil* São Paulo, Atlas, 2003, p. 61), de imperativo de equidade, pauta valorativa muito cara ao princípio da eticidade, um dos três que iluminam a nova codificação, ao lado da operabilidade e da socialidade.

Em diversos termos, ocupa-se o CC de erigir a responsabilidade, subsidiária e mitigada, mercê de conduta que, mesmo sem poder ser considerada culpável, deve ser reprovável tal como se daria com a responsabilização do maior, para qualquer incapaz que causa prejuízo a outrem e pode, sem risco a seu patrimônio ou, antes, às suas necessidades, recompor a situação de desequilíbrio determinada pelo seu ato danoso. Veja-se, puro ditame de equidade.

Mas, para que se opere sua responsabilização, em primeiro lugar é preciso que os responsáveis pelo incapaz não tenham a obrigação de ressarcir ou que não disponham de meios para tanto, requisitos alternativos, segundo a redação do dispositivo, e malgrado críticas que a propósito lhe sejam endereçáveis. De qualquer sorte, não é difícil compreender que se possa responsabilizar o incapaz se seus responsáveis não tiverem meios para tanto, o que deve significar não só a falta total de recursos como, também, a existência de recursos todavia reduzidos, mediante o pagamento da indenização, de modo a comprometer a manutenção da dignidade dos pais, do tutor ou curador (cf. conclusão firmada no Enunciado n. 39 da Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça em 11.09.2002). E mesmo aí haveria que indagar, já que o dispositivo estabeleceu uma responsabilidade subsidiária, se não seria devida antes a propositura de ação contra os responsáveis, e contra o incapaz só pela sobra, ou seja, pelo quanto os responsáveis não pudessem pagar. Parece, porém, que a orientação afrontaria o espírito de equidade e de reparação da vítima que anima o preceito, por isso devendo-se admitir a ação contra o incapaz desde que provada a impossibilidade de os responsáveis arcarem com a indenização, sem prejuízo à sua própria existência digna.

De toda maneira, em segundo lugar, e a condicionar também a responsabilização de que se agita no dispositivo, há ainda, pela sua atual redação, a possibilidade de os responsáveis pelo incapaz não terem a obrigação de ressarcir, a despeito de, eventualmente, disporem de meios para tanto. A essa previsão, de difícil elastério, só se pode reservar hipótese em que a lei exija um requi-

sito específico para a imposição ressarcitória por ato do incapaz aos seus responsáveis, como no caso dos pais que respondem por atos dos filhos, mas que estejam sob sua autoridade e em sua companhia. Se assim não for, se não estiverem sob autoridade e em companhia dos pais, então, conforme o caso, não havendo outros responsáveis indiretos, ou, mesmo se existirem, também quanto a eles faltando nexos de imputação, poder-se-á cogitar da responsabilidade do incapaz.

Também se vem defendendo, vale o acréscimo, como se assentou na Jornada de Direito Civil, logo antes citada, que a essa mesma hipótese de responsabilização do incapaz se ajuste à previsão do art. 116 da Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Enunciado n. 40).

Todavia, posto que tenha sido cumprido um dos dois requisitos para a responsabilização do incapaz, ela só se poderá concretizar se a indenização a ser por ele paga, segundo o texto da lei, não o privar do necessário a si ou a quem dele dependa. Tem-se aqui o quanto necessário não só à subsistência do incapaz ou de seus dependentes, mas sim à sua existência digna ou, tal como está no Código Civil português (art. 489), os alimentos necessários de acordo com o estado e a condição do incapaz.

Por fim, ultrapassadas todas essas etapas, ainda determina o CC que a indenização devida pelo incapaz seja fixada equitativamente. Mas, de pronto, por quais critérios? Por exemplo, o CC italiano determina ao juiz que considere a situação econômica das partes (art. 2.047). Particularmente se entende, porém, que deva ser aferida a situação econômica do incapaz. Lembre-se que o fundamento do dispositivo está na injustiça da falta de reparação da vítima diante de um incapaz com condição de fazê-lo, sem risco a si ou a quem dele dependa. Bem por isso, e ainda que a posição se possa tornar minoritária, não se considera que essa indenização equitativa deva ser necessariamente menor que a extensão do dano; nem que sua fixação em importe integral sirva a equiparar o tratamento do incapaz ao do capaz, tal qual se vem sustentando. Cuida-se apenas de dar cabo à exigência de equidade e não olvidar a situação específica de um incapaz que, preenchidos os requisitos legais, possa reparar completamente a vítima, que é a finalidade do sistema, sem nenhum dano maior à sua existência digna. De resto, quando quis uma indenização equitativa reduzida, o Código Civil o mencionou, como no art. 944, parágrafo único, a seguir comentado.

Não se crê, ainda impende acrescentar, que a falta de discernimento que condiciona a aplicação da sistemática em exame, ao menos no caso do amental, deva ser permanente ou reconhecida em interdição, muito embora não sirva como escusa o estado de inconsciência voluntariamente provocado pelo agente (alcoolismo, uso de drogas etc.).

Por fim, e tal como acima se adiantou, a regra do artigo presente foi já objeto de proposta de alteração legislativa. Isso por se vir entendendo que a subsidiariedade da responsabilidade do incapaz, aqui prevista, parece conflitar com a regra do art. 942, parágrafo único, do CC/2002, que estatui a solidariedade dos autores diretos da conduta danosa com os responsáveis indiretos do art. 932. Nesse sentido, então, o Projeto de Lei n. 276/2007, de alteração da nova normatização, pretende estabelecer, diferentemente de quanto agora no preceito se contém, uma responsabilidade não mais subsidiária, mas sim solidária do incapaz, nos termos do referido art. 942, particularmente de seu parágrafo único, só que, veja-se, preservando, ainda, a disposição do parágrafo do art. 928, portanto ressaltando que a responsabilização do incapaz, malgrado solidária, se daria, sempre, de forma equitativa e assim sem privá-lo, a si e a seus dependentes, dos alimentos necessários.

É bem de ver, contudo, que, sistematicamente interpretada, tal como hoje posta e regrada a matéria no Código Civil, a solidariedade do art. 942, parágrafo único, apenas se aplica àqueles casos em que a responsabilidade indireta não seja exclusiva e substitutiva da responsabilidade do causador direto do dano, conforme comentários próprios, a que ora se remete o leitor.

Jurisprudência: A despeito do quanto se defendeu no corpo dos comentários, afastando a alegação de incapacidade do ofensor pela ausência de interdição: TJSP, Ap. cível n.

1.088.982-0/1, 33ª Câm., rel. Des. Claret de Almeida, j. 28.11.2007. Admitindo a inclusão do incapaz no polo passivo de demanda indenizatória, afirmando-se que seus responsáveis não têm condição de arcar com o dano por ele causado: TJSP, AI n. 1.252.481.007, 32ª Câm., rel. Des. Walter Zeni, j. 20.08.2009.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

CC/1916: art. 1.519.

O dispositivo presente cuida da indenização resultante de ato danoso praticado em estado de necessidade, conceito emprestado do direito penal, mas foco de prejuízo a quem não seja o responsável pelo perigo cuja superação move o agente. A alteração de redação em relação ao preceito do art. 1.519 do CC/1916 está apenas no acréscimo da referência à pessoa lesada, todavia porque, igualmente na parte geral, o CC/2002 acrescentou ao conceito de estado de necessidade a contingência de se danificar não só coisa alheia como também a pessoa, a fim de remover perigo iminente (art. 188, II).

Pois o ato praticado em estado de necessidade, quando absolutamente indispensável e nos limites do quanto seja preciso para remover a situação de perigo (art. 188, parágrafo único), desde o direito penal foi sempre considerado lícito, excludente de antijuridicidade, tal como, identicamente, o preceitua o art. 188, logo antes citado, do atual CC. Porém, discutiu-se muito, desde o CC/1916, se conduta afinal lícita, posto que provocando dano a terceiro, estranho à situação de perigo que se quis remover, poderia ensejar algum dever ressarcitório. Até porque, prever-se indenização a ser paga por quem, animado pelo nobre espírito de salvaguarda, remove perigo de dano a pessoa ou coisa poderia significar um desestímulo a semelhantes comportamentos. Mas, de outra parte, também não seria justo desamparar quem não tivesse nenhuma relação com a situação de perigo de dano superada pela conduta ostentada em estado de necessidade, nem legar-lhe um prejuízo. Pois foi essa, justamente, a ideia do legislador de 1916 e, agora, do novo legislador.

O Código determinou que o indivíduo, mesmo agindo em estado de necessidade, indenize terceiro prejudicado que não seja o responsável pela situação de perigo, garantindo-lhe, em contrapartida, regresso contra quem, aí sim, tenha provocado aquela mesma situação. Ou seja, é preciso diferenciar se o dano que o agente provocou, em estado de necessidade, atingiu ou não a pessoa causadora do estado de perigo. Se sim, não há indenização a ser paga; se não, se prejudicado terceiro estranho, então deve o agente repará-lo, ainda que possa, depois, exercer direito regressivo contra quem foi o responsável pela situação de perigo. Vale dizer, estabeleceu-se, verdadeiramente, uma indenização por ato lícito, superada a ideia, porquanto mais ampla a acepcão de dano indenizável, de que fundada no ato antijurídico que, afinal, será inexistente se se evita, do único modo possível, a situação de perigo de dano a pessoa ou coisa.

Evidencia-se, antes, mais um caso de responsabilidade objetiva, de seu turno inspirada menos pela teoria do risco, criado ou proveito, porquanto difícil imaginar qual a atividade ou o proveito dela resultante que o justificasse, tal como já se defendeu, porém talvez mais pela equidade, muito especial, como visto, à nova legislação. Todavia, se é assim, talvez melhor fosse prever uma indenização equitativa, que ponderasse, de um lado, o móvel da atuação de quem procurou remover situação de perigo iminente que não provocou e, de outro, o interesse de quem sofreu um dano mas, igualmente, para superar situação de perigo que lhe era estranha. Trata-se da mesma indenização equitativa que em outros dispositivos se estatuiu (arts. 928 e 944).

Jurisprudência: Indenização devida quando, em estado de necessidade, se atinge terceiro, mas com direito regressivo: *RT* 782/211-2. No mesmo sentido: Turmas Recursais - RS, Rec. cível n. 71.001.186.535, 3ª T., rel. Juiz Eugênio Fachini, j. 24.04.2007.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

CC/1916: art. 1.520.

O *caput* do artigo trata da ação regressiva de que dispõe quem tenha agido em estado de necessidade e, com isso, haja provocado dano a terceiro não responsável pela situação de perigo que se tencionou remover. O regresso se exerce, então, contra quem tenha causado a mesma situação de perigo, pelo valor da indenização paga à vítima do dano. Trata-se da matéria já examinada no comentário ao dispositivo anterior, a que ora se remete o leitor. Acrescenta-se, apenas, que o preceito da cabeça do art. 930 veio alterado em relação ao do antigo art. 1.520, para, primeiro, aprimorar sua redação, agora vazada na ordem direta, e, segundo, para adequá-la à consideração, também logo acima referida, quando examinada a regra do art. 929, de que o estado de necessidade pode envolver não só dano a coisa como, também, a pessoa.

Já o parágrafo único do preceito reproduz a mesma perplexidade interpretativa, o mesmo conflito que já suscitava o parágrafo do velho art. 1.520, particularmente quando confrontado seu texto com a remissão final nele contida, tendo-se assim perdido uma oportunidade para melhor explicitação. É que, depois de cuidar da ação regressiva do agente que, tendo causado prejuízo a terceiro, em estado de necessidade, a exerce contra quem provocou a situação de perigo, o parágrafo dispõe que a mesma medida caberá contra aquele em defesa de quem se causou o dano. Ou seja, e tal qual originariamente certa parte da doutrina compreendeu o dispositivo já do CC/1916 (ver, por todos, CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XX, p. 211-2), seu significado estaria em possibilitar à pessoa, que agindo em estado de necessidade, lesando terceiro, não tivesse conseguido, por qualquer motivo, se ressarcir, em regresso, diante do causador da situação de perigo, voltar-se então contra aquele que acaso tivesse se aproveitado de sua conduta, isto é, aquele em defesa de quem porventura houvesse agido. Defesa, aqui, em sua acepção vulgar, e não técnica, a indicar a legítima defesa. Antes, para a doutrina citada, o parágrafo referir-se-ia ao estado de necessidade, em que se pode danificar coisa alheia.

Sucedem porém que, a par de também na legítima defesa ser possível atingir terceiro, ou de qualquer modo causar-lhe prejuízo, como quando, para a mesma defesa, se utiliza de coisa alheia, já no Código de 1916, ao final do parágrafo único do art. 1.520, o que agora se repete, se fez remissão ao inciso I, e não ao inciso II, do então art. 160, hoje art. 188, em que foi prevista a legítima defesa, e não o estado de necessidade. Bem por isso e, é certo, porque a rigor não há diferença fundamental em relação ao que se dá no estado de necessidade e conseqüente dano a terceiro não causador da situação de perigo, o parágrafo passou a ser interpretado como concernente à conduta de quem, em legítima defesa, provocasse danos a terceiro não responsável pela agressão injusta, atual e iminente pelo agente repelida (art. 25 do CP). Vale dizer, verdadeira *aberratio ictus* que obriga o agente a, mesmo escudado na legítima defesa, mas atingindo terceiro, ressarcir-lo, igualmente ao que sucede no estado de necessidade; ou, da mesma forma, a situação de quem age em legítima defesa, mas para tanto se utilizando de bem alheio lesado, cujo ressarcimento o agente fará, todavia, em ambas as hipó-

teses, com o regresso mencionado, direcionado contra quem foi o responsável pela agressão. Tanto mais porque, já no Código de 1916, particularmente em seu art. 1.540, dispunha-se sobre a indenização por morte ou lesão, porém originárias de crime justificável, veja-se, quando não perpetrado pelo ofensor em repulsa a agressão partida do ofendido. Posto não repetida a regra, remanesce o mesmo princípio que inspirou a redação do dispositivo do próprio art. 929, haurida desde o CC/1916, quanto à outra excludente de ilicitude, o estado de necessidade, sem diferença fundamental entre este e a legítima defesa.

De qualquer forma, não se entende que deva ser excluída a possibilidade de o agente, quando agindo em defesa de outrem (estado de necessidade ou legítima defesa de terceiro) e causando prejuízo a terceiro, voltar-se também contra aquele em benefício de quem afinal agiu, para exercício de seu direito regressivo, ou seja, seu direito de se ressarcir por quanto houver pago ao terceiro lesado. Outra hipótese, a rigor, de responsabilidade sem culpa, agora de quem se aproveitou de comportamento alheio, beneficiando-se da defesa que em seu favor se fez, mas a dano de outrem, pelo qual responde, para Pontes de Miranda, por verdadeira gestão de negócios que em seu favor se operou (*Tratado de direito privado*, 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. II, § 187, n. 3, p. 306), ou mesmo para se evitar indevido enriquecimento.

Jurisprudência: Sobre a legítima defesa como excludente de responsabilidade civil, e com o mesmo requisito, haurido do direito penal, da adequação e moderação da reação: *JTJSP* 270/100. Sobre a necessidade de se tratar de legítima defesa real, e não a putativa: *RT808/224*. Assentando o direito regressivo: TJSP, Ap. cível n. 992.080.261.816, 36ª Câmara, rel. Des. Adilson de Araújo, j. 05.11.2009. No mais, remete-se ao comentário ao art. 188.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 12, Lei n. 8.078, de 11.09.1990.

O dispositivo presente encerra mais uma das regras de incidência da responsabilidade sem culpa no novo CC/2002, além da genérica previsão do art. 927, parágrafo único. E lá, no respectivo comentário, já se havia ressalvado a existência de casos de responsabilidade objetiva em normas especiais, quer fora do Código Civil, quer mesmo em seu texto, como a de que ora se trata. Pois, independentemente de culpa, responde então o empresário individual ou a empresa pelos danos provocados pelos produtos que coloca em circulação. É a consagração, afinal, de uma das espécies de risco, o chamado risco de empresa, mercê do qual quem exerce, profissionalmente, atividade organizada tendente à colocação de bens e serviços no mercado, deve arcar com os danos que daí podem advir ao adquirente ou a terceiros (ver a respeito: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. I, p. 486). Tem-se, portanto, uma responsabilidade pelo fato do produto, instituída na legislação civil, mas, como por ela mesmo assentado, sem prejuízo de outros casos previstos em lei especial.

Pois, como é sabido, está na Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, a hipótese mais freqüente de responsabilidade pelo fato do produto (art. 12), de resto, como fixado em enunciado da Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça em 11 de setembro de 2002, cujo conceito agora se amplia pelo art. 931 do Código Civil de 2002, imputando-se responsabilidade civil às empresas e a empresários individuais vinculados à circulação dos produtos, mesmo fora de uma relação de consumo (Enunciado n. 42). Assim, aplicar-se-á o Código Civil naquelas hipóteses em que não se configure vínculo de consumo, como quando se fornece produto a outro profissional que não o utiliza como destinatário final.

Sucedee que, no Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pelo risco da atividade de disponibilização de produto ao mercado é do tipo mitigado, vale dizer, exigindo-se um elemento específico, além da causalidade entre a colocação do produto no mercado e o prejuízo por ele provocado ao consumidor, para a evidenciação do nexo de imputação. Com efeito, exige-se o defeito de segurança do produto ou serviço, conforme descrito no § 1º do art. 12 (fato do produto) e no § 1º do art. 14 (fato do serviço), ambos da Lei n. 8.078/90.

Mas, pese embora sua omissão a propósito, o que pode gerar algum conflito, não se entende que o Código Civil, se afinal não adotou a teoria do risco integral, como já se explicitou no comentário ao art. 927, a que ora se remete o leitor, dispense a mesma verificação do defeito do produto, o que levaria, em indesejável contradição sistemática, como se o ordenamento não fosse uno, à admissão de uma responsabilidade mais rigorosa, e em lei incidente na relação entre iguais, que a da legislação do consumidor, a qual, não se pode olvidar, é subjetivamente especial porque, justamente, é protetiva de indivíduo presumidamente vulnerável, destarte envolvido numa relação entre desiguais. Cuida-se, então, do mesmo risco inerente à colocação no mercado de produto com periculosidade adquirida, por causa de defeito de segurança que passa a apresentar, quer ocorrido no processo de sua criação ou de sua produção, quer na correspondente informação. A responsabilidade, nesses casos, estará afeta, como na hipótese do art. 12 do CDC, aos empresários ou empresas aos quais estão incumbidos o fabrico, a produção, a construção ou a importação do produto, entendendo-se aplicável a mesma restrição do art. 13 do Código de Defesa do Consumidor quanto à responsabilidade do comerciante.

Na aferição desse dado de qualidade-segurança, impende verificar a apresentação do produto, de seus elementos característicos, abrangendo publicidade, instruções sobre o uso e embalagem, por exemplo. Da mesma forma, deve-se avaliar o uso razoavelmente esperado do produto, a fim de aquilatar sua qualidade/segurança. Ou seja, importa ter em conta não só a utilização normal do produto mas, ainda, seu uso previsível.

Na verdade, problema há na questão da consideração sobre a época em que o produto foi colocado em circulação. Isso porque a segurança pode ser aferida em função do conhecimento científico contemporâneo à colocação do produto no mercado, porém eventualmente superado pela evolução técnica e de modo a revelar potencial risco ao adquirente ou terceiros. É o chamado risco de desenvolvimento, pelo qual, malgrado a discussão que a propósito já se levantava à luz do CDC, se entendeu, naquela mesma Jornada de Direito Civil (Enunciado n. 43), antes citada, responder o empresário ou a empresa, porquanto como alhures já se defendeu, injusto carrear ao consumidor, aqui no sentido amplo, o ônus do progresso, o risco de desenvolvimento a ser, então, socializado (ver, por todos: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVAIJKRI IUHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil* coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XIII, p. 193-4).

O preceito omitiu referência ao risco inerente aos serviços, restringindo-se aos produtos - os quais se considera devam ser defeituosos - colocados no mercado. O Projeto de Lei n. 6.960, de reforma do atual Código Civil, sucedido pelo Projeto de Lei n. 276/2007, já pretendia acrescentar menção aos serviços no dispositivo presente. Acedi mesmo a essa tese em edição anterior. Todavia, refletida a questão com maior profundidade em trabalho posterior (*Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. No prelo), tem-se que o risco na prestação de serviços esteja coberto pela previsão do art. 927, parágrafo único, que dispensa, como nexo de imputação, a periculosidade adquirida, anormal, contentando-se com o risco especial induzido, assim de modo mais rigoroso porquanto se trata de dano potencialmente provocado ainda nos limites da esfera de controle de quem exerce a atividade, ao contrário do fato do produto, em que o dano se produz já longe dessa mesma organização, do manejo da coisa, da máquina, do produto. Cuida-se, destarte, de distinguir, a exemplo do que se encontra nos arts. 2.050 e 1.051 do Código Civil italiano, o dano havido no exercício de uma atividade e o dano havido pelo fato da coisa. Daí porque

se limita o elastério do preceito em comento a essa segunda hipótese, com o acréscimo da periculosidade adquirida que deve ser inerente ao produto colocado no mercado.

Aqui, igualmente se crê, e de novo a despeito da omissão do Código Civil, concorrerão as mesmas causas excludentes de responsabilidade do art. 12, § 3º, do CDC, e, como lá, devendo-se incluir, porquanto motivo de quebra da causalidade, também o fortuito, desde que externo, ou seja, alheio, não ligado ao risco próprio da atividade desenvolvida (fortuito interno).

Por fim, vale anotar que não se limitou a responsabilidade da pessoa jurídica, como fazia o CC/1916, apenas aos casos de atos praticados pelos prepostos e desde que no desempenho de atividade industrial da empregadora (cf. antigo art. 1.522, não reproduzido, a respeito remetendo-se, ainda, ao comentário ao art. 932 do CC/2002).

Jurisprudência: TJSP, Ap. cível n. 992.070.551.730, 25ª Câmb., rel. Des. Marcondes D'Angelo, j. 17.09.2009. Assentando a subsidiariedade do preceito em relação ao art. 12 do CDC: TJMG, Ap. cível n. 1.0439.07.068954-2/001, rel. Des. Wagner Wilson, j. 07.10.2009.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

CC/1916: art. 1.521.

O preceito em tela consagra os casos clássicos da responsabilidade, hoje objetiva, como se verá no comentário ao artigo seguinte, por fato de terceiro, também denominada responsabilidade indireta, tal como já dispunha o art. 1.521 do Código Civil de 1916. Ou seja, hipóteses em que alguém responde - e, ressalvada a previsão do art. 928, de forma solidária, conforme art. 942, parágrafo único, a cujo comentário se remete o leitor - por conduta de outrem causadora de um dano.

Assim, em primeiro lugar, respondem os pais pelos atos dos filhos menores que, pese embora sua inimputabilidade, sejam reprováveis, portanto que os levaria a responder, se maiores ou, mesmo menores, na forma do art. 928 do CC/2002. Porém, exige a lei que os infantes estejam sob a autoridade e a companhia dos pais, enquanto se aludia, no CC/1916, ao menor sob o poder e a companhia dos genitores.

A alteração redacional não chega a espantar a dúvida, o conflito que a respeito já havia, particularmente concernente à situação de menores que não estivessem sob a guarda de pai ou mãe, posto mantido o poder familiar, por exemplo, no caso de separação ou divórcio. E mais se dificultava o debate quando se constatava, como ainda se constata, que a regra toma em consideração o dever de educação que incumbe aos pais, assim decorrente do poder familiar, mas ao mesmo tempo o dever de vigilância e direção, aí mais propriamente ligado ao pai ou mãe que tem o menor consigo, ou seja, em sua companhia, como quer a lei.

Reputa-se, a propósito, que deva responder o pai ou mãe no exercício do poder familiar, portanto dele não destituído, que, no instante dos fatos, tenha o menor sob seu poder de direção.

Ou seja, não poderá responder o pai ou mãe de quem, a título jurídico, portanto não quando haja afastamento fático, e com frequência indevido, sobretudo porque é mal exercido o poder familiar, se tenha retirado o poder de direção, por exemplo quando o menor esteja sob a responsabilidade do educador, ou quando, separados os pais, esteja em companhia do detentor da guarda.

Mas, na mesma esteira, responderá o genitor que, mesmo sem a guarda, mas não destituído do poder familiar, estiver com o menor sob sua autoridade no momento dos fatos, tal como quando esteja no período de visita do genitor separado ou divorciado. Quer dizer, parece haver a lei, agora, ao aludir à autoridade dos pais, e não a seu poder familiar, tencionado evidenciar que a responsabilidade do genitor se funda em seu direto poder de direção e, pois, de vigilância do filho menor, portanto quando esteja sob seu controle.

Isso vale para o pai adotivo ou ainda quando o menor tenha sido emancipado por ato voluntário dos pais, que, assim, por vontade própria, não se podem furtar a uma responsabilidade legal, destarte só excluída quando a emancipação seja legal, malgrado a divergência que a respeito ainda grassa. Valem as mesmas ressalvas para tutor e curador, mas sem se descuidar da lembrança de que exercem um *tnunus*, assim apreciando-se com maior limitação seu poder de direção do pupilo ou curatelado causador do dano.

No que toca ao empregador ou preponente, sempre alguém com poder de direção sobre a atividade de outrem, que lhe é subordinado e lhe tem relação de dependência, vale a observação, primeiro, de que sua responsabilidade se dá não só quando o empregado ou preposto age no desempenho de suas funções como, mais amplamente, também quando age em razão dela, por causa de sua atribuição, isto é, quando sua função de alguma forma facilite a prática do ilícito; segundo, cabe ainda a observação de que a não reprodução do art. 1.522 do CC/1916 suscita a discussão, o conflito, sobre se a regra se aplica às pessoas jurídicas empregadoras que não exercem atividade lucrativa, industrial. Pese embora entendimento contrário, acede-se à obtemperação de Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil* 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 122) e Carlos Roberto Gonçalves (*Comentários ao Código Civil* coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XI, p. 95) de que, hoje, não repetida a norma do art. 1.522, a responsabilidade das pessoas jurídicas mesmo de finalidade não lucrativa obedece à regra geral, inclusive quanto à ausência de culpa, e não raro de forma direta, quer por incidência da Lei n. 8.078/90, quer do art. 927, parágrafo único, tanto mais porque, como já visto no comentário ao mesmo preceito, adotou-se, no Código Civil de 2002, para a responsabilidade objetiva, a teoria do risco criado, e não do risco proveito, ao menos o proveito forçosamente econômico. Aliás, ainda acerca da incidência desse mesmo dispositivo à situação do empregador, deve-se aludir à sua responsabilidade, que agora se entende pode ser fundada no risco, pelos danos sofridos, no exercício do trabalho, por seus empregados, a despeito do preceito do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988, tal como já sustentei alhures (*Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. No prelo), porquanto se entrevê, na norma constitucional, mais um passo no processo evolutivo que a respeito da matéria se consolidou, desde a exigência, à obrigação de indenizar do patrão, de dolo ou culpa grave, e até de modo a evitar se admita, em evidente contradição sistemática, que um mesmo evento lesivo possa ensejar, à vítima não empregada, o acesso à responsabilização sem culpa do empregador, mas não ao lesado empregado.

É certo, vale ainda o acréscimo, que o conceito de preposição vem sendo por vezes alargado pela jurisprudência, sem dúvida, e acertadamente, para excluir a necessidade de vínculo empregatício, mas sempre à consideração de que exista uma relação de subordinação, de direção, como sucede, por exemplo, com o médico cirurgião e sua equipe. Todavia, vão mais longe alguns arestos para sustentar a ocorrência de preposição, e assim de responsabilidade - e não pelo fato da coisa, como seria a hipótese, em verdade faltando é uma regra genérica a respeito (ver comentários aos arts. 936 e segs.) -, até mesmo quando alguém empresta carro a outrem, afinal acidentado. Para muitos, inclusive, a própria Súmula n. 492 do STF, que fixa a responsabi-

lidade da locadora de veículos por ato do locatário, estaria fundada na ideia de preposição. Mas, a bem dizer, os acórdãos que deram origem à súmula tiveram sempre em mira a presunção de culpa do locador que não teria reservado fundos, em sua atividade, para cobrir a insolvência do condutor. Atualmente a hipótese bem se subsumiria à previsão do art. 927, parágrafo único, já que está envolvido risco da atividade, o que determinaria até uma revisão da orientação pretoriana a respeito da responsabilidade das empresas de *leasing* que vem sendo negada, mas que seria fundada nos mesmos motivos. Ao menos, conforme tive a oportunidade de sustentar (A *responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. No prelo), os casos de *leasing* operacional, mais assemelhados à locação e à referida origem da Súmula n. 492 do STF, em que o risco está na própria atividade do arrendador, ao contrário do *leasing* financeiro, passam a ser regidos, no tocante aos danos provocados no manejo da coisa arrendada, havendo especial risco induzido, pela norma do parágrafo único do art. 927.

Quanto à responsabilidade do hoteleiro, importa a exata fixação da norma de regência, dado que apenas nos casos de danos provocados por hóspedes a terceiros ou a outros hóspedes, aí sim, incide a regra do art. 932, contemplativa de espécie de responsabilidade extracontratual. Mais, sem prejuízo, ainda, da verificação sobre se se trata de relação de consumo e, assim, com incidência da legislação especial (Lei n. 8.078/90). Com idêntica ressalva à lei especial, a responsabilidade do hoteleiro pela bagagem do hóspede é, diferentemente, de índole contratual, havido depósito necessário de tais pertences (art. 649 do CC). Hoteleiro, para o preceito, deve ser quem exerça de forma predominante, embora não única (lembrar dos apart-hotéis, por exemplo), a atividade de hotelaria, o que deve ser apreciado no caso concreto. E a situação do hóspede gratuito deve suscitar aplicação das regras de responsabilidade comum subjetiva, se afinal não se o hospeda por dinheiro, como quer a lei.

Já no que concerne aos educadores, e também aqui ressalvada a incidência da legislação do consumidor, há que ver que a respectiva responsabilidade deve restringir-se ao período em que o educando está sob o poder de direção do estabelecimento, ainda que em atividade de recreação. Se o estabelecimento é público, a matéria se rege pelas regras da responsabilidade da pessoa jurídica de direito público. Se o educando é maior, assim particularmente nos casos de instituição universitária, tem-se entendido inexistir dever de vigilância e, portanto, responsabilidade sem culpa, o que, entende-se, deve ser compreendido à luz da Lei n. 8.078/90, que estabelece, sem essa distinção, a responsabilidade sem culpa do fornecedor de serviço. Quanto ao regresso eventual a que faça jus o estabelecimento de ensino, remete-se o leitor ao comentário do art. 934, logo adiante.

Por fim, a hipótese do inciso V do art. 932 continua mal alocada, como já estava no CC/1916, pois não se trata de responsabilidade indireta, mas, verdadeiramente, de um dever de reembolso que evita o enriquecimento sem causa. Ou seja, se alguém se aproveita - e gratuitamente, vale dizer, sem participação no ilícito em si, porque nessa hipótese a responsabilidade solidária é integral - do produto de crime, deve responder, até a correspondente quantia, isto é, até quanto foi o proveito. De resto, nas anteriores hipóteses, o dado fundamental que justifica o nexo de imputação aos responsáveis indiretos, como se viu, é o poder de direção incidente sobre a conduta alheia, que lhe é afeto.

Jurisprudência: Súmula n. 492, STF: A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiros, no uso do carro locado.

Negando igual responsabilidade que seja afeta às empresas de *leasing* ou arrendamento mercantil por danos havidos no uso da coisa arrendada: STF, RE n. 114.938/RS, 1ª T., rel. Min. Oscar Correa, j. 12.04.1988, DJ06.05.1988; RT634/213; STJ. REsp n. 5.508/SP, 3ª T., rel. Min. Cláudio dos Santos, j. 30.10.1990; Ag. Reg no AI n. 909.245/SP, 1ª T., rel. Min. José Del-

gado, j. 18.03.2008, DJ 07.05.2008; TJSP, Ap. cível n. 543.694/0-00, 1ª Câmara, rel. Des. Elliot Akel, j. 20.05.2008.

Responsabilizando os pais por furto praticado pelo seu filho: TJSP, Ap. cível. n. 3.309.444.400, 1ª Câmara, rel. Des. Edmundo Lellis, j. 16.12.2008. Responsabilizando a associação que indica advogado, ao qual se atribui má atuação, para defesa de associado: TJSP, Ap. cível n. 992.060.602.650, 35ª Câmara, rel. Des. Clóvis Castelo, j. 17.08.2009.

Entendendo aplicar-se a hospital psiquiátrico a mesma responsabilidade do tutor ou curador pelo incapaz internado: *RT* 787/225. Sobre a relação de preposição entre o cirurgião e sua equipe: *RT* 796/214. Da mesma forma, entre o hospital e, desde que não indicada pelo paciente, a equipe de plantão da instituição: TACPR, AI n. 218.248-9, 1ª Câmara, rel. Juiz Ronald Schulman, *DJU* 21.03.2003. Negando preposição entre o contratante e a empresa de prestação de serviços de manobrista: *RT* 788/277. No caso de empréstimo de veículo envolvido em acidente, limitando a preposição para quando o condutor esteja a serviço do proprietário: Juizados Especiais/DF, Ap. n. 2000.107.101.3457ACJ, 2ª T., rel. Juiz Leônicio Lopes, j. 04.06.2003, *DJU* 17.06.2003. Salientando que o serviço, no mesmo caso, pode estar sendo prestado a terceiro, não só ao proprietário: STJ, REsp n. 29.280-7/RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 28.03.1994, *DJU* 02.05.1994. E, desvinculando a responsabilidade do dono do carro da ideia de preposição, quando terceiro é o que conduz: *RT* 792/289. Responsabilizando empresa contratante de transporte de pessoal por acidente havido durante a prestação de serviço no seu interesse e proveito econômico: STJ, REsp n. 325.176/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.12.2001. Sobre a responsabilidade do curador: TRF, 3ª Região, AI n. 2006.030.009.52450, 1ª T., rel. Vesna Kolmar, j. 20.03.2007. Responsabilizando o empregador, pelo risco da atividade, em virtude de danos sofridos pelo empregado: *RT* 772/403. Sobre a responsabilidade de banco por assalto que um seu funcionário pratica contra outro, durante o horário do expediente: STJ, REsp n. 613.036/RJ, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 14.06.2004. Mas negando a responsabilidade da instituição financeira pelo homicídio de um de seus gerentes, no local de sua residência: STJ, REsp n. 699.360/MG, 4ª T., rel. Min. Asfor Rocha, j. 08.05.2007.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

CC/1916: art. 1.523.

O preceito em tela atende a um nítido processo evolutivo que já marcava a jurisprudência, de forma especial, revelando inclusive que muito das inovações do Código Civil de 2002, na matéria, absorve a tendência dos tribunais no enfrentamento dos casos de dever ressarcitório. É o que se dá com a responsabilidade indireta ou por fato de terceiro, que se pretendia, no projeto do CC/1916, fosse subjetiva, todavia com presunção de culpa, a exemplo do CC francês (art. 1.384) e afinal como se ostentou também no *BGB* (art. 831), mas que, na tramitação, mercê de emenda no Senado (Emenda n. 1.483), acabou vindo a lume de maneira pura, sem nenhuma presunção e conseqüente inversão do ônus probatório, exigindo o antigo art. 1.523 que a vítima, numa empreitada de difícil êxito, o que a legava irressarcida, no mais das vezes, demonstrasse a culpa, via de regra *in vigilância* ou *in eligendo*, de quem pudessem vir a responder por ato de terceiro.

Coube à jurisprudência, justamente, ir aos poucos mitigando a norma do antigo art. 1.523, até entrever em seu texto uma presunção de culpa do responsável indireto, posto que relativa,

assim de toda sorte ainda permitindo-lhe provar que agira de modo diligente, escolhendo ou vigiando o terceiro e, destarte, logrando não raro furtar-se ao pleito ressarcitório que lhe fosse dirigido, porquanto examinado, ainda, à luz da teoria da culpa. Apenas com a edição da Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal, passou-se a compreender existente, ao menos no caso do empregador em relação ao ato do empregado, de que ela tratava, uma presunção absoluta de culpa, portanto retirando a questão do âmbito da responsabilidade subjetiva.

Pois agora, com a edição do novo CC, e conforme o artigo ora em comento, finalmente estabeleceu-se uma responsabilidade sem culpa por ato de terceiro, o que afasta a possibilidade de qualquer dos responsáveis, uma vez demandado, procurar se eximir de seu dever ressarcitório alegando que escolheu bem, ou que vigiou bem. Cuida-se sempre, conforme a tendência já referida no comentário ao art. 927, de a lei elencar um responsável pela reparação, no caso alguém que, de alguma forma, possui autoridade ou direção sobre a conduta alheia, diretamente causadora do dano. Por isso, vislumbram alguns, no caso, verdadeiro dever de garantia afeto ao responsável por terceiro com quem mantém relação especial, muito embora prefiram outros ver na hipótese um risco pela atividade ou pela conduta de terceiro. De toda sorte, sempre uma responsabilidade independente de culpa.

Jurisprudência: Súmula n. 341, STF: É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

Ver, ainda: TJSP, AI n. 1.096.428-0/3, 28ª Câm., rel. Des. Júlio Vidal, j. 10.04.2007.

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

CC/1916: art. 1.524.

O dispositivo presente não altera o princípio que já continha o art. 1.524 do CC/1916, quando estabeleceu o direito regressivo do responsável indireto (ação *in rem verso*), a ser exercido contra o terceiro causador imediato do dano, pelo quanto por isso pagou. Já se ressalvava, mais, que tal prerrogativa só não se poderia exercer diante do terceiro que fosse descendente do responsável, ou seja, daquele que houvesse arcado com a reparação do dano provocado. Isso por motivo moral, de preservação da família. Esclarece o atual Código Civil, porém, que esse regresso só não se exerce se o descendente for incapaz, seja de forma absoluta, seja relativa, o que é compatível com aquele fundamento de preservação do núcleo familiar, de organização da família. De mais a mais, o descendente incapaz somente responde, pelos termos do art. 928, se seus responsáveis não tiverem obrigação ou condição de arcar com a indenização.

Quanto ao tutor e curador, malgrado ausente qualquer expressa alusão, é de repetir a mesma ressalva, de que seu direito regressivo estaria condicionado ao preenchimento dos requisitos pela lei elencados para que se ostentasse a responsabilidade do incapaz. Mas, de novo, isso só ocorre justamente nos casos em que os responsáveis não tiverem condição ou obrigação de arcar com o ressarcimento. Apenas se aprovada fosse ou vier a ser a proposta de alteração do art. 928, estatuinto uma responsabilidade solidária dos incapazes, é que se poderá cogitar de sua eventual responsabilidade regressiva, perante tutor ou curador, mas sempre na forma equitativa, do parágrafo único do mesmo preceito. Até porque, não terá cabimento responsabilizar os incapazes de maneira mais grave, quando se trate de responsabilidade regressiva, do que se dá na responsabilidade direta.

Os empregadores têm também regresso contra os empregados, pelos atos danosos ressarcidos, mediante comprovação de simples culpa, que não precisa ser grave, por eventual

incidência do art. 462, § Iº, da CLT, o qual deve ser compreendido apenas como concernente à possibilidade de desconto da indenização do salário do empregado.

No caso do educador, pode-se cogitar de seu direito regressivo contra o próprio aluno nas mesmas condições do citado art. 928. Porém, desde o CC/1916, conflito já havia sobre a possibilidade de regresso do educador contra os pais do aluno, alguns se posicionando pela tese positiva (por todos: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. VII, p. 462), outros pela negativa (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 98), posição a que se acede à consideração de que afinal prestado serviço oneroso pela assunção de uma função de educação e vigilância, pelo que não pode, ela própria, servir a benefício de quem por isso recebeu e alijar a cobrança contra os pais.

Jurisprudência: Sobre o regresso do preponente diante do preposto: TRF, 3ª Região, Ap. cível n. 89.030.030.702, 6ª T., rel. Des. Mairan Maia. j. 13.06.2003. Do mesmo modo, empresa de comunicação diante de cessionário de horário em sua programação: TJSP, Ap. cível n. 1.244.336.002, rel. Des. Dyrceu Cintra, j. 18.06.2009.

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

CC/1916: art. 1.525.

O dispositivo, de idêntica previsão ao que o antecedeu, na legislação revogada, havida apenas pequena alteração redacional, repete a consagração da independência da jurisdição civil e criminal, quando movimentadas para a apuração de um mesmo fato penalmente típico, com repercussão indenizatória. Tal independência, porém, é relativa ou mitigada, dado que, se no juízo criminal, em que a exigência probatória é mais rígida, se delibera, de forma peremptória, sobre a existência material do fato ou sobre sua autoria, bem como sobre excludentes de ilicitude (art. 65 do CPP), nada mais, a respeito, pode ser discutido no cível. Essa regra, em sua primeira parte, está também no art. 66 do Código de Processo Penal, que, porém, contempla casuística mais restrita, apenas impedindo a rediscussão, no cível, de sentença absolutória penal que tenha reconhecido a inexistência do fato. Ou seja, pelo Código de Processo Penal não se impede a discussão, no juízo cível, sobre a autoria, embora deliberada no crime.

Não foi essa, contudo, a opção do Código Civil que, repetindo o anterior, estendeu a imutabilidade à esfera cível também da sentença criminal que tenha decidido sobre a autoria do crime. Bem de ver, porém, que a sentença absolutória fundada na ausência de provas, na atipicidade do fato, ou ainda a sentença de extinção de punibilidade não inibem a ação indenizatória cível (art. 67 do CPP).

Já a sentença condenatória constitui, de seu turno, título executivo na jurisdição civil (art. 475-N do CPC), todavia autorizando endereçamento da demanda executiva somente contra o autor do ilícito, não contra eventual terceiro responsável (pai ou patrão, por exemplo) que não foi parte ou partícipe da ação penal em que se formou o título, assim para muitos e portanto não em orientação unânime, inclusive não impedido de, no âmbito civil, em necessário feito de conhecimento, rediscutir matéria relativa à materialidade ou autoria, além, é certo, da possibilidade de discussão do elo e requisito específico que o faça indiretamente responsável. Aliás, por isso mesmo é que se deve interpretar *in rebus* a previsão do art. 64 do CPP e a possibilidade, lá estatuída, de mover execução civil da sentença penal condenatória, se for o caso, como expresse, também contra os responsáveis. Além de esses respon-

sáveis não terem participado e, assim, podido defender-se na ação penal, sua responsabilidade civil, malgrado hoje objetiva, não o é de forma absoluta (risco mitigado, como se viu nos comentários aos arts. 927 e 932), havendo de demonstrar, o que no crime não se debate, a causa específica de sua responsabilização civil, seja a autoridade e companhia dos pais, em relação aos atos dos filhos, seja a relação de preposição e prática de ato danoso em razão dela, quanto à responsabilidade do preponente ou patrão.

Muito embora livre a propositura da demanda cível, faculta o art. 64, parágrafo único, do CPP, que o juiz suspenda-lhe o andamento se for intentada ação penal, e até seu julgamento. Da mesma maneira, pode a vítima, em vez de desde logo ajuizar a ação civil, aguardar o deslinde da ação penal e o título executivo que lá se poderá formar, antes disso não se findando prazo prescricional que em seu desfavor pudesse estar correndo, conforme nova previsão do art. 200 do Código Civil, a cujo comentário ora se remete o leitor.

Lembre-se, ainda, que também é título executivo, no cível, a transação homologada nos termos do art. 74 da Lei n. 9.099/95, atinente aos crimes de menor potencial ofensivo. Não é assim, porém, no tocante à aceitação de pena restritiva ou multa, na forma do art. 76 e conforme ressalva de seu § 6º, da mesma Lei n. 9.099/95.

Por fim, vale a referência à eventualidade de, julgada definitivamente improcedente a ação civil, sobrevir sentença penal condenatória do réu. Também aqui alguma divergência se coloca em doutrina, ora pendendo para a admissão da válida formação de título independente, como é a sentença penal condenatória, a despeito de posterior à improcedência de ação civil (v.g., THEOPORO JR., Humberto. *Processo de execução*, 15. ed. São Paulo, Leud, 1991, p. 100), ora, porém, entendendo que prevaleça a coisa julgada civil, portanto a improcedência lá decretada, a persistir se nem mais cabe ação rescisória, tudo como corolário da regra que, malgrado relativa, é da independência das instâncias (por todos: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil* 6. ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 375). E assim se considera, tanto mais quando, como lembra Sérgio Shimura (*Título executivo*. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 218), a coisa julgada formada no cível é específica para a reparação e também não autorizaria, inversamente, que, havido o ressarcimento civil, pudesse, sobrevivendo sentença penal absolutória, assentando a inexistência do fato ou da autoria, haver a repetição.

Jurisprudência: Em RT 820/237 assentou-se que, negada a autoria, mesmo em revisão criminal, mas que, por esse motivo, absolveu o réu, a questão não mais pode ser discutida no juízo cível. Ainda sobre a matéria, admitindo ação civil diante de absolvição criminal, mas por ausência de prova de culpa: RSTJ 140/462. Sobre a possibilidade de suspensão da instância civil, para evitar possibilidade de contradição de decisões: RT775/213. No julgamento da Ap. n. 1.155.887-6,8ª Câ., rel. Rui Cascaldi, j. 10.09.2003, o I TACSP não permitiu, na ação indenizatória, rediscussão, pela empregadora, de culpa de seu preposto, por atropelamento havido, reconhecida em sentença penal condenatória contra este proferida. No mesmo sentido, mais recentemente: TJSP, Ap. cível n. 1.143.997.001, 30ª Câ., rel. Des. Orlando Pistoresi, j. 24.06.2009. Assentando a desvinculação, para o juízo cível, do deslinde penal quando não for categórico sobre a questão da materialidade e da autoria: TRF, 1ª Região, Recurso *ex officio* n. 2000.010.001.61720, 5ª T., rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. 10.04.2003. Ver, ainda, sobre a independência das instâncias: STJ, REsp n. 266.504/PE, 2ª T., rel. Min. Franciulli Netto, j. 18.10.2004.

Art. 936.0 dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

No dispositivo em comento o Código Civil de 2002 contempla hipótese que hoje é expressamente de responsabilidade sem culpa, pelo fato da coisa, no caso o animal que provoca dano ao dono ou detentor imputável. Bem de ver, todavia, que o Código Civil persistiu na consagração de hipóteses específicas de responsabilidade pelo fato da coisa, furtando-se ao estabelecimento de uma regra geral a propósito, como há, por exemplo, no Código francês (art. 1.384,1, parte final), o que seria de grande valia para o enfrentamento de casos frequentes, como o são os de acidente de automóveis.

De toda sorte, explicita o preceito que o dono ou detentor do animal responde pelos danos por ele provocados, salvo se provar ocorrência de culpa da vítima ou de força maior, demonstração de que o Código Civil, malgrado não o tenha feito de forma sistemática, reconheceu a existência de excludentes mesmo à responsabilidade sem culpa. Quanto à culpa da vítima, deve ela ser exclusiva para afastar a responsabilidade do dono ou detentor (sobre a culpa concorrente, ver comentário ao art. 945). No que toca à força maior, falo necessário e inevitável (art. 393, parágrafo único, do CC), móvel da quebra donexo causai, por identidade de motivos e conseqüências, deve-se considerar aí abarcado o caso fortuito, sempre, porém, quando estranho à atividade ou vontade do dono ou detentor, ou estranho, enfim, ao risco que há na guarda de animais (fortuito externo), como pode ser o roubo, mas não o rompimento de cerca, por exemplo.

Tais excludentes, de alguma forma, já estavam contidas nos incisos II a IV do art. 1.527 do CC/1916. O problema estava, a rigor, em seu inciso I, que possibilitava ao dono ou detentor se eximir quando provasse que guardava e vigiava o animal com cuidado preciso. Tratava-se de caso, verdadeiramente, de responsabilidade subjetiva, ainda que presumida a culpa. Mas, tal como no caso da responsabilidade dos pais, cabia a prova da vigilância precisa. É o que não se repete e faz a diferença na nova redação do preceito. Admitida a teoria do risco, não mais há lugar para o dono ou detentor provar que cuidava do animal. De mais a mais, como já se entendia à luz de uma interpretação evoluída do art. 1.527, se o dano ocorreu, e não por fortuito ou culpa da vítima, foi mesmo porque o dono ou detentor não vigiava o animal com cuidado preciso.

A responsabilidade, no caso, é de quem detém o poder de direção sobre o animal, em regra do proprietário, mesmo que alguém por ele o faça, como seu empregado ou preposto, o que, então, não modifica sua responsabilidade. Maior dificuldade haverá quando a guarda for entregue a terceiro que tenha exclusivo poder de direção, sem ordens diretas do proprietário, como o locatário, comodatário ou depositário, por isso a quem, exclusivamente, para Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil* 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 110), deve-se imputar a responsabilidade pela reparação. A orientação, porém, parece confrontar com a tese firmada na Súmula n. 492 do STF, por alguns discutida (ver crítica de VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. IV, p. 69-70), mas que responsabiliza solidariamente a locadora de veículos com o locatário, por danos provocados em acidentes. Responsabilidade solidária pode haver, aí sim, sem nenhuma dúvida, da concessionária que explora estradas ou rodovias e por isso deve cuidar delas, garantindo que não as invadam animais cuja presença ponha em risco os transeuntes.

Jurisprudência: Já interpretando, à luz do antigo art. 1.527, a responsabilidade do dono do animal como indutiva, ao menos de uma presunção de culpa, cabendo-lhe a prova das excludentes: *RT114/266* e *1ªS71/165/330*. Sobre a responsabilidade solidária de empresa que administra rodovia, por animais que a invadem, causando acidente: *RT783/259* e *780/270*. Assentando, já sob a égide do atual Código Civil, a responsabilidade objetiva e do detentor do animal, não necessariamente ligada ao dono da área de terras onde ocorreu o incidente lesivo, ver: Turmas Recursais - RS, Recurso cível n. 71.001.137.793, 1ª T., rel. Juiz Heleno Saraiwa, j. 30.08.2007. No mesmo sentido, acerca de animal solto na rodovia: TJSP, Ap. cível n.

4.757.414.600, 1ª Câm., rel. Des. Celina Trigueiros, j. 06.04.2009. Do mesmo modo, admitindo a responsabilidade objetiva a excludentes da culpa da vítima e caso fortuito: TJSP, Ap. cível n. 5.698.084.200, 4ª Câm., rel. Enio Zulinai, j. 16.07.2009.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

CC/1916: art. 1.528.

O dispositivo repete integralmente a redação do art. 1.528 do anterior Código Civil, instituindo mais um caso de responsabilidade pelo fato da coisa, agora inanimada, mas deixando de explicitá-la como objetiva, tal qual fez no artigo antecedente. Trata o preceito em comento, na verdade, da responsabilidade por dano infecto, que, porém, já no CC/1916, se entendia independente de culpa ou, ao menos, indutiva de uma presunção de culpa, posto que relativa.

A hipótese, já na anterior legislação, aludia ao dano provocado pela ruína de prédio, frise-se, decorrente da falta de reparos cuja necessidade fosse manifesta. Assenta-se, contudo, como o fez a jurisprudência, o argumento sempre levantado de que, se ruína houve, e não proveniente de fortuito ou culpa da vítima, decerto então o foi porque havia reparos cuja necessidade era manifesta. Mais ou menos, a rigor, o que se dava com o cuidado preciso na guarda de animal, todavia o que o atual Código ajustou, sem fazê-lo, lamentavelmente, com o dano infecto e a exigência de reparos de necessidade manifesta. De toda sorte, impende prestigiar solução que já se preconizava na direção da responsabilidade sem culpa, oriunda do dever de segurança afeto ao dono do prédio e à construção, tanto mais pelo risco especial de que esta se reveste.

Acrescente-se que a responsabilidade é solidária do dono do edifício e do construtor, além de atinente à ruína total ou parcial, como se deve compreender o desprendimento de partes do prédio, como a queda de marquises, telhas e semelhantes.

Jurisprudência: Assentando a responsabilidade objetiva do dono do prédio, pelo que considerou ser uma nocividade do fato da construção, já sob a égide do CC/1916, ver: *JTJSP* 241/81. Conferir, ainda: TJSP, Ap. cível n. 39.750-4, 6ª Câm., rel. Des. Ernani de Paiva, j. 13.08.1998. Mais recentemente, ainda remetendo a uma presunção de culpa do dono do edifício: TJSP, Ap. cível n. 847.241.002, 29ª Câm., rel. Des. Luís de Carvalho, j. 27.05.2009.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

CC/1916: art. 1.529.

O preceito cuida dos *effusis et dejectis*, ação originária do direito romano e cabível para a reparação de danos provocados pelo que caísse ou fosse arremessado do interior de uma habitação. Tem-se aí, já mesmo de acordo com o que se vinha entendendo acerca de igual previsão do CC/1916, responsabilidade sem culpa, pelo mesmo fundamento do preceito anterior, qual seja o dever de segurança que deve permear a guarda do que guarnece uma habitação. Impende somente observar que, agora, o nexo de imputação da responsabilidade não está na propriedade da coisa, mas especificamente na sua guarda, pelo que se responsabiliza quem habita o prédio.

Da redação do anterior art. 1.529 apenas se substituiu a expressão casa por prédio, mais consentânea com a diversidade de construções hoje habitadas e donde podem provir coisas caídas ou arremessadas. Mas a dúvida persiste, o que o novo CC não se deu a solucionar, com relação aos condomínios edilícios, em que algo pode cair ou ser arremessado sem que se identifique de qual unidade autônoma. Se já se defendeu que cada unidade autônoma deve ser considerada casa, ou hoje prédio, na dicção da lei, porque é objeto de propriedade exclusiva, assim respondendo seu respectivo morador, vale lembrar que a própria *actio de effusis et dejectis*, na sua origem, previa a responsabilidade solidária quando fossem vários os moradores da casa, com regresso contra o causador direto. Daí se defender que, no caso dos condomínios em edifícios, haja a responsabilização, quando não identificada a unidade de onde caíram ou foram arremessadas coisas, de todos os possíveis envolvidos, portanto todos os moradores, abraçada a tese da causalidade alternativa, e posto que assegurado posterior e eventual regresso.

É certo todavia que a jurisprudência, atenta à necessidade de reparação integral da vítima e preocupada com a dificuldade na identificação de todos os moradores, vem mesmo responsabilizando, nos casos mencionados, o próprio condomínio, a que se entrevê afeto, e portanto estendendo o fundamento do nexo de imputação, o dever de cuidado para que eventos como o ora em comento não aconteçam. Entende-se, porém, que devam ainda ser ressalvadas aquelas hipóteses em que a coisa caída ou arremessada não poderia, fisicamente, tê-lo sido de alguma ou algumas unidades. Pense-se em um prédio com unidades de frente e fundos, sendo que algum transeunte vem a ser atingido enquanto caminha pela calçada da fachada do edifício, de forma que seria impossível que viesse das unidades dos fundos coisa caída ou arremessada a ponto de provocar o dano. Em hipótese como essa, e sempre desde que não identificada a unidade de onde tenha caído a coisa, quando responde o respectivo morador, considera-se que deva se limitar a responsabilização respectiva aos moradores ou, como vêm decidindo os tribunais, aos condôminos das unidades, na hipótese figurada, de frente.

Por fim, cabe ainda anotar que, assentada a responsabilidade na guarda da coisa, ela se estende a qualquer habitante do prédio ou casa, portanto independentemente de qual seja o título da ocupação, eis que a qualquer deles, pelo fato em si de residir no local, cabe o dever de velar pelo que guarneça o local.

Jurisprudência: Responsabilizando o inquilino, habitante do prédio, e não seu proprietário, pelos danos causados por objetos caídos, ver: *RT* 616/64. Sobre a responsabilidade do condomínio por coisas de suas unidades caídas, ainda que se ressalvando regresso contra os proprietários de unidades de certo final: *RT* 714/153. Assentando responsabilidade apenas dos proprietários, em condomínio edilício, de unidades autônomas de onde poderia ter caído objeto que lesionou a vítima, assim adotando o princípio da exclusão, como está no voto-vogal, ver: *RSTJ* 116/258.

Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

CC/1916: art. 1.530.

O preceito é exata repetição do art. 1.530 do Código anterior e tenciona responsabilizar quem se arvora à cobrança de débito antes de seu vencimento, a não ser que amparado em uma das hipóteses do art. 333 do CC/2002, que autorizam seja cobrada a dívida antes de vencido o prazo para tanto estipulado. O dispositivo pressupõe que a cobrança, para ensejar as

conseqüências nele previstas, tenha sido já levada a uma demanda judicial. Tanto é assim que, de um lado, uma das sanções é a devolução em dobro das custas do processo e, de outro, o art. 941, a seguir examinado, dispõe sobre isentar-se o credor das penalidades se desistir da ação antes da contestação.

Se se cuida de cobrança extrajudicial, a hipótese deve ser subsumida à regra geral da responsabilidade por danos que sejam comprovados, como o moral ou material, decorrentes de restrição de acesso ao crédito, por exemplo, ou, se for o caso, tendo havido pagamento de dívida de consumo, ao preceito do art. 42, parágrafo único, do CDC.

No sistema do Código Civil, sempre se entendeu, majoritariamente, que a cobrança prematura, para justificar as sanções aplicáveis, deveria provir de conduta maliciosa, sob pena de inibir o ajuizamento de demandas. Melhor, porém, é a orientação da legislação do consumidor, que exige da penalidade o credor apenas quando ele demonstre que a cobrança derivou de engano justificável, quer dizer, aquele que, a despeito de todas as cautelas razoáveis exercidas, acabou por se manifestar (cf. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto*, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 349). Aliás, já na vigência do CC/1916, Aguiar Dias sustentava que o autor de cobrança de dívida não vencida, e também de dívida já paga, objeto do artigo seguinte, deveria responder não só por dolo mas já, e ao menos, por mera culpa, via de regra por imprudência, inclusive presumida, malgrado de forma relativa, permitindo-se-lhe demonstrar erro escusável (*Da responsabilidade civil*, 4. ed. Rio de Janeiro, 1960, v. II, p. 518). Também Caio Mário defendia, já antes do Código Civil de 2002, tratar-se de caso de ato ilícito indenizável por culpa presumida do credor, no mínimo, porque ele sabe ou deveria saber qual a data de vencimento da obrigação (*Responsabilidade civil*, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 175).

Ou seja, a tendência é, segundo se crê, a extensão à responsabilidade de que ora se agita da mesma sistemática do art. 42, parágrafo único, do CDC, dando-se a sanção como regra, apenas se permitindo ao agente a demonstração de engano justificável na cobrança indevida e, mais, objetivamente apurada. A propósito, vale até não olvidar que a própria tese sobre o exercício abusivo de direitos se expressou objetiva, no CC/2002, nessa senda remetendo-se ao comentário ao art. 187. Tem-se no caso, afinal, a falta de dever de cuidado de quem cobra, corolário do princípio da boa-fe objetiva, em sua função supletiva, de seu turno, de revelação da eticidade, um dos três princípios cardeais da nova legislação, ao lado da operabilidade e socialidade. Ao assunto se tornará no comentário ao artigo subsequente.

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem res-salvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

CC/1916: art. 1.531.

De igual fundamento, punitivo, sancionatório (cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*, coords. José Geraldo Brito Filomeno; Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior; e Renato Afonso Gonçalves. Belo Horizonte, Del Rey, 2004. p. 372), àquele que anima o dispositivo antecedente, este artigo do CC/2002, na mesma esteira do que já previa o Código anterior, em seu art. 1.531, e com idêntica redação, responsabilizou quem demande por dívida já paga ou peça mais que o devido, determinando que, no primeiro caso, pague em dobro ao devedor o que haja cobrado e, no segundo, pague o equivalente à exigência indevida, salvo se prescrito seu direito.

Da mesma forma como se afirmou no comentário ao artigo precedente, é preciso, para que incida a pena, que tenha havido cobrança judicial, ao revés do que prevê o art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90, aplicável para quando se cuide de dívida de consumo.

Para a responsabilização presente, havia sido sumulado, ainda sob a égide do CC/1916, o entendimento de que a sanção somente pudesse ser exigida quando a cobrança indevida ou excessiva dimanasse de má-fé do credor (Súmula n. 159 do STF), orientação a que não se acede, reiterando-se, como já dito em comentário ao art. 939, que melhor se considera que incida a penalidade por princípio, ressaltando-se ao credor apenas a demonstração de que foram tomadas todas as medidas razoáveis esperadas para evitar a ocorrência, mesmo assim consumada. Veja-se, a propósito, a observação de Caio Mário de que já o anterior art. 1.531 parecia haver abraçado a teoria objetiva (*Responsabilidade civil* 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 176), na verdade, segundo o mesmo autor, abrandando-se esse rigor na hermenêutica dada à exacerbação da penalidade, mas valendo a advertência de Aguiar Dias de que, no caso concreto, se exagerada a pena, deveria caber ao juiz sua redução por equidade, para a hipótese concreta (*Da responsabilidade civil* 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1960, v. II, p. 521).

Na verdade, de novo como se disse no comentário ao artigo precedente, deve-se considerar que, a exemplo do art. 42, parágrafo único, do CDC, a sanção somente seja infirmada pela demonstração de que a cobrança excessiva decorreu de erro justificável, objetivamente aferido, como se perquire, de resto, a questão do exercício abusivo de direitos (art. 187). Afinal, tanto quanto no Código de Defesa do Consumidor, posto que lá se o aprecie considerando a desigualdade entre as partes, e à luz do intuito protetivo da parte vulnerável, há nas relações entre iguais também um dever de cuidado, corolário mesmo do solidarismo que deve presidir a relação entre as pessoas. Saliente-se que a incidência da sanção independe de qualquer verificação de efetivo prejuízo ao devedor, sendo costume asseverar haver no caso uma indenização fixada *a priori*, com presunção de dano, por isso cuja prova se dispensa. Tudo como expressão de um dever de segurança para com o demandado, quando, a bem dizer, se crê dispor o Código Civil, aqui, tanto quanto no dispositivo precedente, sobre uma verdadeira pena civil, como já acentuava Clóvis Bevilacqua, a propósito do Código Civil de 1916 (*Código Civil comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1939, v. V, p. 312), e como Aguiar Dias lembra provir mesmo das Ordenações, fonte da norma (op. cit., n. 847, p. 515).

Aliás, tanto é assim que, ao ver de Pontes de Miranda, não se veda ao prejudicado pela cobrança indevida postular indenização suplementar ao que, na sua expressão, é uma pena privada, com presunção de culpa (*Tratado de direito privado*, 3. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, t. LIV, § 5.534, p. 47). É certo que essa conceituação pode sofrer abalo se se considerar, como está no artigo seguinte, que a indenização se postulará se a penalidade não se aplicar em virtude da desistência da ação de cobrança indevida, daí se podendo inferir a intenção de o legislador tratar de uma indenização *aforfait* no dispositivo presente e no antecedente. De qualquer forma, no comentário ao artigo seguinte se tornará ao assunto.

A cobrança da sanção, entendia-se, não se podia dar nos próprios autos da demanda indevida, senão por meio de reconvenção, facultando-se sua exigência, ainda, por ação própria. Mais recentemente, conforme item a seguir, relativo à jurisprudência, vem-se admitindo a tanto idôneo qualquer meio processual, mesmo a defesa. Nem se reputa que sua higidez se infirme pela eventual aplicação das penalidades da litigância de má-fé, prevista nos arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil, dada a órbita diversa de subsunção de ambas as normas (cf. DINIZ, Maria Helena. “Análise Hermenêutica do art. 1.531 do CC e dos arts. 16 a 18 do CPC” In: *Jurisprudência brasileira* 147/13).

Jurisprudência: Súmula n. 159, STF: Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil.

Mesmo apesar da Súmula n. 159 do STF (v. *supra*), in *JTACSP-Lex* 189/226, entendeu-se aplicável a sanção ainda que ausente a prova de dolo ou de má-fé. Da mesma forma, mais recentemente, considerando-se suficiente a desídia, a culpa: *RT*823/298. Em sentido contrário, conferir: *RT*766/439. Sobre a cobrança por meio de reconvenção ou em feito próprio, de há muito já se decidiu: *RT* 467/198. Mais recentemente, admitindo a cobrança por qualquer via processual, mesmo em defesa: STJ, REsp n. 792.647/BA, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.10.2006; e REsp n. 608.887/ES, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.03.2006. Ainda sobre a adoção da tese tradicional de interpretação do preceito, malgrado a ela não se aceda, como se sustentou no comentário anterior, assentou o Superior Tribunal de Justiça, já sob a égide do atual Código Civil e com remissão a inúmeros precedentes, que "é entendimento desta Corte que a aplicação da sanção prevista no art. 1.531 do Código Civil de 1916 (mantida pelo art. 940 do CC/2002) - pagamento em dobro por dívida já paga ou pagamento equivalente a valor superior ao que é devido - depende da demonstração de má-fé, dolo ou malícia, por parte do credor". (STJ, REsp n. 697.133/SP, 1ª T., rel. Min. Teori Albino Zavaski, j. 18.10.2005). No mesmo sentido: TJSP, Ap. cível n. 3.550.804.300, 3ª Câ., rel. Des. Jesus Lofrano, j. 10.11.2009; e Ap. cível n. 992.090.652.680, 26ª Câ., rel. Des. Norival Oliva, j. 27.10.2009.

Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

CC/1916: art. 1.532 (parcial).

O preceito repete, na primeira parte, o art. 1.532 do Código anterior, eximindo o autor da cobrança antecipada e da cobrança indevida das penalidades respectivas se este desistir da ação antes da contestação, de maneira geral sustentando-se que, com isso, demonstra sua boa-fé, seu arrependimento ou que laborava em erro de que se apercebeu. Reitera-se, todavia, o entendimento, já externado nos comentários aos artigos precedentes, de que, a despeito da relevante posição em contrário, até mesmo sumulada, as sanções lá previstas não têm sua aplicação subordinada à demonstração da malícia, considerando-se, a afastar a incidência do que é verdadeira pena privada, que, havida a desistência, não se levou a pretensão indevida a processo cuja relação se tenha completado, com citação e presença do réu no feito.

De toda sorte, a inovação está na segunda parte do dispositivo em comento, que ressalva a possibilidade de o demandado, mesmo havida a desistência da ação, postular indenização por danos que demonstrar haver sofrido. Mas, resta indagar se, mesmo incorrida a desistência da ação de cobrança indevida, não poderia o demandado, ainda assim, pleitear perdas e danos. Isso porquanto, a uma interpretação literal do dispositivo, acorre a ideia de que a indenização somente seja devida se não couber a incidência da sanção dos arts. 939 e 940, pela desistência da demanda.

Porém, se se defende, como examinado no comentário aos arts. 939 e 940, que as quantias neles previstas encerrem verdadeira pena privada, então por consequência a indenização, com diversa finalidade, poderia ser sempre cumulada, tal qual, de resto, ocorre com a litigância de má-fé, no sistema processual civil (art. 18, *caput* e § 2º, do CPC), revertendo multa e indenização em favor do demandante inocente. Pois a situação é a mesma com as sanções em comento, ao que se crê, salvo quanto à maior extensão da pena civil em relação à processual. Mas aí caberia a redução equitativa de que se deve cogitar, de resto bem ao sabor da eticidade que, no Código Civil de 2002, se revela muito claramente com a constante remissão à equidade, em especial na responsabilidade civil, e conforme já defendia Aguiar Dias, como salientado no comentário ao artigo anterior, a que se remete o leitor, e em que também se colaciona

a posição de Pontes de Miranda, igualmente no sentido da possibilidade da cumulação da pena e da indenização.

Mas, se se quer que tenham as importâncias do art. 939 e, sobretudo, do art. 940, natureza satisfativa ou compensatória, consubstanciando verdadeira indenização *a forfait*, ao menos será de admitir que o prejudicado, provando prejuízo maior a este presumido, postule a diferença.

Jurisprudência: *JTACSP-RT* 118/82 e *RT* 138/184. TRF, 4ª Região, Ap. cível n. 2003.700.001.38700, 1ª T., rel. Des. Maria Lúcia Leiria, j. 03.12.2003.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

CC/1916: art. 1.518.

O dispositivo, que em sua essência coincide com aquele que o precedeu, na legislação de 1916, consagra a regra da responsabilidade patrimonial do obrigado a reparar um dano causado. Ou seja, tem-se uma obrigação nascida da prática do ilícito, que impõe uma prestação, no caso ressarcitória, a que é subjacente, como sempre, nas obrigações perfeitas, a garantia patrimonial do devedor, ressalvada a garantia pessoal que há nas dívidas alimentares e resultantes da infidelidade do depósito.

E, acrescente-se, havendo mais de um causador do dano a ser reparado, erige-se entre eles uma responsabilidade solidária, de tal arte que todos se vinculam à integralidade da prestação ressarcitória, podendo por ela ser exigidos juntos ou separadamente, à escolha da vítima.

Também assim sucede nos casos de responsabilidade indireta, ou seja, por fato de terceiro, tal como previsto no art. 932, o que se explicita no parágrafo da norma em comento, apenas, em relação ao art. 1.518, do CC/1916, ajustando-se a denominação dos coautores. Bem de ver, todavia, que nessa coautoria deve incluir-se também o partícipe do direito penal, não havendo, para a responsabilização civil, de proceder à distinção respectiva que há no direito penal. Para fins civis, responde solidariamente quem tenha, de forma eficiente, concorrido à causação do dano, portanto cuja conduta se integre nonexo causai, posto que plúrimo.

Vale também anotar que a alusão, na cabeça do artigo, à responsabilidade de quem seja o autor da ofensa *ou* da violação a um direito deveria ser adequada à nova redação do art. 186, que, diversamente do anterior art. 159 do CC/1916, não mais se utiliza da alternativa mas, ao revés, define o ilícito como a ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente, que viola direito *e* causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, razão, até, de não mais colocar em alternância a violação do direito e o prejuízo daí decorrente, mas a propósito remetendo-se ao comentário do preceito do art. 186.

Acentue-se, por fim, a contradição de fato existente entre a determinação do parágrafo único do preceito - que, por não ressaltar a hipótese, pode ser considerada também alusiva a uma responsabilidade solidária existente entre os pais e seus filhos, pelos atos por estes praticados, assim como do tutor e curador com relação aos atos do pupilo e curatelado - e a previsão da responsabilidade subsidiária dos incapazes, contida no art. 928. Isso, se pretende corrigir no Projeto de Lei n. 276/2007, de alteração do CC/2002, mas afirmando-se uma responsabilidade não mais subsidiária, e sim solidária do incapaz, embora ressaltando-se que sempre de forma equitativa e sem prejuízo de seus alimentos, e dos de seus dependentes, conforme já examina-

do no comentário ao art. 928, a que ora se remete o leitor. Decerto todavia que, enquanto não aprovada modificação desse teor, a compreensão do parágrafo único do artigo em comento deverá ficar adstrita aos casos em que, como sustentam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade indireta não exclua a direta, como na hipótese do empregador e do empregado, mas não dos pais, tutores e curadores e de seus filhos, tutelados e curatelados, em que, ao revés, a responsabilidade indireta dos primeiros é substitutiva e exclusiva, portanto afastando a responsabilidade dos autores diretos e, por conseguinte, afastando qualquer solidariedade de que se pudesse cogitar (*Comentários no novo Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XIII, p. 315-6).

Jurisprudência: Considerando o banco que recebe título por endosso-mandato ou endosso-caução também é responsável pelos danos advindos de cobrança indevida e, acrescente-se, segundo se entende, pelo risco da atividade, a propósito remetendo-se ao comentário do art. 927 e aos arestos lá citados, ver ainda: STJ, Ag. ret. no Ag. n. 290.359/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.09.2000; Ag. ret. no Ag. n. 268.047/SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.06.2000. Do mesmo modo, a responsabilidade da empresa de telefonia, por negativação indevida, em relação à conduta de falsário que providenciou irregular assinatura de linha: TJMG, Ap. cível n. 1.0313.06.199122-7/001, rel. Des. Elpídio Donizatti, j. 18.11.2008.

Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

CC/1916: art. 1.526 (parcial).

A regra, em verdade, apenas consagra o princípio geral, primeiro, de que os direitos e ações de uma pessoa se transmitem aos herdeiros por ocasião de sua morte. Assim, tocam aos herdeiros, desde o instante do falecimento do autor da herança, não só indenização já fixada em favor do falecido como mesmo a ação tendente a postulá-la. De outra parte, e inversamente, também as obrigações passivas do *de cujus* se transmitem, o que o preceito igualmente assenta, mas aqui com a ressalva de que, sempre, na força da herança. A bem dizer, a segunda parte da norma em comento deve ser encarada de forma sistemática, sensível à concorrência dos arts. 1.792, segundo o qual o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança (herda, destarte, *intra vires hereditatis*), e 1.997, que faz da massa transmitida o objeto da garantia do pagamento das dívidas do falecido (art. 597 do CPC).

A supressão da ressalva final do antigo art. 1.526 do CC/1916, acerca da exclusão da regra da transmissão nos casos previstos na lei, não altera o sentido da norma nem a torna infensa ao influxo das regras gerais de intransmissibilidade, como no caso das obrigações personalíssimas ou na sucessão a título singular, malgrado não no legado, dado que os bens que são dele objeto não se furtam à garantia que o espólio encerra, na ordem de preferência do art. 1.967 (ver ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*, coord. Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo, Atlas, 2003, v. XVIII, p. 81).

A grande controvérsia, todavia, que sempre gravitou em torno da regra da transmissibilidade da obrigação de reparar está na sua eventual pertinência ao prejuízo moral que se tenha causado ao autor da herança, sendo comum argumentar-se que os herdeiros apenas poderiam dar continuidade a uma ação de indenização dessa espécie já iniciada pela vítima, antes de sua morte. Ou, por outra, aos herdeiros não caberia a iniciativa de demanda na qual se postulasse indenização por agravo a direitos da personalidade afinal extintos com a morte de quem não ajuizou, antes, aquela ação.

A rigor, porém, não há que confundir a intransmissibilidade de direitos da personalidade de quem já morreu, por isso que personalíssimos, com a transmissão do direito à indenização por sua ofensa, sucedida antes da morte do ofendido. Portanto, também nesses casos deve-se aplicar a regra do dispositivo presente. E, mais, hoje em dia vem se discutindo se não há, verdadeiramente, uma projeção dos direitos da personalidade para depois da morte, corolário da admissão de que fundados em valor social básico e perene, como é a dignidade da pessoa humana, assim suscitando proteção, inclusive mercê de indenização moral, mesmo diante de ofensas *post mortem* como está, por exemplo, no Código Civil português, no art. 70, n. 1, e, ao que se entende, igualmente se contém no art. 12 do Código Civil de 2002, particularmente em seu parágrafo único, mas a cujo comentário se remete o leitor.

Jurisprudência: O art. 1.526 do Código Civil de 1916 (atual art. 943 do CC/2002), ao estatuir que o direito de exigir reparação, bem como a obrigação de prestá-la, transmitem-se com a herança (*droit de saisine*), restringe-se aos casos em que o dever de indenizar tenha como titular o próprio *de cujus* ou sucessor, nos termos do art. 43 do CPC. (STJ, REsp n. 697.141/MG, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 18.05.2006). Ver, ainda: TJRS, Ap. cível n. 70.005.078.910, 9ª Câ., rel. Des. Leila Pandolfo Machado, j. 10.11.2004.

Admitindo o prosseguimento, com os herdeiros, de ação de indenização por dano moral proposta em vida pelo ofendido: TJSP, AI n. 7.356.778.500, 12ª Câ., rel. Des. Ribeiro de Souza, j. 01.07.2009.

Mais recentemente, e de modo especial sobre a propositura de ação de indenização por dano moral pelos sucessores do ofendido: "Interpretando-se sistematicamente os arts. 12, *caput*, e parágrafo único, e 943 do Código Civil (antigo art. 1.526 do Código Civil de 1916), infere-se que o direito à indenização, ou seja, o direito de se exigir a reparação de dano, tanto de ordem material como morai, foi assegurado pelo Código Civil aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Isso porque o direito que se sucede é o de ação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível". (STJ, REsp n. 978.651, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, DJ 26.03.2009)

CAPÍTULO II DA INDENIZAÇÃO

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo representa importante inovação no sistema da responsabilidade civil, muito embora não no seu *caput** que continua a acentuar a indiferença do grau de culpa para a fixação da indenização, cuja função é recompor a lesão sofrida pela vítima, na extensão do prejuízo que lhe foi causado, com as observações, a que se remete, contidas no comentário ao art. 947. Mas justamente esse princípio da indiferença do grau de culpa, estabelecido desde a Lei Aquília (*Lex Aquilia et levissima culpa venit*)? é que agora passa a encontrar mitigação, contida no parágrafo único, aproximando, inclusive, o sistema civil do penal, em que o grau de culpa influencia a dosagem da pena.

Pois a partir do CC/2002, e malgrado não como regra geral, mas sim excepcionalmente, a indenização poderá ser reduzida por consequência de uma conduta havida com grau mini-

mo de culpa, todavia desproporcional ao prejuízo por ela provocado. A inspiração do preceito é, de novo aqui, e ainda como expressão do princípio da eticidade, a equidade, elemento axiológico muito caro à nova normatização, que pretende, no caso, corrigir situações em que uma culpa mínima possa, pela extensão do dano, acarretar ao ofensor o mesmo infortúnio de que padece a vítima. Ou seja, quer-se evitar, com o dispositivo, como salienta Sílvia Rodrigues, que haja apenas uma transferência da desgraça de um para o outro, como quando, no seu exemplo, alguém, no vigésimo andar de um edifício, distraidamente encosta na vidraça que se desprende e mata um pai de família que transitava pela rua, circunstância em que, com indenização medida pela extensão do dano, uma inadvertência mínima pode trazer a ruína do ofensor, assim apenas transmitindo-se-lhe a desgraça das vítimas reflexamente atingidas com o falecimento (*Direito civil*, 19. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. IV, p. 188).

Se é assim, desde logo se afasta a incidência do parágrafo quando não haja um dano desproporcional a uma culpa que ademais não seja leve ou levíssima, apreciada conforme as condições pessoais do ofensor, muito embora sem simplesmente olvidar o exame de qual a diligência média que o caso requeria, nem as circunstâncias objetivas de local, tempo e época do evento. Cumpridos esses pressupostos, considera-se, com ressalva que adiante se fará, que seja imperativa a redução equitativa da indenização, ao menos no sentido de que não contida na simples discricionariedade do juiz. E isso a despeito da utilização, no preceito, do verbo *poder*, mas a rigor erigindo-se verdadeiro direito subjetivo do lesante. Por outra, quer-se dizer que não se permite ao juiz, se preenchidos os requisitos legais, indeferir a redução, frise-se, apenas com base na suposição de que ela encerre uma pura faculdade, uma potestade.

Na fixação de quanto se reduzirá a indenização, omissa o CC/2002, determina, por exemplo, o Código Civil português, que contém semelhante regra (art. 494), que se atente ao grau de culpabilidade do agente, à situação econômica das partes e às demais circunstâncias do caso. Se é assim, impende indagar se, diante da situação financeira do ofensor, em especial, pode-se negar a redução. Imagine-se lesante abastado, para quem o pagamento da indenização medida pela extensão do dano nenhum risco de ruína ou de desgraça representa. Em casos tais, deve-se indenizar completamente a vítima ou apenas efetuar menor redução do montante da indenização? Na primeira hipótese, estar-se-ia desigualando o lesante abastado daquele carente? Mas alguma diferenciação não se faz, de toda sorte, quando se vai medir, ao menos, a extensão da redução da indenização? Tem-se aqui, embora discutível a matéria, que se o princípio é o da integral reparação da vítima e se a sua exceção se inspira na intenção de evitar que se transfira a desgraça de um a outro, então se a situação pessoal do ofensor lhe permite, sem maior risco, pagar integralmente a indenização, esta deverá ser a solução.

Afinal, não parece ser justo e equitativo que alguém que causa prejuízo a outrem não o indenize completamente se, assim fazendo, não corre nenhum risco de ruína, mesmo tendo agido com grau mínimo de culpa. Veja-se a propósito que o Código Civil argentino (art. 1.069) e o Código Suíço das Obrigações (art. 44, § 2º), sintomaticamente, ordenam que atente o juiz, na redução equitativa, à situação econômica do lesante. Isso tudo apesar de não se entrever nenhuma inconstitucionalidade na previsão da redução que se ostentasse por conta do disposto no art. 5º, V e X, da CF/1988, contemplativo do princípio da indenização ilimitada, sempre à consideração de que a fixação equitativa da indenização, com seus requisitos específicos, e dado o espírito que a anima, encerra imperativo de justiça (equilíbrio) e solidarismo também constitucionalmente impostos às relações entre as pessoas (art. 3º, I). Mas não é menos certo que, se o sistema se volta à reparação completa, a mitigação no dispositivo contida deve ser interpretada de maneira restritiva, por isso, aí sim, permitindo-se ao juiz que negue a redução equitativa quando, mesmo diante de grau mínimo de culpa com que se portou, possa o ofensor indenizar a vítima por completo, sem nenhum risco maior a seu patrimônio ou, antes, à manutenção de seu padrão de vida digno.

Outro problema que a norma suscita está, como se tem sustentado, na sua inaplicabilidade aos casos de fixação de dano moral, porquanto despido de natureza ressarcitória ou

reparatória. Com efeito, o dano que se prefere denominar extrapatrimonial consubstancia vulneração a direitos da personalidade e reclama fixação indenizatória que represente uma compensação à vítima, da mesma maneira que, simultaneamente, deve representar um desestímulo ao ofensor, ainda que, no caso concreto, se pondere o grau de culpabilidade do agente, se afinal não se arbitra o *quantum* indenizatório pela extensão de um prejuízo que não é materialmente mensurável. É, de resto, o quanto se pretende inserir no CC/2002, acaso aprovado o Projeto de Lei n. 276/2007 de reforma, para o fim de constar § 2º no dispositivo presente, assentando aqueles parâmetros de fixação da indenização moral, sempre arbitrada pelo juiz e, nunca, *a priori*, por limites, faixas ou mesmo quantias determinadas que a lei pretenda impor, aqui sim, de forma insustentável, diante da irrestrição contida na Lei Maior, conforme alhures já se defendeu, de forma mais minudente (ver GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo, Atlas, 2001, p. 118-20).

Por fim, tratando-se a regra do parágrafo único, ora em comento, como de interpretação restritiva, tal qual se viu, e contemplativa de redução em caso de culpa mínima do agente, nega-se sua aplicação às hipóteses de responsabilidade objetiva, porquanto independente de culpa, tal como se levou a enunciado na Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça em 11 de setembro de 2002 (Enunciado n. 46). Em sentido contrário, portanto defendendo a redução mesmo em casos de responsabilidade objetiva, ver: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil* v. 2. São Paulo, Saraiva, 2004. p. 401.

Jurisprudência: Súmula n. 362, STJ: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Muito embora sem aplicar diretamente a regra do parágrafo aos casos de danos moral, mas, como se sustentou no texto dos comentários, utilizando-se, de forma expressa, do princípio nela contido para arbitrar a indenização extrapatrimonial, ver: TJSP, Ap. cível n. 958.409-0/6, 30ª Câ., rel. Des. Paulo Gentile, j. 19.10.2007. No mesmo sentido: TRF, 5ª Região, Ap. cível n. 312.066, 2ª T., rel. Des. Rogério Moreira, j. 17.08.2004. Com direta remissão ao parágrafo: TJMG, Ap. cível n. 1.0183.025337-9/001, rel. Des. Nicolau Masselli, j. 02.07.2009. Ver, ainda, sobre o preceito: Turmas Recursais - RS, Recurso cível n. 71.001.262.765, 2ª T., rel. Juíza Mylene Michel, j. 18.07.2007.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

CC/1916: sem correspondente.

O preceito traz, para o texto positivo do CC/2002, a consagração, há muito presente na jurisprudência, da concorrência de culpas, aliás a revelar que o grau de culpa do ofensor não foi sempre indiferente à fixação da indenização civil. No caso, tem-se o evento danoso resultante de conduta culposa de ambas as partes nele envolvidas. Lesante e lesado o são reciprocamente, de modo que as indenizações por eles devidas deverão de ser fixadas com a consideração do grau de culpa com que concorreram ao fato. E isso sem que a repartição se faça necessariamente em partes iguais, ao argumento de que, se a indenização se mede, como regra, pela extensão do dano, assim, havendo culpas comuns, só restaria reduzir a indenização pela metade. Há que ver que, também no preceito em comento, a ideia foi de atuação da equidade como fundamento de fixação de uma indenização que deve tomar em conta, no fundo, o grau de causalidade, ou seja, o grau de cooperação de cada qual das partes à eclosão

do evento danoso. E esse grau de cooperação pode ser diferente, maior ou menor, para cada uma das partes, justamente, como imperativo de equidade, o que o juiz deve avaliar. Por isso é que se pode proporcionalizar a indenização devida a cada um dos lesados de forma desigual.

Algum conflito se põe acerca da aplicação da regra aos casos de responsabilidade sem culpa. Mas não se há de negá-la se, como se disse, a questão toda envolve o nexo de causalidade subjacente ao evento. Envolve, mais, inclusive um padrão de conduta leal e solidária que a boa-fé objetiva impõe, de resto também como revelação da eticidade. Afinal, não seria leal imaginar que alguém que houvesse agido com culpa, malgrado não exclusiva, para a eclosão do evento, pudesse se ver ressarcido integralmente, sem nenhuma redução, em nome de uma responsabilidade objetiva da outra parte. Na justa observação de João Calvão da Silva (*Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra, Almedina, 1999, p. 733-4), admitir que alguém pudesse reclamar indenização cabal, integral, mesmo havendo contribuído para o evento lesivo, seria um verdadeiro *venire contra factum proprium* que, na sua função de limitação de direitos, a boa-fé objetiva repudia.

Jurisprudência: STJ, REsp n. 235.385/SP, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 11.12.2001, DJU 01.07.2004; RSTJ 158/378; TRF, 2ª Região, Ap. cível n. 305.217, 6ª T., rel. Juiz Fernando Marques, j. 09.11.2005; TRF, 5ª Região, Ap. cível n. 358.330, 4ª T., rel. Des. Lázaro Guimarães, j. 14.02.2006.; TJSP, Ap. cível n. 6.045.014.500, 4ª Câ., rel. Des. Enio Zuliani, j. 15.10.2009.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

CC/1916: art. 1.535 (parcial).

O dispositivo, na verdade, redigido de forma mais genérica, pretende substituir as previsões do antigo art. 1.535 e mesmo do art. 1.533, que constavam, no CC/1916, do título destinado ao regramento geral da liquidação das obrigações. E o faz prevendo que, se indeterminada a extensão da obrigação, deva se dar sua prévia liquidação, nos termos contidos na lei processual, especificamente nos arts. 475-A e seguintes do Código de Processo Civil (com redação dada pela Lei n. 11.232/2005). Isso, portanto, sempre que já não haja prévia determinação do *quantum* indenizatório pelas próprias partes, como se dá quando fixam cláusula penal compensatória - e aí com a ressalva que agora contém o art. 416, parágrafo único, parte final, a cujo comentário se remete o leitor -, ou quando a lei já não prefixe indenizações *a forfait* presumindo o dano, como no caso da cobrança indevida de dívidas, e para quem aí entreveja um importe satisfativo e não uma verdadeira pena privada (ver comentários aos arts. 939 a 941, *supra*).

Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

CC/1916: art. 1.534 (parcial).

O dispositivo, como já o fazia o CC anterior, assenta o caráter subsidiário, substitutivo e sub-rogatório que tem a indenização pecuniária. Ou seja, sempre que, por qualquer motivo, não for possível a reparação do prejuízo causado com a exata volta ao *statu quo ante*, a chamada reparação *in natura* ou em espécie, terá cabimento a indenização pecuniária, com função assim substitutiva. Ou, como hoje se sustenta, a resposta em pecúnia, e mediante o

agravamento de seu valor, pode ainda sê-lo à provocação do que Antônio Junqueira de Azevedo denomina de dano social, ou seja, um dano que, a par do reflexo individual, atinge também toda a sociedade, determina, no seu dizer, um rebaixamento imediato do nível de vida da população, particularmente quando o ofensor desatenda, de modo grave, uma obrigação de segurança ou ostente comportamento exemplar negativo (“Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*, coords. José Geraldo Brito Filomeno; Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior; Renato Afonso Gonçalves. Belo Horizonte, Del Rey, 2004. p. 374-6).

É certo que a ideia fundamental do sistema está, no campo da responsabilidade civil, na restauração do estado de coisas afetado com o ilícito. Pense-se, por exemplo, nos danos ambientais, como lembra Carlos Roberto Gonçalves (*Comentários ao Código Civil* coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Saraiva, 2003, v. XXI, p. 527), ou mesmo nos danos paisagísticos ou ao patrimônio histórico, em que se prevê, sendo possível, a restauração de quanto foi degradado. Mesmo nos casos de danos individuais, procura-se a reparação em espécie, como nas lesões pessoais ou estéticas. De toda sorte, sempre que for impossível ou insuficiente à restauração do *statu quo ante* a reparação em espécie, terá lugar a fixação da indenização pecuniária, em moeda corrente, a de curso legal e forçado no país, malgrado a ausência, no novo dispositivo, da ressalva final que continha seu artigo correspondente, no CC/1916.

No tocante ao dano moral, e ainda se ressinta a respectiva indenização de natureza e função reparatórias, servindo, antes, à compensação da vítima e desestímulo ao ofensor (v. comentário ao art. 944), também se tem defendido a necessidade de procurar, em resposta à sua ocorrência, ao agravo perpetrado, fórmulas ou medidas não pecuniárias, como os exemplos, hauridos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), da publicação de sentença que a respeito da ofensa se prolate ou mesmo o do direito de resposta. Pense-se, ainda, em eventuais retratações públicas. Trata-se, segundo a arguta observação de Anderson Shreiber (*Novos paradigmas da responsabilidade civil* São Paulo, Atlas, 2007, p. 187-90), de um lado, de desestimular demandas animadas por simples cupidez, que o autor chama de “demandas frívolas”, e, de outro, valorizar os interesses extrapatrimoniais, evitando-se, nas suas palavras, a “mercantilização das relações existenciais”.

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

CC/1916: art. 1.537 (parcial).

O artigo repete, quase que integralmente, o dispositivo do art. 1.537 do CC/1916, que previa a indenização em caso de homicídio com o pagamento das verbas nele elencadas. Bem de ver, porém, que já sob a égide da anterior normatização vinha-se entendendo que a enumeração referida não se continha em lindes exaustivos, por isso que não excluía a reparação de outros danos que viessem a ser demonstrados, mesmo o moral. Pois nesse sentido, por emenda senatorial, acrescentou-se, ao final da cabeça do artigo em comento, a ressalva de que as verbas indenizatórias lá previstas não afastam outras reparações, incluindo a moral.

No inciso I, estabelece-se a obrigação ressarcitória de despesas experimentadas no tratamento da vítima, com seu funeral e luto da família. É evidente que a recomposição se faz diante de quem tenha efetivado as mesmas despesas. Mas alguma controvérsia sempre houve

com a significação da expressão luto da família, ora entendendo-se pertinente a despesas além daquelas do funeral, como aquisição de jazigo ou construção de mausoléu, e aqui, conforme acentua Carlos Roberto Gonçalves, desde que provado que a família tinha meios para tanto, sob pena de indevido enriquecimento (*Comentários ao Código Civil* coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XXI, p. 530), ora considerando tratar-se de verdadeira indenização moral. A discussão hoje perde relevo, uma por se ter garantido, já no art. 186, e de maneira genérica, de resto na esteira do art. 5º, V, da CF/1988, a indenização moral, e outra porque, pelo preceito, qualquer dano poderá ser reparado.

Já o inciso II consagra a hipótese típica de dano indireto, reflexo ou por ricochete, vale dizer, uma repercussão do dano diretamente experimentado por alguém na esfera de outrem, o lesado indireto ou reflexo. E isso quer sob o ponto de vista material, quer sob o moral. Pelo primeiro, garante-se a prestação de alimentos, pagos pelo responsável a quem a vítima direta os devia. Há de tomar a expressão alimentos, porém, de forma meramente indicativa, eis que todo e qualquer dano é indenizável. Da mesma forma, mas não sem discussão, tem-se que não se devem considerar credores de alimentos, nos termos do preceito, apenas aqueles sujeitos dos alimentos legais, decorrentes de casamento, união estável e parentesco. Qualquer dependente econômico pode postular, em tese, a reparação. Problema mais sério, a rigor, está nos casos em que esse dependente já não recebesse auxílio do *de cujus*, na verdade tendo sido privado de potencial ajuda de que viesse a necessitar. Caio Mário lembra, a propósito, a tese da perda de uma chance por um possível socorro, ou seja, a verificação sobre se, com a morte, alguém perdeu séria chance de ser auxiliado, mesmo que ainda não o fosse no instante do óbito; admite, todavia, que a questão toda se coloca em termos de verificação da certeza do dano (*Responsabilidade civil* 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 43-4). Parece, aqui, que se deve considerar titular de ação ressarcitória quem já fosse efetivamente auxiliado pelo falecido, ou ao menos quem comprove disso já necessitar no instante do óbito, mas então comprovados o dever e a possibilidade que tinha o *de cujus* de auxiliar, o que se viu perdido com seu óbito.

Ainda acerca do dano material indenizável em caso de homicídio, importa notar que, hoje, o novo CC expressa que ele é devido pelo tempo provável de vida da vítima, que se vem admitindo ser ora de 65, ora de 70 anos. Se o falecimento ocorreu quando já atingida essa idade, costuma-se presumir, então, que por mais cinco anos pudesse viver a vítima, tempo do pagamento da indenização sob a forma de prestação alimentar.

Em se cuidando de indenização paga aos filhos menores da vítima, tem-se reputado que deva ela se estender, ainda que considerada a duração provável de vida da vítima direta, até quando aqueles completarem 25 anos, término comum da idade universitária e idade em que presumidamente passariam a se sustentar, ressaltando-se a cessação se antes casarem e o direito de acrescer aos demais filhos, cessada a pensão de um ou alguns. Trata-se de orientação pretoriana que, todavia, ao que se crê, não pode ser tomada de forma absoluta, sem ressalva a casos nos quais, por algum motivo especial, ou alguma contingência pessoal, demonstre o filho que necessitaria de auxílio e que o teria mesmo depois dos 25 anos, posto em montante menor. Se o filho era maior e com a ressalva acerca da prova da dependência, que acima se fez, para os lesados indiretos em geral, limita-se em cinco anos, costumeiramente, o tempo do pensionamento devido.

A pensão pode também ser devida ao cônjuge e companheiro, sempre à consideração de que privados do socorro econômico do falecido, de novo respeitado o tempo provável de vida da vítima e desde que os beneficiários não contraíam novo casamento ou união estável.

Se o morto é menor e por isso sem atividade remunerada, mesmo assim a Súmula n. 491 do STF reconheceu possível indenização material aos lesados indiretos, tendo-se assentado o entendimento de que até quando aquele completasse 25 anos e, a partir daí, reduzindo-se a pensão à metade, aqui por se reputar que ainda continuaria a auxiliar os beneficiários, mas em montante menor. Já quanto ao termo *a quo* de fixação da pensão, nessa mesma hipótese,

orientam-se uns pela fixação da data do evento, de resto na esteira da Súmula n. 43 do STJ e ao pressuposto de que desde cedo o filho menor, no mais das vezes, já representa força de trabalho para a família, outros se orientando pela idade em que o menor poderia começar a trabalhar, portanto aos 14 anos.

Se a morte é de cônjuge ou companheiro que não trabalhava, passou-se a entender que, longe de representar uma economia de gasto, como já se sustentou, a ocorrência exigiria maior esforço econômico do sobrevivente para manter-se e à família. A indenização material, sob a forma de pensão, calcula-se, no caso de falecimento de cônjuge ou companheiro, à razão de dois terços dos rendimentos da vítima, à consideração de que a terça parte restante seria gasta consigo mesmo. Se não há renda, não há renda fixa ou conhecida, deve-se utilizar o salário-mínimo como parâmetro para a determinação da pensão.

De maneira geral, o décimo terceiro integra a pensão indenizatória, mesmo se o *de cujus* não possuía vínculo empregatício por ocasião do óbito, mas devendo-se supor que viria a se empregar, só não sendo devida a verba se a ocupação do falecido era de autônomo ou liberal. Não se olvide de que o art. 475-Q do CPC estabelece, agora não como regra, mas a possibilidade, ressalvada sua desnecessidade no caso, e não só pelo fato da inclusão em folha de pagamento, de constituição de capital para assegurar o pagamento da pensão. Quanto ao pagamento da verba indenizatória de uma só vez, remete-se o leitor ao comentário ao art. 950, lembrando-se, ainda, vir-se entendendo que a indenização não se compensa com a previdenciária, mas, sim, com o seguro obrigatório.

Discutia-se se a pensão, havida alteração das circunstâncias que lastrearam sua fixação, podia ser revista, mercê da incidência da cláusula *rebus*, ou se isso afrontaria a coisa julgada, opinando pela solução permissiva, a que já se acedia, por exemplo, Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, 5. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 135-6), inclusive com socorro à previsão do art. 471,1, do CPC, agora valendo remissão ao texto do art. 475-Q, § 3º, da mesma lei processual, com redação dada pela Lei n. 11.232/2005.

Por fim, já no tocante ao dano moral devido, em caso de homicídio, às vítimas indiretas, sobressalta, sempre, a discussão sobre a extensão dos ofendidos que podem ser indenizados. Pela regra geral, de que está ausente a limitação, qualquer um que demonstre haver sofrido agravo extrapatrimonial pode postular indenização do lesante, e de forma autônoma. Cria-se, porém, situação eventual de proliferação sucessiva de demandas, por prejudicados que o fazem isoladamente, sem que haja um cobro ao ofensor, insciente de quanto e até quando terá de indenizar. E, mais, afinal fixando-se uma indenização que, arbitrada para o primeiro litigante vencedor, não esgotaria o dever ressarcitório do lesante ou, se sim, em prejuízo dos ofendidos que posteriormente o demandassem. Por isso tudo é que se vem sustentando que a postulação de indenização moral a esse título esteja reservada aos parentes sucessíveis da vítima direta, com precedência do cônjuge ou companheiro e filhos, mas de tal arte que o recebimento por alguns que tenham já ajuizado a demanda exclua a possibilidade de que os demais ajuízem, porquanto um só é o montante indenizatório (v. *g*, SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável* 3. ed. São Paulo, Método, 2001, p. 505-7; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil comentado*, coord. Ricardo Fiuza. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 847), e ainda que se reconheça a possibilidade de posterior ação entre os beneficiários. Quando menos, admita-se ainda o ajuizamento isolado, deve-se coibir o abuso, como no exemplo em que o cônjuge proponha ação indenizatória e logo depois o faça, de novo, agora representando filho menor.

Quanto à possibilidade em si de que menores impúberes, de tenra idade, possam pleitear indenização moral, por alguns negada a pretexto de que eles nada compreendem e por isso não sofrem nenhuma angústia ou dor, bem de ver, em primeiro lugar, que, segundo se vem defendendo, haverá sempre uma privação do convívio com o parente falecido, de regra os pais, o que significará um agravo em algum momento sentido. Mas, em segundo, força convir que, hoje, o dano que por isso mesmo se prefere dizer extrapatrimonial está *in re ipsa*, ou seja, na condu-

ta em si de violação de direitos da personalidade, diretamente fundados na dignidade humana e assim objeto de uma tutela especial, independentemente de uma impossível prova ou demonstração de que a vítima tenha efetivamente sofrido. A violação, repita-se, induz o dano.

Jurisprudência: Súmula n. 491, STF: É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

Súmula n. 43, STJ: Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Súmula n. 246, STJ: O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.

Súmula n. 313, STJ: Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

Fixando pensão até quando a vítima completasse 70 anos: *RSTJ* 141/432. Limitando a pensão devida aos filhos menores da vítima até quando completarem 25 anos: STJ, REsp n. 1.095.309, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 01.06.2009. Deferindo pensão à viúva mesmo que a vítima, quando falecida, já contasse com mais de 65 anos, fixando-se termo final em cada caso concreto: TJSP, Ap. cível n. 1.172.741.001, 31ª Câmara, rel. Des. Fábio Pellegrino, j. 28.04.2009. Na morte de filho menor, fixando pensão apenas a partir de quando ele completaria 14 anos: *JTJSP* 248/212 e 250/168; e até os 25 anos, depois reduzindo-a à metade: STJ, EREsp n. 106.327/PR, 2ª Seção, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 25.02.2002; TJSP, Ap. cível n. 1.143.997.001, 36ª Câmara, rel. Des. Orlando Pistoresi, j. 18.06.2009, fixando termo final da pensão até a data em que a vítima completaria 65 anos, salvo se antes morrerem os pais. Concedendo pensão, aos pais, de 50% do rendimento mesmo de filho maior falecido: *RT* 809/255. Deferindo pleito de dano moral por morte, sem limitação, portanto não só a pai e mãe: *JTJSP* 251/108 (aos irmãos), *JTJSP* 253/347 (ao avô), *JTJSP* 256/288 (ao padrasto). Na mesma hipótese, reduzindo o valor da fixação do dano moral, em virtude da existência de outros atingidos não integrantes do polo ativo: I TACSP, Proc. n. 115.588-7, 8ª Câmara, rel. Juiz Rui Cascaldi, j. 10.09.2003. Sobre a compensação ou abatimento do seguro obrigatório: I TACSP, Proc. n. 613.058-3, 3ª Câmara Esp., rel. Juiz Itamar Gaino, j. 10.07.1995. Sobre a não compensação de verbas previdenciárias: *STL* 148/271. Incluindo na indenização o décimo terceiro salário só quando a vítima efetivamente exercia atividade remunerada: *RSTJ* 146/166. Mas fixando pensão mesmo independente da prova de exercício de atividade profissional: *RT* 783/229.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

CC/1916: art. 1.538 (parcial).

Se o preceito do artigo anterior se dedica à fixação de indenização em caso de homicídio, trata o presente de igual verba, mas que seja devida em razão de lesão ou qualquer ofensa à saúde da vítima. E o faz, se comparado ao CC/1916 e ao quanto previsto em seu art. 1.538, de maneira mais simplificada. Pela anterior normatização, indenizavam-se, em primeiro lugar, as despesas de tratamento e os lucros cessantes até o final da convalescença, ou

seja, quanto a vítima, nesse tempo, demonstrasse ter deixado de auferir em razão da lesão sofrida, por exemplo verbas atinentes ao desempenho de trabalho ou atividade inviabilizados durante a recuperação. Isso não mudou no novo CC.

Porém, seguia o antigo art. 1.538 determinando que fosse também paga à vítima a importância da multa, no grau médio da pena criminal correspondente, duplicando-se a soma indenizatória, se do ferimento causado adviesse aleijão ou deformidade. Pior, previa-se ainda que, se a pessoa aleijada ou deformada fosse mulher capaz de casar, a ela se pagasse um dote. E aí os problemas, dado que não havia, como não há, pena de multa originariamente estabelecida para o crime de lesão corporal, e depois pela discussão sobre se a verba teria natureza de reparação moral, sobretudo em virtude da determinação de duplicação para as hipóteses de aleijão ou deformidade, em razão do que se sustentava que, a rigor, o caso seria de dano estético, autônomo em relação ao dano moral. Sem contar o dote que, em verdade, a pretexto de favorecer a mulher, e tão somente ela, a considerava alguém cujo destino forçoso era o casamento, em óbvia afronta não só à igualdade para com o homem, o que se poderia corrigir garantindo-se a este idêntica verba ressarcitória, mas mesmo à dignidade da mulher.

Pois o CC/2002, como se disse, simplificou a questão ao estabelecer que fará jus o prejudicado à indenização de qualquer outro prejuízo, além das despesas de tratamento e dos lucros cessantes, que demonstre haver sofrido. Mais, o Projeto de Lei n. 276/2007 de reforma do CC/2002, atento ao fato de que o dano moral não se prova, está *in re ipsa*, como se disse em comentário ao artigo precedente, a que ora se remete o leitor, pretende alterar a parte final do dispositivo presente para, no lugar da remissão a “outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, prever-se a indenização dos danos emergentes e lucros cessantes “sem excluir outras reparações” (veja-se, ainda, no comentário ao artigo seguinte, a proposta de acréscimo de parágrafos àquele dispositivo, tratando, igualmente, do dano moral devido em caso de ofensa física).

Tem-se, enfim, a previsão da reparação de quaisquer espécies de danos resultantes da lesão corporal, leve ou grave, ou seja, com ou sem deformidade ou aleijão. Não mais se referiram verbas específicas, de toda sorte tendendo a persistir a divergência sobre a natureza do dano estético, se representativo de uma categoria autônoma ou se potencial foco de um dano material, como a modelo que tem sua carreira prejudicada por uma cicatriz deformante, e/ou moral, consistente na especial afetação da autoestima que uma deformidade ou aleijão podem provocar. Muito embora se entenda que, a rigor, a deformidade ou aleijão podem agravar a indenização moral, sem prejuízo, sempre, de sua eventual repercussão patrimonial, a tendência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é permitir a cumulação do dano moral e do dano estético, ao argumento de que a pertinência deste último está na lesão morfológica, causa de repulsa por terceiros, portanto diversamente da afetação subjetiva e íntima da autoestima da vítima.

Quanto a despesas com tratamento que se protraí no tempo, mas por período *a priori* indeterminado, da mesma forma que a eventual e futura necessidade de aparelhos ou próteses, tem-se admitido o pagamento à medida de sua comprovação, identicamente aos casos de agravamento dos efeitos da lesão, dela diretamente decorrentes, quando se permite nova liquidação.

Jurisprudência: Súmula n. 387, STJ: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Sobre a cumulação do dano moral e do dano estético, o primeiro por conta da consequência psíquica advinda da lesão, e o segundo em função da deformidade em si, com remissão jurisprudencial, ver: *RSTJ* 138/172 e *TJRS*, Ap. cível n. 70.005.135.389, 9ª Câmara, rel. Des. Mara Chechi, j. 17.03.2004. Quanto a despesas futuras de tratamento: *RSTJ* 159/469. Sobre lucros cessantes, ver: *TJRS*, Ap. cível n. 70.018.930.164, 12ª Câmara, rel. Des. Orlando Heemann

Júnior, j. 30.08.2007. Sobre despesas médicas: TJMG, Ap. cível n. 1.0382.07.080505-8/001, rel. Des. Wagner Wilson, j. 06.05.2009.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

CC/1916: art. 1.539 (parcial).

O *caput* do artigo em comento reproduz a regra do anterior art. 1.539 e trata da reparação de danos consistentes na inabilitação ou redução da capacidade laborativa da vítima, portanto com diversa pertinência em relação ao preceito do art. 949, que versa sobre lesão corporal que não seja causa de incapacidade ao trabalho. De qualquer forma, em grande medida está superada a discussão que havia sobre a inacumulabilidade dos arts. 1.538 e 1.539 do CC/1916, porquanto não reproduzidos os §§ 1º e 2º daquele primeiro dispositivo e porque, afinal, sempre é cumulável o dano moral ao material, consoante exsurge da CF/1988 (art. 5º, V e X), e, mais, como se pretende explicitar em nova redação de parágrafos acrescidos ao art. 950, por força do Projeto de Lei n. 276/2007, de reforma da legislação presente. Por essa modificação, a denotar, mesmo superada, uma tendência, tenciona-se assentar reparável o dano moral resultante da ofensa que acarreta defeito físico permanente ou durável, inclusive, frise-se, mesmo que sem incapacitação ou depreciação laborativa, da mesma forma que se queria determinar o agravamento das suas conseqüências se, havendo defeito físico, além de permanente e durável, ele fosse aparente. Serve, ademais, aí sim, a ressalva final do art. 949 à indenização de “qualquer outro prejuízo” que a vítima de lesão corporal demonstre haver experimentado.

Mas, prevê-se, no caso do art. 950, indenização que, além das despesas de tratamento e do que o ofendido houver deixado de auferir até o final da convalescença, compreende uma pensão atinente à importância do trabalho ao qual está inabilitada a vítima ou em razão do qual teve sua capacidade depreciada. Ou seja, é a incapacidade laborativa total ou parcial resultante da ofensa sofrida, que será apurada de acordo com perícia, também mercê da qual se identificará, conforme a hipótese, o grau da redução da aptidão para o trabalho. E como a reparação é de dano substanciado na inabilitação laboral, nada se paga, sob o título presente, destarte sem prejuízo de outros danos materiais, se a vítima ao tempo do evento já estava incapacitada ao trabalho.

O cálculo da pensão deve tomar por base a remuneração auferida pelo ofendido. Se não houver renda determinada, ou se se exercia atividade doméstica, o cálculo se faz de acordo com o salário-mínimo. Mesmo aos menores se vem reconhecendo a indenização presente, ainda que não trabalhem, se a lesão prejudica o exercício de qualquer profissão. A perda da capacidade de produzir renda é, de fato, um dano certo. E, aqui, de novo, utilizando-se o salário-mínimo como critério.

Alguma discussão se coloca quando a vítima, apesar de inabilitada completamente à profissão ou ocupação remunerada a que se dedicava, não fica impedida de exercer outra atividade. O princípio, ao que se entende, é que, nessas hipóteses, a indenização deverá ser integral, salvo caso específico em que se demonstre que o ofendido acabou encontrando outro trabalho, que exerce normalmente sem maior esforço ou sacrifício de qualquer ordem, portanto sem que seja suficiente, à redução da pensão, a mera conjectura sobre a possibilidade de desempenho de outra ocupação.

A pensão paga no caso do preceito em comento é vitalícia e traz ínsita a cláusula *rebus*, a propósito remetendo-se o leitor ao comentário do art. 948, de toda maneira aqui se acrescentando a hipótese de eventual agravamento das lesões sofridas, o que deve ensejar revisão da indenização.

Por fim, o parágrafo único instituiu a possibilidade de o pagamento da indenização arbitrada se dar de uma só vez, de resto na esteira, veja-se, de jurisprudência formada inclusive na hipótese de pensão devida por homicídio, já daí porque não se entende que se deva limitar a previsão aos casos de pensão por inabilitação por trabalho. Ao revés, será nessa hipótese inclusive que mais sobressaltará a dificuldade de se arbitrar a indenização e de se fazer a execução de uma só vez se, afinal, e ao contrário da previsão do art. 948, a pensão é vitalícia, sugerindo Carlos Roberto Gonçalves que o cálculo se faça pelo tempo de vida provável da vítima (*Comentários ao Código Civil* coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XXI, p. 547), mas restando então o problema da sobrevivência do ofendido e da eventual possibilidade de suplementação do valor ressarcitório. Melhor é considerar que a opção pelo pagamento de uma só vez exclua a possibilidade de postular complementação pelo tempo que a vítima vier a viver a mais do que a idade provável tomada para cálculo da indenização, como também se exclui qualquer crédito do ofensor pelo tempo que o ofendido viva a menos que o período tomado para cálculo da reparação paga de uma só vez.

Jurisprudência: Concedendo indenização a vítima menor impúbere, que teve reduzida sua capacidade laborativa, fixada pensão desde quando completaria 14 anos: *RSTJ* 153/318. Concedendo indenização por incapacidade laborativa total, em relação à atividade desenvolvida pela vítima, mesmo que para outras atividades a inabilitação seja parcial, salvo comprovação de que exercida esta outra atividade: STJ, REsp n. 569.351/MG, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07.12.2004. Sobre a vitaliciedade da pensão devida: TRF, 2ª Região, Ap. cível n. 333.206, 8ª T., rel. Juiz Guilherme Calmon, j. 18.05.2005. No mesmo sentido da vitaliciedade da pensão: TJSP, Ap. cível n. 930.510.008, 35ª Câmara, rel. Des. Mendes Gomes, j. 23.03.2009. Determinando o pagamento da indenização de uma só vez: TJRS, Ap. cível n. 70.015.792.807, 11ª Câmara, rel. Des. Voltaire de Lima, j. 14.03.2007. De igual modo: TJSP, Ap. cível n. 5.861.904.500, 3ª Câmara, rel. Des. Donegá Morandini, j. 29.09.2009.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

CC/1916: art. 1.545.

Trata o artigo presente da responsabilidade por homicídio ou lesão corporal, só que afeta a quem desempenhe atividade profissional, segundo o CC/1916 médica, farmacêutica ou ortodôntica (art. 1.545), redação agora ampliada para abarcar qualquer profissional de saúde que, com sua conduta, provoque dano ao paciente, como está na lei. A bem dizer, o dispositivo mais se ocupa de explicitar que as mesmas verbas indenizatórias contempladas pelos arts. 948 a 950 são também aplicáveis aos casos de homicídio ou lesão causados no desempenho de atividade de atendimento à saúde. Nem precisaria afirmá-lo. E, mais, quando alude à imprudência, negligência ou imperícia, pode criar alguma perplexidade diante da responsabilidade objetiva de empresas prestadoras de serviços ligados à área da saúde, nos termos da legislação do consumidor.

Destarte, o art. 951 deve ser interpretado em consonância com a Lei n. 8.078/90, com sua previsão de responsabilidade subjetiva, é certo, para os profissionais liberais (art. 14, § 4º),

mas por atuação pessoal, ressaltando-se a responsabilidade sem culpa para os fornecedores pessoas jurídicas, nos termos da mesma normatização.

No mais, vale remissão, ainda, no que toca a esses profissionais liberais que exercem atividade indutiva de especial risco, à ressalva que já se fez no comentário ao art. 927, parágrafo único, no mesmo sentido, para esses casos específicos da regra no preceito em tela disposta. É ao que se remete o leitor.

Jurisprudência: Condicionando a responsabilidade do médico, por ser-lhe afeta obrigação de meio, à demonstração de falha de natureza técnica: *RT* 810/382. Ressalva quanto à cirurgia plástica estética, em que a obrigação é de resultado: *RT* 813/354. Considerando obrigação de meio a operação para correção de miopia: TJSP, Ap. cível n. 3.961.724.300, 4ª Câmara, rel. Des. Teixeira Leite, j. 04.06.2009. Responsabilizando objetivamente o hospital apenas em relação aos serviços relacionados com a atividade propriamente empresarial, como aquelas atinentes à estadia do paciente, instalações, equipamentos, mas não quanto aos serviços médicos ali prestados: STJ, REsp n. 258.389, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.06.2005.

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

CC/1916: arts. 1.541 e 1.543.

A norma em comento procurou concentrar em seus termos as disposições relativas às consequências indenizatórias da prática de ato de apropriação de coisa alheia, móvel ou imóvel, o que, antes, no CC/1916, se fazia em três artigos (arts. 1.541 a 1.543) e, de resto, conforme já se contém no art. 921 do CPC.

No *caput*, primeira parte, reproduz-se a regra do anterior art. 1.541, prevendo-se que, havida usurpação ou esbulho, se deve procurar a restituição *in natura*, sem prejuízo da indenização por eventual deterioração da coisa (danos emergentes), e, agora, o que constitui inovação que supera discussão que a respeito se travava, também por lucros cessantes, como, no exemplo de Sílvia Rodrigues (*Direito civil*, 19. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. IV, p. 246), quando alguém fica privado de imóvel destinado à renda.

Na sua segunda parte, o artigo consagra a reparação substitutiva em pecúnia, para quando não mais haja a possibilidade de restituição, o que não deve excluir suplemento indenizatório, da mesma forma provados não só outros danos emergentes como, também, lucros cessantes. O cálculo do equivalente da coisa em dinheiro se faz na forma do parágrafo único do art. 952, que, de seu turno, repete a regra do art. 1.543 do CC/1916. E, a propósito, estabelece-se, como no Código anterior, que, à estimativa do preço ordinário da coisa, se venha a avaliar e se acresça o chamado preço de afeição, conforme o caso. Trata-se de evidente hipótese de dano moral, em tese devido, segundo se crê, não só no caso de se inviabilizar a restituição da coisa, como também quando seu titular fique dela privado, posto que por certo tempo e ainda que outro seja o importe compensatório. Nem se considera que a fixação necessariamente precise ser feita, como sempre se defendeu, com um *plus* percentual ao preço de restituição, assim sem possibilidade de que o dano moral supere a importância da indenização material a ressarcir, a respeito estabelecendo a parte final do parágrafo em comento uma ressalva à reparação do pre-

juízo moral que a Constituição garantiu integral, sem nenhuma limitação, tanto mais quando se constata cuidar-se de agravo a direito da personalidade, fundado na dignidade humana, princípio fundamental da República, destarte cuja preservação se exige, sempre de forma completa, conforme se tornará a examinar no comentário ao artigo seguinte.

Por fim, o CC/2002 não reiterou a regra do art. 1.542 do diploma anterior, que impunha a restituição mesmo que por terceiro que detivesse a coisa, mas mediante indenização devida por quem tivesse desapossado o ofendido. Em primeiro lugar, tinha-se mesmo dispositivo mal alocado, eis que concernente à controvertida questão da possibilidade de ação possessória diante de terceiro que eventualmente esteja de boa-fé, perante quem, para alguns, somente é cabível reivindicação, de toda sorte a propósito remetendo-se o leitor ao comentário do art. 1.212 do atual Código. Em segundo, a previsão de indenização pelo desapossador e não por terceiro de boa-fé - mesmo que sujeito à restituição, alhures discutindo-se, como se disse, se só na via reivindicatória ou também possessória -, como o defende, por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves, conclusão, a seu ver, inclusive inferível do preceito dos arts. 1.220 e 1.221 (*Comentários ao Código Civil* coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2002, v. XXI, p. 551), não exige dispositivo próprio e deve seguir as regras gerais sobre a responsabilidade civil.

Jurisprudência: Fixando a indenização pelo equivalente da coisa no importe de sua avaliação, e não de sua alienação: TJRS, Ap. cível n. 70.006.949.416, 5ª Câm., rel. Des. Umberto Sudbrack, j. 02.12.2004.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

CC/1916: art. 1.547 (parcial).

O preceito tem por fundamento a tutela do direito à honra e cuida da indenização devida em caso de sua violação mercê das condutas típicas descritas na cabeça do artigo. Mas, por identidade de motivos, é aplicável seu comando não só quando se configurem essas situações descritas de injúria, difamação ou calúnia, mas também quando haja, por exemplo, denúncia caluniosa ou comunicação falsa de crime. Mais, até, bem poderia o novo CC ter abandonado a referência às figuras típicas do Código Penal (arts. 138 a 140), dado que qualquer ofensa à honra do indivíduo, um de seus direitos da personalidade, cuja fonte é a dignidade humana, princípio fundamental de índole antes de tudo constitucional (art. 1º, III), suscita tutela jurídica, preventiva ou corretiva. Sem contar que a sanção civil reparatória e/ou compensatória independe, nas hipóteses do artigo, da verificação de condenação criminal.

De qualquer sorte, injúria, difamação e calúnia vêm definidas nos preceitos, acima citados, do Código Penal, pela primeira infringindo-se a chamada honra subjetiva do sujeito, sua autoestima, enquanto, pela segunda, afronta-se sua honra dita objetiva, vale dizer, sua reputação, a estima e consideração de que desfruta perante os outros. Quanto à calúnia, trata-se, especificamente, da falsa imputação de fato criminoso a outrem. Uma novidade que contém a nova redação do preceito está na alusão à difamação, omitida no art. 1.547 do CC/1916, mas que, em doutrina, já se considerava causa suficiente à indenização.

Em verdade, porém, novidade maior, e ainda problemática, reside na fixação do *quantum* indenizatório. Isso pelo que está no parágrafo, quer do atual art. 953 do CC/2002, quer do ante-

rior art. 1.547 do CC/1916. É certo que, na cabeça de ambos os dispositivos, consagrava-se e consagra-se agora a genérica reparação do dano que resulte da ofensa à honra, por qualquer de suas formas. Todavia, dizia-se, no parágrafo do antigo art. 1.547, que, não podendo a vítima provar prejuízo material, teria direito a receber do ofensor o dobro da multa no grau máximo. A redação suscitava dupla ordem de problemas. O primeiro estava em saber se, na ausência de prova de prejuízo material, se estava a estabelecer, pela fixação de um importe ressarcitório correspondente à multa criminal, uma indenização material presumida, ou seja, uma reparação arbitrada *a forfait*, veja-se, ela sim, sempre tarifável ou limitável pelo legislador, afinal se dele emana uma concessão indenizatória apriorística, para quando não se consiga provar efetivo prejuízo, mas por se o presumir sempre ocorrido, ou se se tratava de indenização moral, e, pior, aí só incidente se não se provasse dano material, como se não fossem cumuláveis (Súmula n. 37 do STJ), mas lembrando-se ilimitado o dano moral (art. 5º, X, da CF/88). De outra parte, valor indenizatório atrelado à multa penal, se esta se fixava originariamente em valores ínfimos, no Código Penal, depois da reforma de sua parte geral e da instituição dos dias-multa passou a viabilizar um arbitramento excessivo, mesmo se se tomasse a referência do parágrafo como um limite, e como se se admitisse limite ao dano moral, se disso se cuidava.

Pois esses problemas foram em parte solucionados pelo CC/2002. É que, hoje, aboliu-se, como se viu em comentário ao art. 949, a adstrição de indenização civil à multa criminal, portanto afastando-se a ideia de limitação ou tarifação ressarcitória, tanto mais se se agita de dano moral, estatuinto o parágrafo do artigo em comento que, nas hipóteses de que trata, a indenização se dará de forma equitativa, assim por arbitramento judicial, consideradas as circunstâncias subjetivas e objetivas do caso. Mas manteve-se a ressalva de que essa indenização equitativa será devida se não se provar prejuízo material, destarte persistindo a dúvida sobre se se cuida mesmo de indenização moral ou de indenização material presumida, com as consequências daí advindas e logo antes explicitadas.

Bem de ver, porém, que já antes do CC/2002 prevalecia o entendimento de que o parágrafo do então art. 1.547 se referia a verdadeira hipótese de dano moral, só que cumulável com o dano material (art. 5º, V e X, da CF/88, e Súmula n. 37 do STJ) e não autorizada, pelos mesmos dispositivos constitucionais aludidos, nenhuma limitação. Mais, mesmo o CC/2002 ao prever uma indenização equitativa, no parágrafo do artigo presente, parece indicar uma indenização moral. Entretanto, vem bem a calhar a alteração proposta no Projeto de Lei n. 276/2007 para explicitar que “a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação dos danos materiais e morais que delas resultem ao ofendido”. E, como é da regra geral, fixada a indenização material de acordo com a extensão do prejuízo e a moral por arbitramento judicial.

Por fim, vale anotar que as ofensas à honra perpetradas pelos meios de mídia encontram regramento em lei especial, a chamada Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), mas com as seguintes e resumidas observações: a) a verificação da ofensa deve ter em conta a igual dignidade do direito à honra mas, também, do direito à informação, ambos direitos da personalidade, fundados na dignidade humana, vocacionados a um conflito que se deve superar mercê do juízo da proporcionalidade, de uma necessária ponderação dos interesses em jogo no caso concreto (técnica do *ad hoc balancing*)> com freqüente socorro a critérios como o da consideração sobre se se trata de pessoa pública ou notória, se se cuida de pessoas comuns mas envolvidas em acontecimentos da atualidade ou expostas em locais públicos, sem que se dê sua descontextualização do cenário, se se tem fato criminoso e as circunstâncias de sua divulgação, ou se se exerce direito de crítica e seus termos, nessa esteira incluídas a sátira humorística e a caricatura, assim e enfim verificando-se, sempre na hipótese fática, qual dos direitos em situação de antinomia real deve ceder; b) além da tutela corretiva, em tese caberá sempre a preventiva, sem que só por isso se possa falar em censura; c) a tutela indenizatória pode ser exercida não só diante da empresa jornalística como, ainda, perante o autor do escrito, notícia ou transmissão; e d) são inconstitucionais, por encerrar restrição a direito fundamental

não autorizada pela Constituição Federal, as disposições da lei especial que impõem prazo decadencial para o exercício do direito indenizatório e limitação do respectivo valor (arts. 52, 53 e 56). As justificativas mais detalhadas de cada qual dessas conclusões tive a oportunidade de expor em *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo, Atlas, 2001.

Uma última ressalva cabe quanto à denúncia caluniosa, referida logo ao início desses comentários. É que, conforme preceitua o art. 339 do Código Penal, sua configuração típica não prescinde da instauração, em razão de falsa, portanto dolosa, imputação delituosa, ao menos de inquérito, seja policial, civil ou administrativo. Porém, não se exclui a responsabilização civil se, de qualquer modo, a notícia do crime é infundada. Isso mesmo, conforme acentua Yussef Said Cahali, não se possa confundir denúncia caluniosa com a mera solicitação de investigação que se faça com base em dados concretos e objetivos (*Dano moral*, 3. ed. São Paulo, RT, 2005, p. 315). A verdade é que havendo abuso, mesmo não doloso, quando se proceda à notícia, quando se requeira a investigação, pode haver indenização. A propósito, remete-se, ainda, ao comentário do artigo seguinte.

Jurisprudência: Súmula n. 37, STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Súmula n. 281, STJ: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

Súmula n. 370, STJ: Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.

Súmula n. 385, STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado direito ao cancelamento.

Súmula n. 388, STJ: A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.

Já, à luz do antigo art. 1.547, parágrafo único, desvinculando a indenização do valor da multa penal, e legando a fixação ao arbitramento judicial, o único critério possível: *JTJSP* 174/104. Sobre indevida limitação do valor indenizatório em casos de vulneração a direitos da personalidade: *RSTJ* 99/179. Sobre a imunidade parlamentar material, exigindo que a manifestação em tese ofensiva tenha ocorrido no exercício ou em consequência do mandato, pena de responsabilização do parlamentar pelo regime comum: *RT* 830/141. Considerando que o cadastramento indevido, a negativação irregular do nome da pessoa signifique abalo à honra objetiva e dano moral *in re ipsa*, ou seja, que está na própria conduta de violação, ver: STJ, REsp n. 640.196/PR, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 21.06.2005. Reputando haver ofensa à honra objetiva da empresa o pedido de sua falência, baseado em dívida já antes paga: TJSP, Ap. cível n. 296.471.49000, 7ª Câ., rel. Des. Ferreira Alves, j. 28.11.2007.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

- I - o cárcere privado;
- II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;
- III - a prisão ilegal.

A matéria relativa à ofensa à liberdade pessoal vinha, antes, no CC/1916, tratada em dois artigos, o primeiro atinente à consequência indenizatória propriamente dita (art. 1.550) e o segundo contemplativo de hipóteses descritivas de quando se considerava haver a afronta (art. 1.551). Tais preceitos foram agora concentrados em um só artigo, posto com parágrafo que, a rigor, reproduz o art. 1.551 e descreve as hipóteses, mas sempre reputadas meramente exemplificativas, de ofensa à liberdade pessoal. Aliás, o Projeto de Lei n. 276/2007, de alteração da nova legislação, pretende explicitar o caráter exemplificativo do rol inserido no parágrafo único do artigo, portanto sem excluir casos outros de privação indevida da liberdade da pessoa.

Para a hipótese de prisão por queixa ou denúncia indevidas, já à luz da anterior legislação se vinha admitindo nem sempre necessária a comprovação da má-fé, mas apenas a notória imprudência no noticiar a suposta ocorrência de fatos típicos. Ou seja, mesmo sem má-fé, a imputação temerária de fatos delituosos a outrem, dissociada de qualquer relevante dado a justificá-la, pode também ensejar a responsabilização civil do agente.

Por fim, ainda que o dispositivo se refira a casos de privação de liberdade, igualmente não se furta à devida responsabilização, mesmo que pela regra geral, quem, posto que sem provocar prisão, noticie a prática de crime de forma temerária, o que, não raro, acontece nas relações envolvendo empregador e empregado, sempre e tão somente, é certo, quando infundada a denúncia. Conforme se acentuou no comentário ao artigo antecedente, a hipótese é mesmo de abuso, de injustificado descuido na formulação da notícia do suposto delito. Daí porque importa verificar se essa notícia se baseia em dados concretos, objetivos, que justifiquem o socorro à autoridade.

Quanto à prisão ilegal, é bem de ver que o art. 5º, LXXV, da Constituição Federal garante a indenização, pelo Estado, ao condenado por erro judiciário e a quem permanecer preso além do tempo fixado na sentença. Não se entende necessária, no primeiro caso, a desconstituição prévia da sentença penal, pela via da revisão. Nos casos de prisão provisória ou preventiva, quando a ação, depois, venha a ser julgada improcedente, vem-se reconhecendo o dever indenizatório estatal sempre que a decretação se tenha ostentado desarrazoada.

No tocante à indenização, o dispositivo do Código Civil revogado suscitava as mesmas discussões já enfrentadas em comentário ao artigo anterior, a que ora se remete o leitor. Ou seja, previa-se, no *caput* do art. 1.550, uma indenização material e o pagamento de uma soma calculada na forma do parágrafo único do art. 1.547, ou seja, o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva. Aliás, mais que o art. 1.547 do CC/1916, o art. 1.550, quando se valia da partícula conjuntiva e, dava a entender que a alusão à multa criminal compreendia a previsão de indenização moral, e não indenização material presumida.

De qualquer maneira, o atual art. 954, ao remeter ao parágrafo do dispositivo precedente, acaba com o atrelamento da indenização à multa penal, de resto nem mesmo existente para o cárcere privado ou para a prisão ilegal. E, por outro lado, o Projeto de Lei n. 276/2007, de reforma do Código Civil, cuida de superar a discussão sobre a natureza dessa indenização equitativa, como já se examinou no comentário ao artigo anterior, prevendo que “a indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento dos danos que sobrevierem ao ofendido”, aí incluídos os materiais, de acordo com a extensão do prejuízo demonstrado, e o moral, fixado por arbitramento.

Jurisprudência: Responsabilizando o Estado por prisão estendida depois da revogação do mandado de prisão: TJSP, Ap. cível n. 5.851.135.100, 11ª Câmara, rel. Des. Luís Ganzerla, j. 18.05.2009. Fixando indenização em caso de prisão preventiva desnecessária e sem fundamentação: *RT* 766/121. No mesmo caso, negando a responsabilidade do Estado, quando depois sobrevinda absolvição, mas por insuficiência de provas: *RT* 800/244. Ainda que em caso de posterior absolvição por negativa de autoria, já se negou indenização, ao argumento de que não abusiva, na ocasião, a decretação da prisão cautelar: *RT* 784/220. Arbitrando

indenização quando a falsa imputação de crime se limite a sindicância administrativa interna, mesmo sem qualquer publicidade: TJMG, Ap. cível n. 1.0015.01.007078-5-001, rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, j. 19.01.2006. Assentando a responsabilidade por notícia de crime levada à autoridade policial de maneira injustificada: *RT* 840/376. Isentando de responsabilidade o empregador que apenas noticia, à autoridade policial, fatos supostamente delituosos, sem mesmo declinar o nome de suspeitos: *RT* 801/318. A despeito do que se sustentou no corpo dos comentários, exigindo dolo para responsabilização pela lavratura de Boletim de Ocorrência: TJSP, Ap. cível n. 326.677.4000, 2ª Câ., rel. Des. Santini Teodoro, j. 27.11.2007.

TÍTULO X

DAS PREFERÊNCIAS E PRIVILÉGIOS CREDITÓRIOS

Art. 955. Procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor.

CC/1916: art. 1.554.

Legislação correlata: arts. 748 a 790, CPC.

O patrimônio do devedor é a garantia das suas dívidas, mas quando há insuficiência patrimonial, para evitar prejuízo a alguns credores, instaura-se o procedimento de insolvência, visando a uma liquidação geral de modo a partilhar os bens do devedor, após a liquidação, com a organização de concurso de credores. O conceito de insolvência é econômico, tendo como fundamento o desequilíbrio patrimonial (passivo superior ao ativo). Será falência quando o devedor for comerciante e insolvência civil quando for pessoa física não ligada ao comércio. O Código de Processo Civil regula a execução por quantia certa contra devedor insolvente (CPC, arts. 748 e segs.), sendo processo autônomo, não se admitindo a transformação de execução contra devedor solvente em insolvência civil. É importante salientar que as preferências no recebimento dos créditos devem ser respeitadas.

Recentemente tivemos a edição da nova Lei de Recuperação e Falências (Lei n. 11.101, de 09.02.2005), em que surgem novas figuras como o administrador judicial, o administrador-gestor, o comitê de credores e a assembleia geral de credores, não se podendo deixar de salientar que na própria sistemática deste Código (arts. 966 a 982), a falência passou a ser aplicada aos empresários e às sociedades empresárias. A insolvência capaz de levar à falência depende da identificação das causas expressas no art. 94 da *supra* referida Lei.

A declaração de insolvência poderá ser requerida por qualquer credor, pelo próprio devedor, ou ainda, pelo inventariante ou espólio, caso seja falecido. Em regra, nasce, a declaração de insolvência, de um cumprimento de sentença em que se constata a insuficiência patrimonial do devedor. Haverá a nomeação de administrador dos bens e de edital de convocação de todos os possíveis credores, sendo que com a declaração as dívidas do devedor insolvente vencer-se-ão antecipadamente; seus bens serão arrecadados, desde que penhoráveis; e instala-se o concurso universal de credores, regulado pelos arts. 748 a 786-A do Código de Processo Civil.

Jurisprudência: Declaração de insolvência civil. Primeira fase. Estágio pré-concursal. Fase declaratória de insolvência. Estágio de conhecimento. A fase inicial do procedimento de insolvência civil obedece ao procedimento comum de cognição e, nesse estágio, sua finalidade serve apenas para apurar a insolvência do devedor. Não pode o procedimento ser obstado pela falta de demonstração por parte da credora que as dívidas ultrapassam o patrimônio do réu, já que aqui apenas interessa a decretação de estado jurídico novo para o

requerido. No caso, a insolvência civil, até mesmo porque afeta não só os bens atuais como os futuros. A declaração de insolvência é direito do credor, como também é do devedor, independentemente da existência de bens, além do que não tem o credor o ônus probatório de comprovar a insolvência ou a existência de bens do devedor, já que a este sim cabe tal ônus. Exegese do inciso II do art. 756 do CPC. Apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.029.623.634, 19ª Câm. Cível, rel. Guinther Spode, j. 27.10.2009, DJ 16.11.2009)

Processual civil. Insolvência civil. Embargos do devedor insolvente. Rejeição. Apelação recebida apenas no efeito devolutivo. Aplicação analógica do art. 520, V, do CPC. Juridicidade. 1 - A insolvência civil é ação de cunho declaratório/constitutivo, tendente a aferir, na via cognitiva, a insolvabilidade do devedor, condição esta que, uma vez declarada judicialmente, terá o efeito de estabelecer nova disciplina nas relações entre o insolvente e seus eventuais credores. Tal premissa não há de ter, entretanto, o efeito de convolar em contestação os embargos disciplinados nos arts. 755 e segs. do CPC. 2 - Mostra-se de todo apropriado o entendimento jurisdicional que equipara os embargos à insolvência aos embargos à execução opostos por devedor solvente, para fins de aplicação da regra ínsita no art. 520, inciso V, do Código de Processo Civil, que determina o recebimento da apelação apenas no seu efeito devolutivo. 3 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 621.492, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.10.2009, DJ 26.10.2009)

Processo civil. Insolvência civil. Prova da pluralidade de credores. Desnecessidade. Recurso especial. Admissibilidade. Dissídio não comprovado. Não se exige que o quirográfario comprove a existência da pluralidade de credores para que possa vir a juízo requerer a insolvência civil do devedor. O concurso de credores é a consequência da insolvência civil, e não sua causa, com bem denota o art. 751, CPC, ao afirmar que "a declaração da insolvência do devedor produz (...) a execução por concurso universal dos seus credores". Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando não comprovado o dissídio jurisprudencial nos moldes legal e regimental. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 875.982, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.12.2008, DJ 20.05.2009)

Insolvência civil A declaração de insolvência se dá quando "as dívidas excederem a importância dos bens do devedor", nos termos do art. 748 do Código de Processo Civil. Prova de dívida líquida, certa, exigível e vencida. Inexistência de bens pode acarretar suspensão da execução. Possibilidade de arrecadação de bens que futuramente venham a integrar o patrimônio do devedor. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 1.098.205.500, 19ª Câm. Dir. Privado, rel. Edson Luiz de Oueiróz, j. 20.06.2008, DJ 14.07.2008)

Processo civil. Declaração de insolvência. Execução suspensa por ausência de bens penhoráveis. Mesmo título. Possibilidade jurídica do pedido. CPC, arts. 750 e 753. É lícita e juridicamente possível, a declaração de insolvência do devedor que não possui bens suscetíveis de penhora. A insolvência pode ser requerida e declarada nos próprios autos da execução suspensa à míngua de bens penhoráveis (CPC, arts. 750 e 753). Face à evidente permissão legal do art. 753 do Código Buzaid, a declaração de insolvência é juridicamente possível mesmo quando fundada em título que embase execução singular suspensa por ausência de bens penhoráveis. (STJ, REsp n. 616.163/MG, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 03.04.2007)

Ação de insolvência civil. Interesse de agir. Ausência de bens penhoráveis. Irrelevância. Procedimento que se divide em fases distintas. Legitimidade *ad causam*. Requisitos configurados. Procedência dos pedidos iniciais. O processo de insolvência civil é dotado de duas fases dis-

tintas, a saber, uma declaratória - com consequências tanto para o insolvente quanto para os credores - e outra de arrecadação de bens. A não localização imediata de bens não conduz à extinção do processo, mas apenas à suspensão dos atos executivos - precedentes do extinto TAMG e do colendo STJ. A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, e contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor. Desde que presentes esses requisitos, não há como se falar em carência de ação por ausência de *legitimitas ad causam*. Dá-se a insolvência quando a soma dos bens e dos créditos do devedor, estimados no seu justo valor, não iguala suas dívidas. É, portanto, a inferioridade do patrimônio em relação às dívidas que caracteriza a insolvência. Presume-se, até prova em contrário, a insolvabilidade daquele contra quem está correndo a execução. (TJMG, Recurso n. 2.0000.00.447710-9/000, rel. Des. Domingos Coelho, j. 13.04.2005)

Insolvência Civil. Patrimônio do devedor insuficiente para pagamento de todos os seus débitos. Ausência de provas. Propositura simultânea de execução singular e pedido de declaração de insolvência civil. Vedação. Improcedência do pedido exordial. 1 - Para que seja declarada a insolvência civil, é necessário que o patrimônio do devedor não seja suficiente para o pagamento de todos os seus débitos. 2 - Não havendo provas neste sentido nem demonstração de fatos que façam presumir a situação deficitária do devedor, a improcedência do pedido inicial da ação de insolvência civil se impõe. 3 - É vedado ao credor o uso simultâneo de dois processos de execução, ou seja, da execução singular e do processo de insolvência civil, relativamente a um mesmo crédito, um mesmo título executivo. (TJMG, Recurso n. 2.0000.00.406328-5/000, rel. Des. Pedro Bernardes, j. 23.03.2004)

Art. 956. A discussão entre os credores pode versar quer sobre a preferência entre eles disputada, quer sobre a nulidade, simulação, fraude, ou falsidade das dívidas e contratos.

CC/1916: art. 1.555.

Legislação correlata: arts. 768 e 788, CPC.

Cada credor poderá utilizar os meios que entender cabíveis para a defesa de seus créditos, arguindo nulidade, simulação, fraude ou falsidade, visando a excluir créditos indevidos capazes de diminuir a capacidade de pagamento por parte do devedor quando da liquidação patrimonial (legitimidade do crédito). O que se procura evitar efetivamente é que o devedor possa se valer de expedientes diversos para diminuir o seu débito pela criação de falsos créditos. A natureza da obrigação será determinante para definir eventual disputa pela preferência, porque outorgará vantagem de um credor sobre os outros. Muito embora este artigo trate das discussões entre credores, é lícito ao devedor também oferecer impugnação aos créditos apresentados, discutindo sua existência ou validade por meio de exceções.

A discussão entre credores terá início com a convocação, por edital, de todos para que, em vinte dias, apresentem suas declarações acompanhadas dos respectivos documentos comprobatórios. Relacionadas as declarações, novamente terão os credores vinte dias para manifestações, evitando-se assim sejam arrolados créditos inexistentes ou preferências indevidas.

No âmbito da falência, publicada a sentença declaratória da falência acompanhada da relação de credores, estes terão quinze dias para apresentar impugnações ao administrador judicial, que após analisá-las fará publicar nova relação nominal, a partir da qual fluirá o prazo de dez dias para impugnação. Sobrevirá sentença nos autos de impugnação, quando os credores nela relacionados serão considerados admitidos e inseridos no quadro geral de credores. Cabe também a impugnação por parte do devedor (Lei de Recuperação e Falências, art. 8º).

Art. 957. Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum.

CC/1916: art. 1.556.

No artigo precedente tratamos da preferência entre credores, que se define pela natureza da obrigação de cada um. Porém, inexistindo preferência, o que significa serem todos da mesma categoria, consideram-se iguais seus direitos creditórios, levando ao rateio proporcional do que for apurado na liquidação do patrimônio do devedor.

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Busca e apreensão. Insolvência civil. Transação e pagamento ulterior. Ineficácia. A transação e o respectivo pagamento feito por devedor após a sua decretação de insolvência civil é ineficaz, mormente com a prévia ciência da outra parte quanto a tal estado, devendo-se proceder à restituição ao juízo de tais valores indevidamente percebidos. (TJMG, Proc. n. 1.0114.07.077744-5/002, rel. Des. Pedro Bernardes, j. 22.04.2008)

Processo civil. Agravo de instrumento. Insolvência civil. Cotas condominiais. Execução individual. Paridade entre os credores. Não prospera a alegada nulidade da decisão agravada porque revestida de suficientes fundamentos. Decretada a insolvência civil a requerimento do devedor, a execução individual sofre deslocamento da competência para o juízo universal, a fim de manter a paridade de tratamento entre os credores. A natureza do crédito, que na hipótese provém de obrigação *propter rem*, não interfere na atração ao juízo universal, apenas deve ser considerada na fase de liquidação das obrigações. Recurso provido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos de AI n. 26.182/06, originários da 7ª Vara Cível da Comarca da Capital, em que figura como agravante [...] e agravado condomínio do edifício [...], acordam os Desembargadores da 17ª Câmara Cível do TJRJ, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. (...) interpôs agravo de instrumento à decisão proferida nos autos da ação de cobrança de cotas condominiais proposta por condomínio do edifício [...] que em juízo de retratação determinou o prosseguimento da execução, porque a cobrança diz respeito à obrigação *propter rem* e não se submete ao juízo universal da insolvência civil. Suscita em preliminar a nulidade da decisão agravada por falta de motivação. No mérito afirma que a decretação da insolvência importa na suspensão das execuções individuais, independente da natureza do crédito exequendo. O imóvel se tornou bem de família em função do decreto de insolvência, motivo porque incabível seja penhorado. Pede a reforma da decisão para determinar a extinção da execução individual e instaurar o juízo universal da insolvência civil, em consonância com o princípio da paridade de credores. Contrarrazões em prestígio à decisão recorrida. Dispensadas as informações. O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso. É o relatório. Rejeita-se a preliminar de nulidade da r. decisão agravada porque se reveste de suficiente fundamentação, ao contrário do que alega o agravante, ao considerar que a obrigação *propter rem* não se submete ao juízo universal da insolvência. A discussão afeta à impenhorabilidade do imóvel não está posta na r. decisão recorrida, de modo que impossível analisá-la nesta oportunidade. Aqui, cinge-se a controvérsia a definir se o decreto de insolvência civil provoca a atração das execuções propostas contra o insolvente. Nos termos do art. 751, III, do Código de Processo Civil, a insolvência civil do devedor deflagra processo de execução universal dos credores, sendo indispensável a observância do tratamento isonômico a fim de não ocorrer disparidade de tratamento entre eles. A execução individual privilegia os titulares dos créditos exequendos em detrimento dos demais e da própria massa, o que ofende o princípio da igualdade de tratamento entre os credores. Eventual preferência de credor somente deve ser

observada na fase de pagamento. Por outro lado, não se pode olvidar da natureza *propter rem* da obrigação relativa à cota condominial, o que significa considerá-la como encargo da massa. Porém, esta hipótese abrange apenas as cotas condominiais vencidas a partir da sentença de insolvência. A execução pelo crédito anterior à insolvência deve necessariamente seguir no juízo universal do insolvente, como disciplina o art. 762, § 1º, do Código de Processo Civil, o qual decidirá sobre o privilégio do agravado por força da natureza da obrigação. Nestes termos, dá-se provimento ao recurso para revogar a r. decisão recorrida e determinar a remessa da execução para o juízo universal da insolvência civil do agravante. (TJRJ, AI n. 2006.002.26182, rel. Des. Henrique de Andrade Figueira, 17ª Cam. Cível, j. 07.02.2007)

Art. 958. Os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais.

CC/1916: art. 1.557; CC/2002: arts. 1.361 e segs. e 1.419 e segs.

A preferência defere a determinado credor o recebimento de seu crédito antes dos demais de acordo com a natureza de sua obrigação. A preferência pode ser decorrente de privilégio ou de direito real. Considera-se privilégio o direito pessoal que o credor tem de ser pago antes dos demais pela qualidade de seu crédito, conferindo-lhe prioridade no recebimento. Já os direitos reais referidos neste artigo são os de garantia, como o penhor, a anticrese, a hipoteca e a alienação fiduciária. O STJ, nas Súmulas ns. 144 e 219, delimitou como créditos preferenciais os alimentícios e os decorrentes de serviços prestados à massa falida.

Jurisprudência: Insolvência civil. Instrumentalidade das formas. Confissão de dívida. Título executivo extrajudicial. Termo legal. Inaplicabilidade. Crédito especial. De conformidade com o art. 244 do CPC, quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade. De conformidade com o art. 585, inciso II, do CPC, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas é título executivo extrajudicial. Diferentemente do que ocorre na falência, não se fala em termo legal nos casos de insolvência civil, não se considerando ineficazes os atos anteriores à sua declaração, que não podem ser revogados, a menos que se encontre irregularidade suficiente para tanto na lei civil. O crédito constituído por contrato de depósito confere ao credor privilégio especial, que precede aos quirografários no quadro geral. Recurso provido. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.05.731370-2/001(1), 14ª Câmara Cível, rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, j. 09.07.2009, DJ 28.07.2009)

Execução. Arrematação. Hipoteca em favor de terceiro. Preferência. Suspensão de levantamento dos valores pelo credor-exequente. Art. 709, II, CPC. Não há impedimentos a que o terceiro manifeste a sua preferência derivada da garantia hipotecária, nos autos da execução proposta pela parte agravante, pois a preferência de direito material se sobrepõe à preferência de direito processual, nos termos da jurisprudência do STJ. A questão suscitada sobre a possível extinção da obrigação principal pela ocorrência de prescrição e decadência, obrigação, esta, que daria suporte ao direito real de garantia do terceiro, é matéria estranha à lide e deve ser abordada em ação própria, garantindo-se às partes envolvidas todos os direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório pertinentes. Quanto ao pedido de ressarcimento das despesas, uma vez mantida a decisão agravada, entendo que, em vista da ausência de pronunciamento pelo juízo recorrido sobre o fato, não pode esta relatoria manifestar-se, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Tenho como correta a decisão agravada porque respeita os ditames do art. 709, II, do CPC, cuja redação estabelece que o magistrado não autorizará o levantamento dos valores pelo credor, arrecadados pela alienação do bem, se houver

qualquer outro privilégio ou preferência, instituído anteriormente à penhora. (TRF, 4ª Região, AI n. 2006.040.001.26605, 3ª T., rei. Juíza Vânia Hack de Almeida, j. 28.11.2006)

Concurso de credores. Incidente no processo de execução alheio. Concurso que se resolve pelas preferências previstas no art. 711 do CPC. Prioridade do exequente, de ser pago em primeiro lugar, salvo credores com títulos legais de preferência (arts. 958 a 965 do Código Civil). Data da penhora, e não do registro, para a ordem de pagamento dos demais credores sobre o dinheiro restante, caso dos recorrentes. Anterioridade que também favorece o exequente, com base em arresto. Irrelevância se um dos agravantes, advogado constituído pelo outro, tem crédito de honorários, equiparáveis a alimentos, se não os executa em processo próprio e autônomo. Honorários como acessórios, cujo destino é o do principal. Agravo desprovido, com observação. (TJSP, AI n. 7.225.463.400, 12ª Câ. de Direito Privado, rel. Cerqueira Leite, j. 02.04.2008)

Agravo de instrumento. Ação de cobrança de cotas condominiais. Preferência do crédito hipotecário, a despeito da natureza *propter rem* da obrigação condominial. O crédito condominial não tem preferência sobre o crédito hipotecário, a despeito de constituir obrigação de natureza *propter rem*, haja vista que o crédito real (CC 961), porque direito real (CC 1.419), constitui título legal preferencial (CC 958). Recurso provido. (TJRJ, AI n. 2008.002.12130, 11ª Câ. Cível, rel. Des. José C. Figueiredo, j. 25.06.2008)

Hasta pública. Arrematação. Crédito preferencial. Hipoteca. Dever de exibir preço pelo arrematante. Penhorado imóvel gravado com hipoteca, na sua arrematação, tem o credor hipotecário a preferência sobre os créditos de natureza pessoal, inclusive do exequente, visto que tem a prioridade no recebimento de seu crédito. Em havendo pluralidade de exequentes, torna-se obrigatória a exibição do preço por quem arrematou o bem penhorado, porquanto através do depósito judicial é que se tornará possível a instauração do concurso de credores, se for o caso, sendo que a inobservância desse procedimento frustrará o suposto direito de preferência de terceiro, tornando inócuas as regras dos arts. 711 e 712 do Código de Processo Civil. (TJMG, Proc. n. 1.0528.06.001120-2/001, rel. Duarte de Paula, j. 26.09.2007)

Art. 959. Conservam seus respectivos direitos os credores, hipotecários ou privilegiados:

I - sobre o preço do seguro da coisa gravada com hipoteca ou privilégio, ou sobre a indenização devida, havendo responsável pela perda ou danificação da coisa;

II - sobre o valor da indenização, se a coisa obrigada a hipoteca ou privilégio for desapropriada.

CC/1916: art. 1.558.

Traz este artigo o direito do credor de sub-rogar-se no recebimento de qualquer importância referente a seguro ou indenização em razão de o bem hipotecado ou sob privilégio não mais servir como garantia. Portanto, a garantia primitiva será substituída pelo prêmio do seguro no caso de perda ou danificação da coisa, seja total seja parcial, decorrente ou não de fatos alheios à vontade do devedor ou por ele provocados. Pouco importa se o seguro foi feito pelo devedor ou pelo credor. Inexistindo seguro, sub-roga-se o credor no direito de ação, passando a ter legitimidade ativa para demandar em busca da indenização. No caso de desapropriação, igualmente sub-roga-se no recebimento do valor a ser pago pelo poder público, quer por ação, quer de qualquer outra forma.

Jurisprudência: Processo civil. Agravo de instrumento. Ação de desapropriação para fins de reforma agrária. Levantamento do valor das benfeitorias. Impossibilidade. Existência de credor hipotecário. A hipoteca, de acordo com o art. 1.474 do Código Civil, abrange todas as acessões e benfeitorias do imóvel, conservando o credor hipotecário seus direitos sobre o valor da indenização, se a coisa obrigada a hipoteca for desapropriada (CC, art. 959, II). (TRF, 1ª Região, AI n. 2006.010.000.78014, 3ª T., rel. Des. Tourinho Neto, j. 11.12.2006)

Processual civil. Agravo de instrumento. Desapropriação. Transferência de valores à Justiça do Trabalho. Não conhecimento. Banco do Brasil S.A. Credor hipotecário. Levantamento de parte da oferta. Existência de débitos tributários. Direito preferencial não oponível à Fazenda Pública. 1 - Não merece conhecimento o agravo na parte alusiva à transferência de valores para a Justiça do Trabalho, eis que tal pleito foi formulado a destempo. 2 - Os credores hipotecários possuem direito preferencial ao levantamento da parte que lhes cabe do *quantum* indenizatório. 3 - Conforme preconiza o art. 186 do CTN, "o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho". 4 - Agravo de instrumento improvido. (TRF, 1ª Região, AI n. 1999.010.010.13142, 4ª T., rel. Des. Carlos Olavo, j. 04.08.2004)

Art. 960. Nos casos a que se refere o artigo antecedente, o devedor do seguro, ou da indenização, exonera-se pagando sem oposição dos credores hipotecários ou privilegiados.

CC/1916: art. 1.559.

Aquele que for responsável pelo pagamento do seguro ou da indenização, sabendo dos direitos de credores, deverá consignar o valor para que se decida quem o receberá. Caso efetive o pagamento ao proprietário sem comunicar aos credores, será responsável por pagar novamente, ressalvado o direito de regresso. Mas, se os credores forem citados e não se manifestarem, estará o segurador exonerado de qualquer outra obrigação, haja vista a ausência de oposição do credor ao pagamento. Não havendo a consignação pelo devedor do seguro ou da indenização, o credor sub-roga-se no direito de ação, como mencionado no artigo anterior, demandando para receber o valor devido. Antes da ação do credor, é obrigação do devedor consignar o valor.

Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.

CC/1916: art. 1.560.

Este artigo estabelece a regra de preferência entre créditos, ou seja, determina a classificação ou a ordem a ser obedecida no momento da liquidação do débito. Em primeiro lugar temos os créditos que têm origem nas garantias reais, o penhor, a anticrese e a hipoteca, porém, pelo valor excedente dos bens dados em garantia, entrarão no rol dos quirografários. Nos casos de hipoteca e penhor prevalecerá a data da inscrição no Cartório de Registro de Imóveis para determinar qual deles tem preferência, exceto nos casos de créditos provenientes de acidente do trabalho, de direitos trabalhistas e os da Fazenda Pública, cuja preferência é absoluta. Os créditos especiais privilegiados preferem aos privilegiados gerais e quirografários justamente pela vinculação existente entre a coisa determinada e a dívida. Temos ainda os privilégios especiais

sobre móveis e imóveis, os primeiros estabelecidos no art. 964 do Código Civil e os outros nos arts. 959, 964, 1.422 e 1.442 do mesmo Código. Os privilégios gerais prevalecem sobre os quirografários, pois têm como determinante a causa da dívida (CC, art. 965).

No caso de falência, reservou o legislador aos credores que tenham bens indevidamente arrecadados pela massa, sua reivindicação, pela ação de restituição, haja vista não se tratar de credor do falido, mas de proprietário indevidamente afetado (Lei de Recuperação e Falências, arts. 85 a 93).

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Despesas de condomínio. Cobrança. Pedido de preferência dos débitos condominiais sobre os créditos decorrentes da hipoteca. Inadmissibilidade. Direito real que prefere ao pessoal de qualquer espécie, nos termos do art. 961 do Código Civil. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 992.090.711.342, 32ª Câmara. Dir. Privado, rel. Ruy Coppola, j. 03.09.2009, DJ 26.09.2009)

O crédito de honorários advocatícios goza de preferência geral, não preferindo destarte ao crédito trabalhista, que goza de preferência especial. (TJSP, AI n. 1.058.389.200, 28ª Câmara, 4º Grupo (Ext. 2º TAC), rel. Amaral Vieira, j. 03.10.2006, DJ 06.10.2006)

Agravo de instrumento. Despesas de condomínio. Cobrança. Credor hipotecário. Preferência. Prevalência do direito real sobre a obrigação *propter rem*: art. 961 do Código Civil. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, AI n. 1.113.898-0/8, 32ª Câmara, rel. Des. Francisco Occhiuto Junior, j. 30.08.2007)

Hasta pública. Arrematação. Crédito preferencial. Hipoteca. Dever de exhibir preço pelo arrematante. Penhorado imóvel gravado com hipoteca, na sua arrematação, tem o credor hipotecário a preferência sobre os créditos de natureza pessoal, inclusive do exequente, visto que tem a prioridade no recebimento de seu crédito. Em havendo pluralidade de exequentes, torna-se obrigatória a exibição do preço por quem arrematou o bem penhorado, porquanto através do depósito judicial é que se tornará possível a instauração do concurso de credores, se for o caso, sendo que a inobservância desse procedimento frustrará o suposto direito de preferência de terceiro, tornando inócuas as regras dos arts. 711 e 712 do Código de Processo Civil. (TJMG, Proc. n. 1.0528.06.001120-2/001, rel. Duarte de Paula, j. 26.09.2007)

Art. 962. Quando concorrerem aos mesmos bens, e por título igual, dois ou mais credores da mesma classe especialmente privilegiados, haverá entre eles rateio proporcional ao valor dos respectivos créditos, se o produto não bastar para o pagamento integral de todos.

CC/1916: art. 1.562.

Legislação correlata: art. 711, CPC.

O dispositivo trata da hipótese em que credores têm iguais direitos sobre o patrimônio do devedor, o que significa a inexistência de preferência legal de um sobre o outro dentro da mesma classe. Mas, quando a apuração de valores na liquidação dos bens não for suficiente para pagar todos os credores da mesma classe, a divisão será proporcional ao crédito de cada qual, salientando-se que serão todos inseridos na classe de quirografários, mesmo os com privilégio. A igualdade aqui referida diz respeito aos credores quirografários e o com privilégio especial e geral.

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Bens com diversas penhoras, oriundas de diferentes ações. Arrematação dos bens. Instauração de concurso de preferência e rateio sobre o produto da

arrematação, segundo a ordem de preferência dos credores. (TJMG, AI n. 1.0338.95.004949-8/001(1), 2ª Câ. Cível, rel. Des. Brandão Teixeira, j. 01.07.2008, DJ29.07.2009)

Ação anulatória de arrematação. Desrespeito ao direito material de preferência dos créditos trabalhistas. Ineficácia da alienação judicial quanto aos autores. Segundo o CPC, "concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora" (art. 711). A prelação de um credor hipotecário ou pignoratício sobre os bens gravados de um devedor não é atingida pela penhora de terceiro. Na execução, em havendo penhora a favor de diversos credores, observar-se-á, em primeiro lugar, a preferência de cada um, segundo o direito material, independentemente da ordem da penhora. A alienação judicial feita com desobediência ao direito material de preferência é ineficaz perante o detentor da preferência, mas permanece válida em relação a terceiros. (TJMG, Recurso n. 2.0000.00.348238-4/000, rel. Des. Wander Marotta, j. 17.10.2001)

Execução. Transferência de valores. Indisponibilidade de bens. O juiz autorizará que o credor levante, até a satisfação integral de seu crédito, o dinheiro depositado para segurar o juízo ou o produto dos bens alienados quando a execução for movida só a benefício do credor singular, titular do direito de preferência sobre os bens penhorados e alienados. Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações. Não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora. O decreto de indisponibilidade de bens não importa em constrição, equiparável ao arresto ou à penhora, senão em proibição de alienação, pelo devedor, de bens seus, em prejuízo dos credores. Decisão confirmada. (TJRJ, AI n. 2005.002.20227, 4ª Câ. Cível, rel. Des. Jair Pontes de Almeida, j. 30.05.2006)

Processo de execução. Arrematação. Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que primeiro penhorou, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora. Assim, a arrematação realizada nos autos da execução originária é válida e eficaz para todos os efeitos legais. Decisão reformada parcialmente. Agravo provido em parte. (TACRS, AI n. 197.140.809, 3ª Câ. Cível, rel. Gaspar Marques Batista, j. 22.10.1997)

Art. 963.0 privilégio especial só compreende os bens sujeitos, por expressa disposição de lei, ao pagamento do crédito que ele favorece; e o geral, todos os bens não sujeitos a crédito real nem a privilégio especial.

CC/1916: art. 1.565.

Este artigo delimita a extensão dos privilégios, não admitindo interpretação extensiva. Portanto, os privilégios especiais são aqueles determinados na lei (CC, art. 964), e excluídos os que têm origem em garantia real, o remanescente é privilégio geral, que assim se mantém em razão da causa da dívida, o que os difere dos quirografários.

Jurisprudência: Insolvência civil. Instrumentalidade das formas. Confissão de dívida. Título executivo extrajudicial. Termo legal. Inaplicabilidade. Crédito especial. De conformidade com o art. 244 do CPC, quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de

nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade. De conformidade com o art. 585, inciso II, do CPC, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas é título executivo extrajudicial. Diferentemente do que ocorre na falência, não se fala em termo legal nos casos de insolvência civil, não se considerando ineficazes os atos anteriores à sua declaração, que não podem ser revogados, a menos que se encontre irregularidade suficiente para tanto na lei civil. O crédito constituído por contrato de depósito confere ao credor privilégio especial, que precede aos quirografários no quadro geral. Recurso provido. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.05.731370-2/001(1), 14ª Câm. Cível, rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, j. 09.07.2009, DJ 28.07.2009)

Recurso especial. Falência. Crédito. Habilitação. Categoria. Honorários advocatícios. Privilégio geral. Art. 24 da Lei n. 8.906/94 c/c art. 102, § 3º, I, do Decreto-lei n. 7.661/45. Precedentes desta 4ª Turma. Recurso não conhecido. 1 - Determinava a antiga Lei de Ouebras (art. 102 do Decreto-lei n. 7.661/45), que os créditos privilegiados vinham subdivididos em duas categorias: privilégio especial e geral, sendo que aqueles precediam a estes, no ordem de pagamento; doutra parte, dispõe o art. 24 do Estatuto da Advocacia que "a decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial". 2 - A partir do princípio da isonomia, que deve reger todas as relações jurídicas, bem como por força de simples interpretação literal de ambas as normas sob exame, pode-se concluir que, ao estabelecer, o Estatuto da Advocacia, simplesmente o caráter privilegiado do crédito, afastou-o do rol dos créditos munidos de privilégio especial, incluindo-o junto aos de privilégio geral, como vem decidindo esta Turma julgadora. 3 - "Inobstante sejam, tal como os salários, contraprestação por serviços prestados, a lei não equiparou a verba advocatícia a salário" (REsp n. 550.389/RJ, DJ 14.03.2005). 4 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 612.923, 4ª T., rel. Min. Hélio Ouaglia Barbosa, j. 11.12.2007, DJ 11.02.2008)

Concordata preventiva. Pedido de habilitação de crédito. Nota de crédito comercial. Crédito com privilégio especial. Inadmissibilidade. Desprovimento do recurso. A nota de crédito comercial, apesar de não possuir garantia real, constitui crédito com privilégio especial, haja vista possuir garantias pessoais, pelo que não se sujeita à concordata preventiva, que somente obriga os credores quirografários. (TJMG, Proc. n. 1.0079.03.094144-1/001, rel. José Domingues Ferreira Esteves, j. 10.04.2007)

Ação de cobrança de cotas condominiais. Decisão que suspende a execução, determinando que o credor habilite o crédito perante a massa falida do devedor. Obrigação *propter rem*. Crédito que possui privilégio especial e que incidirá sobre a unidade imobiliária devedora. Decreto-lei n. 7.661/45, art. 102, II e Código Civil, arts. 963 e 964, IV. Provimento do recurso. (TJRJ, AI n. 2006.002.10943, 17ª Câm. Cível, rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere, j. 26.07.2006)

Art. 964. Têm privilégio especial:

I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação;

II - sobre a coisa salva, o credor por despesas de salvamento;

III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis;

IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento;

V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita;

VI - sobre as alfaías e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior;

VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição;

VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.

CC/1916: art 1.566.

O artigo, de forma expressa, indica os privilégios especiais, estando muitos de seus incisos voltados ao princípio da equidade. O credor de custas e despesas judiciais tem privilégio especial para receber o que desembolsou para promover a ação judicial, obtendo êxito no reconhecimento do seu crédito, não sendo justo que receba apenas o valor do seu crédito sem a devolução do que despendeu para obtê-lo; as despesas para salvar a coisa, retirando-a do perigo e mantendo a garantia, em proveito do credor, fazem aquele que despendeu o valor credor possuir privilégio especial, porque sem a sua ação a garantia desapareceria; as benfeitorias são consideradas necessárias quando destinadas à conservação do bem e úteis as que melhorem sua utilização, portanto aquele que as realizou deve ser indenizado, recebendo o que despendeu, sob pena de fazer valer o direito de retenção. Os demais credores não podem receber uma coisa valorizada sem ressarcir o benfeitor. Tal regra só não se aplica quando o imóvel estiver hipotecado, em razão da necessidade de registro; o credor de materiais, dinheiro ou serviço para a edificação, a reconstrução ou o melhoramento de prédio deve ser privilegiado porque contribuiu para a garantia, aumentando o valor da coisa; o credor de sementes, instrumentos e serviços agrícolas deve ser privilegiado, porque caso assim não fosse os demais credores estariam a se locupletar do trabalho alheio; alfaías são as roupas e os objetos de uso pessoal, servindo como forma de pagamento dos débitos de locação; o crédito fundado em contrato de edição é privilegiado pela proteção legal ao trabalho intelectual; o crédito por salários do trabalhador agrícola prefere a qualquer outro, mesmo aqueles oriundos de garantia real, como salientado no comentário ao art. 961, *supra*, por ter origem no direito trabalhista.

Jurisprudência: Condomínio. Crédito hipotecário. Preferência. Privilégio especial da dívida condominial. As despesas condominiais dizem respeito à manutenção e conservação da coisa e, por sua natureza *propter rem*, gozam de privilégio especial de preferência frente ao crédito hipotecário, na exegese dos arts. 1.566 e 1.564 do Código Civil de 1916 (CC/2002, art. 964, III). (TJSP, AI n. 992.090.775.014, 35ª Câm. Dir. Privado, rel. Clóvis Castelo, j. 21.09.2009, DJ 08.10.2009)

Civil e processual. Incidente de uniformização de jurisprudência. Faculdade reservada ao integrante do tribunal, não à parte. CPC, art. 476. Exegese. Crédito condominial. Preferência ao crédito hipotecário. Obrigação *propter rem*. I - O incidente de uniformização de jurisprudência é de iniciativa dos órgãos do tribunal, não da parte, ao teor da exegese dada ao art. 476 da lei adjetiva civil em precedentes do STJ. 11-0 crédito condominial tem preferência sobre o crédito hipotecário por constituir obrigação *propter rem*, constituído em função da utilização do próprio imóvel ou para evitar-lhe o perecimento. Precedentes da STJ. III - Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ, REsp n. 654.651, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 19.04.2007)

Processo civil. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Interesse recursal. Existência. Agravo de instrumento. Pedido de reforma. Art. 524, II, do CPC. Suspensão da execução. Reserva de crédito. Possibilidade. Execução hipotecária. Crédito rural. Superioridade do crédito trabalhista. "Não pode ser conhecido recurso que sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os embargos declaratórios são apelos de integração - não de substituição." (EDcl no REsp n. 9.770/Humberto). O interesse recursal está presente quando há possibilidade de proveito para o recorrente na reforma da decisão recorrida. O pedido de provimento do recurso equivale ao de reforma da decisão (CPC, art. 524, II). Na suspensão da execução (CPC, § 1º do art. 739), em que pese não ser o momento processual mais adequado, é possível a reserva de numerário destinado a futura satisfação de créditos trabalhistas em concurso de preferências (CPC, art. 711). O crédito trabalhista tem preferência sobre o crédito hipotecário, pois é, inclusive, mais forte que o crédito fiscal. O art. 186 do CTN coloca o crédito trabalhista em situação ainda mais privilegiada que os créditos fiscais, que, por sua vez, são superiores ao crédito hipotecário. É possível a cobrança de crédito trabalhista sobre bem dado em hipoteca para garantia de crédito rural. A vedação legal do art. 69 do Decreto-lei n. 167/67 não é absoluta. (STJ, REsp n. 236.553, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 22.02.2005)

Art. 965. Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor:

I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar;

II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa;

III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas;

IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte;

V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento;

VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior;

VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida;

VIII - os demais créditos de privilégio geral.

CC/1916: art. 1.569.

Excluídas as garantias reais e os privilégios especiais, remanescem os privilégios gerais enumerados neste artigo, cuja ordem deve ser seguida por expressa disposição no texto. O crédito por despesas de funeral tem origem nos gastos com o enterro e todos aqueles itens necessários para sua consecução, como flores, espaço no cemitério, dentre outros, mas sempre dentro das condições do falecido; o crédito por despesas judiciais é aquele inerente aos interesses dos credores, para conservação da coisa, advogados, etc.; o crédito por despesas de luto tem sentido humanitário na medida em que se expressa o pesar pela perda de ente querido, mas deve ser o gasto moderado; o crédito por despesas com doença de que faleceu o devedor é considerado privilegiado para evitar o abandono do doente. Inclui as despesas hospitalares, médicas, com remédio, exames e todas as necessárias à manutenção da vida da pessoa; o crédito com a manutenção do devedor falecido e de sua família também tem sentido humanitário e abrange as despesas com moradia, vestuário, alimentação e todas as que se fizeram necessárias à subsistência tanto do devedor falecido como da própria família, nos três

meses precedentes à sua morte; o crédito por impostos beneficia as Fazendas Públicas em todos os seus níveis, tendo como finalidade o interesse social, pelo qual a arrecadação permite à administração pública prestar os serviços a ela destinados, atendendo às necessidades da população. O Código Civil de 2002 diminuiu a proteção aos créditos fazendários; o crédito pelos salários dos empregados domésticos do devedor, nos seis meses anteriores ao seu falecimento, é privilegiado pela necessidade de subsistência do próprio empregado e de sua família, tendo como fundamento os serviços prestados ao falecido enquanto doente. Incluem-se nesse rol a cozinheira, o motorista, a arrumadeira, ou qualquer pessoa que tenha prestado serviços com frequência determinada ao falecido; consideram-se créditos com privilégio geral outros a que a lei expressamente atribua tal condição.

Apesar da repetição do dispositivo do Código Civil de 1916, não se pode deixar de salientar que a Lei de Recuperação e Falências (Lei n. 11.101/2005) estabeleceu nova relação de preferência, dando como absoluta as relativas aos créditos resultantes de salários e indenizações trabalhistas (art. 83,1). Embora não seja um entendimento uniforme, alguns doutrinadores entendem que as preferências trabalhistas e fiscais devem ser aplicadas à insolvência civil. Pode-se apontar como regra de classificação dos créditos para a insolvência civil: os resultantes de salário e indenizações trabalhistas; os tributários da União, Estados e Municípios; os parafiscais (INSS, PIS, FGTS, etc.); os com garantia real; os com privilégios especiais; os com privilégios gerais; e os quirografários.

Jurisprudência: Habilitação de crédito. Falência. Honorários advocatícios. Não estando expresso no art. 24 do Estatuto dos Advogados que os honorários constituem crédito especial, devem eles ser considerados como tendo privilégio geral. Precedentes desta corte. Provisamento do recurso. (TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.07236, 2ª Câm. Cível, rel. Des. Leila Mariano, j. 21.03.2007)

Agravo de instrumento. Ação de falência. Custas processuais. Crédito de privilegiado geral. Inteligência do art. 965 do Código Civil. Recurso conhecido e provido. 1 - O pagamento das custas processuais não pode ser realizado simultaneamente ao crédito trabalhista, conforme estabelece o art. 965 do Código Civil. É que os créditos por custas ou despesas judiciais gozam de privilégio geral e não de privilégio especial. 2 - Recurso conhecido e provido. (TJPR, AI n. 0391161-5, 18ª Câm. Cível, rel. Cláudio de Andrade, j. 06.06.2007)

Falimentar. Crédito parafiscal. Senai. Natureza e modo de cobrança na falência. Como a natureza da garantia atribuída ao crédito parafiscal não altera a natureza deste e nem a da obrigação a quem corresponda, tanto menos importa renúncia do credor ao título legal de preferência (art. 958 do Código Civil), a adoção de um rito processual por outro para cobrá-lo. No concurso falimentar o crédito parafiscal constitui "encargo da Massa" (art. 188, Código Tributário Nacional). Sujeitando-se o credor ao concurso, neste caso, concorre com seu crédito qualificado como "privilégio geral" (art. 102, III e § 3º, Decreto-lei n. 7.661/45, e art. 965, VI, Código Civil). Recurso provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.006.437.388, 5ª Câm. Cível, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 04.09.2003)

Habilitação de crédito em falência. Crédito decorrente de sentença condenatória, por falecimento em acidente de trânsito. Não contemplando a lei falimentar ou civil os alimentos, não gozam eles de privilégio. Privilégio geral, porém, das despesas de funeral. Aplicação do art. 1.569, I, do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 965, I, do Código Civil vigente. Recurso em parte provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.006.902.480, 6ª Câm. Cível, rel. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. 17.12.2003)

LIVRO II DO DIREITO DE EMPRESA

TÍTULO I DO EMPRESÁRIO

CAPÍTULO I DA CARACTERIZAÇÃO E DA INSCRIÇÃO

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil de 2002 reorganizou, no âmbito do direito privado, a legislação nacional, condensando vasto número de normas extravagantes e esparsas, mas, principalmente, procurou ultrapassar as barreiras criadas pela galopante pormenorização e particularização de suas normas e propôs fosse englobado, num único diploma, em conjunto, o direito comum, isto é, o direito civil, e parcela do mais relevante dos ramos especializados, o direito comercial. Foi promovida, frise-se, uma unificação formal puramente do direito privado.

O direito comercial pode ser conceituado como o complexo de normas regradoras das operações econômicas privadas que visem à produção e à circulação de bens, por meio de atos exercidos em caráter profissional e habitual, com o fim de obtenção de lucro.

Se bem que toda a disciplina das obrigações já tenha assimilado regras antes próprias à atividade mercantil, deixando de lado aquelas totalmente desgastadas e despidas, no mundo de hoje, de praticidade, tal unificação apresentará, sem dúvida, grandes dificuldades, dada a divergência de metodologia entre as duas disciplinas enfocadas. O direito comercial é dedutivo, de índole cosmopolita e ligado à celebração massificada de negócios. Suas regras são estratificadas a partir do surgimento concreto de questões geradas pela contínua atividade negocial, e não como derivação de concepções abstratas, sendo marcadas pela onerosidade e direcionadas para a reprodução profissional e seriada. Suas normas renovam-se incessantemente, com acelerado dinamismo, sempre tendendo para a internacionalização, vinculadas às alterações das formas de produção e acumulação capitalista, sistema que provocou o nascimento do direito comercial e ao qual continua umbilicalmente ligado. Tais características, à evidência, não estão presentes no direito civil e tornam necessário, como o advento do presente diploma, um exercício continuado de compatibilização e concreção das novas regras positivadas.

Nesse sentido, a empresa surge como principal foco de análise para a incidência do direito comercial. Trata-se da figura dominante da terceira fase evolutiva desse ramo especial do direito privado, superando o sujeito de direito designado como destinatário das normas, o mercador ou comerciante associado a corporações, e o conteúdo pontual de atos ou negócios jurídicos profissionalmente celebrados, os chamados atos de comércio. A empresa é uma organização de pessoas, bens e atos voltada para a produção e circulação de mercadorias ou serviços destinados ao mercado, com o fim de lucro e sob a iniciativa e o comando de dado sujeito de direito, o empresário. Ela constitui uma estrutura econômica complexa, formada pela reunião e disposição racional de elementos totalmente heterogêneos, cuja concepção está identificada com a criação de formas extremamente intensivas de emprego do capital,

isto é, com o capitalismo pós-industrial ou financeiro, não se enquadrando perfeitamente em qualquer das categorias fundamentais da teoria geral do Direito, mas congregando elementos próprios a várias delas.

Desde sua estratificação no Código Civil italiano de 1942 (art. 2.082), a ausência de traços uniformes e simplificados chama a atenção dos estudiosos que buscam delimitar o conceito de empresa. De início, visões fragmentadas surgiram e, num segundo momento, visando a sua superação, Alberto Asquini pregou que fosse efetivado o estudo mediante a identificação de quatro perfis complementares entre si:

a) perfil subjetivo, correspondente ao sujeito de direito gestor da empresa, que modela, segundo suas declarações de vontade, toda a empresa, dando-lhe vida;

b) perfil funcional, composto de todos os atos jurídicos em sentido lato concretizados pelo empresário, com caráter profissional e sempre encadeados, formando um todo uno, uma atividade voltada para o mercado e para a obtenção de lucro;

c) perfil patrimonial, relativo ao conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, organizados e dispostos racionalmente para a execução da atividade própria à empresa, formando uma universalidade conhecida como estabelecimento empresarial;

d) perfil corporativo, englobando todos os indivíduos que, por meio de contratações, gravitam e interagem com a empresa, contribuindo, direta ou indiretamente, para a realização de sua atividade na qualidade de empregados ou de auxiliares do empresário.

Em todo caso, destacada a empresa como traço essencial para a incidência das normas de direito comercial, os princípios atinentes a tal disciplina não são alterados, mas há mais que mera alteração de nomenclatura, visto ser obtida a imediata ampliação da incidência das normas especiais, abarcando a atividade profissional de prestação de serviços, bem como as formas de atuação derivadas da circulação de direitos incidentes sobre imóveis e de sua utilização como insumo na produção. O presente artigo, tomando como modelo o referido Código italiano de 1942, não se refere, porém, à empresa, mas, sim, a seus perfis, num primeiro plano, ao empresário. A empresa, em si mesma, não tem personalidade jurídica, de maneira que uma pessoa, o empresário, manifesta sua vontade e comanda toda a atividade empresarial, assumindo obrigações e auferindo créditos. Esse sujeito de direito ostenta como características primordiais a iniciativa e o risco. É ele quem cria e gerencia toda a atividade empresarial, ditando, conforme suas decisões, seu desenvolvimento e o sucesso ou o insucesso resultante, com o qual arcará, suportando os ônus dos prejuízos e as benesses derivadas dos lucros. Sua atuação é sempre vinculada a um mercado, concebendo, organizando e gerenciando continuamente a produção e a circulação de bens, assumindo tanto a forma de pessoa física quanto a de jurídica. Distingue-se, então, o empresário individual (pessoa física), tratado no presente título do Código, do empresário coletivo (pessoa jurídica). O conceito de empresário apresenta uma amplitude muito maior que o de comerciante, peculiar à legislação revogada. Todos os comerciantes são empresários, mas nem todos os empresários são comerciantes. Incluem-se aqui aqueles que exercem a atividade de prestação de serviços e de natureza rural, ou seja, agrícola ou pecuária, que não se enquadravam como comerciantes. O exercício de profissão intelectual, no entanto, como é o caso dos advogados, médicos, engenheiros, arquitetos, artistas plásticos, literatos ou músicos, isto é, dos profissionais liberais, não qualifica, em regra, uma pessoa como empresário, mesmo que seja ela assessorada por outras pessoas (auxiliares e colaboradores). Apenas quando sua atuação se voltar para o mercado, colocando, indistinta e massificadamente, os serviços prestados à disposição do público e formando uma estrutura própria para tanto, tal profissional, por exceção, se qualificará como empresário.

Jurisprudência: 1 - O Código Civil de 2002 provocou um alargamento, a partir da adoção dos conceitos de empresário e de empresa, da incidência das normas relativas à disciplina do comerciante. Ressalta-se, desde logo, o reconhecimento do prestador de serviços como empre-

sário e, por isso, passível de ter sua falência requerida e decretada (TJSP, Ap. n. 339.602-4/0-00, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 26.10.2004; TJSP, Ap. n. 311.752-4/9-00, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Munhoz Soares, j. 01.07.2004; TJSP, Ap. n. 316.478-4/4-00, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Alexandre Germano, j. 02.12.2003) ou caracterizado como devedor de contribuições já estatuídas em razão da prática de atos próprios a um comerciante (STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 794.070/PR, 1ª T, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2006), bem como a exigência da prática de atos onerosos, isto é, da busca do lucro, como um de seus elementos essenciais (STJ, REsp n. 623.367, 2ª T, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09.08.2004). 2-0 empresário individual assume sempre responsabilidade ilimitada pelas dívidas assumidas em razão do exercício da atividade empresarial, respondendo com seus bens particulares perante os credores. (TJSP, AI n. 2003.002.23256, 16ª Câm. Cível, rel. Des. Luisa Bottel Souza, j. 01.06.2004)

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 2º, 32 e 43, Lei n. 8.934, de 18.11.1994.

Foi estabelecida a necessidade de prévia inscrição nos órgãos do Registro Público de Empresas Mercantis como requisito imprescindível à atuação regular do empresário. O art. 4º (revogado) do antigo Código Comercial já previa, quanto ao comerciante, tal dever, tendo ocorrido sua simples extensão a todo e qualquer empresário. O registro de empresas constitui um sistema de assentamentos escritos e destinados a garantir a conservação e a total publicidade dos atos de constituição, transformação e extinção do empresário individual ou coletivo, mantido por órgãos estatais com atribuição específica. A inscrição, ou seja, a formulação dos assentamentos registrários sob uma de suas fórmulas características, pretende dar conhecimento irrestrito aos predicados mais importantes e básicos do empresário, para que qualquer interessado, seja qual for o motivo, possa agir, celebrando negócios ou estabelecendo relações das mais diversas, com segurança acrescida, derivada das informações divulgadas.

O Registro Público de Empresas Mercantis é organizado e regulado pela Lei federal n. 8.934/94, que prevê a formação de um sistema nacional, contando, em sua estrutura, com o Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC e com as Juntas Comerciais. Estas, sediadas na capital de cada um dos estados federados, mantêm direto contato com o público e, em virtude de sua atribuição primária e fundamental, realizam, um a um, os atos de registro (arquivamento e matrícula), conferindo publicidade, por meio da expedição de certidões, a seus assentamentos, podendo, nas localidades de maior importância, estabelecer sucursais, para a captação e o processamento de pedidos de registro. O DNRC, por sua vez, constitui um órgão central, vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, cuja função é supervisionar e uniformizar, mediante específica normatização, a atividade de todas as Juntas Comerciais. Ao empresário cabe, portanto, dirigir-se à Junta Comercial de seu estado de origem, onde pretende manter a sede de sua atividade, para promover sua inscrição, sempre como preparação para o exercício da empresa, sob pena de suportar todas as consequências da consolidação de uma situação de irregularidade. Sem o registro, o empresário não poderá requerer a recuperação de empresas e se beneficiar do favor legal e se submeterá à impossibilidade de ser enquadrado como microempresário, ou de participar de licitações e contratações públicas, ou, ainda, de ser cadastrado como contribuinte pelo Fisco ou pela seguridade social. Ressalte-se, por fim, haver compatibilidade entre as regras constantes do presente Código e da Lei n. 8.934/94, pois, enquanto o Código Civil fornece um tratamento genérico e mínimo ao Registro Público de Empresas Mercantis, a

legislação esparsa, editada com o fito de proporcionar um tratamento detalhado da matéria, especifica as fórmulas utilizadas na prática dos atos de registro.

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;

II - a firma, com a respectiva assinatura autógrafo;

III - o capital;

IV - o objeto e a sede da empresa.

§ 1º Com as indicações estabelecidas neste artigo, a inscrição será tomada por termo no livro próprio do Registro Público de Empresas Mercantis, e obedecerá a número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos.

§ 2º À margem da inscrição, e com as mesmas formalidades, serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes.

§ 3º Caso venha a admitir sócios, o empresário individual poderá solicitar ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária, observado, no que couber, o disposto nos arts.

1.113 a 1.115 deste Código.

Parágrafo acrescentado pela Lei Complementar n. 128, de 19.12.2008.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 35 a 37, Lei n. 8.934, de 18.11.1994.

No Registro Público de Empresas Mercantis, vigora o princípio da instância, de maneira que os atos de registro dependem, para sua consecução, de um pedido formulado pelo interessado e devidamente instruído, vedada a atuação *ex officio* dos órgãos da Administração pública. Tratou, assim, o legislador de estabelecer, genericamente, os requisitos do requerimento escrito imprescindível à prática do ato de registro do empresário individual (pessoa física), ou seja, de sua inscrição, realizada, hoje, sob a forma de arquivamento (art. 32, inciso II, da Lei n. 8.934/94). Cabe, portanto, àquele que pretende adquirir a qualidade de empresário, apresentar uma petição dirigida ao órgão encarregado de promover seu registro, contendo: A) Seu nome civil, sua nacionalidade, seu domicílio, seu estado civil e, se casado, o regime de bens adotado, ou seja, todos os dados qualificativos capazes de individualizá-lo e distingui-lo de qualquer outra pessoa. B) Sua firma individual, isto é, o nome empresarial postulado, formado pela composição de seu nome civil completo ou abreviado com a identificação do ramo empresarial escolhido e derivado de seu objeto, para uso quando do exercício da atividade de empresa. C) Seu capital, correspondente ao conjunto de bens destinado à realização da produção ou circulação de bens e destacado de seu patrimônio. D) O objeto escolhido, correspondente à atividade-fim eleita para ser empreendida e concretizada. E) A sede da empresa, ou seja, o local físico onde restará instalado o núcleo principal de sua atividade. Apresentado tal requerimento, a inscrição será concretizada sob a forma de arquivamento, desde que estejam, simultaneamente, atendidos os requisitos expostos no art. 37 da Lei n. 8.934/94, que estabelece como será instruído o pedido do empresário individual, exigindo a apresentação de um instrumento original, a ser firmado pelo próprio requerente ou por representante com poderes especiais, e de uma declaração da ausência de impedimentos e proibições para o exercício da atividade empresarial. Para cada inscrição, um número de ordem exclusivo e contínuo será fornecido pela Junta Comercial respectiva. Quaisquer modificações de qualquer um dos dados informativos elencados nos quatro incisos do presente artigo devem, necessariamente, ser levadas a registro, mediante averbação, alterando e acres-

cendo a inscrição pretérita» devendo, inclusive, tal ato ser realizado, nos termos do art. 38 da Lei n. 8.934/94, sob a forma de arquivamento. A disciplina separada da inscrição do empresário individual justifica-se frente à grande quantidade em atividade no Brasil, porquanto, segundo as informações disponibilizadas pelo DNRC, entre 1985 e 2001, as firmas individuais registradas somaram 4.126.028, isto é, mais da metade dos atos de registro realizados.

Com a edição da Lei Complementar n. 128, de 19 de dezembro de 2008, foi acrescido o § 3º ao presente artigo, possibilitando a conversão do empresário individual em coletivo. Assim, um determinado empresário individual ostenta a possibilidade de, celebrado contrato de sociedade, ajustar, em continuação, uma ampla sucessão em todos os direitos e deveres, efetivando-se uma transformação formal e substancial. Da atuação isolada de uma pessoa física, conjuga-se todo um feixe de relações já estabelecidas. É elaborado um instrumento de contrato social, com o preenchimento de todos os requisitos previstos no art. 997 adiante examinado, o qual é submetido a registro, mediante arquivamento, na mesma Junta Comercial em que foram mantidos os assentamentos relativos ao empresário individual primitivo. O procedimento representa, até certo ponto, o reverso daquele previsto no parágrafo único do art. 1.033, cabendo ressaltar, quanto à responsabilidade pelas obrigações pretéritas, constituídas antes da transformação, responder diretamente o antigo empresário individual, agora convertido em um dos sócios, por aplicação analógica do *caput* do art. 1.115.

Art. 969. O empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária.

Parágrafo único. Em qualquer caso, a constituição do estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede.

CC/1916: sem correspondente.

As Juntas Comerciais estão organizadas de maneira estanque, em cada unidade federativa, sem que persista, observada a atual organização do Registro Público de Empresas Mercantis, um entrelaçamento dos dados constantes nos registros de cada uma delas. Deriva daí a necessidade da realização de novo ato registrário, este capaz de transpor, de uma Junta Comercial para outra, as informações relativas a dado empresário, promovendo sua divulgação sempre que ele instalar um dos chamados “estabelecimentos secundários”, seja sob a forma de filial, destinada à expansão da atividade já desenvolvida, seja sob a forma de uma simples sucursal ou agência, com a função de mera coleta de pedidos. Todo o constante da inscrição originária, feita, hoje, sob a forma de arquivamento, será reproduzido mediante a elaboração de novo ato de registro, concretizador da necessária transposição de dados. Para a prática do novo ato, torna-se imperiosa a exibição das certidões extraídas do precedente registro e emitidas pela Junta Comercial de origem, bem como, após a prática do ato, a cientificação dessa mesma junta, para a efetivação de arquivamento aditivo, persistindo a referência imprópria do texto legal a uma averbação.

Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 170, IX, e 179, CF.

O presente artigo contém norma de caráter programático, editada em perfeita correspondência com dois preceitos constitucionais específicos. O inciso IX do art. 170 da Constituição da República elegeu como um dos princípios básicos da ordem econômica o de fornecer tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, desde que sejam constituídas de conformidade com a legislação nacional e mantenham sua sede e administração no território brasileiro. O art. 185, parágrafo único, da Carta Magna, também, de maneira genérica, preconizou tratamento legal especial para a propriedade rural produtiva. Em atendimento ao primeiro preceito constitucional, foi editada a Lei Complementar n. 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que revogou a Lei n. 9.841/99, estabelecendo novos parâmetros de definição, adotando o mesmo critério já cristalizado. Tomando como critério a renda bruta anual auferida, isto é, o faturamento anual, a LC n. 123/2006 qualificou, em seus arts. 3º e 68, como pequeno empresário, o empresário individual (pessoa física) que auferir renda bruta anual de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais); como microempresa, a pessoa jurídica com receita bruta de até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); como empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica com receita bruta superior à quantia antes estabelecida e inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). Foram propostos regimes tributário, previdenciário e trabalhista simplificados e apoio creditício para o exercício de suas atividades. Estabelecidas várias exceções com o fim de evitar um rompimento com os propósitos ditados pelo constituinte, afastando, por exemplo, as sociedades por ações ou subsidiárias de outras da incidência do regramento especial; os limites de enquadramento são reavaliados periodicamente, inclusive considerada uma proporção mensal (§ 10 do referido art. 3º), permitindo-se, para o arquivamento de atos constitutivos e suas alterações, a substituição de certidões relativas a antecedentes criminais por simples declaração da inexistência de impedimento ao exercício da atividade empresária e dispensando-se a prova de quitação de débitos fiscais ou parafiscais (arts. 8º a 10). A Lei n. 8.171/91, por sua vez, teve como finalidade, ao fixar os princípios da política agrícola, atender ao segundo preceito constitucional citado, enquanto, no âmbito previdenciário, a Lei n. 10.256/2001 forneceu tratamento diferenciado aos empregadores rurais. Seja para os pequenos empresários, enquadrados numa das duas categorias definidas pela Lei n. 9.841/99, seja para os empresários rurais, preconizam-se, portanto, simplificação dos procedimentos necessários ao implemento de sua inscrição e tratamento diferenciado quanto aos efeitos decorrentes desse mesmo ato de registro. O texto legal, no entanto, não contempla um comando de imediata aplicação, dependendo, por meio da legislação extravagante, de explicitação.

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

CC/1916: sem correspondente.

Entende-se, aqui, como atividade rural aquela correspondente a uma sucessão encadeada e organizada de atos, cuja consecução se efetua por meio da agricultura, da pecuária, do extrativismo, resultantes na produção e circulação de bens destinados ao mercado. O conceito resguarda economicidade, pois não se trata, aqui, simplesmente da atividade desenvolvida fora da zona urbana, ou seja, rústica, mas daquela peculiar ao campo. Nesse sentido, o presente artigo provoca claro alargamento dos limites do direito comercial e um rompimento com vários dos conceitos antes vigentes. O direito comercial nasceu na Baixa Idade Média e depois se desenvolveu como um ramo privatístico especial, em razão da necessidade dos mer-

cadadores de afastarem a incidência de normas próprias ao direito comum, atreladas a fórmulas primárias de produção e incompatíveis com a incessante busca do lucro e a realização de empreendimentos de escala. Por isso a atividade rural, efetivada, inicialmente, sob regime feudal, vinculada à terra e desfocada da circulação da riqueza móvel, sempre foi excluída do âmbito do direito comercial.

Pretende-se, agora, mesmo que parcialmente, remodelar a disciplina de tal atividade. Desde que estejam reunidos todos os elementos caracterizadores da empresa, a pessoa física ou jurídica, de quem emana a vontade criadora e dirigente da produção e circulação de bens oriundos da atividade rural, enquadra-se como empresário e ostenta a faculdade de se equiparar a todos os demais empresários, recebendo idêntico tratamento jurídico. Para tanto, basta que seja efetuado um ato de registro perante a Junta Comercial com atribuição específica sobre o local da sede eleita, cumprindo-se, no caso do empresário individual, o disposto no já examinado art. 968. Efetuada a inscrição, o empresário rural é aquinhado com todos os benefícios e assume todos os deveres comuns aos empresários, tais como previstos nas normas componentes do direito comercial, excluindo a incidência daquelas incluídas no direito comum, o direito civil.

CAPÍTULO II DA CAPACIDADE

Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art 1º *{revogado}*, Código Comercial.

A aptidão para o exercício da atividade empresarial, no que diz respeito ao empresário individual, decorre da conjugação seqüencial de dois requisitos essenciais. Em um primeiro plano, resta necessário que a pessoa física seja plenamente capaz, isto é, tendo adquirido a capacidade de direito por meio do nascimento com vida, e não permaneça enquadrada, quanto à capacidade de gozo ou de fato, em quaisquer das hipóteses elencadas nos arts. 3º ou 4º deste Código, emitindo sua vontade sem obstáculos, de modo livre e consciente. Duas situações, aqui, chamam atenção. O inciso V do art. 5º manteve a emancipação decorrente da manutenção de estabelecimento com economia própria, tal qual previsto no Código de 1916 (art. 9º, § 1º, V), com o fim de evitar possa o menor, maliciosamente, se beneficiar das regras de proteção próprias ao incapaz, mas o puro e simples exercício da atividade faz surgir apenas o “empresário de fato”, sendo imprescindível a formal emancipação para que o menor possa regularmente obter sua prévia inscrição, tornando-se “empresário de direito”. Há, por outro lado, a possibilidade da perda da capacidade de gozo, em razão de circunstâncias supervenientes, o que, por certo, na prática, gera grandes embaraços, mas que, agora, foi objeto de tratamento legislativo específico, no art. 973. Num segundo plano, é necessário seja a pessoa desimpedida, isto é, não seja, em razão de sua condição profissional ou pessoal, proibida do exercício da atividade empresarial, tendo o Código Civil de 2002 deixado para o âmbito da legislação extravagante sua pormenorização. Entre os impedidos incluem-se os magistrados (art. 36 da Lei Complementar n. 35/79), os membros do Ministério Público (art. 44 da Lei n. 8.625/93), os servidores públicos civis e militares, os estrangeiros não residentes no Brasil (arts. 98 e 99 da Lei n. 6.815/80) e, até julgadas extintas suas obrigações ou quando condenados por crime falimentar, os falidos.

Art. 973. A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas.

CC/1916: sem correspondente.

Mesmo ostentando capacidade civil plena, um indivíduo pode não apresentar a específica aptidão para o exercício da atividade empresarial, isto é, para ser empresário, em razão de sua condição profissional ou pessoal. Nesse caso, é preciso levar em consideração a hipótese de uma pessoa impedida manter, concretamente, a produção ou a circulação de mercadorias ou serviços destinados ao mercado. Estará caracterizada, então, uma situação de ilicitude, mas, mesmo assim, os atos praticados deverão ser considerados válidos e plenamente eficazes, vinculando o patrimônio de seu autor, o impedido, de maneira a não poder ele colher, diante de terceiros, qualquer benefício do voluntário e malicioso descumprimento da proibição inserida nas normas legais. Não pode o impedido, para se desonerar, alegar o impedimento em seu favor, subsistindo toda responsabilidade peculiar e decorrente dos negócios jurídicos celebrados, de acordo com sua exata concepção. Ademais, consumado um ilícito, conforme a natureza do impedimento violado, subsistirão consequências de natureza penal ou administrativa, as quais deverão ser suportadas pessoalmente pelo impedido, que, indevidamente, assumiu a posição de empresário.

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

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

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

CC/1916: sem correspondente.

As questões relativas à incapacidade superveniente do empresário individual, bem como de sua sucessão *causa mortis* em favor de incapaz, deixadas de lado na legislação pretérita, são, no atual Código, objeto de disciplina específica, cuja finalidade precípua é viabilizar a continuidade da empresa, desvinculando a manutenção e o desenvolvimento da atividade empresarial da situação pessoal de dado indivíduo, em benefício de todos que gravitam, com maior ou menor grau de dependência, em torno da complexa estrutura formada. Nas hipóteses propostas, de incapacidade superveniente ou sucessão *causa mortis*, o absolutamente incapaz (art. 3º do CC), por meio de representante, e o relativamente incapaz (art. 4º do CC), devidamente assistido, podem, portanto, prosseguir no exercício da atividade empresarial. Essa continuidade depende da obtenção de autorização judicial concreta. Trata-se de um requisito primordial, sendo imperiosa a conjugação com as normas protetivas ou restritivas próprias ao exercício da tutela ou da curatela e à administração de filhos menores (arts. 1.689 a 1.693, 1.745 a 1.748 e 1.781 do CC). Feito requerimento pelo pai, tutor ou curador, mediante decisão fundamentada, o pedido de continuação será deferido ou não, devendo o juiz, então, efetuar uma análise de conveniência e oportunidade, sopesando os riscos do ramo empresarial exercido e os benefícios potenciais auferidos pelo incapaz e, também, por toda a coletividade

de terceiros interessados. A autorização será sempre instrumentalizada por um alvará e pode ser condicionada à prestação de caução, ostentando caráter de precariedade, uma vez que, como esclarece o § 1º, revogável a qualquer tempo, por nova decisão judicial fundamentada, alterada a conjuntura que a houver motivado, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito. Em todo caso, a revogação não prejudicará jamais os direitos adquiridos por terceiros, imprescindível à liquidação dos negócios pendentes. Ademais, o legislador teve a preocupação de criar um patrimônio de afetação, circunscrevendo a responsabilidade patrimonial do incapaz a determinados bens, ou seja, àqueles vinculados ao próprio exercício da empresa, salvaguardados aqueles adquiridos antes da sucessão em favor do herdeiro incapaz ou antes da interdição do empresário individual e sem utilização empresarial. Tal fato deve, obrigatoriamente, constar do alvará expedido, recomendando-se seja feito um arrolamento de todos os bens excluídos da responsabilidade derivada do exercício da empresa.

Art. 975. Se o representante ou assistente do incapaz for pessoa que, por disposição de lei, não puder exercer atividade de empresário, nomeará, com a aprovação do juiz, um ou mais gerentes.

§ 1º Do mesmo modo será nomeado gerente em todos os casos em que o juiz entender ser conveniente.

§ 2º A aprovação do juiz não exime o representante ou assistente do menor ou do interdito da responsabilidade pelos atos dos gerentes nomeados.

CC/1916: sem correspondente.

Considerada a hipótese consignada no artigo imediatamente antecedente, de exercício da empresa por parte de incapaz, é conjugada a possibilidade de o representante ou assistente (pai, tutor ou curador) ser impedido do exercício da atividade empresarial e, portanto, sob pena da configuração de ilícito, não poder, concretamente, agir como dirigente da produção ou da circulação de bens e serviços. Nesse caso, o próprio representante ou assistente deverá deixar de atuar diretamente, designando um ou mais profissionais encarregados da efetiva administração da empresa, chamados gerentes. Estes gerentes exercem sua função em caráter precário, por meio de celebração de contrato e sempre mediante aprovação judicial individualizada, concedida para cada qual tendo em conta o exame de sua idoneidade e qualificação técnica. O juiz pode, também, mesmo descaracterizada a hipótese de impedimento, compelir o representante ou o assistente a nomear gerentes, considerada a conveniência técnica ou gerencial concreta. De qualquer forma, os gerentes, frise-se, são escolhidos pelo representante ou assistente do incapaz e são eles os responsáveis *in eligendo* pelos atos praticados por tais administradores, conferido ao juiz um poder de veto, a fim de impedir a contratação de pessoas tidas como inidôneas.

Art. 976. A prova da emancipação e da autorização do incapaz, nos casos do art. 974, e a de eventual revogação desta serão inscritas ou averbadas no Registro Público de Empresas Mercantis.

Parágrafo único. O uso da nova firma caberá, conforme o caso, ao gerente; ou ao representante do incapaz; ou a este, quando puder ser autorizado.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 1º, item 4 (*revogado*), Código Comercial.

Visando ao regular exercício da atividade empresarial, o incapaz, se menor, não tendo atingido ainda os dezoito anos de idade, deverá obter sua emancipação, ganhando plena capacidade ou, em todos os casos, pelo menos, uma autorização judicial, quando, então, os pais ou o tutor, respaldados na decisão prevista no art. 974, atuarão em nome e por conta do incapaz ou, simplesmente, assisti-lo-ão quando da celebração de cada negócio jurídico. Em qualquer das duas hipóteses, dada sua gravidade, exige-se a documentação escrita. Se efetivada a emancipação, em correspondência com o inciso 1 do parágrafo único do art. 5º, a certidão extraída do instrumento público firmado pelos pais, da decisão judicial, do assento de casamento ou relativa à colação de grau em curso de ensino superior deverá ser apresentada à Junta Comercial competente, visando a seu arquivamento, de modo a atestar, totalmente, a plena capacidade civil. Se concedida autorização lastreada no art. 974, a certidão da decisão autorizativa será, da mesma forma, levada ao órgão de registro público das empresas mercantis, assim como, diante da precariedade de sua natureza, a mesma documentação decorrente de sua eventual revogação. Efetivada a inscrição do incapaz, a firma, como demonstração da vinculação efetiva quando da celebração dos negócios jurídicos, será utilizada pelo representante do incapaz ou pelo gerente designado e, excepcionalmente, pelo próprio incapaz, desde que sua incapacidade não seja absoluta, mediante autorização específica, concreta e pontual de seu responsável, materializada, também, em documento escrito.

Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

CC/1916: sem correspondente.

O presente artigo encontra-se deslocado, visto não conter regras próprias ao empresário individual, mas, isso sim, à validade da contratação de sociedade para a formação do empresário coletivo quando os sócios se qualificarem como cônjuges. Os sócios não são empresários e as regras gerais acerca da contratação da sociedade constam dos arts. 981 a 985. Abrange-se, aqui, a hipótese de os contratantes serem unicamente o marido e a mulher, bem como quando os dois cônjuges, em conjunto, celebram sociedade com terceiros, permanecendo sócios entre si. Em geral, a contratação é permitida, podendo um cônjuge figurar como sócio do outro. Com o fim de evitar seja a contratação da sociedade mera ficção ou instrumento para a realização de fraudes, ficou proibida, porém, a sociedade celebrada por cônjuges quando o regime de bens adotado for o da comunhão universal de bens ou o da separação obrigatória. No primeiro caso, ao casar, foi formado um único patrimônio, abarcando todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, enquanto, no segundo caso, afastada, levando em consideração a condição pessoal dos cônjuges, a possibilidade de qualquer confusão patrimonial, seria promovido um tangenciamento da incidência das normas de específica proteção. A nova regra criou, inicialmente, certa incerteza, pois, dado o silêncio da legislação pretérita, havia, no Brasil, grande número de sociedades entre cônjuges, mesmo ante antigas discordâncias de caráter doutrinário. As sociedades constituídas antes do início da vigência do novo Código não foram atingidas, dado o princípio da preservação do ato jurídico perfeito, inserido no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, como o reconhecido pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio (Parecer DNRC/Cojur n. 125/03), descartada, então, a necessidade de alteração do quadro social ou do regime de bens adotado. Apartado o problema intertemporal, considerada a prática de atos após o início da vigência do Código de 2002, se, ao reverso, já tiver sido constituída a sociedade e ocorrer a posterior celebração do matrimônio entre os sócios, restará materializada uma hipótese de nulidade superveniente, o que implicará, para a preservação da sociedade, na necessidade de adoção de regimes diferentes do vedados, fazendo-se lavrar pacto antenupcial, ou, de maneira mais radical, da retirada de um dos nubentes. Problema interessante decorrerá, por fim, quando

os nubentes forem sócios e tiverem de assumir o regime obrigatório de separação de bens (art. 1.641 do CC), pois surgem apenas duas opções:

- a) um dos nubentes retirar-se-á da sociedade;
- b) será abandonada a ideia de celebrar o casamento, surgindo uma situação de fato, que poderá culminar em uma união estável.

Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.

CC/1916: sem correspondente.

O art. 978 dispensa a outorga conjugal para a alienação de bens imóveis, bem como a instituição de ônus real, desde que incluídos no ativo do empresário individual casado. Cuida-se de uma dispensa específica e que se refere tanto ao ativo circulante, quanto ao permanente, tudo dependendo da destinação conferida à coisa, excepcionando a regra geral exposta no inciso I do art. 1.647 e sempre incidente quando o regime de bens adotado não é o da separação absoluta. Pretende-se dar maior liberdade ao empresário individual, evitando fique ele tolhido na necessidade de agilidade e rapidez na celebração de negócios jurídicos, isto é, extirpando obstáculos ao desenvolvimento da atividade empresarial. A falta da aquiescência do cônjuge do empresário individual, portanto, não causará qualquer mácula à validade de alienações e constituições de direitos reais incidentes sobre imóveis utilizados no exercício da empresa, merecendo aplausos a inovação legislativa. Os bens enfocados continuam, no entanto, compondo a comunhão de bens mantida pelo casal, sendo passíveis, inclusive, ao final da sociedade conjugal, de partilha, mas estão, simplesmente, submetidos a um regime jurídico diferenciado e mais benéfico ao empresário. Merecerá cuidado, nestas circunstâncias, para a prevenção de litígios, a elaboração do instrumento público tendente à aquisição, alienação ou oneração de imóveis, devendo constar, expressa e claramente, se possível, com detalhes, a vinculação do imóvel à atividade empresarial. A afetação de bens imóveis precisa, ainda, ser divulgada e para que a outorga conjugal seja dispensada, é preciso promover específica averbação junto às respectivas matrículas, com o assentimento do próprio cônjuge do empresário individual.

O presente dispositivo legal não tratou, porém, da concessão da outorga uxória para a consecução do aval, inovação trazida pelo atual Código que mereceria maior atenção. É possível compatibilizar as restrições decorrentes da necessidade do consentimento do cônjuge com as regras aqui estabelecidas, de modo a concluir que a concessão de aval pelo empresário individual, visando a expansão de sua atividade profissional, prescinde da obtenção da outorga uxória, ou seja, a declaração cartular não pode ser anulada, se bem que seus efeitos não possam, também, ser opostos ao cônjuge que não forneceu sua aquiescência.

Art. 979. Além de no Registro Civil, serão arquivados e averbados, no Registro Público de Empresas Mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 37, II, Lei n. 4.726, de 13.07.1965 (já revogada pela Lei n. 8.934, de 18.11.1994).

É necessário dar total conhecimento, a todos os interessados, das características fundamentais da concreta situação patrimonial do empresário individual, induzidas por seu estado civil e pelas circunstâncias de aquisição de determinados bens. Nesse sentido, o presente artigo ressuscitou norma antes constante do art. 37, II, da revogada Lei n. 4.726/65, passando a exigir que o empresário individual traga, para arquivamento perante a Junta Comercial competente, os documentos constitutivos ou comprobatórios de tal situação, correspondentes à certidão extraída do instrumento público do pacto antenupcial (art. 1.640, parágrafo único, do CC) ou, quando se tratar de bens adquiridos em razão de sucessão *causa mortis* ou liberalidade e clausulados com a inalienabilidade ou incomunicabilidade (arts. 1.848 e 1.911 do CC), certidão da transcrição ou matrícula de bens imóveis ou, ainda, quando se tratar de bens móveis, do registro do testamento (art. 1.126 do CPC) e, alternativamente, cópia ou certidão do instrumento do contrato de doação. Em todas as circunstâncias aqui apontadas, haverá restrições à disponibilidade dos bens do empresário individual e nem todos eles poderão ser utilizados para a satisfação dos credores, permanecendo excluídos na eventual hipótese de uma execução, impondo-se, por isso mesmo, a divulgação geral de cada uma das situações restritivas, multiplicada a publicidade com o uso adicional do Registro Público de Empresas Mercantis, específico ao presente âmbito de atividade econômico-jurídica. Ressalte-se, enfim, não haver sido prevista específica sanção para o descumprimento do comando inserto no presente artigo, de maneira que a eficácia das restrições patrimoniais enfocadas, desde que já dadas ao conhecimento público, seja pelo Registro Civil das Pessoas Naturais, seja pelo Registro de Imóveis, não sofrerá qualquer abalo.

Art. 980. A sentença que decretar ou homologar a separação judicial do empresário e o ato de reconciliação não podem ser opostos a terceiros, antes de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis.

CC/1916: sem correspondente.

Em se tratando de empresário individual, o arquivamento dos documentos comprobatórios da separação judicial e da reconciliação, correspondentes à certidão extraída do assento de casamento, no órgão competente do Registro Público de Empresas Mercantis, isto é, perante a Junta Comercial em que o empresário se achar inscrito, constitui, diante de terceiros, fator de eficácia das implicações patrimoniais de tais alterações do estado civil. Há, portanto, a imprescindibilidade de uma publicidade adicional, além daquela já produzida pelo Registro Civil das Pessoas Naturais, condicionando-se, ao arquivamento previsto, a assunção de efeitos da eventual dissolução de uma comunhão e partilha sobre os credores do empresário. O texto legal apresenta três falhas. De início, refere-se à sentença decretatória da separação judicial ou declaratória da reconciliação, quando, pura e simplesmente, deveria fazer referência à própria separação judicial ou à reconciliação, não bastando, para a regular realização do arquivamento, a exibição de certidão da decisão proferida, pois, após seu trânsito em julgado, a publicidade da alteração do estado civil se perfaz, naturalmente, com sua averbação, no Registro Civil das Pessoas Naturais, junto ao assento de casamento, por meio da expedição de mandado (art. 10,1) e, por isso, dever ser exibida, perante a Junta Comercial, certidão de dito assento. Persiste, ainda, no presente artigo, uma omissão, deixando de se referir ao divórcio, que, na legislação atual, prescinde da separação judicial, podendo ser pleiteado diretamente, e é, ele sim, causa efetiva do rompimento do vínculo conjugal, cabendo seja, também, quando de sua ocorrência, formalizado arquivamento. Ressalte-se, por último, que o parágrafo único do art. 1.577 do Código Civil de 2002 exclui a possibilidade da reconciliação prejudicar terceiros, não havendo como opô-la a esses mesmos terceiros, apresentando, nesse caso, o arquivamento efeitos mais tímidos.

TÍTULO II DA SOCIEDADE

CAPÍTULO ÚNICO DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

CC/1916: art. 1.363.

O contrato de sociedade apresenta peculiaridades internas e funcionais extremamente importantes, que lhe garantem atenção especial do legislador, estabelecido grande número de regras próprias a tal negócio jurídico e o deslocamento de sua disciplina para o Livro II do Código Civil, distante dos demais contratos, em razão de sua vinculação com a criação do empresário coletivo.

O presente artigo fornece um conceito inicial, uma definição primária, que encontra consonância no art. 1.363 do Código de 1916, fornecendo cada um dos elementos fundamentais à caracterização de tal tipo contratual. Trata-se de um negócio jurídico, conquanto sujeitos de direito, atuando a partir de sua vontade livre e consciente, declaram sua vontade e escolhem, por si mesmos, os efeitos derivados, mas, diferentemente da maioria dos demais contratos, os interesses dos contratantes são concorrentes, isto é, apresentam idêntico direcionamento, perseguindo-se a união de esforços comuns. Vendedor e comprador, locador e locatário, mutuário e mutuante, por exemplo, contrapõem-se; as prestações devidas são destoantes e condicionam condutas contrastantes. Ao contrário, aqui, os interesses conjugados não são colidentes. A cooperação e a identidade qualitativa das prestações exigidas dos contratantes singularizam a sociedade, não sendo possível enquadrar o presente contrato como unilateral ou como bilateral. Todos os contratantes se obrigam a fornecer uma contribuição patrimonial, sob a forma de bens ou serviços, para que seja viabilizada a realização de uma atividade econômica (empresarial ou não) e, executado o contrato, ao final, seja obtido um resultado, correspondente aos ganhos ou às perdas patrimoniais decorrentes do sucesso ou do insucesso no exercício dessa mesma atividade. Persiste uma plurilateralidade, nascendo, do contrato de sociedade, vínculos múltiplos e idênticos entre todos os contratantes. Como elementos essenciais do contrato de sociedade, cinco devem ser elencados:

a) As partes contratantes são, nesse tipo contratual, chamadas de *sócios* e correspondem aos sujeitos de direito (pessoas físicas ou jurídicas) que, declarando sua vontade, assumem o dever de contribuir e conjugar esforços, visando à proporcional divisão do futuro resultado. São necessários, ao menos, dois sujeitos de direito para contratar sociedade. Não há contrato de sociedade sem a pluralidade de sócios, podendo ela, apenas excepcional e temporariamente, ser superada, diante do interesse social na preservação da integridade da atividade econômica realizada.

b) O consentimento constitui um elemento comum a todo negócio jurídico e, aqui, apresenta-se sob uma roupagem particular e diferenciada, dada a conjugação de vontades idênticas, nomeada *affectio societatis*. Essa conjugação precisa subsistir não somente no momento da celebração do contrato de sociedade, mas no curso de toda sua execução e até sua extinção, ou seja, até a dissolução da sociedade. Quando da celebração, a *affectio societa-*

tis nasce e, depois, se renova continuamente, subsistindo enquanto os sócios entendem ser de seu interesse a manutenção do vínculo que os une.

c) Uma atividade-fim, chamada *objeto social*, é sempre eleita pelos sócios, no momento da celebração do contrato, para ser empreendida e concretizada, constituindo elemento fundamental de sua agregação. O objeto social pode oferecer maior ou menor extensão, conforme os sócios entendam mais conveniente concentrar a atividade econômica exercida ou dispersá-la. Os sócios ostentam liberdade para tanto, mas, uma vez estipulado um objeto social, ele cria um limite para a atuação no âmbito do contrato de sociedade, não podendo ser utilizado o esforço comum reunido para uma atividade não escolhida como final.

d) Há, na sociedade, o agrupamento de bens, fornecidos pelos sócios e destinados à realização do objeto social, conformando o *capital social*. Tais bens apresentam natureza diversa (corpóreos e incorpóreos, móveis e imóveis, fungíveis e infungíveis etc.) e podem estar dispersos ou reunidos, sendo organizados e escolhidos conforme a necessidade de eficiência no empreendimento da atividade-fim eleita pelos sócios.

e) A *duração* do contrato de sociedade, como ressaltado pelo parágrafo único, é bastante variável, devendo ele ser executado dentro de um período de tempo determinado ou indeterminado, conforme o interesse das partes. Há sociedades efêmeras e outras de longa duração, que subsistem por anos, décadas ou séculos. Em todos os casos, trata-se do mesmo tipo contratual, o qual, em geral, apresenta uma execução continuada.

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

CC/1916: sem correspondente.

As sociedades são classificadas em duas categorias diversas: as sociedades empresárias e as sociedades simples ou não empresárias. Tal classificação apresenta enorme interesse prático, já que condiciona a incidência de numerosas normas especiais, destinadas apenas a uma das categorias enfocadas. O objeto social continua sendo o elemento de fundamental importância para a definição da natureza de uma sociedade, questionando-se, quando feita sua análise, a empresariedade, e não mais a comercialidade. A empresariedade é muito mais ampla do que a comercialidade, o critério vigente na legislação revogada pelo novo Código Civil. A comercialidade era identificada diante da inclusão no objeto social e do exercício de atos de compra, revenda e locação de coisas móveis, operações de câmbio ou bancárias, industriais, de mediação, tráfico marítimo e aéreo ou atos a estes conexos. Adotado o novo critério legal, há de persistir um exercício contínuo de atos encadeados e voltados para a produção ou circulação de bens destinados ao mercado, a fim de que a empresariedade esteja presente e possa ser identificada. As sociedades cujo objeto seja a prestação de serviços não vinculados ao exercício de uma profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, bem como aquelas em que o exercício da profissão constitua elemento de empresa, devem ser sempre consideradas empresárias, em contraste com o que ocorria na vigência da legislação revogada. O critério a ser utilizado para identificar a empresariedade como predicado de uma sociedade sempre é de ordem material. Pouco importa a forma sob a qual é constituída a sociedade, a não ser que a própria lei, excepcional e compulsoriamente, lhe imponha uma natureza específica, como é o caso das sociedades por ações, de acordo com o § 1º do art. 2º da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), e das sociedades cooperativas, que, conforme o parágrafo único do presente artigo, são sempre consideradas simples.

A natureza empresária ou não empresária da sociedade depende, primordialmente, do objeto escolhido por seus sócios e, mais, do conteúdo da atividade efetivamente desenvolvida, considerada esta como um encadeamento de negócios jurídicos instrumentais dirigidos a um escopo determinado. Assim, a consumação de um ato isolado não chegará nunca a qualificar como empresarial uma sociedade, pois a atividade deve receber uma valoração autônoma com referência a seus componentes individuais (os negócios jurídicos), submetendo-se a um exame de conjunto, de totalidade. As sociedades não empresárias são identificadas por exclusão. Toda sociedade que não se qualifica como empresária é considerada simples. Ressalte-se, ainda, que tanto uma sociedade não empresária quanto uma sociedade empresária obtêm uma remuneração pelo implemento de sua atividade-fim e buscam auferir lucros, a serem distribuídos, de conformidade com o disposto em seus atos constitutivos, entre os sócios. A distribuição de lucros constitui o elemento distintivo entre a sociedade e a associação, visto que, nesta última, mesmo obtida uma remuneração pelo exercício da atividade-fim e auferido superávit, este não será compartilhado e distribuído entre os associados, mas reinvestido. As associações empreendem atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos associados, buscando atingir finalidades de ordem moral.

Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.

CC/1916: sem correspondente.

As sociedades, para assumirem a posição de empresários coletivos, precisam ostentar personalidade jurídica, tendo o legislador, para elas, estabelecido uma tipicidade estrita, vinculando a validade de sua constituição à obediência de um dos modelos já regradados no texto legal, concebidos especialmente para seu funcionamento. Tornou-se imperiosa, assim, a utilização de um dos tipos disciplinados entre os arts. 1.039 e 1.092, podendo as sociedades empresárias assumir a forma de sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima ou sociedade em comandita por ações. Cabe, no momento da celebração do contrato de sociedade, a escolha de um dos cinco tipos, delimitado o âmbito de atuação de sua vontade. No que respeita às sociedades simples, a liberdade dos contratantes é maior, podendo ser escolhido um dos tipos aqui enumerados, quando, então, nascerá uma sociedade simples com forma empresarial, ou, ainda, apresentada qualquer outra concepção específica, devendo-se ressaltar a possibilidade de ser adotada fórmula semelhante à da antiga sociedade de capital e indústria, que deixou de ser tipificada pelo Código de 2002. Neste último caso, as regras peculiares às sociedades simples (arts. 997 a 1.034 do CC) seriam aplicadas com exclusividade, enquanto, no primeiro, as regras formais, próprias ao tipo escolhido, seriam aplicadas em concomitância com essas mesmas regras materiais, atinentes às sociedades simples. No parágrafo único, o legislador apresentou uma ressalva, excepcionando, quanto às sociedades em conta de participação e cooperativas, além daquelas cuja forma tiver sido, em razão do objeto social eleito, imposta por lei, a regra constante do *caput*. A exceção deriva da ausência de personalidade jurídica das sociedades em conta de participação, da disciplina específica da sociedade cooperativa (art. 1.093 do CC) e

da inclusão, na legislação especial, de regras impositivas da adoção de determinado tipo societário em razão da singularidade da atividade exercida.

Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.

Parágrafo único. Embora já constituída a sociedade segundo um daqueles tipos, o pedido de inscrição se subordinará, no que for aplicável, às normas que regem a transformação.

CC/1916: sem correspondente.

Faculta-se à sociedade cujo objeto seja o exercício de atividade rural sua constituição como empresária ou, quando em funcionamento, a modificação de sua natureza, assumindo a qualidade de empresário coletivo e sujeitando-se a todo o regime jurídico próprio a tal espécie de sujeito de direito. A pessoa jurídica, para o exercício de tal faculdade, deverá, então, preencher dois requisitos básicos. Há, em primeiro lugar, a necessidade de a sociedade se revestir de uma das formas próprias ao exercício da empresariedade, isto é, em cumprimento ao art. 983, modelar-se de acordo com um dos tipos lá especificados pelo legislador. O contrato de sociedade deve, desde logo, prever a adoção de um dos modelos legais necessários e, caso a sociedade já tenha sido constituída e esteja em funcionamento, não se enquadrando em qualquer dos tipos referidos, deverá ser transformada. Persiste, em um segundo plano, a imperiosidade da inscrição no órgão competente do Registro Público de Empresas Mercantis, ou seja, perante a Junta Comercial do local da sede escolhida. Efetivada a inscrição, a sociedade merece ser considerada empresária e todas as regras e princípios atinentes a essa categoria de sociedades ser-lhe-ão aplicáveis. O *caput* do presente artigo apresenta completa correspondência com o antecedente art. 971, este referente ao empresário rural individual, em que resta prevista a mesma faculdade, prevista, também lá, a imperiosidade do ato de registro qualificativo do empresário. Ressalte-se, aqui, mais uma vez, a expansão do direito especial, o direito comercial, sobre âmbito rural, das atividades agrícolas, pecuárias e de extração vegetal, antes vinculadas ao direito comum, o direito civil. O parágrafo único remete à disciplina específica da transformação, prescrita nos arts.

1.113 e 1.115, fazendo seja ela aplicada às sociedades voltadas para a atividade rural que pretendam assumir a condição de empresárias. Além de serem ressaltados os direitos de terceiros, afirma-se a necessidade do consentimento unânime de todos os sócios ou, prevista, antecipadamente, a transformação em cláusula expressa incluída no instrumento do contrato social, a concessão do direito de recesso ou retirada ao dissidente, restituindo-se, mediante balanço especial, num prazo de noventa dias, sua participação no capital social.

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

CC/1916: art. 18.

Nem toda sociedade ostenta personalidade jurídica, decorrendo a formação de uma pessoa jurídica de uma opção das partes contratantes, dos sócios. Celebrado o contrato de sociedade, para que se concretize a aquisição da personalidade jurídica, esteja inserido o objeto

social no âmbito empresarial ou não empresarial, torna-se imprescindível o preenchimento simultâneo de dois requisitos formais. O contrato, antes de tudo, precisa ser reduzido a um instrumento escrito, particular ou público, contendo todos os elementos básicos e próprios à constituição de uma sociedade, tal como especificados pelo art. 997. Feita a redução à linguagem escrita, o instrumento, em seguida, deverá ser submetido a registro, em se tratando de sociedade empresária, no órgão competente do Registro Público de Empresas Mercantis, isto é, perante a Junta Comercial do local da sede escolhida, ou, em se tratando de sociedade simples, perante o Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica dotado de atribuição territorial, observada a legislação extravagante regente da prestação de tais serviços públicos (Leis ns. 8.934/94, para o registro mercantil, e 6.015/73 e 8.935/94, para o registro civil). A existência da pessoa jurídica, portanto, decorre da efetivação de um ato de registro, mantida a regra antes constante do art. 18 do antigo Código Civil. Cabe frisar que, aqui também, aplica-se o prazo decadencial de três anos, previsto no art. 45, parágrafo único, para, arguido defeito do ato constitutivo, anular a constituição da pessoa jurídica, contado da data do registro.

SUBTÍTULO I DA SOCIEDADE NÃO PERSONIFICADA

CAPÍTULO I DA SOCIEDADE EM COMUM

Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

CC/1916: sem correspondente.

A partir da simples conjunção de vontades, celebra-se o contrato de sociedade, mas, para a aquisição da personalidade jurídica, como ditado pelo antecedente art. 985, faz-se necessária a elaboração de um instrumento e sua inscrição nos órgãos do Registro Público de Empresas Mercantis ou perante um dos Oficiais de Registro Civil de Pessoa Jurídica, de conformidade com a natureza empresária ou simples. Antes da consecução do registro, há apenas uma relação contratual, que produz efeitos exclusivamente entre aqueles que dela participaram (*interpartes*), trocando os sócios direitos e deveres similares, conjugando bens ou seu labor e repartindo o resultado obtido, sem afetar terceiros. Nesse sentido, ausente a personalidade jurídica, mesmo desejada e projetada pelos contratantes, só existirão uma sociedade-contrato, designada como sociedade em comum, dotada de disciplina específica, apresentando correspondência com a antiga sociedade civil estrita, concebida para ser puramente contratual, a sociedade de fato e a irregular, estas conceituadas com base nos revogados arts. 303 e 304 do Código Comercial, não tendo sido elaborado, na primeira, nem mesmo um instrumento escrito, enquanto a segunda, apesar da existência de tal documento, não havia sido registrada. Os artigos inseridos no presente capítulo, portanto, compõem um conjunto de regras especiais, sempre aplicáveis às referidas sociedades-contrato, prevendo o legislador a aplicação subsidiária dos preceitos atinentes à sociedade simples, desde que esteja presente a compatibilidade com a ausência de personalidade jurídica. Foram excepcionadas as sociedades por ações, ou seja, as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações, pois sua constituição obedece ao disposto nos arts. 80 a 99 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), persistindo a possibilidade de abertura de subscrição pública, com o registro prévio, na Comissão de Valores Mobiliários, da emissão de ações, o que sugere a construção de uma organização mínima.

Jurisprudência: A sociedade em comum não ostenta personalidade jurídica ou judiciária, só podendo seus sócios, estes sim, postular em Juízo (II TACSP, Ap. n. 590.458-00/0, 6ª Câm., rel. Juiz Lino Machado, j. 14.03.2001; II TACSP, Ap. n. 624.900-00/9, rel. Juiz Antonio Rigolin, j. 26.02.2002; TACPR, AI n. 167.501.000, 7ª Câm. Cível, rel. Juiz Miguel Pessoa, j. 02.04.2001)

Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

CC/1916: art. 1.366.

Legislação correlata: arts. 303 e 304 (*revogados*), Código Comercial.

Como consequência da ausência de registro, não há a formação de pessoa jurídica, remanescendo apenas uma relação contratual, capaz de vincular os sócios. Na qualidade de partes negociais, cada um dos sócios assume, para viabilizar a execução do ajuste de vontades, o dever de conjugar esforços e, ao final, partilhar os ônus e as benesses decorrentes do exercício de dada atividade, empresária ou não, trocando-se créditos e débitos, sem a intermediação de um ente imaterial, eis que, aqui, está despersoni ficada a sociedade. Em todo caso, para a resolução de litígios, foram estabelecidas duas regras atinentes à prova da consecução de uma sociedade em comum. Num primeiro plano, estabelece-se, para os próprios sócios, uma limitação bastante relevante quanto aos meios de prova disponíveis para demonstrar a celebração do contrato, só lhes sendo permitida a utilização da prova documental, elaborada em linguagem escrita, seja diante dos demais sócios, seja diante de terceiros. A exibição de recibos, de um instrumento de contrato, de correspondências enviadas ou recebidas, por exemplo, pode servir a tal finalidade, mas permanece proibida a utilização de provas de qualquer outra natureza. Num segundo plano, os terceiros, não sócios e com quem tenham sido celebrados negócios jurídicos, quando for de seu interesse na solução de um litígio, podem se utilizar de toda e qualquer espécie de prova permitida em nossa legislação processual (arts. 342 a 443 do CPC), sendo ampla e total sua liberdade de atuação em juízo. As restrições impostas aos sócios representam uma resposta a sua situação de irregularidade, pois, não se tendo, em razão da omissão dos próprios sócios, operado a aquisição da personalidade jurídica, deverão eles suportar os decorrentes ônus.

Jurisprudência: A caracterização de uma sociedade em comum nem sempre constituirá uma tarefa fácil, admitindo-se, por parte de terceiros, a utilização de todo gênero de provas para tanto, inclusive das chamadas *presumptio homines*. (TJSP, Ap. n. 64.525-4, 7ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Júlio Vidal, j. 31.03.1999)

Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum.

CC/1916: sem correspondente.

Quando celebrado o contrato de sociedade, os sócios oferecerão meios materiais para o implemento do objeto social e, ao ser colocado em prática esse mesmo ajuste de vontades, surgirão, naturalmente, créditos e débitos derivados da celebração de novos negócios jurídicos necessários e peculiares à atividade econômica escolhida. Forma-se uma rede de relações

patrimoniais heterogêneas, resultando numa unidade jurídica, num patrimônio especial daquele mantido individualmente por cada um dos sócios. Esse patrimônio, como somatória de créditos e débitos acumulados, diante da ausência de personalidade jurídica, está inserido, formalmente, no patrimônio dos sócios encarregados de operar perante terceiros, mas integra, materialmente, um todo diferenciado e separado, vinculado à execução continuada do contrato de sociedade e pelo qual serão apurados, ao final, os haveres de cada um. Exercida sua vontade livre e consciente, os contratantes, em conjunto, decidem realizar um empreendimento e suportam riscos, formando-se, assim, uma comunhão de interesses, de graves reflexos patrimoniais. É preciso anotar, porém, que o texto legal, para explicitar a posição entre os sócios diante do enfocado patrimônio especial, utiliza o vocábulo “titulares” de maneira um tanto imprópria, porquanto, diferentemente do que pode transparecer, eles não ostentam direitos reais incidentes sobre o bens amealhados, sendo, isso sim, titulares de direitos pessoais, oponíveis simultânea e reciprocamente, como é próprio a um contrato plurilateral.

Jurisprudência: Mantido patrimônio comum sob a administração de um ou mais sócios, os autores dos atos de gestão ostentam o dever de prestar contas, a fim de possibilitar, ao final, a justa e adequada partilha dos resultados. (TJSP, Ap. n. 89.254-4, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Aldo Magalhães, j. 29.02.2000)

Art. 989. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.

CC/1916: sem correspondente.

Os bens sociais, incluídos no patrimônio especial previsto no artigo antecedente, interagem diretamente com os débitos derivados do exercício da atividade econômica escolhida para a sociedade despersonalizada, também componentes do mesmo patrimônio especial. Mantida, formalmente, a titularidade dos bens sociais por cada sócio individualmente considerado, submetem-se esses bens a um regime singular, devendo suportar a responsabilidade pelos débitos originados de atos de gestão, ou seja, de negócios jurídicos celebrados por qualquer dos sócios em razão do objeto social concretamente eleito. Os bens formalmente incorporados ao patrimônio de cada um dos sócios são alcançados, no interesse de terceiros, onde quer que estejam, para a satisfação de débitos nascidos dos atos de gestão da sociedade despersonalizada. Permite-se, no entanto, aos contratantes, por exceção, a formulação de um pacto limitativo de poderes, por meio do qual a consecução dos atos de gestão poderá ser reservada, isolada ou coletivamente, a determinado(s) sócio(s) ou, em razão de sua relevância, alguns atos dependerão de aprovação majoritária ou unânime. O pacto só pode apresentar forma escrita e, por princípio, vincula apenas os próprios sócios, não produzindo efeitos perante terceiros, presumido seu desconhecimento acerca da exceção formulada. Apenas quando demonstrado efetivo conhecimento da celebração ou identificada a presença de circunstâncias fáticas possibilitadoras do fácil e imediato conhecimento de tal pacto, sua eficácia é ampliada a terceiros, em benefício dos sócios contratantes, com o fim de não sujeitar determinados bens à satisfação de débitos específicos. O legislador protege, aqui, somente o credor de boa-fé e desde que ele tenha apresentado, no momento do nascimento do débito, comportamento cuidadoso e criterioso, o que se presume, ficando, como incumbência do sócio interessado, o ônus de provar o contrário.

Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

CC/1916: sem correspondente.

Na sociedade em comum, não há a formação de uma pessoa jurídica destinada à criação de um anteparo, uma proteção ao patrimônio individual dos sócios contratantes, motivo pelo qual eles assumem toda a responsabilidade decorrente das dívidas nascidas do exercício da atividade econômica empreendida. Tal responsabilidade, de acordo com o presente dispositivo, é solidária e ilimitada, facilitado, aos terceiros, o recebimento de valores devidos, podendo se voltar, facultada sua escolha, contra qualquer um dos sócios, singular ou coletivamente, sempre postulando o todo. Essa é a consequência mais grave da falta de preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 985, necessários ao nascimento da pessoa jurídica. Foi conferido, porém, benefício de ordem aos sócios em geral, feita remissão ao art. 1.024, devendo o credor, em primeiro lugar, se valer dos bens sociais para só depois de esgotados executar os bens particulares dos sócios. A solução se coaduna com o disposto no art. 988, formado um patrimônio especial vinculado à execução do contrato de sociedade, e apresenta uma única exceção, excludente daquele sócio que, concretamente, houver celebrado o negócio jurídico com o terceiro credor. Com relação a tal sócio, diante de sua proximidade negociai e da aparência derivada, os bens particulares podem ser imediatamente trazidos à execução, sem a necessidade de serem, em primeiro lugar, exauridos os bens sociais.

Jurisprudência: É reconhecida, aqui, a responsabilidade patrimonial direta dos sócios, despersonalizada a sociedade, a exemplo do que ocorria no âmbito das antigas sociedades irregulares. (TACPR, AI n. 181.938.900, 7ª Câ. Cível, rel. Juiz Miguel Pessoa, j. 10.12.2001)

CAPÍTULO II DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 325 (*revogado*), Código Comercial.

A conta de participação constitui um tipo societário despersonalizado, cuja conformação se ajusta com perfeição à consecução de empreendimentos delimitados a um número reduzido de operações e necessitados de grande agilidade. A conta de participação caracteriza-se, como sociedade regular, pela conjugação, sem a interposição de pessoa jurídica, de recursos materiais coletivos e poderes de gestão de um ou mais sócios determinados, com o encargo de dar vida à comunidade de interesses formada, para que, ao final, sejam contabilizados os resultados e prestadas contas perante todos os demais contratantes. Há, aqui, duas espécies de sócios: os ostensivos e os ocultos ou participantes. O sócio ostensivo promove a celebração dos negó-

cios destinados à realização do objeto social, efetuando todos os atos de gestão em seu nome e sob sua responsabilidade. Ele confere concretude ao contrato celebrado, concentrando a incumbência de executá-lo. O sócio ostensivo identifica-se, simultaneamente, como titular de todos os fundos sociais; ele passa, em razão da celebração da sociedade e da ausência de personalidade jurídica, a ser o titular da propriedade de todos os bens componentes do capital. O sócio participante ou oculto apresenta a exclusiva incumbência de fornecer, no todo ou em parte, a riqueza necessária à formação dos fundos sociais, participando, ao final, conforme o contratado, dos resultados auferidos. Perante terceiros com os quais contrata, o sócio ostensivo é o único que se obriga, só ele podendo ser responsabilizado por um eventual inadimplemento. O sócio oculto ou participante resguarda uma responsabilidade interna ao contrato, diante do próprio sócio ostensivo, variável conforme o livremente contratado.

Jurisprudência: Quando simulado um consórcio e, portanto, arrecadados e administrados fundos para a aquisição de bens por supostos sócios participantes, fica desnaturada a conta de participação, eis que ausente uma atividade empresarial, mesmo que efêmera, aplicando-se a legislação protetiva do consumidor (TJDF, Ap. n. 2003.031.016.1488, 2ª T. Recursal JECC, rel. Juiz João Egmont Leôncio Lopes, j. 28.04.2004; TJDF, Ap. n. 2003.071.018.6976, 2ª T. Recursal JECC, rel. Juiz Benito Augusto Tiezzi, j. 28.04.2004; TJRS, Recl. n. 71.000.539.213, 3ª T. Recursal Cível, rel. Juiz Eugênio Facchini Neto, j. 06.07.2004; TJRS, Recl. n. 71.000.496.810, 2ª T. Recursal Cível, rel. Juíza Mylene Maria Michel, j. 19.05.2004; TJRS, Recl. n. 71.000.503.813, 3ª T. Recursal Cível, rel. Juíza Maria José Schmitt Santana, j. 11.05.2004; Recl. n. 71.000.465.476, 3ª T. Recursal Cível, rel. Juiz José Vinicius Andrade Jappur, j. 23.03.2004; Recl. n. 71.000.479.626, 3ª T. Recursal Cível, rel. Juiz José Vinicius Andrade Jappur, j. 06.04.2004; TJRS, Recl. n. 71.000.517.938, 1ª T. Recursal Cível, rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, j. 24.06.2004; TJDF, Ap. n. 2003.071.022.4007, 2ª T. Recursal JCCC, rel. Juiz João Batista Teixeira, j. 12.05.2004; TJRS, Ap. n. 70.006.016.828, 13ª Câm. Cível, rel. Des. Cláudia Maria Hardt, j. 25.05.2004). Ademais, a ausência de personalidade jurídica constitui uma característica primordial do tipo societário e, por isso, não se pode cogitar da citação de uma sociedade em conta de participação (STJ, REsp n. 474.704/PR, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.12.2002).

Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 325 (*revogado*), Código Comercial.

A conta de participação origina-se da simples celebração do contrato de sociedade. Conjugada a vontade dos sócios, conferidos os bens imprescindíveis e, portanto, preparada a execução dos atos de realização do objeto social, está a sociedade constituída, independendo ela de qualquer formalidade. Excepciona-se, assim, nesse âmbito, o disposto no art. 985, pois, ausente a formação de uma pessoa jurídica, os atos constitutivos não precisam ser reduzidos à forma escrita, podendo os contratantes optar ou não, conforme sua conveniência, pela elaboração de um instrumento escrito. Ademais, a conta de participação não é levada a registro. Por ser despersonalizada, ela não se submete à publicidade comum aos demais tipos de sociedades regulares, sendo consumados todos os atos de execução do contrato por meio da atuação pessoal do sócio ostensivo. Nesse sentido, a celebração da conta de participação pode ser provada, em quaisquer circunstâncias e por quem quer que seja, com o uso de todos os meios jurídicos disponíveis, o que diferencia, radicalmente, seu regramento daquele prescrito para a sociedade em comum, cuja existência só pode ser provada pelos próprios sócios com a uti-

lização da linguagem escrita. Todos os meios de prova podem ser utilizados para comprovar a existência de uma conta de participação. Reproduziram-se, enfim, as regras incertas no art. 325 (*revogado*) do Código Comercial.

Art. 993.0 contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.

CC/1916: sem correspondente.

Celebrado o contrato de sociedade e adotada a fórmula típica prevista para a conta de participação, não se produz qualquer exteriorização, pois, em se tratando de uma sociedade despersonificada, uma sociedade-contrato, quem efetiva todo relacionamento com terceiros é o sócio ostensivo, que resguarda a qualidade de sujeito de direito e dá vida ao empreendimento projetado. As relações internas, dada sua natureza contratual, restam regradas pelas cláusulas acordadas, limitando-se os efeitos do negócio celebrado às partes, ou seja, aos sócios. Os terceiros se mantêm alheios à conta de participação, não podendo extrair dela eficácia. Eles não podem, perante os sócios, formular alegações derivadas do contrato social. Ademais, como ressaltado com respeito ao artigo antecedente, não há, também, não sendo criada pessoa jurídica, qualquer obrigatoriedade na efetivação de atos de registro. Seja lá como for, elaborado um instrumento contratual particular ou público, a promoção de todo e qualquer registro, aqui, só pode pretender sua pura e simples conservação, formando prova para atestar, no interesse de um, de alguns ou de todos os sócios, a celebração do contrato e sua exata conformação. O parágrafo único do presente artigo, por sua vez, regra a conduta do sócio participante ou oculto, frisando seu direito de fiscalização da administração dos negócios sociais, devendo o sócio ostensivo lhe prestar, periodicamente e conforme o conveniado, contas de tudo quanto realizado, o que, mediante ação própria, pode ser exigido em juízo. Em contrapartida, descabe ao sócio participante ou oculto participar de relações com terceiros, atuando diretamente nas tratativas ou na celebração de negócios, assumindo ele a função precípua de fornecedor de capital, despido de poderes de gestão. Caso tal padrão de conduta seja desrespeitado, o sócio oculto ou participante se submete a uma sanção, assumindo, junto do sócio ostensivo e em favor do terceiro credor, responsabilidade solidária pelas dívidas em cujo nascimento houver tido alguma intervenção, por menor que seja ela.

Jurisprudência: A responsabilidade derivada das operações realizadas perante terceiros, a partir da contratação da sociedade em conta de participação, é exclusiva do sócio ostensivo, permanecendo sempre isento o sócio participante, desde que não tenha realizado negócios sociais. (STJ, REsp n. 192.603/SP, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.04.2004; STJ, REsp n. 168.028/SP, 4ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.08.2001)

Art. 994. A contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais.

§ 1º A especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios.

§ 2º A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário.

§ 3º Falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 328 (*revogado*), Código Comercial.

O capital social, composto, na conta de participação, dos bens ofertados pelos sócios ocultos ao ostensivo e por aqueles especificamente destinados por este ao empreendimento convencionado, forma um patrimônio especial, vinculado à realização e liquidação dos negócios sociais. Há uma afetação específica, interna ao patrimônio do sócio ostensivo, de maneira a singularizar o conjunto de bens dotados de destinação especial. Essa especificação patrimonial, ou seja, a formação do patrimônio especial, gera, porém, efeitos limitados, pois não pode ser oposta pelos sócios diante de terceiros nem por terceiros diante dos sócios, só servindo quando da apuração de resultados auferidos ou em razão da extinção do contrato de sociedade celebrado, para possibilitar o cálculo dos valores a serem atribuídos, individualmente, a cada sócio. Os efeitos da falência de um dos sócios, considerada a ausência de personalidade jurídica, são diversificados, de conformidade com a posição ocupada na sociedade, de acordo com os §§ 2º e 3º do presente artigo desta matéria. Se o falido for o sócio ostensivo, a situação apresentará gravidade absoluta, pois, sendo da natureza de tal procedimento concursal a perda da disponibilidade e da gestão do próprio patrimônio, será inviabilizado o prosseguimento do empreendimento correspondente ao objeto social escolhido. Como o sócio ostensivo executa o contrato, será, assim, inevitável a liquidação da conta de participação, apurando-se, mediante o uso de métodos contábeis, os créditos de cada sócio oculto ou participante perante o falido. Tais créditos são, expressamente, classificados como quirografários, o que coloca os sócios ocultos ou participantes numa posição de inegável inferioridade, ocorrendo seu pagamento sempre por último e mediante rateio, caso não tenha sido esgotada a massa ativa arrecadada para a satisfação dos créditos privilegiados e garantidos. Se o falido qualificar-se como sócio oculto ou participante, em razão da natureza puramente contratual da conta de participação, a manutenção de sua vinculação se subordina às regras comuns de regência dos contratos do falido, de maneira que o administrador judicial deverá optar, colhida a autorização do Comitê de Credores e conforme a conveniência da massa, pela completa e exata execução do contrato de sociedade ou pela imediata retirada (art 117, *caput*, da Lei n. 11.101/2005 - art. 43 do revogado Decreto-lei n. 7.661/45).

Art. 995. Salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais.

CC/1916: sem correspondente.

A conta de participação não constitui um mero contrato de parceria, este dotado de forma bilateral, fundado no simples oferecimento de oportunidades para a alocação de capital de risco e centrado em um ou em vários empreendedores civis ou empresariais determinados. Celebra-se, aqui, um verdadeiro contrato de sociedade, que apresenta forma plurilateral, integrando, numa rede de relações jurídicas de dupla polaridade, todos os sócios, sejam eles ostensivos, sejam ocultos. Não há, em regra, concretizada a celebração da conta de participação, plena liberdade do sócio ostensivo, por meio da expressão de sua vontade individual, na admissão de novos sócios ocultos, desconhecendo o conjunto dos demais sócios ostensivos ou ocultos, uma vez que todos compõem uma única comunidade de interesses e, para nela adentrar, faz-se necessário o consentimento desse mesmo conjunto de partes nego-

ciais. A aquiescência à agregação de novos sócios ao contrato já celebrado e em execução, por sua vez, precisa ser expressa, não se admitindo, também, em regra, manifestações tácitas de vontade. Omissa o contrato, aplicam-se as regras prescritas para a sociedade simples, incidindo, portanto, os arts. 999 e 1.025. Há de ser obtido, para a inclusão de novo sócio e todas as conseqüentes alterações no capital social e na participação dos antigos sócios, um consentimento unânime para a efetivação da admissão, respondendo o aporte feito pelo novo sócio pelas dívidas pretéritas e futuras, incorporando-se ao patrimônio especial previsto no *caput* do art. 994. Ressalte-se, por fim, que, como as regras incertas no presente artigo não são cogentes, podem os sócios construir uma normatização própria para a efetivação de tal operação. As cláusulas do contrato social permitem, concretamente, exigir o consentimento de uma maioria simples ou qualificada e, mesmo, da unanimidade dos sócios, mas podem, desde logo, ao contrário, outorgar poderes amplos ao sócio ostensivo, possibilitando-lhe a admissão de quem bem entender como sócio participante ou oculto.

Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.

Parágrafo único. Havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo.

CC/1916: sem correspondente.

Como sociedade típica, a conta de participação foi regradada de maneira bastante resumida. A disciplina própria à sociedade simples apresenta, por isso, desde que presente a compatibilidade com a ausência de personalidade jurídica e com a informalidade peculiares à conta de participação, aplicação subsidiária, quando caracterizada omissão de seu regramento próprio, ora analisado. Há, aqui, claro paralelismo com o disposto no art. 986, relativo à sociedade em comum, tencionando-se suprir inevitáveis lacunas. Ademais, a liquidação da conta é assemelhada a uma prestação de conta, sempre efetivada pelo sócio ostensivo diante dos ocultos ou participantes, que lhe forneceram capital, disponibilizando bens para o empreendimento convencionado. Deve persistir, portanto, uma demonstração contábil relativa a tudo quanto visou à realização do objeto social contratado, somando, com a devida exatidão, as despesas suportadas e as receitas auferidas pelo sócio ostensivo no curso da gestão dos negócios sociais. Só é necessária a propositura da ação de prestação de contas quando presente uma pretensão resistida, ou seja, quando concretizado um litígio entre os sócios, utilizando-se, então, o procedimento especial previsto nos arts. 914 a 919 do vigente Código de Processo Civil. Em juízo, reconhecida a celebração do contrato de sociedade, as contas serão sempre exigíveis e devem se referir às operações patrimoniais efetivadas nos limites do objeto social, isolado o restante da atuação individual do ostensivo, uma vez que externa à conta de participação. Ante a pluralidade de sócios ostensivos, é imprescindível a apresentação conjunta das contas. A sociedade é uma só; o empreendimento é um só; a liquidação, portanto, deve ser única, sob pena de não serem apurados com adequação e precisão os haveres de cada um dos sócios. É bastante provável que haja heterogeneidade e desproporção entre os valores administrados por cada sócio ostensivo e, se realizadas prestações de contas separadas, os cálculos, fatalmente, conterão uma imperfeição, a qual esperará, para ser superada, o término do cálculo de todas as eventuais liquidações parciais. No âmbito da ação de prestação de contas, a hipótese de litisconsórcio passivo necessário está, conforme o parágrafo único do presente artigo, caracterizada.

Jurisprudência: Admite-se, de maneira pacífica, a pretensão do sócio participante de exigir sejam prestadas contas pelo sócio ostensivo e exibidos documentos, eis que cabe a este último a função de administrador de valores comuns, inclusive com o fim de exterminar todas as dívidas pendentes e solver os negócios sociais (*RT*684/147 e 768/221; *JTJ*208/141 e 212/139; TJSP, Ap. n. 71.485-4, 6ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Munhoz Soares, j. 25.03.1999; TJSP, Ap. n. 40.141-4, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 02.06.1998; TJSP, Ap. n. 138.015-4/5, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 07.08.2003; TJDF, Ap. n. 2001.011.382.337, 2ª T. Cível, rel. Des. Waldir Leôncio Junior, j. 28.10.2002; TJDF, Ap. n. 2001.011.038.2360, 2ª T. Cível, rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, j. 26.08.2002; STJ, REsp n. 23.502-SR 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.09.1993). É irrelevante, também, para a liquidação da sociedade em conta de participação, terem sido prometidos ganhos, exigindo-se do sócio ostensivo apenas o pagamento da quota social ao sócio participante. (TJSP, Ap. n. 222.025-4/8, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Alfredo Migliore, j. 07.05.2002)

SUBTÍTULO II DA SOCIEDADE PERSONIFICADA

CAPÍTULO I DA SOCIEDADE SIMPLES

Seção I ***Do Contrato Social***

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito» particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato.

CC/1916: art. 19.

Legislação correlata: art. 302 (*revogado*), Código Comercial; art. 120, Lei n. 6.015, de 31.12.1973.

As sociedades personificadas ou sociedades-corporação se distinguem pela presença de um ente imaterial, criado pelo engenho humano, a pessoa jurídica, que medeia, internamente, as relações entre os sócios, concentrando os débitos e créditos recíprocos, e atua, externamente, em face dos terceiros com quem são celebrados negócios. A maioria dos tipos societários se enquadra em tal categoria e, dentre eles, o primeiro a ser disciplinado pelo legislador é a sociedade simples. Esse novo tipo societário, resgatado da legislação italiana, não corresponde, de maneira alguma, à antiga sociedade civil, definido por exclusão e ostentando conformação pró-

pria, básica para todos os demais tipos incertos no Código de 2002. Todas as atividades não empresárias e, facultativamente, as rurais compõem o âmbito característico de utilização da sociedade simples, sendo, também, compulsória sua adoção pelas sociedades cooperativas, dado o disposto no parágrafo único do art. 983. O presente artigo discrimina, genericamente, os dados informativos imprescindíveis ao instrumento do contrato, lastreando-se nos elementos e nas características fundamentais a toda e qualquer sociedade, já examinados quando analisado o art. 981, mas referindo-se, em particular, à sociedade simples. O instrumento pode ostentar forma pública ou particular e, obrigatoriamente, deve conter a qualificação, as obrigações, a responsabilidade e a participação patrimonial de cada um dos sócios, bem como o nome, o objeto, o capital, a sede e a forma de administração da pessoa jurídica criada, tudo somado ao prazo de duração estabelecido para a execução do contrato. Os sócios, como partes negociais, são sujeitos de direito, que, para a contratação, precisam estar no pleno gozo de sua capacidade, não havendo limitação quanto a seu número ou a sua natureza, tendo sido expressamente prevista a inclusão de outras pessoas jurídicas no quadro social, nada impedindo, desde que haja um mínimo de compatibilidade com seu objeto, a participação de sociedades empresárias em uma sociedade simples. Os sócios podem assumir deveres distintos perante a pessoa jurídica, admitindo-se, aqui, sócios de serviço, que não contribuem para a formação do capital social, mas, em contrapartida, fornecem seu esforço individual, atuando com o uso de seu engenho, de suas habilidades. A responsabilidade dos sócios, tendo em conta as dívidas assumidas pela pessoa jurídica, nas sociedades simples, varia de acordo com as concretas disposições inseridas no instrumento elaborado. A responsabilidade subsidiária, com a repartição proporcional do risco, não é imprescindível ao tipo examinado, de maneira que os contratantes podem optar, ou não, por sua incidência, assim como, mais gravemente, pela solidariedade. A participação dos sócios nos lucros e prejuízos apurados depende, em regra, do tamanho da participação de cada qual no capital social, o que é quantificado por meio de quotas, correspondendo cada uma à mínima parcela nesse mesmo montante patrimonial. Se houver sócio de serviço, sua participação será calculada, na omissão do instrumento, como a média daquelas atribuídas aos demais sócios. O nome da sociedade simples só pode assumir a forma de denominação, vetada a adoção de firma e permitida a inclusão de expressão de fantasia. O objeto social, como já assinalado, é sempre não empresarial ou rural. Estabeleceu-se, quanto à administração da sociedade simples, a possibilidade de ser eleito gestor estranho ao quadro social, dotado, por exemplo, de uma qualificação profissional especial, além de ser conferida ampla liberdade de escolha aos sócios e impedida, apenas, conforme o texto expresso, a conferência do encargo a outra pessoa jurídica. O capital social, formado pela contribuição dos sócios, é composto dos bens avaliados em moeda corrente, reproduzindo o inciso III a fórmula já presente no revogado art. 287 do Código Comercial. Acerca do prazo de duração, há total variabilidade; existem sociedades com prazo indeterminado e outras cuja duração está ligada a um único e rápido empreendimento. O parágrafo único, pura e simplesmente, limita a eficácia de eventuais acordos parassociais, capazes de modificar ou, mesmo, deturpar a aplicação de qualquer das cláusulas inseridas no instrumento submetido a registro e tornado público, permanecendo os terceiros, quanto a esses pactos, imunes.

Jurisprudência: Dentre as cláusulas não obrigatórias, são plenamente admissíveis, por exemplo, as de eleição de foro (STJ, REsp n. 684.760/AM, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.05.2007) e as que estipulam fórmulas para pagamento de haveres em caso de resolução do contrato de sociedade com relação a um dos sócios, inclusive com previsão de parcelamento (STJ, REsp n. 654.288/SP, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.03.2007; STJ, REsp n. 450.129/MG, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.10.2002; STJ, REsp n. 33.458-SP, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.06.1994). Confronta a legalidade, porém, cláusula que estabeleça que um ou dois sócios possam obrigar os

outros a adquirir suas quotas sociais pelo preço que entenderem justo. (TJRJ, Ap. n. 2006.001.37230, 7ª Câm. Cível, rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos, j. 31.10.2006)

Art. 998. Nos trinta dias subsequentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.

§ 1º O pedido de inscrição será acompanhado do instrumento autenticado do contrato, e, se algum sócio nele houver sido representado por procurador, o da respectiva procuração, bem como, se for o caso, da prova de autorização da autoridade competente.

§ 2º Com todas as indicações enumeradas no artigo antecedente, será a inscrição tomada por termo no livro de registro próprio, e obedecerá a numero de ordem contínua para todas as sociedades inscritas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 36, Lei n. 8.934, de 18.11.1994.

O registro dos atos constitutivos, em concordância com o disposto no art. 985, apresenta natureza constitutiva, materializando o surgimento da personalidade jurídica da sociedade simples antes contratada e, por isso, sua efetiva constituição. O legislador estabeleceu, antes de mais nada, um prazo de trinta dias para que seja postulado o registro, contado da data da elaboração do instrumento contratual, a exemplo do que já consta, com referência ao registro empresarial, do art. 36 da Lei n. 8.934/94, mas não há previsão de sanção alguma para o descumprimento de tal prazo, que é meramente dilatatório. O vocábulo “inscrição” foi, aqui, utilizado em sentido genérico, tal qual assinalado na análise do art. 967, devendo ser requerida perante o Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica com específica atribuição territorial sobre o local da sede eleita pelos sócios e constante do instrumento então exibido. O pedido será instruído com o instrumento autenticado do contrato social, ou seja, com o próprio documento elaborado e firmado pelos sócios, submetido, em um Tabelião de Notas, à autenticação das firmas nele inseridas, não se propondo, como poderia parecer à primeira vista, a apresentação de cópias autenticadas. Ademais, quando algum dos sócios contratantes for representado, haverá a necessidade da anexação do instrumento da procuração, comprovando a existência e a suficiência dos poderes exercidos, da mesma maneira que, quando uma pessoa jurídica for contratante, será imprescindível a exibição de certidão extraída do registro de seus atos constitutivos, possibilitando a verificação da regularidade da gestão. Se a sociedade depender, por fim, como previsto nos arts. 1.123 a 1.141, de autorização para seu funcionamento, far-se-á necessária a apresentação da prova de seu deferimento. Diante da formalização do requerimento, o oficial, na qualidade de delegado de um serviço público, faz o exame qualificador dos documentos e verifica o preenchimento concreto dos requisitos do ato de registro, podendo formular exigências e levantar óbices, procedendo na forma prescrita pelos arts. 114 a 121 da Lei n. 6.015/73. Se a documentação se achar em ordem, o registro será, então, efetivado em livro próprio (Livro A), com numeração crescente.

Art. 999. As modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime.

Parágrafo único. Qualquer modificação do contrato social será averbada, cumprindo-se as formalidades previstas no artigo antecedente.

CC/1916: arts. 19 e 1.394.

Num primeiro momento, quando celebrado o contrato e, em seguida, elaborado o instrumento destinado a ser levado a registro, consolida-se um original consentimento, sobre o qual se alicerçam o início da execução do ajuste e o próprio funcionamento da pessoa jurídica. A *affectio societatis*, porém, enquanto sobreviver a sociedade, deve ser continuamente renovada, o que implica a eventual necessidade de modificar, com maior ou menor intensidade, partes do contrato, adequando-as às alterações conjunturais. Tenciona-se melhor ajustamento das cláusulas ao ambiente de atuação da sociedade por meio de específicas deliberações, conforme a conveniência dos sócios e da pessoa jurídica. No presente artigo, são, enfim, definidos os requisitos das modificações do contrato social, variando estes de acordo com a gravidade da modificação pretendida, visando sempre a respeitar a vontade originária e individual de cada parte e evitar possa, pela submissão a uma maioria tirânica, ocorrer a “captura” daqueles que detêm menor participação na composição do capital social. No que se refere às alterações atinentes a uma das matérias elencadas no art. 997, é imprescindível, na sociedade simples, a aquiescência unânime de todos os sócios, mesmo daqueles que não mantenham participação no capital social (sócios de serviço), de maneira que a composição do quadro social, a sede, o nome, o objeto, o valor do capital, a forma de administração e a duração da sociedade, assim como as obrigações, a responsabilidade e a participação patrimonial de cada um dos sócios, só podem sofrer modificação com a concordância de todos, sem exceção. No âmbito das demais matérias, como regra, exige-se, para a aprovação de modificações, a obtenção da maioria absoluta dos votos, conferidos em igual proporção à participação no capital social, permitindo-se, de maneira pontual e expressa, a exigência, com relação a uma ou outra matéria, da unanimidade. Toda modificação deve ser sempre reduzida à linguagem escrita. Elabora-se novo documento, um instrumento de alteração do contrato social, sob forma particular ou pública, só produzindo ele efeitos perante terceiros quando realizada sua averbação, em acréscimo à antecedente inscrição, nos assentamentos mantidos pelo oficial de registro civil de pessoa jurídica, o qual ostenta o dever de proceder a novo exame qualificativo e, se for o caso, apontar eventuais falhas documentais, formulando, aqui também, exigências ou óbices.

Art. 1.000. A sociedade simples que instituir sucursal, filial ou agência na circunscrição de outro Registro Civil das Pessoas Jurídicas, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária.

Parágrafo único. Em qualquer caso, a constituição da sucursal, filial ou agência deverá ser averbada no Registro Civil da respectiva sede.

CC/1916: sem correspondente.

Constituída a sociedade simples, poderá ela alargar os negócios sociais para além dos limites de sua sede e, nesse caso, pode ser conveniente e oportuno instituir sucursais, filiais ou agências, promovendo, com caráter de permanência, sua expansão. A filial destina-se à reprodução da atividade já desenvolvida em nova localidade, enquanto uma simples sucursal ou uma agência ostentam a função de mera coleta de pedidos. Persiste, então, nesses casos, a necessidade de transposição de dados. A exemplo do previsto com relação ao empresário individual no art. 969, será obrigatória a realização de novas inscrições, confrindo-se, onde quer que houver sido ampliada a atividade, total publicidade acerca de todos os elementos essenciais e acidentais da pessoa jurídica, respeitadas as circunscrições territoriais dos oficiais de registro, discriminadas, particularmente em cada um dos estados federados, em comarcas ou municípios. Para a realização de cada novo ato de registro, será necessária a prova da inscrição originária, o que só pode ser realizado mediante a apresentação da certidão extraída dos assentamentos do oficial de registro da sede da sociedade simples constituída. Em todo

caso, porém, sempre que for instituir sucursais, filiais ou agências, a sociedade simples deverá providenciar a averbação relativa a tais fatos no registro originário, formulando requerimento específico e dirigido ao oficial de registro da sede da pessoa jurídica, tornando completos e concentrados os pormenores mais relevantes acerca das atividades empreendidas.

Seção II

Dos Direitos e Obrigações dos Sócios

Art. 1.001. As obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato, se este não fixar outra data, e terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais.

CC/1916: art. 1.375.

O presente artigo visa a estabelecer os limites temporais de eficácia do contrato de sociedade diante das próprias partes contratantes, ou seja, os sócios, tornando claros os momentos de seu início e seu fim. A produção dos efeitos internos do contrato inicia-se, em regra, imediatamente, ao ser ele celebrado. Não é necessária, nem mesmo, a elaboração do instrumento escrito ou, em razão da promoção do posterior registro perante o oficial da sede eleita, a formação da pessoa jurídica. Basta o ajuste de vontades, conjugando-se o consentimento de cada parte para a formação de uma unidade de interesses e propósitos. Os sócios possuem, porém, liberdade para dispor em sentido diverso. A escolha de outro marco temporal inicial qualquer constitui uma faculdade dos contratantes, podendo, em sentido extremo, ser postergada a exigibilidade do cumprimento dos deveres expostos até depois da aquisição da personalidade jurídica, conforme a conveniência concreta indicada pela conjuntura. O término da eficácia interna do contrato de sociedade ocorre, inevitavelmente, ao final da liquidação, quando forem tidas como extintas as obrigações dos sócios, operando-se o esgotamento ou exaurimento dos deveres atribuídos individualmente a cada sócio. Não há como estabelecer momento diverso para esse marco temporal final, permanecendo a vinculação, ainda que o instrumento elaborado contenha cláusula em contrário, até que todos os direitos dos terceiros credores tenham sido devidamente satisfeitos.

Art. 1.002. O sócio não pode ser substituído no exercício das suas funções, sem o consentimento dos demais sócios, expresso em modificação do contrato social.

CC/1916: sem correspondente.

Nas sociedades simples, tal qual nas sociedades empresariais de pessoas, a contratação se realiza *intuitu personae*, sendo de suma relevância a identidade de cada um dos sócios, pois a conjunção dos consentimentos pressupõe a manutenção de uma confiança recíproca, sempre fundada nas qualidades individuais de cada parte. Não se concebe que um estranho, de quem nada se conhece ou com quem não são mantidas relações amistosas e que não foi escolhido, possa assumir a posição de sócio, tangenciada a necessidade de uma declaração negociai expressa. A escolha de um sócio requer, em princípio, um cuidado todo especial, sendo natural o desejo de vê-la rigorosamente respeitada. A substituição de um sócio depende, portanto, da aquiescência de cada um dos cocontratantes. Ressalte-se que o texto legal refere-se, com significado amplo, à substituição no exercício, pois abrange não apenas as mudanças formais do quadro social, mas engloba, também, a celebração de contratos entre sócio e terceiro que viabilizem, pontual e concretamente, a transmissão do gozo de direitos decorrentes da posição de sócio, seja

pela via onerosa, seja pela via gratuita. Para que seja válida tal substituição, será imprescindível, em se tratando de sociedade simples, colher a aceitação de todos os sócios, conformando uma unanimidade. Descabe, diante da importância da matéria tratada, a deliberação por maioria, inadmissível e irrelevante, ademais, a manifestação tácita. Exige-se o consentimento formalmente expresso por meio de alteração do contrato social. Elabora-se, então, novo instrumento, como aditivo àquele já levado a registro, submetendo-se este ao disposto no art. 1.000.

Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

CC/1916: art. 1.388.

Legislação correlata: art. 334 (*revogado*), Código Comercial.

Em uma sociedade simples, a modificação do contrato social, efetivada com o consentimento unânime dos sócios, constitui fator de eficácia de toda e qualquer cessão de quotas. Reafirma-se, no *caput* deste artigo, tudo quanto proposto no artigo antecedente, protegendo-se os sócios, a sociedade e os terceiros. Assim, a cessão, apesar de validamente contratada, só produzirá efeitos perante os sócios e a sociedade (pessoa jurídica) quando efetivada, por meio de averbação na inscrição originária, a formalização de tal alteração. O parágrafo único, por sua vez, contém uma regra importante. Ficou estabelecida uma hipótese de responsabilidade solidária entre o cedente e o cessionário das quotas, isto é, envolvendo o antigo e o novo sócio. Essa solidariedade passiva está delimitada de duas maneiras. No âmbito temporal, sua vigência respeitará o prazo de dois anos, contado sempre da data em que for requerida a averbação no Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica. No âmbito material, ela abrangerá as obrigações do cedente, já existentes na data da cessão, derivadas da aplicação do contrato plurilateral e transmitidas ao cessionário. A posição de sócio, como um todo único, é transmitida, de maneira que, por um lado, em conjunto com o cedente, o cessionário arca com os ônus decorrentes dos eventuais e pretéritos descumprimentos contratuais e, por outro, cabe ao cessionário prosseguir no adimplemento de cada dever já ajustado, assumindo o cedente a função de garante da retidão do futuro comportamento do novo sócio. Cedidas as quotas numa sociedade simples, uma fórmula especial passa, então, a reger a responsabilidade do cedente e do cessionário, sendo patente a potencial gravidade de seus resultados. Pretende-se proteger não somente os interesses sociais diante, por exemplo, da ausência de integralização do capital, mas, também, os credores da pessoa jurídica, beneficiando a sociedade constituída e os terceiros.

Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.

Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 289 (*revogado*), Código Comercial.

Fornecer uma contribuição patrimonial para a formação do capital social e conferir, visando à realização do objeto social, suporte material à pessoa jurídica constituem deveres naturalmente atribuídos aos sócios e prontamente disciplinados pelo contrato social. As contribuições podem ser totalmente heterogêneas, sob forma pecuniária ou mediante a transmissão de direitos reais ou pessoais de sua titularidade, estes devidamente avaliados. Apreciadas de um ponto de vista diverso, elas podem ser imediatas, logo após a conclusão do contrato social, mas, também, sua efetivação pode ser postergada, conferindo um direito de crédito à pessoa jurídica (sociedade-corporação). Com o adimplemento, concretiza-se a integralização da quota do capital atribuída, no contrato social, a dado sócio. O presente artigo trata, porém, da hipótese de inadimplemento dessa obrigação, em que figuram, como devedor, o sócio e, como credora, a sociedade, concebida uma disciplina especial, inclusive diante da gravidade da situação resultante. Na sociedade simples, uma vez descumprido o prazo ou apresentado montante de bens inferior ao convencionado, o sócio remisso ou inadimplente deve ser notificado, sendo formalmente cientificado de que, após o decurso do lapso de trinta dias, ficará sujeito ao pagamento de uma indenização, a título de ressarcimento dos danos causados pela mora, caso não promova a integralização de sua quota. A notificação pode, conforme a conveniência dos sócios, ser judicial, seguindo o rito estabelecido pelos arts. 867 e seguintes do Código de Processo Civil, ou extrajudicial, feita, nos termos do art. 160 da Lei n. 6.015/73, por Oficial de Registro de Títulos e Documentos. Em sentido contrário, mesmo caracterizada a mora, sua purgação, respeitado o prazo assinalado, isenta o sócio de eventual indenização, bem como de outros possíveis efeitos, escolhidos, ante o caso concreto, pelos demais sócios. Com efeito, decorridos os trinta dias e consolidada a mora, os sócios adimplentes adquirem a faculdade de deliberar, por maioria, conforme as necessidades objetivas da inversão de recursos na atividade-fim projetada e a persistência, ou não, da quebra de confiança antes depositada no inadimplente, excluí-lo, denunciando parcialmente o contrato e provocando uma modificação coativa do quadro social, ou reduzir sua quota, caracterizando uma integralização parcial, tendo sempre em conta os valores ou os bens já conferidos à pessoa jurídica. Faz-se, aqui, uma remissão ao § 1º do art. 1.031, pois, quando for adotada qualquer das duas soluções alternativas, será necessário computar uma redução correspondente do capital social, a menos que os sócios, em conjunto e apenas excluído o inadimplente, decidam suprir o valor descontado.

Art. 1.005. O sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso, responde pela evicção; e pela solvência do devedor, aquele que transferir crédito.

CC/1916: art. 1.377.

Um sócio pode integralizar sua quota, adimplindo a obrigação de contribuir para a formação do capital social, mediante a transmissão de direitos reais ou pessoais em espécie, desde que seu valor possa ser reduzido a uma expressão monetária. O presente artigo intenciona reger, nessa hipótese, qual a responsabilidade assumida pelo sócio ante a assunção de fatos posteriores, que resultam, após sua aquisição pela pessoa jurídica, no perecimento ou na perda da eficácia patrimonial desses mesmos direitos. Em se tratando da conferência de direitos reais, o sócio transmitente responde pela evicção na forma dos arts. 447 a 457, mantida a disciplina geral estabelecida para a hipótese, uma vez que está presente, aqui, a onerosidade; a atribuição da quota social é feita em retribuição à conferência dos direitos especificados. Nesse sentido, a menos que exista cláusula excludente, nascerá o dever do sócio de indenizar a sociedade, quando a pessoa jurídica assumir a qualidade de evicta (arts. 448 e 450). Se a quota houver sido integralizada mediante a cessão de um direito pessoal, de um crédito, aplica-se regra peculiar, assumindo o sócio responsabilidade pela solvência, ou seja,

pelo efetivo pagamento da dívida em favor da sociedade, a cessionária e nova credora. Excepciona-se, assim, o disposto no art. 295, pois o sócio cedente garante a existência dos créditos, sendo sua responsabilidade agravada para dar segurança à efetiva integralização do capital social e permitir o exato cumprimento do ajustado no contrato de sociedade, sem favorecimentos e sem repartição indevida de prejuízos e ônus.

Art. 1.006. O sócio, cuja contribuição consista em serviços, não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído.

CC/1916: art. 1.376.

Ao ser celebrado o contrato plurilateral, cada um dos sócios assume o dever de contribuir para a consecução do objeto social, perfazendo uma conjugação de esforços. Na generalidade dos casos, fornecem-se, como disciplinado nos artigos antecedentes, direitos reais ou pessoais, que, transferidos à pessoa jurídica, se fundem no capital social, mas, também, permite-se que o sócio contribua, exclusivamente, com seus serviços. Ele deixa de dispor de direitos de sua titularidade e passa a manter uma atividade habitual e profissional em benefício da sociedade criada. Do chamado sócio de serviço exige-se, porém, como regra, uma dedicação exclusiva, voltada integral e exclusivamente para os negócios sociais. Tal sócio é admitido de acordo com suas aptidões individuais. Seus predicados tornam seu esforço não apenas benéfico à sociedade, mas, isso sim, um elemento relevante para o sucesso de todo o empreendimento projetado quando da celebração do contrato. Uma concentração de sua atenção é, por isso, exigida, como contrapartida, pela ausência de integralização de uma quota social. A regra suporta exceções. Os sócios podem ajustar, sempre expressamente, por meio de cláusula inserida no instrumento do contrato social submetido a registro, que o sócio de serviço ostentará a possibilidade de desenvolver outras atividades, impondo-lhe limites, conforme sua conveniência, mais ou menos amplos. O descumprimento da exclusividade ou das limitações fixadas no contrato social sujeita o sócio de serviço, dada a quebra de confiança, a uma sanção gravíssima, correspondente, cumulativamente, a sua expulsão do quadro social e à perda do direito aos lucros, que, normalmente, se o pacto inicial fosse rigorosamente cumprido, tal qual concebido, lhe seriam conferidos.

Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

CC/1916: art. 1.381.

A equivalência patrimonial constitui uma regra comum às sociedades em geral, incidindo, aqui também, no âmbito das sociedades simples, de maneira a resguardar a paridade entre a importância da participação de cada sócio na formação do capital e a repartição dos resultados auferidos, isto é, dos lucros ou das perdas apurados ao final de cada exercício ou quando efetivada a liquidação. Nesse sentido, quanto maior a quota social, maior será a participação nos ganhos ou nos prejuízos, observado sempre um percentual único. Os benefícios e os ônus são divididos em conformidade com o comprometimento e a contribuição de cada qual para a realização da atividade escolhida como objeto social. No caso, entretanto, de um sócio de serviço, a aplicação da regra da equivalência patrimonial é, logicamente, inviabilizada, pois,

por definição, ele não contribui para a formação do capital e não se torna titular de uma quota social. Traz o texto legal, por isso, uma regra particular, de acordo com a qual o sócio de serviço participará dos lucros em proporção equivalente à média dos demais sócios, não ostentando, excepcionalmente, responsabilidade por prejuízos ou perdas. Para que seja obtido tal percentual é preciso, simplesmente, tomar o número de sócios quotistas e dividi-lo pela centena. Ressalte-se, por fim, que as normas inseridas no presente artigo apresentam um evidente caráter dispositivo e, por isso, ao celebrarem contrato, os sócios podem estabelecer regras diferenciadas, ajustadas a seus interesses e a sua conveniência concreta, desde que o façam expressamente e incluam, no instrumento escrito submetido a registro, cláusula derogatória das regras aqui analisadas, que apenas diante da omissão do contrato apresentam incidência.

Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

CC/1916: art. 1.372.

Legislação correlata: art. 288 (*revogado*), Código Comercial.

O legislador, a exemplo do previsto no art. 288 (revogado) do antigo Código Comercial, vedou a chamada sociedade leonina, caracterizada por um profundo desequilíbrio patrimonial entre os sócios, assemelhado a uma lesão enorme. É da essência do contrato de sociedade que todas as partes contratantes comunguem do mesmo destino, repartindo os sucessos e insucessos decorrentes da realização do empreendimento escolhido como objeto social. Nesse sentido, proíbe-se a inclusão, no contrato social, de cláusula de exclusão da participação em resultados auferidos, sejam eles positivos ou negativos. Ressalte-se que a conjunção aditiva constante do texto legal não pode, aqui, ser interpretada em sentido literal, persistindo, alternativamente, nulidade quando for prevista a isenção absoluta da responsabilidade sobre prejuízos ou a total abdicação aos lucros futuros. Essa invalidade não contamina, porém, todo o contrato. Sua validade subsiste, devendo ser simplesmente desconsiderada a cláusula leonina, ou seja, tida como não escrita, mantido o restante do ajuste concluído. Os sócios ostentam a faculdade de fixar fórmulas desproporcionais de repartição dos resultados, conforme a conveniência concreta gerada pela importância de cada qual na gestão social e na efetiva viabilidade do quanto contratado, fugindo das regras gerais estabelecidas nos artigos antecedentes. O que eles não podem é, puramente, convencionar a completa exclusão, ressaltada, com respeito às perdas e na omissão do contrato, a peculiar situação do sócio de serviço.

Art. 1.009. A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade.

CC/1916: arts. 1.392 e 1.393.

Ao final de cada exercício ou quando da liquidação da sociedade, é feita uma apuração contábil dos resultados, totalizando os créditos e os débitos acumulados em dado período e aferindo a obtenção de ganhos ou o surgimento de perdas, inclusive quanto ao montante, sempre com precisão. Cabe aos administradores, encarregados da gestão social, promover, muitas vezes com o auxílio de profissionais especializados (contadores e contabilistas), seu cálculo, observando, com o uso de critérios técnicos, lisura máxima e correspondência com a realidade. Terminadas as operações contábeis, caso o resultado seja positivo, o lucro, de

conformidade com as disposições do contrato e as posteriores deliberações, será destinado à formação de reservas, investido na própria atividade social ou repartido entre os sócios, que terão a sua disposição um acréscimo patrimonial. A violação das regras contábeis e a elaboração de lançamentos sem vinculação exata com as operações concretizadas geram, respectivamente, lucros ilícitos e fictícios. Materializa-se, assim, um procedimento fraudulento, nascido da atuação direta dos administradores, isto é, das pessoas encarregadas da gestão social e, por isso, incumbidas da produção das demonstrações contábeis periódicas. A fraude impõe danos a terceiros credores, uma vez que o capital social passa a ser, clandestinamente, dilapidado, reduzindo a garantia geral fornecida à satisfação das dívidas. Os administradores, portanto, respondem, pessoal e diretamente, pelos danos causados, vinculando, quando demonstrada a distribuição de lucros ilícitos ou fictícios, o próprio patrimônio individual ao pagamento de indenizações decorrentes. Não se investiga, aqui, a má-fé dos gestores, estabelecendo-se solidariedade entre todos aqueles dotados de poderes de gerência. Preocupou-se o legislador em reforçar a posição dos credores. Foi, também, de maneira suplementar, estabelecida a possibilidade de responsabilizar os sócios não gerentes, desde que tenham se locupletado com os frutos da fraude perpetrada e, simultaneamente, possuam conhecimento efetivo das irregularidades consumadas ou, diante das circunstâncias, devessem ter tido ciência do ocorrido. Sancionam-se a má-fé e a culpa dos sócios não gerentes, impondo-lhes, em conjunto com os administradores, responsabilidade solidária, tudo isso sem contar o dever de restituir o montante recebido, tal como antes previsto no arl. 1.392 do Código Civil de 1916.

Seção III

Da Administração

Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§ 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital.

§ 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz.

§ 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.

CC/1916: sem correspondente.

Na presente seção, foram estabelecidas as regras básicas atinentes à administração dos negócios sociais em uma sociedade simples, aplicáveis, na generalidade dos casos, também às sociedades empresárias de pessoas. Logo de início, o texto legal ressalta que há diferentes níveis de competência decisória no interior da pessoa jurídica, não se concentrando toda ela nos sócios, mesmo porque não é possível que se mantenham permanentemente reunidos e a todo instante deliberem sobre qualquer matéria atinente à gestão. As deliberações dos sócios estão reservadas para assuntos de gravidade mais acentuada e relativos à definição das linhas mestras da gestão, conforme disponha a lei ou o contrato social celebrado. Pode ser esse o caso da instituição de direitos reais de garantia ou da contratação de dívidas vultosas, superiores ao valor de metade do capital. As demais decisões são, todas elas, em princípio, tomadas, quotidianamente, pelos administradores. Quando uma deliberação couber, no entanto, aos sócios, ela será tomada sempre por maioria de votos, atribuídos a cada um dos contra-

tantes de acordo com a importância de sua participação no capital social. Quanto maior a contribuição fornecida para a realização do empreendimento comum, maior o número de votos conferido a um sócio, cabendo observar a exata proporção. A maioria absoluta, conforme disposto no § 1º do presente artigo, é materializada quando reunidos num mesmo sentido votos correspondentes a mais que a metade do capital social. A maioria simples é aquela aferida com base nos votos dos sócios presentes a dada reunião, com total desconsideração dos ausentes. Pode o estatuto ou a lei exigir a deliberação tomada por maioria simples ou absoluta, conforme a conveniência dos sócios e a gravidade potencial da decisão. Na hipótese de empate de votos, prevalecerá a deliberação sustentada por maior número de sócios, isto é, faz-se uma contagem por cabeça, considerando-se a opinião puramente individual de cada contratante. Se, mesmo assim, persistir o empate, ainda que aplicado o segundo critério, a solução fugirá do âmbito interno da sociedade simples e, materializado um litígio, será necessário levar a questão controvertida ao conhecimento de um órgão dotado de jurisdição. Caberá a um órgão do Poder Judiciário (juiz) ou, diante de cláusula compromissória, a um juízo arbitral resolver a controvérsia e, ao final, substituir a vontade dos sócios, dado o impasse criado. O § 3º do presente artigo destaca, ademais, o problema do conflito de interesses, antes tratado apenas no âmbito das sociedades por ações (art. 115 da Lei das S.A. - Lei n. 6.404/76), preconizando, como princípio, o afastamento do sócio das decisões que envolvam qualquer interesse pessoal e contrastante com o social. Se o sócio participa, em reunião da sociedade simples, de deliberação relativa a matéria conflituosa e provoca, com seu voto, a aprovação de uma deliberação favorável a seus interesses individuais, mas prejudicial à pessoa jurídica, nasce a responsabilidade pessoal e deverá ele, ante o ilícito contratual, indenizar a própria sociedade simples, respondendo, portanto, por perdas e danos. O legislador, ressalte-se, poderia ter ido mais longe e impedido o sócio, desde logo, de maneira preventiva e absoluta, de participar das deliberações em conflito de interesses, afastando-o de tais decisões e evitando o surgimento de litígios.

Art. 1.011.0 administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§ 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

§ 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

CC/1916: sem correspondente.

Como padrão da avaliação das condutas ou dos atos dos administradores da sociedade simples, foi escolhido o “bom homem de negócios”, caracterizado por sua atuação ágil, atenta e cuidadosa. Nesse sentido, observado tal padrão, cada administrador, individual e concretamente, deverá se comportar como se estivesse cuidando de seus próprios negócios, sendo indesculpável a desídia. Desrespeitados os preceitos de comportamento, configura-se a culpa do administrador e, gerado qualquer dano, por mínimo que seja, nasce o dever de indenizar. O exercício da função de administrador, por outro lado, se submete a requisitos de natureza pessoal, tendentes a assegurar a idoneidade e a dedicação plena daquele que foi escolhido

para coordenar e especificar os negócios sociais. De início, todos os impedimentos previstos originalmente para o empresário individual, referidos nos arts. 972 e 973 e inseridos na legislação especial, atingem os administradores; o indivíduo que não pode ser empresário individual não pode, também, ser administrador de uma sociedade, mesmo sendo ela simples. Ademais, a condenação criminal, quando enquadrada numa das hipóteses componentes do rol fechado constante do § 1º, provoca o impedimento, enquanto perdurarem seus efeitos, isto é, desde o trânsito em julgado até a reabilitação (art. 93 do CP). Ao final, no § 2º, determina-se a aplicação subsidiária das regras atinentes ao mandato (arts. 653 a 692) à atividade dos administradores. Apesar de os administradores não se firmarem como simples representantes, mas como membros do órgão de apresentação da pessoa jurídica, que a exterioriza diante de terceiros, as semelhanças são claras e realçam-se no que respeita à disciplina da cessação dos poderes, da atuação de um administrador aparente perante terceiros e dos deveres assumidos pela administrada (a sociedade) e pelo designado para efetuar sua apresentação, inclusive quanto ao reembolso de despesas realizadas no exercício da gestão.

Art. 1.012. O administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade.

CC/1916: sem correspondente.

Um administrador pode receber seus poderes originariamente, quando elaborado o instrumento destinado à promoção da inscrição prevista nos arts. 985 e 998, logo após a celebração do contrato social. Nesse caso, será efetivada imediata publicidade acerca da titularidade dos poderes de apresentação da pessoa jurídica, podendo quaisquer terceiros identificar o administrador por meio da consulta aos assentamentos registrários e da extração de correspondentes certidões. É possível, porém, e o presente artigo prevê tal hipótese, seja o administrador nomeado, em momento posterior, por instrumento separado. Pode ocorrer a substituição de antigos administradores ou a repartição de poderes de gerência, exigindo-se, então, novas providências registrárias. Prevê-se, com o fim de propagar total publicidade sobre as alterações relativas ao exercício da administração das sociedades, a necessidade da promoção de averbação, isto é, de um segundo ato registrário a ser praticado perante o oficial de registro civil de pessoa jurídica onde já houver sido feita a primitiva inscrição da sociedade, a qual lhe garantia personalidade jurídica. Trata-se, portanto, de um ato secundário e dependente da realização da antecedente inscrição, atualizando-a em conformidade com os rumos adotados pelos sócios, externados por meio de suas deliberações e documentados pelas atas de suas reuniões. Caso passe a atuar antes mesmo da realização da averbação em relevo, o administrador nomeado submete-se a uma sanção grave, derivada da ausência de publicidade registrária, passando a assumir, perante terceiros credores, responsabilidade pessoal e solidária por todos os negócios sociais em que houver atuado em nome da pessoa jurídica. O terceiro credor poderá, assim, exigir o pagamento do débito tanto da pessoa jurídica quanto do próprio administrador, só produzindo sua nomeação todos os efeitos próprios após a averbação.

Art. 1.013. A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.

§ 1º Se a administração competir separadamente a vários administradores, cada um pode impugnar operação pretendida por outro, cabendo a decisão aos sócios, por maioria de votos.

§ 2º Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria.

CC/1916: art. 1.386.

Celebrado o contrato de sociedade, podem os sócios indicar, com inteira liberdade, quem ostentará a incumbência de realizar os atos de administração e mediar a concretização dos negócios sociais, inserindo cláusula específica no instrumento destinado a ser levado a registro. Na falta de tal disciplina, cada um dos sócios, individual e isoladamente, assume a atribuição de gerir a pessoa jurídica, sem a necessidade de prévia autorização ou da conjunta atuação para a prática de quaisquer atos, prestando contas apenas ao final. Compartilhada a gestão social, pode um dos administradores atuar preventivamente e no afã de evitar uma operação potencialmente nociva ou ruínosa para a sociedade, prevendo o § 1º do presente artigo a possibilidade de ser formulada uma impugnação. Não foram estabelecidos forma e prazo para a dedução de tal impugnação, mas ela precisa, logicamente, anteceder a conclusão da operação questionada e merece ser manifestada por escrito. Recomenda-se o uso de carta registrada ou notificação extrajudicial dirigida ao pretendido autor do ato, bem como a todos os sócios, aos quais caberá, por maioria absoluta de votos, decidir pela conclusão, ou não, da operação. Veda-se, ainda, ao administrador, a prática de atos e operações contrárias às diretrizes fixadas pela maioria dos sócios, sob pena de ser caracterizado um ilícito contratual. Quando for desrespeitada a proibição, presente o dolo ou a culpa do administrador, que sabia ou deveria saber estar contrariando a vontade coletiva da maioria dos sócios, impõe-se, como sanção, uma responsabilidade civil excepcional. Surge, aqui, o dever do administrador de indenizar a sociedade (pessoa jurídica) por todos os prejuízos que possam nascer da operação apontada como ilícita, recompondo seu patrimônio à situação anterior.

Art. 1.014. Nos atos de competência conjunta de vários administradores, torna-se necessário o concurso de todos, salvo nos casos urgentes, em que a omissão ou retardo das providências possa ocasionar dano irreparável ou grave.

CC/1916: art. 1.385.

Os sócios podem fazer incluir, no contrato social, uma cláusula expressa exigindo, sempre delimitadamente, com respeito à prática de determinados atos de gestão, a atuação de mais de um único administrador. A exigência deve encontrar justificativa na importância e na gravidade da realização de determinada operação, seja por causa de sua magnitude patrimonial, seja diante das potenciais consequências para o desenvolvimento do objeto social escolhido. Em todo caso, a plena eficácia do ato, presente dita cláusula, depende da aquiescência de todos os administradores. A sociedade, como pessoa jurídica, só se vincula por meio dessa conjunção de vontades individuais, e, na ausência de tal requisito, os efeitos do ato praticado recaem apenas sobre o próprio administrador, que, excedendo seus poderes, responde pelos danos causados a terceiros. Excepcionam-se, porém, as situações urgentes, definidas pelo perigo de surgimento de dano irreparável ou grave. Quando a demora na realização de certo negócio social potencializar perda patrimonial muito relevante e, por isso, definitiva, o administrador pode e deve agir sozinho, evitando a concretização do prejuízo vislumbrado, prestando contas posteriormente de tudo quanto efetivou.

Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II - provando-se que era conhecida do terceiro;

III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

CC/1916: arts. 1.383 e 1.386.

Os poderes de gestão conferidos aos administradores estão delimitados pelo próprio contrato social, subsistindo, como regra de genérica aplicação e na ausência de cláusula específica, a atribuição de praticar todos os atos “pertinentes”. É preciso estabelecer, portanto, uma vinculação entre os negócios sociais concretizados e os fins eleitos pelos sócios como objeto social e expostos, obrigatoriamente, no instrumento de contrato levado a registro. Ao administrador cabe atuar apresentando a pessoa jurídica, sempre no âmbito das atividades para as quais foi criado esse sujeito de direito, seja diretamente, cuidando da execução da atividade-fim, seja indiretamente, dispondo dos meios necessários a sua realização, reunindo seus pressupostos materiais. Ressalte-se, no entanto, ser imprescindível, para a oneração ou alienação do domínio de imóveis, a colheita da aquiescência formal da maioria dos sócios, externada por meio de uma deliberação de autorização individual da prática de cada ato. Em consonância com a gravidade de tais operações, perdurando suas conseqüências por longos períodos, estabeleceu-se uma restrição especial à atuação dos administradores. Sem a autorização prévia, o ato do administrador deve ser considerado nulo, diante da falta de legitimidade para sua consecução, o que só pode ser superado se o ato estiver incluído expressamente no objeto social, quando imóveis estarão, portanto, incluídos no ativo circulante da sociedade. Em todo caso, praticados atos estranhos ao objeto social, são eles considerados *ultra vires societatis* ou seja, estariam acima das forças da sociedade e configurariam a prática de um ilícito contratual, cujo resultado danoso pode e deve ser imposto ao administrador faltoso. Ademais, conforme o parágrafo único do presente artigo, nas hipóteses comuns, a prática de atos exorbitantes por parte dos administradores, caracterizadores do excesso de poderes, não prejudica, em regra, terceiros e os prejuízos decorrentes, se houver, são suportados exclusivamente pela própria sociedade. Os administradores são escolhidos pelos sócios com inteira liberdade e os terceiros de boa-fé devem ser protegidos dos reflexos do descumprimento das normas concretas estabelecidas para o exercício da gestão de dada pessoa jurídica, a menos que se concretize seu dolo ou sua culpa grave. A sociedade, por isso, perante terceiro, só pode opor o excesso quando demonstrar a má-fé, ou quando do instrumento de contrato social registrado constar limitação pontual, ou, ainda, quando a operação apresentava, de maneira clamorosa, divergência com os demais negócios sociais, patenteando a irregularidade. Não se pode cogitar, então, de nulidade, mas de anulabilidade, assumindo a sociedade o ônus de demonstrar a consumação de uma das hipóteses de invalidade, resultando na perda conjunta da eficácia dos atos praticados pelo administrador diante do terceiro enquadrado em um dos incisos do parágrafo único deste artigo, apenas após a obtenção de uma declaração judicial específica. Excluídas tais hipóteses, a sociedade só poderá buscar, como disposto no artigo seguinte, ressarcimento diante do próprio administrador, suportando, perante o terceiro, as obrigações que lhe foram indevidamente imputadas.

Jurisprudência: O excesso de mandato praticado pelo administrador da pessoa jurídica poderá ser oposto ao terceiro beneficiário apenas se ficar afastada a boa-fé deste, o que ocorre quando: (i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, (ii) o terceiro conhecia o excesso de mandato, (iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica. Verificada a boa-fé do terceiro, restará à pessoa jurídica exigir a reparação pelos danos sofridos em ação regressiva proposta contra o administrador que agiu em excesso de mandato. (STJ, REsp n. 448.471/MG, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.03.2003)

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

CC/1916: art. 1.398.

Está, aqui, estratificada a principal regra regente da responsabilidade dos administradores. Dos administradores, é exigida, de acordo com o art. 1.011, a manutenção de um padrão de conduta de retidão e cuidado próprio ao “homem ativo e probo” (bom homem de negócios) e, com base em tal paradigma jurídico, cabe avaliar, quando o prejuízo for resultante de uma operação realizada, se as perdas podem ser consideradas de responsabilidade daqueles a quem a gestão é atribuída. Persistentes uma conduta negligente, imprudente ou imperita (art. 181) ou, com mais razão, a intenção de prejudicar, materializando a culpa em sentido amplo, surge, conjugada ao dano emergente ou ao lucro cessante, a responsabilidade civil. Há o dever de indenizar a pessoa jurídica e, eventualmente, terceiros, o que é atribuído não apenas ao administrador faltoso, mas ao conjunto de todos os encarregados da gestão social, conforme o texto do presente artigo. Forma-se, assim, entre todos, uma relação de solidariedade, protegendo mais firmemente a própria sociedade e os terceiros, descabida, mesmo inserida a cláusula contratual expressa e contrária, a exclusão de quaisquer dos administradores. Todos eles colocarão seu patrimônio pessoal à disposição do adimplemento da obrigação gerada pelo ilícito consumado.

Jurisprudência: 1 - Para a caracterização da responsabilidade do administrador da sociedade limitada, há de estar efetivamente comprovada a natureza culposa de sua conduta, não se admitindo seja a culpa, pura e simplesmente, presumida (TJSP, Ap. n. 186.294-5/7-00, 9ª Câm. de Direito Público, rel. Des. Ricardo Lewandowski, j. 11.08.2004). 2 - Foi revogado o artigo 10 do antigo Decreto 3.708/19, devendo sempre ser aferida a responsabilidade subjetiva do administrador, sem automática solidariedade e ilimitação por qualquer ato, seja perante terceiros, seja perante a própria sociedade (TJDF, Ap. 2004.01.10.836.333, 2ª T. Cível, rel. Des. Ângelo Passareli, j. 25.06.2008). 3-0 insucesso do empreendimento, por si só, não gera responsabilidade do administrador (TJRJ, Ap. n. 2003.001.17482, 8ª Câm. Cível, rel. Des. Adriano Celso Guimarães, j. 14.12.2004). 4 - Mesmo frente ao disposto no art. 135, III, do CTN, a responsabilidade solidária dos administradores de uma sociedade com respeito ao cumprimento de obrigações tributárias depende da violação voluntária da lei ou do contrato, isto é, da configuração de sua culpa no desempenho das funções (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 761.925/RS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 24.10.2006), o que se concretiza quando efetivada a dissolução irregular de sociedade (STJ, REsp n. 68.408/RS, 1ª T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.05.1996).

Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à socie-

dade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.

CC/1916: art. 1.386, II (parcial).

O *caput* do presente artigo trata da hipótese de desvio de poder, resultante da inadequada conduta do administrador, o qual usurpa suas funções como membro de um órgão da pessoa jurídica e passa, em desacordo com os fins estatuídos no contrato social, a utilizar os bens integrantes do patrimônio da sociedade em favor próprio ou, ainda, para beneficiar terceiros, sempre em descompasso com o interesse social. Ora, a sociedade foi contratada e constituída para dar vida a dado empreendimento comum, projetado pelos sócios, inclusive com o fornecimento de bens para compor o capital social, não se concebendo a regularidade de procedimento tão destoante do conteúdo do acordo de vontades feito, a menos que os sócios, expressamente, mediante a elaboração de instrumento particular ou público, forneçam sua aquiescência. Fica caracterizado um ilícito e, naturalmente, o administrador permanece obrigado a recompor integralmente o patrimônio da pessoa jurídica, restituindo, se for o caso, bens e indenizando os lucros perdidos. O ressarcimento deverá ser o mais completo possível, de maneira que, não sendo viável a restituição, dada, por exemplo, a natureza consumível do bem, ou emergente algum dano, haverá a conversão em dinheiro. No parágrafo único, a disciplina do conflito de interesses, antes tratado no § 3º do art. 1.010, foi retomada, mantido o foco na atuação dos administradores e não mais na dos sócios. O administrador, também, em regra, fica, quando estiver presente interesse individual e contrastante de si próprio, proibido de executar quaisquer operações em nome e por conta da pessoa jurídica. Violada tal regra, nasce o dever de ressarcir a sociedade, retornando-lhe, por completo, sua eventual perda patrimonial.

Art. 1.018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.

CC/1916: sem correspondente.

Numa sociedade simples, os poderes conferidos aos administradores são indelegáveis, de maneira que cada um deles não pode, simplesmente, fazer-se substituir por outrem, repassando suas atribuições. Os poderes de gerência decorrem da presença de determinados atributos pessoais, tais quais a honestidade, o conhecimento técnico e a habilidade negociai. Quando esses predicados são tidos como presentes em determinado indivíduo, ele, por isso, é feito administrador. A decisão dos sócios parte, concretamente, da identidade da pessoa eleita, sendo, assim, *intuitu personae*, o que impede a transmissão, mesmo parcial, do exercício da gestão. É proibida a criação de “administradores-delegados” ou “administradores de segundo grau”. Isso não quer dizer que os administradores sejam obrigados a atuar sempre pessoalmente, por si mesmos. A lei faculta-lhes a constituição de mandatários, incumbidos de atuar em nome e por conta da sociedade (pessoa jurídica), que os auxiliem a desincumbir todos os seus deveres da maneira mais eficiente possível. Os mandatários, evidentemente, não poderão ostentar poderes superiores aos dos próprios administradores e exige-se, também, que sua atuação seja fundada sempre em poderes especiais de representação. Resta imprescindível a elaboração de instrumento particular ou público de procuração, em que deverá permanecer especificado, com os pormenores suficientes, o âmbito dos atos e operações em que a representação se operará validamente.

Art. 1.019. São irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios.

Parágrafo único. São revogáveis, a qualquer tempo, os poderes conferidos a sócio por ato separado, ou a quem não seja sócio.

CC/1916: art. 1.383.

Trata o presente artigo da revogação dos poderes de gestão conferidos a dado administrador, firmando duas regras, diferenciadas de acordo com a forma de atribuição e a identidade do titular de tais poderes. Em um primeiro plano, ficou estabelecida a irrevogabilidade dos poderes conferidos a um sócio por meio de específica cláusula do contrato social, o que se conjuga ao disposto nos arts. 997, VII, e 999. Firmada a necessidade da unanimidade para a alteração das disposições relativas ao exercício da administração inseridas no contrato social, o sócio investido pelo próprio contrato não poderia ser meramente destituído, pois elas se incluem no núcleo do próprio ajuste e, supostamente, motivaram a vinculação de um ou mais sócios contratantes. Diante apenas da caracterização de uma justa causa, quando o sócio-administrador houver tomado decisões ruinosas ou praticado atos ilícitos, violadores do contrato ou da lei, pode outro sócio postular, em juízo, a supressão das atribuições de gestão originárias, caracterizando um litígio interno à pessoa jurídica. Caso julgada procedente a ação proposta, estará reconhecida a inaptidão do sócio e o contrato será coativamente alterado pelo comando judicial emitido, ensejando, uma vez expedido o mandado, averbação na inscrição da sociedade simples. Num segundo plano, consideradas todas as demais hipóteses, isto é, quando o sócio-administrador houver sido nomeado por instrumento particular ou público separado ou quando uma pessoa estranha ao quadro social for designada administrador, assenta-se, como regra, a revogabilidade dos poderes de gestão. Nessas circunstâncias, bastará seja aprovada, por maioria de votos, uma específica deliberação para que se concretize a substituição ou a simples destituição do administrador.

Art. 1.020. Os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 290 (*revogado*), Código Comercial.

A função conferida aos administradores resguarda uma importância ímpar, uma vez que, por meio de sua atuação, efetiva-se o relacionamento entre a pessoa jurídica e os terceiros e são viabilizados os negócios sociais. Diante do tamanho de suas atribuições e dispondo de valores alheios, lhes é imposto, naturalmente, o dever de prestar contas, demonstrando, ao final de cada período máximo de um ano, qual destinação foi dada ao capital alocado pelos sócios e quais foram os conseqüentes lucros ou prejuízos. Tal prestação de contas deve ser feita sempre por escrito e de maneira formal, em consonância com as regras técnicas e contábeis vigentes, apresentadas as justificativas tidas como pertinentes. Exige-se, no mínimo, nas sociedades simples, a apresentação de três peças específicas: a) inventário de bens; b) balanço patrimonial; c) demonstrativo de resultados. O primeiro (inventário) corresponde a uma relação exhaustiva e minuciosa dos bens componentes do cabedal social, seja qual for sua espécie (imóveis ou móveis; corpóreos ou incorpóreos). O segundo (balanço) encerra, de maneira sintética e está-

tica, todos os componentes do patrimônio da sociedade, sejam eles positivos (ativo), sejam eles negativos (passivo), demonstrando a situação dos bens, direitos e obrigações e indicando o valor líquido de todo o patrimônio em determinado momento. O terceiro (demonstrativo) efetiva a consolidação do resultado de cada uma das operações realizadas em dado período pela sociedade, para que, ao final, seja auferida a presença de lucro ou prejuízo. A ausência da prestação de contas e a apresentação de contas formal ou materialmente irregulares constituem faltas gravíssimas, dada a violação a deveres fundamentais ao exercício da gestão, e podem ensejar não só a responsabilização, como também a destituição do administrador.

Jurisprudência: 1 - Com relação a qualquer sócio minoritário, persiste o dever de prestar contas do administrador, obrigação cujo descumprimento pode ensejar a propositura da correspondente ação de rito especial (TJRS, Ap. n. 70.022.049.894, 19ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 13.05.2008). 2 - Ao sócio excluído, enquanto pendente a apuração e o pagamento de seus haveres, devem ser prestadas contas, viabilizando-se amplo exercício de fiscalização sobre a movimentação contábil e financeira da sociedade (TJSP, Ap. n. 347.394-4/2-00, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. A. C. Mathias Coltro, j. 20.08.2008). 3 - Não é cabível, ao marido de sócia, ainda que no curso de ação de separação judicial litigiosa e vigente regime de comunhão universal ou parcial, exercer fiscalização sobre a administração de sociedade, pois sua atuação não pode se estender à pessoa jurídica, dada a natureza personalíssima dos atributos conferidos ao sócio. (TJRS, Ap. n. 592.099.428, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 22.10.1992)

Art. 1.021. Salvo estipulação que determine época própria, o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade.

CC/1916: sem correspondente.

Nas sociedades simples, tal qual ocorre, em geral, nas sociedades empresárias de pessoas, não há um órgão permanente e específico para fiscalizar a atuação dos administradores. Nesse âmbito, dentre os direitos naturalmente derivados da posição de sócio está, por isso, o de fiscalizar a gestão social, verificando não só a lisura dos procedimentos adotados, mas, também, a adequação e a eficiência na consecução dos negócios e das operações. Esse direito precisa, evidentemente, ser disciplinado para evitar situações patológicas, de paralisia dos administradores diante de constantes e vastas exigências feitas ou de divulgação de informações confidenciais e estratégicas. Assim, permite-se aos sócios, independentemente de sua participação no capital social, o acesso livre aos livros e documentos contábeis, sejam estes de natureza obrigatória ou facultativa, e às informações relativas aos montantes plena e imediatamente disponíveis e mantidos em caixa, bem como àqueles referentes à carteira de recebíveis da sociedade, isto é, aos créditos de titularidade da pessoa jurídica e suas características fundamentais (valor, data de vencimento e identidade do devedor). Com base em tais elementos, será possível averiguar a regularidade dos atos praticados e qual o estado de saúde financeira da sociedade, formulando juízos de valor acerca do conjunto de atos de administração consumados. Permanece estabelecido, como regra geral, o acesso “a qualquer tempo”, de maneira que, excetuada a presença de cláusula contratual limitativa, os administradores não podem jamais negar a consulta à documentação descrita no texto legal, podendo ser, inclusive, compelidos a sua exibição e ao fornecimento das informações aqui assinaladas, mediante o ajuizamento de medida judicial adequada. Os sócios podem, no entanto, prever, expressamente, no contrato social, épocas determinadas para a exibição de documentos e

para o fornecimento de informações, quando ficará, só então, franqueado o exercício amplo da atividade fiscalizatória.

Seção IV ***Das Relações com Terceiros***

Art. 1.022. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador.

CC/1916: art. 1.395.

A sociedade, como pessoa jurídica, constitui um ente imaterial, de existência ideal, não podendo, diretamente, relacionar-se com os demais sujeitos de direito e, por si só, realizar as operações próprias à consecução do objeto social. Todo e qualquer relacionamento da sociedade com terceiros é efetivado por intermédio de seus órgãos de administração. Aos administradores cabe apresentar a sociedade, dando-lhe vida e possibilitando seja obtido sucesso patrimonial na realização do objeto social. As operações mediadas pelos administradores induzem a aquisição de direitos pela pessoa jurídica, tal qual o nascimento de obrigações, mediante a celebração de contratos ou como consequência de atos unilaterais, vinculando-a. Presentando a pessoa jurídica, os administradores, encarregados da gestão, agem pela própria sociedade; são, por assim dizer, seus braços e suas pernas. Podem ser repartidas, entre os administradores, as diversas incumbências peculiares à gestão, fixando, de maneira explícita, no contrato social ou em instrumento apartado de nomeação, a extensão dos poderes de apresentação conferidos, inclusive quanto à atuação judicial da pessoa jurídica. São, então, conferidos poderes especiais a um ou a alguns dos administradores, com a exclusão dos demais, os quais, sob pena de caracterização do excesso e da responsabilidade pessoal do administrador, precisam ser respeitados com rigor. Inexistente qualquer disposição específica, cada um dos administradores ostentará poderes amplos de apresentação e poderá, regularmente, praticar todos os atos dependentes da manutenção de relacionamento com terceiros.

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

CC/1916: art. 1.396.

O presente artigo pretende estabelecer a fórmula básica de responsabilidade do sócio perante terceiros na sociedade simples, aplicável sempre, seja qual for a forma típica adotada como embalagem (invólucro externo) da pessoa jurídica. Firmou-se, nesse sentido, uma subsidiariedade. As dívidas nascidas das operações sociais vinculam, diretamente, a pessoa jurídica, de maneira que o terceiro credor deve, em primeiro lugar, atuar contra a própria sociedade e esgotar todos os meios disponíveis para, com seu patrimônio, satisfazer seus direitos. Apenas quando persistente a insuficiência do patrimônio da sociedade e esgotados os meios disponíveis, os sócios responderão pela dívida feita em nome da pessoa jurídica. Surge, então, uma responsabilidade especial, relativa ao saldo do inadimplemento (parcela que não foi paga pela sociedade) e distribuída em conformidade com a repartição de perdas sociais apuradas, conforme o disposto no contrato celebrado. Na generalidade dos casos, dado o texto

do art. 1.007, os sócios responderão, portanto, proporcionalmente à quota social, isto é, cada um dos sócios arcando, em separado, com a parcela correspondente ao percentual de sua participação no capital. Assim, a não ser ante cláusula contrária inserida no contrato social, quanto maior a participação no capital ou quanto maior a quota social, maior será o ônus derivado de uma eventual responsabilidade subsidiária. Está prevista também, aqui, a possibilidade de ser instituída, conforme a expressa vontade dos sócios contratantes, uma relação de solidariedade, o que deve, na prática, se mostrar uma raridade. A solidariedade pode, então, surgir sob duas formas. Pode-se adotar uma fórmula mais branda, oferecendo como salvaguarda, em favor de terceiros, mesmo mantida a subsidiariedade da responsabilidade patrimonial dos sócios, o envolvimento comum e unificado do patrimônio pessoal de todos os sócios, ou uma fórmula mais radical, rompendo a separação patrimonial entre sócio e sociedade e afirmando-se, então, a total solidariedade, excluía, por completo, a subsidiariedade, permanecendo cada sócio, a exemplo do previsto para as sociedades em nome coletivo (art. 1.039, *in fine*, do CC), solidária e ilimitadamente, responsável pelas dívidas sociais.

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

CC/1916: sem correspondente.

Reafirma-se, aqui, simplesmente, a regra geral de responsabilidade dos sócios na sociedade simples, já exposta no artigo antecedente. Os sócios assumem, com respeito às dívidas sociais, responsabilidade solidária e, portanto, esgotados os meios de satisfação de um crédito em face da própria devedora, a pessoa jurídica, faculta-se, ao credor, efetivar o adimplemento forçado com bens incluídos no patrimônio individual dos sócios. Não há, é preciso lembrar, limitação ao exercício da subsidiariedade, sendo os sócios chamados, seja mediante rateio, seja mediante solidariedade, a pagar o todo, o valor integral do saldo apurado. Se o credor se voltar, logo de início, contra um ou mais sócios, pode ser oposto um benefício de ordem, obstando a pretensão executiva, dada a falta de pressuposto material.

Art. 1.025. O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.

CC/1916: sem correspondente.

A execução de um contrato de sociedade pode ser realizada no curso de um período de tempo longo, o que viabiliza, sempre mantida intacta a mesma personalidade jurídica, alterações no quadro social, seja em virtude da cessão da quota social, já tratada pelo art. 1.003, seja por meio da pura e simples sucessão *causa mortis*, seja pela admissão derivada de novo aporte de capital. Disciplina-se, no presente artigo, ante um de tais eventos, a responsabilidade do sócio “admitido em sociedade já constituída”, isto é, do cessionário de quota social, do mero sucessor ou do novo sócio subscritor admitidos a participar do contrato em momento posterior a sua celebração e à formação da pessoa jurídica. O novo sócio assume, como regra inafastável e conjugados os artigos antecedentes, responsabilidade pelo conjunto de todas as obrigações da sociedade, pouco importando se elas foram constituídas antes de seu ingresso no quadro social. Quando alguém galga a posição de sócio, todos os riscos correspondentes lhe são impostos, levando sempre em consideração a situação concreta da pessoa jurídica, a qual ostenta unidade e continuidade como elementos naturais. É incabível, enfim, a dedução

de defesa perante terceiro credor fundada na época do surgimento da dívida enfocada e na ausência de contemporânea participação no quadro social.

Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.

Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.

CC/1916: sem correspondente.

Há, no presente artigo, uma mudança de foco, avaliando-se a responsabilidade do sócio diante de suas dívidas pessoais. A quota social faz parte do patrimônio do devedor, mas está inserida num âmbito maior, integrada ao capital da sociedade, e, pela própria natureza do contrato aqui tratado, uma execução forçada não pode recair, imediatamente, sobre ela. A escolha dos sócios, numa sociedade simples, deriva de seus predicados individuais; constrói-se um ajuste de vontades *intuitu personae*. Não é concebível, por isso, recaia, sem o esgotamento de outras possibilidades, uma execução sobre a própria quota social e persista sua alienação forçada, o que atingiria o cerne do contrato de sociedade, tendo o legislador limitado a atuação dos credores. De início, em favor dos credores, estabeleceram-se, diante da quota social e sempre por meio de decisão judicial, apenas duas possibilidades de atuação:

a) É viável constriar e adjudicar a parcela dos lucros atribuída ao sócio devedor, mas, evidentemente, isso depende da prévia apuração de um resultado positivo ao final de dado exercício.

b) Em se tratando de uma sociedade dissolvida, a parte cabível ao sócio devedor na liquidação pode, também, ser, a fim de efetivar a satisfação do credor, objeto de constrição e adjudicação, devendo-se aguardar, para tanto, o término de tal procedimento.

Superadas somente as duas hipóteses anteriores, o credor pode solicitar seja realizada uma dissolução parcial, penhorando-se e apurando-se somente a quota do sócio devedor, que, aplicado o art. 1.031, será liquidada, procedendo-se ao depósito judicial dos valores pecuniários apurados, num prazo de noventa dias, contado do total implemento da própria liquidação da quota.

Ademais, quaisquer desses procedimentos se submetem a um pressuposto comum e inafastável: a insuficiência do restante do patrimônio do sócio devedor. A quota social ou os direitos desta derivados só podem ser atingidos caso seja plenamente constatado que não há outros meios de satisfazer o crédito executado. Em suma, o credor não pode, desde logo, partir contra os direitos de sócio do devedor, permanecendo eles como última alternativa.

É preciso fazer outra ressalva. Sempre que a penhora tiver sido concretizada, a arrematação ou a adjudicação da quota (esta prevista, agora, expressamente, pelo art. 685-A do CPC, introduzido pela Lei n. 11.382/2006) são também possíveis, mas ostentam efeitos limitados.

A arrematação ou adjudicação da cota social resultam, tão somente, em uma aquisição forçada dos direitos patrimoniais do sócio frente à sociedade, implicando que o adquirente seja satisfeito mediante o recebimento de haveres, após dissolução total ou parcial da sociedade, sem substituição ao devedor, como se fosse, na qualidade de novo sócio, um sucessor do devedor, a menos que seja repactuado o contrato social e o adquirente seja, com a aquiescência dos sócios remanescentes, admitido no quadro social.

A qualidade de sócio, esta sim, é impenhorável e não é passível de aquisição por arrematação ou adjudicação.

Jurisprudência: 1 - A penhora dos lucros atribuídos a um dos sócios, apesar de ser admissível, só pode ser deferida, concretamente, quando inexistentes outros bens penhoráveis ou quando insuficiente o restante do patrimônio do executado (TJSC, AI n. 2005.000108-3, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 25.05.2006). 2 - A penhora de quotas de titularidade de sócio-executado é viável, ainda que estejam presentes regras limitadoras de sua cessão a terceiros, pois uma eventual arrematação ou adjudicação não implica na admissão forçada de um sócio indesejável, desde que fique ressalvada a possibilidade de remissão pela sociedade ou exercício de preferência pelos demais sócios (TJSP, AI n. 7.281.548-1, 11ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 23.10.2008; TJSP, AI n. 7.273.942-7, 12ª Câmara de Direito Privado, rel. Cerqueira Leite, j. 01.10.2008; TJSP, Ap. n. 685.402-0/9, 32ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Walter Exner, j. 06.11.2008; TJRJ, Ap. n. 2006.001.41032, 8ª Câmara Cível, rel. Des. Letícia Sardas, j. 09.01.2007; STJ, REsp n. 712.747/DF, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 21.02.2006, ficando o adquirente satisfeito com o recebimento dos haveres correspondentes à quota, mediante dissolução total ou parcial (TJSP, AI n. 992.090.788.183, 36ª Câmara Dir. Privado, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 15.10.2009). 3 - Incluída cláusula especial, impositiva da impenhorabilidade das quotas sociais, fica, porém, de toda maneira, afastada a possibilidade da constrição judicial, por aplicação do art. 649, inciso I, do CPC (TJSC, AI n. 2005.022632-4, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. 31.01.2006)

Art. 1.027. Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.

CC/1916: sem correspondente.

Tendo em conta a situação de obrigações e dívidas dos sócios mantidas com terceiros, o presente artigo, de maneira inovadora, considera duas hipóteses, tentando delimitar totalmente suas conseqüências diante da pessoa jurídica. No caso de sócio contratante casado, uma comunhão de bens, de acordo com o regime de bens estabelecido, pode ter surgido e, uma vez extinta a comunhão e realizada partilha em razão do falecimento do cônjuge ou da decretação da separação judicial ou do divórcio, serão conferidos direitos aos herdeiros do cônjuge falecido ou a seu cônjuge separado ou divorciado, entre os quais, conforme o caso, podem estar incluídos aqueles relativos à quota social. Está vedada, nesse passo, a atribuição da própria quota social, não podendo os herdeiros do cônjuge falecido ou o cônjuge separado ou divorciado exigir sua imediata e automática admissão no quadro social, uma vez que a sociedade simples é sempre contratada *intuitu personae*. A partilha só poderá ter como objeto o direito à percepção dos lucros, a serem distribuídos ao final de cada exercício, se for apurado resultado positivo. Apenas quando a sociedade for dissolvida e entrar em liquidação, eles poderão participar da divisão dos bens componentes do capital social e perceber as quantias remanescentes. Foi dispensado, portanto, aos herdeiros do cônjuge falecido do sócio ou a seu cônjuge separado ou divorciado tratamento diferenciado com relação aos credores comuns do sócio, já examinado no artigo antecedente, restringindo-lhes os meios de satisfazer seus direitos pessoais à quota social de titularidade daquele cuja comunhão foi extinta. Acrescente-se que, apesar de o texto legal não se referir expressamente, o divórcio deve ser englobado em conjunto com a separação judicial, efetivando-se uma interpretação extensiva, pois a alteração patrimonial enfocada deriva da partilha do patrimônio comum, o que pode advir tanto de um quanto de outro fato.

Seção V
Da Resolução da Sociedade em Relação a um Sócio

Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I - se o contrato dispuser diferentemente;

II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

CC/1916: sem correspondente.

A morte de um dos sócios já foi tida como causa inexorável de dissolução de uma sociedade, considerada presente uma subordinação completa a agregação dos sócios à identidade e às qualidades individuais dos contratantes (art. 1.399, IV, do CC/1916, e art. 335, item 4 - revogado do Código Comercial). Essa concepção rígida foi afastada, como demonstra o texto do presente artigo, mesmo no âmbito não empresarial das sociedades simples. Pretende-se, portanto, preservar a sociedade e, mais ainda, em benefício da coletividade, possibilitar a continuação da atividade empreendida e a correspondente geração de riquezas. Assim, morto o sócio, propõe-se, como regra geral, o empreendimento de uma resolução parcial do contrato celebrado, provocando, na forma do disposto no art. 1.031, a liquidação isolada e singular de sua quota social. Aos herdeiros é atribuído, mediante a redução do capital social, o valor correspondente à quota do *cie cuius*, preservado o restante. Apesar de desfalcado seu acervo patrimonial, a sociedade sobrevive. Há, porém, três circunstâncias exceptivas, perante as quais outra solução será adotada. Num primeiro plano, caso os sócios entendam ser inviável a manutenção do ajuste, a dissolução da sociedade e a extinção da pessoa jurídica serão irremediáveis, devendo ser sopesada, aqui, fundamentalmente, a importância da quota social ou, caso se trate de sócio de serviço, da atuação do falecido. Num segundo plano, podem já ter sido inseridas, no contrato social, com a finalidade de fornecer segurança quanto a futuros procedimentos, por meio de cláusula específica, regras concretas e incidentes, conforme a vontade coletiva consolidada, sempre diante da morte de um dos sócios, podendo-se imaginar, dentre as variações viáveis, a aquisição, por meio do pagamento de um valor fixo, da quota pelos demais sócios ou a amortização da quota, mediante a capitalização de reservas, pela pessoa jurídica. Num terceiro plano, os sócios remanescentes e os sucessores podem celebrar um acordo e viabilizar a admissão pura e simples de determinado sucessor ou de todos os herdeiros como sócios ou, ainda, de um terceiro, operando-se a substituição do falecido. Nos dois últimos casos, restará, enfim, mantida a integridade não somente da personalidade jurídica da sociedade, mas, também, do capital social.

Jurisprudência: 1 - Silente o contrato social, não há direito do herdeiro do sócio em lhe suceder nesta qualidade, ocorrendo a simples apuração de haveres (STJ, REsp n. 127.312/SP, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 25.09.2000). 2 - A transmissão da herança não implica na transmissão do estado de sócio, em virtude do que o inventariante não pode, ausente cláusula permissiva ou a concordância dos demais sócios, atuar diretamente sobre a administração da pessoa jurídica (STJ, REsp n. 537.611/MA, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrigli, j. 05.08.2004; TJSP, AI n. 578.388-4/5-00, 9ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Grava Brazil, j. 29.07.2008). 3 - Os sucessores não podem, em sentido reverso, ser obrigados a ingressarem na sociedade, se assim não for de sua vontade (TJDF, EI n. 2001.01.1.060405-0, 3ª Câm. Cível, rel. Des. Mário-Zam Belmiro Rosa, j. 18.09.2006). 4 - Os direitos de sócios, correspondentes a sua quota, deverão ser trazidos a inventário, incidindo sobre estes, inclusive, as regras atinentes ao regime matrimonial de bens, caso fosse o falecido casado (STJ, REsp n. 248.269/RS, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 02.05.2000). 5 - Em razão de sucessão, pode ser admitido, sem

qualquer óbice, menor como sócio de sociedade limitada, desde que não sejam conferidos poderes de gerência e administração (TJMA, AI n. 15.415/2002, 4ª Câm. Cível, rel. Des. Milson de Souza Coutinho, j. 17.06.2003). 6 - É anulável a deliberação tendente à exclusão imediata de herdeiros de sócio minoritário protegidos por cláusula específica, sob a alegação de falta de interesse pessoal e incapacidade de ditos sucessores, eis não se configura justa causa e persiste afronta à regra contratual. (TJRJ, Ap n. 2006.001.09738, 5ª Câm. Cível, rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 30.05.2006)

Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Parágrafo único. Nos trinta dias subsequentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

CC/1916: art. 1.404.

Foi prevista, aqui, a retirada voluntária do sócio, decorrente de seu dissenso unilateral. Há, nessa hipótese, a denúncia do contrato por parte do descontente, desfazendo apenas um dos vínculos jurídicos derivados do contrato plurilateral, possibilitadas a manutenção de todos os demais e a preservação da pessoa jurídica. Uma dupla disciplina foi construída, diferenciando-se os requisitos da retirada voluntária de acordo com a duração prevista para a execução do ajuste de vontades. Se a sociedade foi contratada por prazo indeterminado, as exigências para o rompimento de uma relação individual, de um só sócio, são menos importantes, podendo ser satisfeitas pelo próprio interessado, sem a necessidade de intervenção de qualquer outra pessoa ou de demonstração de relevância da causa do dissenso. A vontade de extinguir o liame societário é, então, soberana, pois ninguém pode ser constrangido a permanecer, indefinidamente, associado. Basta seja providenciada a notificação dos demais sócios, estabelecida uma antecedência mínima de sessenta dias, visando à necessária reorganização do quadro social. Tal notificação pode ser judicial (art. 867 do CPC) ou extrajudicial (art. 160 da Lei n. 6.015/73), só produzindo efeitos, evidentemente, após sua entrega efetiva. Dita notificação, no entanto, firmou-se como requisito formal da denúncia do contrato de sociedade, pois, no curso do prazo de sessenta dias, os sócios deverão decidir sobre a sorte da pessoa jurídica como um todo, em particular sobre a eventualidade de uma dissolução total da sociedade. Se a sociedade, no entanto, for contratada por prazo determinado, persistirá uma fundada expectativa dos demais sócios quanto à continuidade da execução do contrato de sociedade, motivo pelo qual, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, exige-se esteja o dissenso unilateral fundado numa justa causa, a ser reconhecida, obrigatoriamente, em juízo. O conceito de justa causa é aberto e indeterminado, ficando a cargo do juiz, em cada caso concreto, determinar se os fatos alegados e comprovados ostentam a relevância proposta e sustentam a pretensão de retirada unilateral. Pelo parágrafo único, confere-se, também, aos demais sócios, considerada a denúncia do contrato de sociedade com prazo indeterminado, a faculdade de optarem, levando em conta sua conveniência e as peculiaridades de seu empreendimento, num prazo de trinta dias, contado da efetiva notificação, pela dissolução completa, com o que será, naturalmente, iniciado um procedimento de liquidação e, ao final, extinta a pessoa jurídica, aguardando aquele que manifestou seu desejo de se retirar até o término da total apuração de haveres e adimplemento dos débitos para auferir os valores correspondentes a sua quota.

Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026.

CC/1916: sem correspondente.

Na sociedade simples, a exclusão de sócio, desconsiderada a hipótese de inadimplemento da integralização das quotas do capital social, que merece tratamento específico e peculiar (art. 1.004 do CC), observa uma série de restrições, com o fim de que não seja caracterizada uma expulsão, a quebra injustificada e repentina do liame contratual concretizado. O sócio minoritário pode ser excluído em duas circunstâncias diversas. Há, conforme o parágrafo único do presente artigo, a possibilidade de eclodirem problemas de incompatibilidade decorrentes da situação patrimonial individual de determinado sócio, o que implica, assim, a exclusão de pleno direito, a qual independe de qualquer deliberação dos demais sócios. Essa exclusão automática ocorre em razão da decretação da falência, dada a perda da disponibilidade patrimonial e a arrecadação de todos os bens, com exceção apenas dos impenhoráveis, para a satisfação dos credores mantidos em concurso, ou motivada por execução singular, observados, com todo rigor, os requisitos previstos no parágrafo único do art. 1.026. Liquidada-se, então, a participação societária e o produto obtido será destinado aos credores do sócio excluído. É possível, porém, que a exclusão decorra de deliberação dos sócios, a ser aprovada, nesse caso, pelos votos da maioria do capital social, exigindo-se fundamentação específica, consistente no grave descumprimento de obrigações contratuais ou na incapacidade superveniente do excluído, bem como posterior confirmação judicial do alegado, movida ação de rito ordinário, em que, estabelecido contraditório, será concedida a oportunidade de ampla defesa. Ressalte-se que o conceito de falta grave é aberto, merecendo ser feito, caso a caso, um juízo de valor concreto, medindo-se a incompatibilidade da conduta noticiada e comprovada com a condição de sócio. Alguns exemplos merecem realce. Um sócio de serviço pratica uma falta grave quando simplesmente deixa de prestar a contribuição ajustada, quando divulga informações confidenciais ou quando pratica atos de gestão ilícitos ou com violação do próprio contrato social. Nessas duas circunstâncias, a exclusão preserva a sociedade simples e viabiliza o prosseguimento do empreendimento.

Jurisprudência: O pedido de dissolução parcial da sociedade enseja litisconsórcio necessário da própria sociedade, como pessoa jurídica, pois seus interesses jurídico-patrimoniais serão diretamente afetados, dada a extensão do que se decide. (TJRJ, Ap. n. 2006.001.28110, 3ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Felipe Haddad, j. 12.12.2006)

Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§ 1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

§ 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

CC/1916: sem correspondente.

Quando da retirada voluntária ou forçada de dado sócio, será imperioso apurar qual o preciso valor de sua quota, restituindo-o ao patrimônio de onde provieram os valores destinados à integralização do capital. O próprio contrato social pode conter uma disposição particular e concreta com respeito a tal procedimento e, nesse caso, sua prevalência é inquestionável. Mas, ausente a previsão contratual, o legislador impôs seja elaborado um balanço especial, retratando a situação da pessoa jurídica na chamada “data da resolução”. Nesse sentido, toma-se, como marco temporal referencial, a data em que se produziu o fato ou o ato de desagregação daquele sócio, seja pela morte (art. 1.028), seja pela exclusão decorrente da falta de integralização total da quota de capital (art. 1.004), seja por meio da entrega de notificação própria à denúncia do contrato (art. 1.029), seja pelo trânsito em julgado da sentença desconstitutiva do vínculo societário, seja pela liquidação de sua quota, seja pela declaração de sua falência (art. 1.030). Formulam-se, então, demonstrações financeiras destinadas exclusivamente à efetiva dissolução parcial, avaliando-se, em moeda corrente, o valor da quota, para que seja ele pago pela pessoa jurídica, salvo estipulação em contrário, no prazo de noventa dias, contado do término da apuração contábil. Como consequência, o capital social, naturalmente, será diminuído, a não ser que os sócios remanescentes recomponham os valores endereçados àquele que se retirou, devendo, em todo caso, ser formalizada alteração do contrato social e averbada nos assentamentos mantidos pelo Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica.

Jurisprudência: 1 - Ausente disposição contratual específica, a dissolução parcial enseja uma reavaliação do patrimônio da sociedade, sempre considerado seu valor real e deixado de lado seu valor contábil (*RTJ*89/1070, *JC*55/85 e 38/243), o que, mesmo quando a liquidação da quota deriva do falecimento de sócio minoritário, deve ser realizado mediante a elaboração de balanço especial (TJRJ, Ap. n. 2006.001.09721, 5ª Câm. Cível, rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 06.06.2006). 2 - A apuração deve sempre remeter ao momento em que ocorreu o afastamento da sociedade (TJRJ, Ap. n. 2007.001.00521, 15ª Câm. Cível, rel. Des. Benedicto Abidicair, j. 03.04.2007; TJRJ, Ap. n. 2006.001.18077, 5ª Câm. Cível, rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 16.05.2006). 3 - Não havendo consenso acerca do valor dos haveres, a dissolução parcial deve seguir o mesmo rito da total, nomeando-se liquidante, para supervisionar e fiscalizar a apuração, sem a representação da pessoa jurídica. (STJ, REsp n. 315.915/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. 08.10.2001)

Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

CC/1916: sem correspondente.

Em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 1.003, está prevista uma responsabilidade residual do antigo sócio, que se retira voluntária ou forçadamente, ou dos herdeiros do sócio falecido. Tal responsabilidade abrange, num primeiro plano, as dívidas já constituídas quando de sua saída do quadro social e remanesce pelo mesmo prazo já previsto no dispositivo acima referido, ou seja, por dois anos, contados sempre da data da averbação do instrumento de alteração do contrato social na inscrição originária da sociedade, o que deverá ser requerido ao Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica. Num segundo plano, para o antigo sócio que se retirou voluntária ou forçadamente surge uma responsabilidade residual agravada e derivada das dívidas constituídas após sua saída. Quando a nova situação não houver sido

regularmente formalizada e dada a público, isto é, ausente a averbação referida, para a salvação dos credores, o antigo sócio permanece vinculado, respeitado o mesmo lapso temporal de dois anos e enquanto não for dirigido requerimento ao Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica. Apesar de ausente específica menção, tais responsabilidades residuais são subsidiárias, incidente a regra geral do art. 1.023, apenas quando insuficiente o patrimônio social, atinge-se o dos sócios ou dos ex-sócios. Há, porém, solidariedade interna, nas relações dos sócios e ex-sócios e destes para com a sociedade, tal como a que se estabelece em razão de uma cessão.

Seção VI

Da Dissolução

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II - o consenso unânime dos sócios;

III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira no Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual, observado, no que couber, o disposto nos arts.

1.113 a 1.115 deste Código.

Parágrafo acrescentado pela Lei Complementar n. 128, de 19.12.2008.

CC/1916: art. 1.399.

Legislação correlata: art. 335 (*revogado*), Código Comercial.

A dissolução corresponde à extinção do próprio contrato de sociedade e de todos os vínculos decorrentes, perfazendo-se com o advento de um fato ou de um ato determinante, podendo seu implemento depender, ou não, de uma decisão judicial. A presente seção cuida da dissolução das sociedades simples, apresentando, de início, as causas ordinárias ou naturais, verificadas imediatamente pela simples conjugação de fatos ou pela efetiva manifestação de vontade singular ou coletiva. Cinco hipóteses são, aqui, enumeradas. O vencimento do prazo de duração impõe uma dissolução de pleno direito, como resultado da vontade expressa nas cláusulas inseridas no contrato social, que já estabeleceram um termo ou uma condição resolutiva e limitaram antecipadamente a eficácia do ajuste. Nesse primeiro caso, a extinção do contrato não é, porém, inexorável, pois o legislador abriu espaço para a continuação da atividade, desde que persista um rearranjo tácito, prorrogando-se a execução do contrato por tempo indeterminado, não havendo oposição de qualquer dos sócios. O consenso unânime conforma uma segunda hipótese de dissolução, derivada do total desaparecimento da *affectio societatis*, chegando-se a uma deliberação diametralmente contrária àquela expressa no contrato social. Esse dissenso generalizado encontra, também, uma segunda forma, esta mais branda, quando a maioria absoluta dos sócios, sempre considerada a participação de cada qual no capital social, deliberar no sentido da dissolução, o que só ocorrerá, pelos motivos já expostos quando da análise do art. 1.029, se se tratar de uma sociedade com prazo de duração indeterminado e, eviden-

temente, se não for possível e conveniente à minoria manter a execução do contrato, promovendo-se uma resolução parcial. A falta de pluralidade, desde que não seja recomposta no prazo de cento e oitenta dias, constitui fato obstativo da subsistência da sociedade, por ferir sua natureza contratual, não se podendo cogitar de um ajuste consigo próprio, tendo o legislador se inspirado, ao propor a sobrevivência provisória de uma sociedade unipessoal, no disposto no art. 206,1, letra *d* da Lei n. 6.404/76 (Lei das S.A.). A cassação da autorização de funcionamento, por fim, corresponde a uma causa de dissolução, por tornar inviável, diante da edição de específico ato governamental, a realização lícita do objeto social, compatibilizando-se a hipótese com o disposto no art. 1.125. As causas de dissolução podem gerar efeitos internos na pessoa jurídica e perante os sócios, mas, em todos esses casos, concretizada a dissolução, deverá, para que a eficácia possa se estender a terceiros, ter regular publicidade, mediante sua redução à linguagem escrita, providenciando-se a averbação na inscrição originária da sociedade. Assinala-se que o texto legal deixou de lado a expressão “dissolução parcial”, referindo-se à resolução do contrato com relação a um sócio (Seção V); o vocábulo “dissolução” é reservado para as hipóteses de extinção completa dos vínculos societários.

Com a edição da Lei Complementar n. 128, de 19 de dezembro de 2008, foi acrescido o parágrafo único ao presente artigo, possibilitando a conversão do empresário coletivo em individual. Assim, uma determinada sociedade empresária pode ter extinto seu quadro social, remanescendo, após o decurso do prazo de cento e oitenta dias, um único sócio, sem que ocorra a recomposição da pluralidade. Mediante ato de vontade do sócio remanescente, formalizado por requerimento escrito e arquivado na mesma Junta Comercial em que são mantidos os assentamentos relativos à sociedade empresária (o empresário coletivo primitivo). O procedimento representa, até certo ponto, o reverso daquele previsto no § 3º do art. 968, causando uma transformação na organização jurídica do titular da atividade empresarial e, por conseguinte, uma expansão das responsabilidades pelas obrigações pretéritas, pela sucessão, deixando o sócio remanescente seu patrimônio pessoal à disposição dos credores, ainda que formado um patrimônio de afetação, na forma do art. 978.

Jurisprudência: No caso da falta de manutenção da pluralidade de sócios por período superior ao de cento e oitenta dias, a dissolução não depende de provocação. Eia se concretiza automaticamente, sem a necessidade da intervenção de interessado ou da iniciativa do próprio sócio remanescente. (TJRS, Ap. n. 70010014264, 6ª Câ. Cível, rel. Des. Ney Wiedemann, j. 15.12.2005)

Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando:

I - anulada a sua constituição;

II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecutabilidade.

CC/1916: art. 1.399 (parcial).

Legislação correlata: art. 336 (*revogado*), Código Comercial.

Examinam-se, num segundo momento, no presente artigo, as causas extraordinárias ou acidentais de dissolução da sociedade simples, as quais dependem de reconhecimento judicial para produzir efeitos, por iniciativa de qualquer um dos sócios, pouco importando qual a grandeza de sua quota social. Nesse sentido, abre-se a possibilidade de ser apontado um vício intrínseco ao contrato celebrado que lhe imponha uma mácula e o torne inválido, como a incapacidade de um sócio contratante, a ilicitude do objeto ou a inobservância de forma essencial. Tais vícios poderiam, desde logo, ter sido apontados pelo registrador de pessoas jurídicas, obstando a inscrição e a constituição da sociedade, mas, passando despercebidos, servem de causa de

pedir para o ajuizamento de uma ação de dissolução. Ademais, quando a sociedade ostentar a consecução de dado e particular empreendimento como objeto, seu implemento completo pode resultar no exaurimento, ficando prejudicado o ajuste formulado, redundando, então, na dissolução. Situação idêntica se corporifica quando caracterizada a completa inexecutabilidade do contrato social, que, também, pode decorrer de fato superveniente, criando-se uma impossibilidade física ou jurídica do objeto social ser atingido. Em todos esses casos, serão aplicáveis os arts. 655 a 674, ainda em vigor, do Código de Processo Civil de 1939.

Jurisprudência: 1 - Admite-se que, ao ser apreciado pedido de dissolução total da sociedade empresária, desde que constatada a viabilidade da continuidade da empresa, seja efetivada sua conversão em dissolução parcial, mesmo que, do pedido, não conste alternativa, sem que persista violação ao art. 460 do CPC (STJ, REsp n. 60.823/SP, 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20.06.1995). 2 - Na hipótese de ser solicitada a dissolução total por um sócio e a parcial, por outro, privilegia-se, também, o pedido que conserva o empreendimento econômico, isto é, o de dissolução parcial (STF, RE n. 91.044/RS, 2ª T., rel. Min. Décio Miranda, j. 07.08.1979). 3 - Há sempre litisconsórcio passivo necessário entre os sócios remanescentes e a própria sociedade, quando um dos sócios ajuíza ação de dissolução, ainda que sob forma parcial. (STJ, REsp n. 813.430/SC, 4ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 19.06.2007; TJSP, AI n. 592.777-4/3, rel. Des. Viviani Nicolau, j. 21.10.2008)

Art. 1.035. O contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas.

CC/1916: sem correspondente.

Fica a critério dos sócios contratantes estabelecer outras causas de dissolução, além daquelas previstas no texto positivado, desde que o façam expressamente, por meio de cláusulas inseridas no instrumento escrito levado a registro. Confere-se, portanto, liberdade à fixação de outras hipóteses, concretamente ajustadas a suas necessidades, e, quanto a estas, o reconhecimento judicial só será imprescindível se surgir um litígio e houver discordância com respeito à extinção dos vínculos societários. Como exemplo, ressalte-se ser viável prever a dissolução em razão do rebaixamento do capital social a um nível inferior a um piso mínimo fixado.

Art. 1.036. Ocorrida a dissolução, cumpre aos administradores providenciar imediatamente a investidura do liquidante, e restringir a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações, pelas quais responderão solidária e ilimitadamente.

Parágrafo único. Dissolvida de pleno direito a sociedade, pode o sócio requerer, desde logo, a liquidação judicial.

CC/1916: sem correspondente.

A dissolução da sociedade acarreta, natural e automaticamente, sua liquidação. Extintos os liames derivados do contrato, é preciso extrair um resultado econômico-financeiro de cada uma das operações em andamento, esgotando-as perante terceiros, e o procedimento correspondente inicia-se com a deliberação dos sócios ou de decisão judicial. A solução de todas essas relações patrimoniais constitui um encargo conferido a uma pessoa especialmente designada para tanto, um liquidante, o qual, escolhido pelos sócios, é imediatamente inves-

tido. Assumindo ele funções antes conferidas aos administradores comuns da pessoa jurídica, concentra os poderes de gestão, de maneira que esses administradores só poderão atuar em caráter excepcional e praticar atos tidos como inadiáveis, cuja urgência deflui do potencial de grave e irrecuperável prejuízo, à semelhança do previsto pelo art. 1.014, *in fine*. Ficam, assim, vedadas novas operações, pois, dissolvida a sociedade, não há mais a busca do implemento do objeto social, devendo, pura e simplesmente, ser apurado o resultado final e totalizado das operações, além de restituído, proporcionalmente à quota de cada qual, o capital aos sócios. A prática de novos atos de gestão em desrespeito à presente regra ocasionará a imposição de responsabilidade solidária e ilimitada a seus autores, que, gerado dano, assumirão, perante a sociedade e terceiros, o dever de indenizar. O parágrafo único ressalta, também, a possibilidade de ser postulada em juízo, por qualquer dos sócios, como já previsto no art. 1.034, a dissolução forçada, desde que caracterizada uma causa extraordinária e de pleno direito da extinção da sociedade simples.

Art. 1.037. Ocorrendo a hipótese prevista no inciso V do art. 1.033, o Ministério Público, tão logo lhe comunique a autoridade competente, promoverá a liquidação judicial da sociedade, se os administradores não o tiverem feito nos trinta dias seguintes à perda da autorização, ou se o sócio não houver exercido a faculdade assegurada no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a liquidação judicial da sociedade nos quinze dias subsequentes ao recebimento da comunicação, a autoridade competente para conceder a autorização nomeará interventor com poderes para requerer a medida e administrar a sociedade até que seja nomeado o liquidante.

CC/1916: sem correspondente.

O presente artigo contempla a hipótese de cassação da autorização para funcionamento, tal como prevista pelo inciso V do art. 1.033, dando ensejo à dissolução extraordinária e de pleno direito da sociedade simples. Nesse caso, confere-se, num primeiro plano, uma legitimidade extraordinária ao Ministério Público para a promoção da ação de dissolução societária, que depende, para nascer, do preenchimento de alguns requisitos cumulativos. Há, assim, de estar caracterizada a omissão tanto dos administradores quanto dos próprios sócios, deixando estes de promover a dissolução judicial no prazo de trinta dias, contado da publicação do ato administrativo que implicou a perda da autorização antes concedida. O Ministério Público atuará, então, imediatamente, mediante a provocação do órgão público interessado, sempre incluído no âmbito do Poder Executivo federal. Quedando-se inerte o próprio Ministério Público, num segundo plano, conforme o parágrafo único deste mesmo artigo, ultrapassado o prazo de quinze dias da comunicação formal, abre-se espaço para a nomeação de um interventor, pessoa escolhida conforme um critério de confiança pela autoridade que cassou a autorização e que se encarregará, ela própria, de promover, supletivamente, o ajuizamento da ação de dissolução, forçando a assunção de todas as providências compatíveis com a extinção dos vínculos societários e promovendo o normal andamento da administração da pessoa jurídica, enquanto não for nomeado um liquidante judicial, que o substituirá, assumindo toda a responsabilidade pela resolução de todas as operações mantidas pela pessoa jurídica. As legitimidades extraordinárias previstas evidenciam a grande preocupação do legislador em evitar, de toda maneira, possa persistir a atividade da sociedade cuja autorização para funcionar foi cassada, tendo em conta, em especial, a importância e a singularidade das atividades dependentes de autorização e o interesse público de estancar prontamente, nesse âmbito, qualquer prática irregular.

Art. 1.038. Se não estiver designado no contrato social, o liquidante será eleito por deliberação dos sócios, podendo a escolha recair em pessoa estranha à sociedade.

§ 1º O liquidante pode ser destituído, a todo tempo:

I - se eleito pela forma prevista neste artigo, mediante deliberação dos sócios;

II - em qualquer caso, por via judicial, a requerimento de um ou mais sócios, ocorrendo justa causa.

§ 2º A liquidação da sociedade se processa de conformidade com o disposto no Capítulo IX, deste Subtítulo.

CC/1916: sem correspondente.

Dissolvida a sociedade e destruídos todos os liames decorrentes do contrato, não se mantém a gestão normal da pessoa jurídica, mas, ao contrário, inicia-se imediatamente a solução das operações em andamento e os administradores são afastados de suas funções, restringindo sua atuação, nos termos do art. 1.036, aos negócios urgentes e inadiáveis. Passa-se à liquidação e, nessa altura, toda a gestão permanece centralizada em um liquidante, pessoa que assume o encargo de exaurir todas as relações da pessoa jurídica e, apurados, em proporção à quota social, os haveres de cada sócio, restituir-lhes o capital investido no empreendimento finalizado. Assim, o presente artigo disciplina a forma de escolha e de eventual destituição do liquidante da sociedade simples, remetendo, no mais, quanto ao procedimento da liquidação, aos arts. 1.102 a 1.112. A escolha do liquidante obedece a dois critérios diversos, recaindo o encargo sobre aquele que tenha sido escolhido pela maioria dos sócios, sempre considerada, na contagem dos votos, a participação no capital social, a menos que uma cláusula específica tenha sido incluída no contrato social e, previamente, determine quem exercerá a função de liquidante. A forma de uma eventual destituição, por sua vez, dependerá da fórmula de escolha adotada concretamente. Se a escolha foi feita por deliberação da maioria dos sócios, a destituição também poderá ser efetivada por nova deliberação em sentido contrário, sendo vedado o uso de tal forma de destituição quando a designação tiver sido objeto de cláusula contratual. Em todo caso, seja qual tenha sido a fórmula de escolha, por iniciativa de pelo menos um dos sócios, será possível postular a destituição judicial, sempre que identificada uma “justa causa”, caracterizado o descumprimento dos deveres atinentes a sua função.

CAPÍTULO II DA SOCIEDADE EM NOME COLETIVO

Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 315 e 316 (*revogados*), Código Comercial.

Dentre os tipos societários naturalmente empresariais, a sociedade em nome coletivo é o mais antigo, menos sofisticado e o primeiro a ter sido disciplinado pelo novo Código Civil, tendo merecido atenção superior àquela presente no Código Comercial, pois suas regras, na atualidade, estão detalhadas em seis artigos, enquanto o antigo diploma legal as concentrava em apenas

dois (arts. 315 e 316). Originada da conveniência dos diferentes herdeiros de um mesmo comerciante em manter, pelo esforço comum, a atividade já empreendida, a sociedade em nome coletivo, hoje, não apresenta maior aplicação prática, tendo-se tornado, ao longo dos anos, uma verdadeira peça de museu. O desuso se deve, fundamentalmente, à gravidade da responsabilidade imposta aos sócios, o que pode ser facilmente superado mediante a adoção de outro tipo. De fato, na sociedade em nome coletivo, os sócios assumem, em solidariedade, responsabilidade ilimitada pelas dívidas da pessoa jurídica, ante o inadimplemento e a insuficiência do patrimônio da sociedade, isto é, os sócios deverão, quando verificada a impossibilidade do adimplemento pelo efetivo devedor, a pessoa jurídica, pagar a totalidade do débito remanescente, podendo os credores solicitar, de cada qual, o pagamento do todo, na forma do art. 264 do Código Civil. Os credores ficam, portanto, com o patrimônio dos sócios à disposição da satisfação de seus direitos, resguardando-se amplamente contra qualquer infortúnio. A característica distintiva do tipo societário é, também, a inclusão obrigatória do nome dos sócios no nome da própria pessoa jurídica, só podendo pessoas físicas ser incluídas no quadro social, o que inviabiliza a utilização do presente tipo para a formação de consórcios de empresas ou qualquer outra operação envolvendo pessoas jurídicas. O parágrafo único do presente artigo, por sua vez, estabelece a possibilidade de os sócios contratantes construírem uma fórmula própria de divisão das responsabilidades, sem prejuízo da manutenção da solidariedade perante terceiros. Tal pacto pode constar do próprio contrato social ou ser celebrado por meio de documento apartado, em momento posterior, não sendo necessária, para sua plena eficácia, sua averbação na inscrição originária da sociedade, posto que só afetará os próprios sócios. Exige-se, em todo caso, a vontade unânime dos sócios como requisito de validade do pacto de limitação de responsabilidade.

Jurisprudência: Reconhece-se, aqui, portanto, qualquer obstáculo à constrição de bens particulares do sócio, por meio, p. ex., de penhora. (RT 546/53)

Art. 1.040. A sociedade em nome coletivo se rege pelas normas deste Capítulo e, no que seja omissa, pelas do Capítulo antecedente.

CC/1916: sem correspondente.

Não seria possível esgotar toda a disciplina de um tipo societário em apenas seis artigos, fixando, sinteticamente, todas as regras acerca dos variados episódios da vida de uma sociedade em um número tão reduzido de dispositivos legais. O legislador, por isso mesmo, tomou a sociedade simples como um padrão fundamental e impôs a incidência subsidiária de suas normas, sempre que presente alguma lacuna na normatização de algum dos tipos societários empresariais disciplinados no Código Civil de 2002. Nesse sentido, identificada qualquer lacuna, por mínima que seja, nas normas de regência da sociedade em nome coletivo, serão aplicáveis as normas concebidas originariamente para a sociedade simples.

Art. 1.041. O contrato deve mencionar, além das indicações referidas no art. 997, a firma social.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 315 (*revogado*), Código Comercial.

Em se tratando de uma sociedade personalizada, é preciso elaborar, para a sociedade em nome coletivo, um instrumento escrito (público ou particular), no qual será documentado e

estratificado todo o contrato social, visando a ser realizada inscrição registraria em Junta Comercial, tal como previsto no art. 1.151, devendo, a fim de promover a produção de efeitos a partir da celebração, ser respeitado o prazo de trinta dias. Devem constar do instrumento, como informações indispensáveis, todas aquelas já elencadas no art. 997 e correspondentes ao conteúdo obrigatório do contrato na sociedade simples (qualificação dos sócios, denominação, sede e prazo da sociedade, capital social, exercício da administração, quota, responsabilidade e prestações atribuídas a cada sócio e forma de repartição dos resultados). Acresce-se apenas, aqui, como decorrência da forma societária escolhida, a necessidade de ser adotada uma firma social, vedado o uso de denominação, o que é, no âmbito das sociedades simples, viável. A firma, conforme o art. 1.157, constitui a espécie de nome empresarial composta do nome dos sócios ou do de um deles acrescido da expressão “e companhia”, pouco importando o exercício, ou não, da gerência. Demonstra-se, assim, a total vinculação pessoal do sócio ao destino patrimonial da sociedade, resultado da responsabilidade ilimitada e solidária prevista no art. 1.039.

Art. 1.042. A administração da sociedade compete exclusivamente a sócios, sendo o uso da firma, nos limites do contrato, privativo dos que tenham os necessários poderes.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 316 (*revogado*), Código Comercial.

Este artigo pretende estabelecer regras para a definição da titularidade da gestão social na sociedade em nome coletivo. De início, é vedada a atribuição de poderes de gerência a terceiros, estranhos ao contrato celebrado. A natureza personalíssima do vínculo societário decorrente do presente tipo não viabiliza a participação de quaisquer terceiros na consecução dos negócios sociais. Só sócios podem, portanto, exercer a gestão interna da pessoa jurídica, bem como efetivar sua apresentação, de maneira a viabilizar a celebração de contratos e outros negócios jurídicos, assumindo a posição de órgão da sociedade. Assim, a apresentação da sociedade em nome coletivo merece particular atenção, de maneira que seja feita sua delimitação em cláusula específica, explicitando quem e quando poderá ser utilizada a firma social. A legitimidade para os atos de gestão estará, assim, conferida pelo contrato. Todos os sócios ou, ainda, alguns sócios, isolada ou conjuntamente, podem praticar os atos em nome e por conta da pessoa jurídica, conforme os poderes fornecidos pelo conjunto dos contratantes. Incidem, no mais, os arts. 1.010 a 1.021, somadas as regras aqui expostas.

Art. 1.043. O credor particular de sócio não pode, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor.

Parágrafo único. Poderá fazê-lo quando:

I - a sociedade houver sido prorrogada tacitamente;

II - tendo ocorrido prorrogação contratual, for acolhida judicialmente oposição do credor, levantada no prazo de noventa dias, contado da publicação do ato dilatatório.

CC/1916: sem correspondente.

Cuida o presente artigo da posição dos credores particulares dos sócios, o que se coloca em contraposição ao tipo societário analisado, a sociedade em nome coletivo. A quota de cada sócio, por princípio, é impenhorável, não podendo ser objeto de constrição judicial e posterior alienação forçada em razão da imensa relevância ou da grande magnitude aqui assumida pela *affectio societatis*. Com efeito, não é viável admitir, diante da vinculação individualizada gerada pela ili-

mitação da responsabilidade dos sócios, a entrada de estranhos no quadro social. O credor pode apenas postular, respeitados os limites estritamente definidos pelo texto legal, a liquidação da quota e a reversão dos valores derivados em satisfação do direito de crédito. Como requisitos da liquidação, é preciso que a sociedade em nome coletivo não tenha prazo de duração determinado ou originariamente indeterminado, conforme cláusula inserida no instrumento contratual inscrito na forma dos arts. 998 e 1.151, sob pena de serem frustradas as expectativas legítimas dos contratantes. Caso o prazo de duração seja indeterminado, é preciso distinguir duas situações. Se o contrato social já previa, originariamente, período determinado para sua execução e houve prorrogação tácita, autoriza-se excepcionalmente a liquidação para satisfazer o credor, sobrevivendo idêntico resultado na hipótese da prorrogação expressa, feita mediante instrumento próprio e aditivo ao contrato social, quando, então, será possível, no prazo de noventa dias, contado da averbação da alteração contratual na inscrição feita em Junta Comercial, uma impugnação judicial e, configurada a necessidade, obtenção da liquidação forçada da quota do devedor. Excluídas essas duas hipóteses, a liquidação é, também, vedada.

Art. 1.044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 335 (*revogado*), Código Comercial.

A dissolução da sociedade em nome coletivo respeita as mesmas regras estatuídas para a sociedade simples, inclusive no que tange a suas causas. Como já afirmado, a dissolução corresponde à extinção do próprio contrato de sociedade e de todos os vínculos decorrentes, perfazendo-se com o advento de um fato ou de um ato determinante, podendo seu implemento depender, ou não, da edição de uma decisão judicial. As causas de dissolução de pleno direito de uma sociedade em nome coletivo são as mesmas estabelecidas no art. 1.033, acrescentando-se apenas, presente a natureza empresária, a hipótese de falência, pois, então, para a satisfação da coletividade dos credores da sociedade, sobrevirá um procedimento de liquidação e rateio dos valores resultantes, extinguindo a pessoa jurídica. Ressalte-se incidirem também, aqui, com respeito às causas contratuais de dissolução e à dissolução judicial, os arts. 1.034 e 1.035, mas sem a necessidade de adaptações.

CAPÍTULO III DA SOCIEDADE EM COMANDITA SIMPLES

Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota.

Parágrafo único. O contrato deve discriminar os comanditados e os comanditários.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 311 (*revogado*), Código Comercial.

A sociedade em comandita simples corresponde ao segundo dos tipos societários naturalmente empresariais regradados pelo Código Civil, tendo merecido, à semelhança do ressaltado quanto à sociedade em nome coletivo, atenção desproporcional a sua utilização prática. Nascida entre o final da Idade Média e o começo da Idade Moderna, na Europa Ocidental, com a finali-

dade de ser amealhada grande quantidade de capital necessária à realização de empreendimentos de altíssimo risco, consistentes em caravanas comerciais terrestres ou explorações marítimas, a comandita representou a primeira fórmula de limitação da responsabilidade dos sócios, tendo fornecido enorme contribuição para a evolução das formas de acumulação capitalista até a segunda metade do século XIX e, desde então, foi deixada de lado, confrontada pelas vantagens oferecidas pela total limitação de responsabilidade fornecida por uma inovação legislativa de rápida divulgação, a sociedade limitada. O elemento distintivo da sociedade em comandita simples constitui a imprescindível distinção de duas categorias de sócios: os comanditados e os comanditários. Os primeiros (comanditados) assumem o papel de verdadeiros empreendedores, cuidando de toda a gestão e da completa organização da atividade-fim eleita como objeto social, resguardando, em contrapartida, uma responsabilidade patrimonial mais pronunciada e idêntica à do sócio na sociedade em nome coletivo, marcada pela ilimitação e pela solidariedade diante das dívidas mantidas pela pessoa jurídica constituída. O comanditado responde, portanto, ante o inadimplemento e a insuficiência do patrimônio da sociedade, isto é, o comanditado deverá, quando verificada a impossibilidade do adimplemento pelo efetivo devedor, a pessoa jurídica, pagar a totalidade do débito remanescente, podendo os credores solicitar, de cada um dos incluídos nessa mesma categoria, o pagamento do todo, na forma do art. 264. Os últimos (comanditários) assumem o papel de simples fornecedores de capital, que demonstram seu interesse em participar dos eventuais resultados positivos do empreendimento concebido e organizado pelos comanditados, limitando, porém, sua responsabilidade aos montantes fornecidos para a formação do capital social, ou seja, sua quota social. Nesse sentido, o comanditário não coloca seu patrimônio pessoal à disposição dos credores da sociedade, assegurando-se de que um insucesso não resultará em sua ruína financeira. Frise-se, ainda, que a *affectio societatis* se formará mais profundamente com respeito aos sócios comanditados, não só diante da vinculação de seu patrimônio pessoal, mas em virtude, principalmente, de sua atuação dirigente. A sociedade em comandita simples se enquadra entre as personalizadas, sendo imprescindível a redução do contrato social a um instrumento escrito (público ou particular) e sua inscrição registraria, na forma dos arts. 998 e 1.151. Devem constar do instrumento, como informações indispensáveis, todas aquelas já elencadas no art. 997 e correspondentes ao conteúdo obrigatório do contrato na sociedade simples (qualificação dos sócios, denominação, sede e prazo da sociedade, capital social, exercício da administração, quota, responsabilidade e prestações atribuídas a cada sócio e forma de repartição dos resultados). Acresce-se apenas, aqui, como decorrência da forma societária escolhida, a necessidade de ser adotada uma firma social, vedado o uso de denominação, bem como a discriminação dos sócios entre as duas categorias acima descritas, evitando qualquer dúvida com respeito ao grau de responsabilidade de cada qual. O art. 312 (revogado) do Código Comercial permitia, inclusive, não fossem identificados os comanditários no registro público, resguardado o sigilo quanto a sua participação na sociedade, o que é rejeitado pelo Código Civil de 2002.

Art. 1.046. Aplicam-se à sociedade em comandita simples as normas da sociedade em nome coletivo, no que forem compatíveis com as deste Capítulo.

Parágrafo único. Aos comanditados cabem os mesmos direitos e obrigações dos sócios da sociedade em nome coletivo.

CC/1916: sem correspondente.

Como assinalado com respeito ao tipo anterior, a sociedade em nome coletivo, não seria possível esgotar toda a disciplina de um tipo societário em um pequeno número de artigos, fixando, sinteticamente, todas as regras acerca dos variados episódios da vida de uma sociedade em um número tão reduzido de dispositivos legais. O legislador, por isso mesmo, deter-

minou sejam aplicadas à sociedade em comandita simples, num primeiro plano, as regras próprias às sociedades em nome coletivo, frisando que os comanditados se assimilam aos sócios daquele outro tipo empresarial. Num segundo plano, como resultado da aplicação reflexa do art. 1.040, toma-se a sociedade simples como padrão fundamental subsequente e se impõe a incidência subsidiária das normas peculiares à ausência de empresariedade sempre que presente alguma lacuna na normalização da comandita simples, tal como definida no novo Código Civil. Nesse sentido, identificada qualquer lacuna, por mínima que seja, nas normas de regência da sociedade em comandita simples, recorre-se àquelas concebidas para a sociedade em nome coletivo e, caracterizada sua insuficiência, serão aplicáveis as regras concebidas originariamente para a sociedade simples.

Art. 1.047. Sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as operações, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado.

Parágrafo único. Pode o comanditário ser constituído procurador da sociedade, para negócio determinado e com poderes especiais.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 314 (*revogado*), do Código Comercial.

Diante da distinção entre as duas categorias de sócios, peculiar à sociedade em comandita, cuida-se, aqui, de regradar a conduta dos comanditários, estabelecendo-lhes um campo próprio de atuação e seus limites. Os comanditários ostentam a posição de fornecedores de capital e, nesse sentido, o *caput* do presente artigo preserva, desde logo, o direito dos comanditários de participar das deliberações, exercendo o direito de voto, e de fiscalizar as operações feitas, compulsando a documentação e os livros contábeis pertinentes. Os atributos de fiscalização e a participação nas decisões sociais, inerentes à condição de sócio, são mantidos, mas ficam ressalvadas a administração e a apresentação da sociedade, das quais os comanditários permanecem afastados. Com efeito, do texto legal constam duas proibições expressas, não podendo os sócios de tal categoria praticar qualquer ato de gestão, mantendo tratativas e celebrando negócios com terceiros, ou inserir seu nome na firma adotada pela pessoa jurídica. O nome da sociedade, respeitado o disposto no art. 1.157, será composto do nome dos próprios sócios comanditados e eles mesmos cuidarão de apresentar a sociedade e efetivar todos os atos de gestão. Excepciona-se apenas, conforme o parágrafo único, a atuação de algum ou alguns dos comanditários como procurador da pessoa jurídica, após a conferência de poderes especiais e visando à conclusão de determinado e específico negócio, sempre em nome e por conta da pessoa jurídica, protegidos, com clareza e nitidez, os limites descritos. Ressalte-se que, violadas as regras de conduta estabelecidas, será imposta, ao comanditário que praticar atos de gestão ou tiver seu nome incluído na firma, uma sanção grave, consistente na extinção da limitação de sua responsabilidade pelas dívidas sociais, promovendo-se sua equiparação aos comanditados. Foi reproduzida, aqui, a regra já inscrita no art. 314 (*revogado*) do Código Comercial.

Art. 1.048. Somente após averbada a modificação do contrato, produz efeito, quanto a terceiros, a diminuição da quota do comanditário, em consequência de ter sido reduzido o capital social, sempre sem prejuízo dos credores preexistentes.

CC/1916: sem correspondente.

A redução do capital social, derivada da pretendida redução de exposição patrimonial de um dos sócios, constitui um fato relevante, implicando maior fragilidade de terceiros, que contratem e mantenham créditos para com a sociedade (pessoa jurídica). A averbação de qualquer alteração contratual, que implique redução do capital ocasionada pela diminuição da quota de um sócio comanditário, constitui, por isso mesmo, um fator imprescindível para sua eficácia perante esses terceiros. A preocupação clara do legislador foi oferecer maior proteção aos credores. O capital social garante, em última instância, o pagamento das dívidas sociais, resguardando a posição patrimonial dos credores da sociedade, motivo pelo qual persiste a necessidade de, antes de afetá-los, dar plena e total publicidade à redução dos fundos em comandita. A averbação deverá ser feita junto à inscrição originária e a data de sua efetivação constituirá um marco divisório. Os credores anteriores ao ato averbatório não poderão ser prejudicados e, enquanto não forem satisfeitos, a diminuição da quota do comanditário não surte efeitos plenos. Apenas os novos credores suportarão, desde logo, os efeitos patrimoniais produzidos pela redução do capital.

Art. 1.049. O sócio comanditário não é obrigado à reposição de lucros recebidos de boa-fé e de acordo com o balanço.

Parágrafo único. Diminuído o capital social por perdas supervenientes, não pode o comanditário receber quaisquer lucros, antes de reintegrado aquele.

CC/1916: sem correspondente.

Questionada a distribuição de lucros apurados pela pessoa jurídica e posteriormente reconhecida sua inexistência, ou seja, sua natureza fictícia e a conseqüente perpetração de fraude, os sócios, beneficiários do ilícito, em princípio, assumem o dever de devolver os valores indevidamente recebidos, repondo o desfalque provocado no patrimônio da sociedade. Na sociedade em comandita simples, aplica-se, porém, regra específica, de maneira que os comanditários, caso preencham dois requisitos expressamente consignados no texto legal, eximem-se do dever de devolver os valores percebidos indevidamente. É preciso, em primeiro lugar, permaneça o sócio em boa-fé, não tendo qualquer participação na concretização da irregularidade caracterizada e, mais ainda, mantendo desconhecimento de sua articulação. Acrescenta-se, em segundo lugar, a necessidade de haver sido promovida a distribuição em concordância formal com balanço elaborado ao final de dado exercício. Tal regra excepcional justifica-se diante do afastamento dos comanditários da gestão social, assumindo a função de meros fornecedores de capital, razão pela qual cabe aos comanditários, com exclusividade, providenciar a feitura das demonstrações financeiras e a apuração do resultado. Em contrapartida, o comanditário, em face de uma diminuição do capital derivada de prejuízos resultantes do insucesso da atividade empreendida, permanece proibido do recebimento de quaisquer verbas originárias de lucros auferidos, inclusive aquelas lançadas como reservas. Tal proibição tenciona provocar a recomposição do capital social, supostamente com novos aportes feitos pelos sócios, subsistindo até que seja ele reintegrado, retornando ao estado em que se achava.

Art. 1.050. No caso de morte de sócio comanditário, a sociedade, salvo disposição do contrato, continuará com os seus sucessores, que designarão quem os represente.

CC/1916: arts. 1.402 e 1.403.

Estão disciplinados, aqui, os efeitos provocados pela morte de um dos comanditários sobre o contrato de sociedade celebrado. Tendo em conta a menor intensidade de vinculação pessoal (*affectio societatis* subjetiva) dos sócios incluídos na categoria referida, o texto legal inovou, possibilitando, sem qualquer incômodo ou óbice, a continuação da pessoa jurídica, evitando seja dissolvida a sociedade ou, ainda, promovida, por meio da apuração e da devolução dos haveres correspondentes, a redução do capital social. O falecido é, pura e simplesmente, substituído por seus sucessores. Os herdeiros ou legatários assumirão, em conjunto, conforme o caso, a posição antes detida pelo sócio comanditário falecido, sempre preservada, também, ressalte-se, a unidade da quota social remanescente. Mantém-se, assim, um condomínio, pois todos os sucessores figurarão como titulares da mesma quota social, devendo, portanto, ser designado, em comum acordo, um representante, indivíduo dotado de poderes especiais para atuar em nome e por conta de todos os titulares daquela quota singular, manifestando, quando necessário, uma vontade única. As regras estatuídas no presente artigo, porém, não apresentam natureza cogente e, por isso mesmo, podem ser objeto de regramento em sentido contrário, expresso por meio de cláusula inserida no contrato social inscrito. Ante as condições concretas da contratação, pode ser conveniente interditar, em caráter absoluto, a entrada dos sucessores na sociedade em comandita simples, devendo tal disposição, para ser eficaz, ficar expressa no contrato ou em aditamento posterior, sendo-lhe dada publicidade registrária.

Art. 1.051. Dissolve-se de pleno direito a sociedade:

I - por qualquer das causas previstas no art. 1.044;

II - quando por mais de cento e oitenta dias perdurar a falta de uma das categorias de sócio.

Parágrafo único. Na falta de sócio comanditado, os comanditários nomearão administrador provisório para praticar, durante o período referido no inciso II e sem assumir a condição de sócio, os atos de administração.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 335 (*revogado*), Código Comercial.

Trata o presente artigo das hipóteses de dissolução de pleno direito da sociedade em comandita simples, fazendo direta remissão ao art. 1.044 e indireta ao art. 1.033. Como já afirmado, a dissolução corresponde à extinção do próprio contrato de sociedade e de todos os vínculos decorrentes, perfazendo-se com o advento de um fato ou de um ato determinante, podendo seu implemento depender, ou não, de uma decisão judicial. As causas de dissolução de pleno direito de uma sociedade em comandita simples são as mesmas estabelecidas para a sociedade em nome coletivo, no art. 1.044, acrescendo-se apenas, presentes duas categorias distintas de sócios, a ausência superveniente de uma destas. A retirada de todos os comanditados ou de todos os comanditários, seja forçada, seja voluntária, está prevista, especificamente neste tipo, como causa da dissolução, desde que não persista uma recomposição célere da estrutura funcional de execução do contrato, isto é, desde que não haja, nos cento e oitenta dias seguintes à extinção de uma das categorias, a admissão de novos sócios substitutos, que ocuparão as mesmas posições antes delidas por aqueles que se retiraram. A dissolução, nesta última e nova hipótese, não é, portanto, imediata, pois há a possibilidade de preservar a sociedade tal como inicialmente concebida. Ressalte-se, porém, que a transformação típica (arts.

1.113 a 1.115) pode, também, por via transversa, evitar, aqui, a dissolução, dela não cogitando, propositadamente, o legislador, apreciado cada tipo em separado, de maneira estanque. O parágrafo único tenta, por outro lado, dar uma solução prática a um problema derivado da estrutura da comandita simples. Admitir, ainda que temporariamente, o funcionamento de

uma sociedade em comandita sem um sócio comanditado gera dificuldades. O sócio incluído em tal categoria permanece sempre encarregado da gestão, contrastando sua atuação com a dos comanditários, fornecedores de capital. Não seria possível fazer funcionar uma sociedade sem o exercício da gestão e da apresentação da pessoa jurídica, e por isso mesmo o legislador concebeu a nomeação de um administrador provisório, designado pelos comanditários, com poderes especiais e limitados ao prazo legal de cento e oitenta dias, o que espelha a preocupação de evitar a direta atuação gerencial dos comanditários e permite atingir o objetivo de preservar a empresa como estrutura econômica. Incidem, aqui, também, com respeito às causas contratuais de dissolução e à dissolução judicial, os arts. 1.034 e 1.035, mas sem a necessidade de adaptações, dada sua aplicação direta no âmbito das sociedades em nome coletivo.

CAPÍTULO IV DA SOCIEDADE LIMITADA

Seção I *Disposições Preliminares*

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 2º e 9º, Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

Inicia-se, a partir do presente artigo, o exame do terceiro tipo societário naturalmente empresarial, a sociedade limitada. Introduzida na legislação brasileira pelo agora revogado Decreto n. 3.708, de 1919, a então nomeada “sociedade por quotas de responsabilidade limitada” ganhou grande popularidade, dada a facilidade de sua adaptação aos mais diferentes arranjos internos e empreendimentos, protegendo, com vantagem sobre os tipos já examinados, o patrimônio pessoal dos sócios. O antigo diploma legal apresentava, como ponto positivo, uma redação propositadamente resumida e capaz de deixar, às partes, grande espaço ao livre exercício do autorregramento de seus interesses, conforme critérios próprios de conveniência e oportunidade. O texto atual optou por uma minuciosa disciplina, formuladas normas cogentes para a regência das relações mantidas pela pessoa jurídica criada, seja internamente, diante dos próprios sócios, seja externamente, diante de terceiros. Não se atentou para a necessidade de maior flexibilização normativa, o que provocou uma burocratização do presente tipo, desestimulando sua futura utilização e provocando um desajuste com as particularidades concretas das situações nascidas da formação de estruturas empresariais de tamanhos diferentes e com finalidades distintas. A sociedade limitada coloca-se como um tipo híbrido, passível de ser usado para a constituição de sociedades de pessoas, marcadas por grande vinculação aos predicados pessoais de cada contratante, ou de capital, em que a captação de recursos econômico-financeiros promove a efetiva agregação, e o legislador não atentou para tal variedade. Afirma-se, neste primeiro artigo, como característica típica fundamental, a limitação de responsabilidade dos sócios, todos posicionados numa mesma categoria. Só os valores empregados na formação do capital social, que é subdividido em quotas detidas pelos sócios na proporção de seus aportes, respondem pelas dívidas sociais. O restante do patrimônio pessoal dos sócios não pode ser atingido pelos credores da pessoa jurídica, permanecendo salvaguardado. A limitação de responsabilidade dos sócios depende, porém, da integralização do capital social. Até que esteja completado o capital previsto em contrato,

persiste uma responsabilidade solidária pela conferência das quantias previstas para serem conferidas à pessoa jurídica. Nesse sentido, cada sócio, ainda que tenha fornecido os valores necessários à integralização de suas quotas, responde por todo o valor faltante, inclusive quando decorrente do eventual inadimplemento de outros sócios, pois esse montante representa, ante as dívidas sociais, a garantia oferecida aos terceiros credores.

Jurisprudência: 1 - Não tendo sido integralizado o capital social da sociedade limitada, há entendimento no sentido de que a responsabilidade decorrente é proporcional ao montante restante (não integralizado), podendo ser penhorados bens componentes do patrimônio pessoal do sócio, mas apenas respeitada tal proporção. (TJRS, RC n. 71.000.732.420, 3ª T. Recursal Cível, rel. Juíza Maria José Schmitt Santana, j. 17.01.2006). 2 - Quando adotado o tipo societário da limitada, qualquer pleito de natureza executiva não atinge bens incluídos no patrimônio pessoal dos sócios, ainda que persista a insuficiência do patrimônio da pessoa jurídica, circunscrita sua responsabilidade ao capital subscrito, a menos que esteja configurada hipótese de desconsideração da personalidade jurídica (TJSP, AI n. 570.950-4/2, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Galdino Toledo Júnior, j. 07.10.2008; TJRJ, AI n. 2008.002.05964, rel. Des. Helena Cândida Lisboa Gaede, j. 26.03.2008)

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

CC/1916: sem correspondente.

Apesar de ter sido formulada uma disciplina detalhada da sociedade limitada, não há, no presente capítulo, uma disciplina exaustiva, a ponto de esgotar todas as hipóteses viabilizadas pela execução do contrato celebrado. Estabeleceu-se, por isso, uma regência supletiva, incidente sempre quando identificada uma lacuna no regramento do tipo escolhido. Para tal regência supletiva, o legislador optou, num primeiro momento, por fazer incidir as normas concebidas para a sociedade simples (arts. 997 a 1.038), dada sua proximidade estrutural com as pequenas sociedades limitadas, que proliferam em grande número, sempre fundadas na presença de uma arraigada *affectio societatis* subjetiva, posto que o consentimento parte de uma confiança recíproca. Tal espécie de limitadas ocupa, adotado um critério quantitativo, maior espaço na realidade, razão pela qual o legislador lhe reconheceu primazia. Cabe aos contratantes, de maneira expressa, no texto do instrumento submetido a inscrição ou no de posterior alteração, dispor em sentido diverso, podendo, nesse caso, indicar, substitutivamente, o regramento da sociedade anônima (Lei n. 6.404/76) como supletivo, aplicável nas omissões do presente capítulo do Código Civil de 2002. Reflete-se, aqui, por meio de tal escolha, a presença de uma estrutura caracterizadora da sociedade de capital, em que a agregação dos sócios decorre, pura e simplesmente, de sua capacidade de fornecer valores necessários ao empreendimento comum, o que faz surgir uma *affectio societatis* objetiva. Há consequências práticas em tal escolha, podendo ser fornecidos alguns exemplos. Se for adotada essa segunda regência supletiva, remissiva à S.A., a possibilidade de uma dissolução parcial tornar-se-á bastante remota; o desempate das votações não levará em consideração o voto por cabeça e será preciso, desde logo, diante de um impasse, recorrer ao Poder Judiciário ou a um árbitro, para solvê-lo; a distribuição de lucros deverá respeitar um mínimo de 25% do lucro líquido apurado em cada exercício.

Art. 1.054. O contrato mencionará, no que couber, as indicações do art. 997, e, se for o caso, a firma social.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 3º, Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

Em se tratando de uma sociedade personalizada, é preciso elaborar, para a sociedade limitada, um instrumento escrito (público ou particular), no qual será documentado e estratificado todo o contrato social, visando a ser realizada inscrição registraria em Junta Comercial, tal como previsto no art. 1.151, devendo, a fim de promover a produção de efeitos a partir da celebração, ser respeitado o prazo de trinta dias. Devem constar do instrumento, como informações indispensáveis, todas aquelas já elencadas no art. 997 e correspondentes ao conteúdo obrigatório do contrato na sociedade simples (qualificação dos sócios, denominação, sede e prazo da sociedade, capital social, exercício da administração, quota, prestações atribuídas a cada sócio e forma de repartição dos resultados). Só descabe discorrer no contrato social da limitada, consideradas as matérias mencionadas no artigo mencionado, acerca da responsabilidade dos sócios, dada a especificidade do presente tipo. Acresce-se, também, aqui, como decorrência da natureza do tipo societário escolhido, a necessidade de ser adotado um nome empresarial, composto, alternativamente, sob a forma de firma ou de denominação, respeitado o disposto no art. 1.158, ao qual deveria ter sido feita direta referência.

Seção If Das Quotas

Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.

§ 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade.

§ 2º É vedada contribuição que consista em prestação de serviços.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 4º, Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

Nas sociedades limitadas, o capital social divide-se em quotas, correspondentes a suas frações, sendo estas atribuídas, de acordo com o valor da contribuição, a cada sócio. As quotas podem apresentar absoluta uniformidade, conferindo direitos padronizados e idênticos, e, nesse caso, quanto maior a contribuição de dado sócio para a formação do capital, maior será o número de quotas de sua titularidade. Admite-se, porém, que as quotas possam ser desiguais, o que implica conferirem direitos diferentes aos titulares de cada uma delas, sempre observada sua importância relativa na composição do capital. Conforme a conveniência dos sócios contratantes, poderá ser conferida uma única quota para cada sócio, emanando direitos quantitativamente diversificados das quotas desiguais. A desigualdade, porém, apresenta natureza quantitativa e não, qualitativa. Não se admitem quotas preferenciais, capazes de conferir direitos patrimoniais ou políticos especiais, tal como estabelecido pela Instrução Normativa n. 98/2003 do DNRC, caracterizada a incompatibilidade com o tipo social. Nos parágrafos do presente artigo, duas regras fundamentais, atinentes ao momento do surgimento das quotas, estão, também, estratificadas. De início, estabeleceu o texto legal, com respeito à higidez da avaliação dos bens destinados à integralização do capital social, uma res-

ponsabilidade especial dos sócios, visando à efetiva proteção dos credores da pessoa jurídica. Toda vez que um sócio adimplir sua obrigação de contribuir para a formação do capital com bens diferentes de dinheiro, persistirá a necessidade de ser convertido seu valor, mediante uma estimativa, que deve obedecer a critérios técnicos e ser fiel e exata. Caso tenha ocorrido, seja por culpa, seja por dolo dos sócios, uma imperfeição ou uma incorreção no resultado da avaliação e tenha se concretizado uma superestimativa, os credores da pessoa jurídica, cuja garantia é o próprio capital social, estarão prejudicados e, então, poderão arguir a responsabilidade pessoal de todos os sócios contratantes, que aprovaram tal avaliação, atingindo seu patrimônio pessoal. Tal responsabilidade especial é solidária e apresenta um limite de eficácia temporal, só podendo recair sobre os sócios enquanto não houver decorrido o prazo de cinco anos, contado da data da inscrição registrária da sociedade e da conseqüente aquisição de personalidade jurídica. Materializa-se, decorrido o prazo assinalado, a caducidade. Na limitada, ademais, não é admissível a contribuição de um sócio fundada, nem parcialmente, na prestação de seus serviços, visto que se mantém, aqui, uma única categoria de sócios, todos chamados a vincular os valores investidos na pessoa jurídica à satisfação dos credores, limitando sua responsabilidade a tanto. É proibida, por isso, a inclusão, na sociedade limitada, de sócio de serviço. De todos os contratantes exige-se, em resumo, contribuição exclusivamente material para a formação do capital, permanecendo vigente a mesma disposição inserta no revogado art. 4º do Decreto n. 3.708/19. Ressalte-se, por fim, que, quando uma sociedade simples adota a forma de limitada, deverá ser obedecida tal regra e, apesar do disposto nos arts. 997, V, e 1.006, não será lícito admitir sócio de serviço.

Jurisprudência: As quotas não se representam por documentos ou títulos, ao contrário das ações. Cogitou-se da possibilidade de ser emitido um certificado, atestando-se, por meio de documento expedido pela própria sociedade, a qualidade de sócio, mas o Supremo Tribunal Federal não admitiu a hipótese, sendo evidentes os perigos gerados frente a incautos, que, sem o conhecimento devido, poderiam lhe conferir valor intrínseco. Na mesma ocasião, restou enfatizando não ser viável exercer posse ou qualquer direito real sobre quotas, as quais conferem a seu proprietário a posição jurídica de sócio, mas não a de proprietário ou possuidor, nem mesmo sobre parcelas dos bens sociais. (STF, RE n. 85.271/MG, 2ª T., rel. Min. Moreira Alves, j. 06.04.1984, *RTJ*113/138)

Art. 1.056. A quota é indivisível em relação à sociedade, salvo para efeito de transferência, caso em que se observará o disposto no artigo seguinte.

§ 1º No caso de condomínio de quota, os direitos a ela inerentes somente podem ser exercidos pelo condômino representante, ou pelo inventariante do espólio de sócio falecido.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no art. 1.052, os condôminos de quota indivisa respondem solidariamente pelas prestações necessárias à sua integralização.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 6º, Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

Expõe-se, aqui, a primeira das regras aplicáveis às quotas componentes do capital de uma sociedade limitada. A quota, como fração do capital social, apresenta, entre suas características essenciais, a indivisibilidade, de maneira que não há possibilidade jurídica de promover sua partição com a criação de novas unidades, ou seja, de novas quotas. Tal operação é simplesmente proibida. Faz-se, contudo, uma ressalva, pois a cessão da titularidade das quotas constitui uma hipótese exceptiva à regra declinada, incidindo, nesse particular, o disposto no

artigo seguinte. Persiste o condomínio de quota, decorrente da proposta indivisibilidade, e cada um dos cotitulares apresenta responsabilidade solidária, perante a sociedade, pela dívida decorrente do dever de integralizar aquela específica parcela do capital, assumido quando da celebração do contrato social. Quando da celebração do contrato social, nasce, naturalmente, o dever de fornecer a contribuição material ajustada e prevista para a realização do empreendimento comum, cabendo, para tanto, integralizar a específica fração de capital correspondente à quota. Persiste, por isso, uma dívida do titular da quota e em favor da sociedade (pessoa jurídica) e, quando formado um condomínio, caso um dos cotitulares promova o adimplemento, poderá, nos termos do art. 283, exigir dos demais, proporcionalmente, o reembolso de valores despendidos, operando-se um regresso. Faz-se, também, uma segunda ressalva, eis que mantida a solidariedade prevista no art. 1.052, estabelecida em favor de terceiros credores e, por atingir todos os sócios, mais abrangente. Ademais, o exercício dos direitos inerentes à qualidade de sócio, quando caracterizado o condomínio de quota, deverá ser uno. São vetados a manifestação de vontades diversificadas ou o isolamento de qualquer dos cotitulares e, nesse sentido, os condôminos, em conjunto, precisam designar um representante, que manterá seu relacionamento com a pessoa jurídica e os demais sócios, admitindo-se, também, em se tratando dos sucessores de um sócio falecido, que o inventariante nomeado em juízo atue, perante a sociedade, em nome e por conta de todos os herdeiros ou legatários.

Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

Parágrafo único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes.

CC/1916: sem correspondente.

Por meio da cessão da posição societária, transfere-se a titularidade, total ou parcial, de uma quota. O sócio celebra, então, um negócio jurídico oneroso ou gratuito e confere sua participação na sociedade contratada a outrem, assumindo esse cessionário todos os deveres e direitos antes atribuídos a seu antecessor. A admissibilidade da “cessão de quota”, porém, levando em consideração a natureza híbrida do presente tipo societário, submete-se a regras específicas. O *caput* deste artigo estabeleceu, num primeiro plano, a ampla liberdade de serem inseridas no texto do instrumento de contrato social inscrito regras individualizadas, que podem vedar completamente qualquer cessão, só podendo um contratante deixar o quadro social por meio de resolução parcial, apurados seus haveres, podem estabelecer limitações menos radicais, como a conferência de direitos de veto ou de direitos de preferência a todos ou a determinados sócios, e podem, ao contrário, fixar a circulação irrestrita das quotas. Não tendo os sócios contratantes estabelecido regras individualizadas, incidem, em caráter suplementar, as duas constantes do texto legal, que se distinguem de acordo com a identidade do cessionário. Em primeiro lugar, caso o cessionário seja outro sócio, a eficácia do pretendido negócio jurídico não dependerá da anuência dos demais, uma vez constatada, antecipadamente, a presença, quanto a esse cessionário, da *affectio societatis*. Em segundo lugar, caso o cessionário seja pessoa estranha ao quadro social, condiciona-se a eficácia da cessão à ausência de oposição de parte de outros sócios, titulares de quotas com participação superior a vinte e cinco por cento (um quarto) do capital social, devendo ser colhida, ao reverso, ante a redação do final do parágrafo único e a omissão do *caput* deste artigo, a anuência formal de quantos sócios bastem para superar uma participação de três quartos do capital. De acordo com o parágrafo único, ademais, a

modificação do contrato social constitui fator de eficácia de toda e qualquer cessão de quotas, de maneira que a cessão, apesar de validamente contratada, só produzirá efeitos perante os sócios e a sociedade (pessoa jurídica) quando efetivada, por meio de averbação na inscrição originária, a formalização de tal alteração. A data da averbação constitui um marco para a definição da vigência da responsabilidade solidária já definida pelo parágrafo único do art. 1.003, ao qual é feita expressa referência, que envolve cedente e cessionário e abrange as obrigações do cedente, já existentes na data da cessão, derivadas da aplicação do contrato plurilateral e transmitidas ao cessionário, em particular visando à integralização do capital.

Jurisprudência: Quando inserida cláusula de proibição da cessão sem anuência dos demais sócios, a ausência de manifestação de um único sócio já constitui fato obstativo à eficácia plena do negócio celebrado. (TJRS, AI n. 70.015.287.774, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Léo Lima, j. 28.06.2006)

Art. 1.058. Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 7º, Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

Quando celebrado o contrato de sociedade, pode ser estabelecido um prazo para a completa integralização do capital, assumindo, então, todos ou alguns dos sócios dívidas correspondentes perante a sociedade (pessoa jurídica). O inadimplemento da obrigação referida faz nascer a figura do sócio remisso, tendo o presente artigo cuidado da hipótese e fornecido tratamento prático e ágil, aprimorando aquele já constante do art. 7º do agora revogado Decreto n. 3.708/19. Aplicado o art. 1.004 e efetivada, portanto, para a constituição em mora do sócio inadimplente, a notificação com prazo de trinta dias, os demais sócios poderão, mediante deliberação tomada por maioria, alterar o contrato à revelia do remisso, forçando uma reformulação do ajuste original, surgindo, em consequência, no âmbito das sociedades limitadas, cinco possibilidades. Em primeiro lugar, é possível excluir o sócio remisso, efetivando a partilha proporcional, ou não, da quota não integralizada; mantêm-se, então, o capital contratado e o quadro social inicial, alterado unicamente pela subtração do remisso. Em segundo lugar, pode ser emitida deliberação sobre a alienação forçada da quota do remisso a um terceiro, estranho à contratação original, que se obriga a completar o capital, operando-se uma pura e simples substituição no quadro social. Em terceiro lugar, caso seja considerado conveniente e diante da quebra de confiança caracterizada, pode ser deliberada a mera exclusão do remisso, reduzindo-se o valor do capital social. Nessas três hipóteses, há uma denúncia parcial do contrato de sociedade, rescindido com relação ao remisso, provocando uma modificação coativa do quadro social. Em quarto lugar, abre-se espaço para a redução da quota do remisso, caracterizada uma integralização parcial, tendo sempre em conta os valores ou os bens já conferidos à pessoa jurídica, mantendo-se a presença do inadimplente no quadro social, mas com uma participação menos acentuada, reduzindo-se, aqui também, o capital social. Em quinto lugar, mantido o remisso na mesma posição original, a pessoa jurídica, conforme decidido por maioria, pode postular, em juízo, a cobrança dos valores correspondentes à quota contratada e o pagamento de uma indenização, a título de ressarcimento pela mora concretizada. Esta última solução, porém, não fornece um desfecho imediato ao problema surgido e sujeita os sócios à responsabilidade solidária prevista no

art. 1.052, sendo, por isso, acredita-se, a menos recomendável. Caso se opere a exclusão do remisso, será necessário, em todo caso, para que a sociedade não se locuplete indevidamente, devolver-lhe os valores pagos, feitas as deduções correspondentes aos juros moratórios e às despesas suportadas pela sociedade, e os valores decorrentes da aplicação de eventual cláusula penal, incluída expressamente no instrumento contratual inscrito.

Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 45, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Uma vez constituída uma sociedade limitada e composto, por meio da contribuição patrimonial fornecida por cada sócio, o capital social, ele é oferecido como única garantia do pagamento das dívidas sociais. Resguarda-se, por isso, de maneira rigorosa, em nome da proteção dos credores, a integridade do capital das limitadas, pois não é viável, normalmente, adotado tal tipo, atingir o patrimônio pessoal dos sócios. Nesse sentido, resta proibida a distribuição de quantias aos sócios, qualquer que seja o motivo proposto e alegado, sempre que a operação onerar o capital social e for feita, portanto, em detrimento da garantia oferecida ao pagamento das dívidas sociais. A vulneração do capital social materializa, evidentemente, um ilícito e sujeita os sócios, prejudicada a posição dos credores da pessoa jurídica, à reposição dos valores recebidos indevidamente, para recompor o capital original, tal como já havia sido quantificado no instrumento contratual inscrito. Diante da dilapidação da garantia oferecida ao pagamento das dívidas sociais, os próprios credores estarão legitimados a postular a devolução prevista no texto legal, devendo, também, ser considerada nula a cláusula contratual autorizativa de pagamentos prejudiciais ao capital, não podendo dela serem extraídos efeitos. Acrescenta-se, por fim, aqui, a possibilidade de aplicação do art. 1.009, dada a omissão do regramento específico da sociedade limitada, quando caracterizada a distribuição de lucros fictícios, responsabilizando-se, então, solidariamente, os administradores e os sócios beneficiados, estes últimos desde que, ao menos, pudessem ter conhecido a irregularidade.

Seção III

Da Administração

Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

Parágrafo único. A administração atribuída no contrato a todos os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquiram essa qualidade.

CC/1916: sem correspondente.

A sociedade limitada ostenta, por ser personalizada, plena capacidade de direito e de fato, a qual só se realiza, concretamente, pela atuação de um órgão interno incumbido de externar sua vontade e, assim, manter um constante relacionamento com terceiros, tendente à celebração de negócios jurídicos e à consecução do objeto social escolhido. Tal órgão corresponde à administração da sociedade limitada, disciplinada na presente seção, consignando-se, de início, ser a redação adotada pelo novo Código Civil mais adequada do que a cons-

tante do revogado Decreto n. 3.708/19, feita a distinção clara entre administrador e gerente. Enquanto o gerente, como proposto pelo art. 1.172, constitui um preposto de maior qualificação, incumbido de viabilizar o contato direto com alguns terceiros e cumprir diretrizes antecipadamente fixadas, o administrador, na qualidade de membro de um órgão da sociedade e tal qual exposto no art. 47, fica investido com poderes contratuais para a prática de atos de gestão e apresenta a pessoa jurídica. A administração constitui um órgão necessário e permanente, pois, sem ela, a pessoa jurídica, como ente abstrato, não age e não pode realizar os fins para os quais foi criada. Os administradores são os membros de tal órgão. Eles são escolhidos pelos sócios contratantes, conforme critérios de confiança, cabendo-lhes exercer pessoalmente a gestão. As cláusulas do contrato social devem dispor sobre o número de administradores e, se for o caso, sobre os poderes específicos conferidos a cada qual. Exige-se uma designação formal, cuja publicidade, feita por intermédio do registro público, é essencial. A designação tanto pode ser feita no próprio instrumento do contrato social inscrito, conforme a natureza empresária ou não empresária da sociedade, em Junta Comercial ou em Registro Civil de Pessoa Jurídica, quanto em documento apartado e averbado na inscrição originária. Não apenas sócios podem ser designados administradores, como também, sempre considerados os impedimentos elencados no art. 1.011, § 1º, estranhos ao quadro social e, mesmo, ausente vedação legal, outras pessoas jurídicas. Como o exercício da gestão é conferido de maneira individualizada e deriva da avaliação das qualidades pessoais do escolhido, a designação tem de ser expressa, não se admitindo, por isso, conforme o parágrafo único, sua automática extensão em razão da aquisição da qualidade de sócio. Para que um novo sócio, admitido durante a execução do contrato, seja designado administrador, é preciso obter deliberação específica do conjunto dos sócios, reduzindo-a a escrito e promovendo seu registro. Ressalve-se que a pessoa jurídica não pode assumir o lugar de administradora e apenas pode fazer designar um gerente-delegado ou administrador não sócio.

Art. 1.061. Se o contrato permitir administradores não sócios, a designação deles dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de dois terços, no mínimo, após a integralização.

CC/1916: sem correspondente.

Resguarda-se, aqui, a possibilidade de ser designado administrador não sócio, estabelecendo o texto legal, para tanto, regras específicas. Respeitada a normalidade, os administradores estarão inseridos no quadro social, só sendo entregue a função excepcionalmente a estranhos, conforme a conveniência dos próprios sócios, razão pela qual é preciso, nesse caso, que o instrumento inscrito do contrato social inclua cláusula expressa, admitindo a designação de não sócio. Se omissa o texto do instrumento, não há prévia permissão para que uma pessoa estranha ao quadro social possa ser designada administrador e, para que tal ato seja válido, será necessário, respeitado o quórum especial de três quartos do capital social, previsto no inciso I do art. 1.076, alterar o próprio contrato. Ademais, a deliberação atinente à designação de um administrador não sócio respeita quóruns especiais, superiores à maioria simples, exigível com relação às matérias comuns. Enquanto o capital não estiver integralizado, dada a gravidade da responsabilidade solidária prevista no art. 1.052, a designação enfocada depende da aprovação unânime dos sócios, ou seja, havendo a discordância de apenas um deles, estará rejeitada a proposta de conferência de poderes de gestão a terceiro. Integralizado o capital, a designação dependerá da aprovação dos sócios com participação de, no mínimo, dois terços do capital da sociedade limitada. Ressalte-se, por fim, que, caso a desig-

nação recaia sobre empregado, aplica-se o Enunciado n. 269 do Tribunal Superior do Trabalho, permanecendo suspenso o contrato de trabalho, salvo se subsistir subordinação jurídica, descaracterizada, pelo poder-função adquirido, a simples relação de emprego.

Art. 1.062. O administrador designado em ato separado investir-se-á no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração.

§ 1º Se o termo não for assinado nos trinta dias seguintes à designação, esta se tornará sem efeito.

§ 2º Nos dez dias seguintes ao da investidura, deve o administrador requerer seja averbada sua nomeação no registro competente, mencionando o seu nome, nacionalidade, estado civil, residência, com exibição de documento de identidade, o ato e a data da nomeação e o prazo de gestão.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 149, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Cuida o presente artigo da investidura ou posse do administrador da sociedade limitada, disciplinando-a sem pormenores e apenas na hipótese de designação operada por meio de ato separado do contrato social. De início, é preciso esclarecer que, em qualquer designação, a pessoa jurídica, mediante deliberação interna e unilateral, institui um regime jurídico individualizado, e, conforme seu desejo, o escolhido manifesta uma aceitação, submetendo-se ao estabelecido. Essa manifestação volitiva se realiza quando da investidura ou posse, tendo o texto legal utilizado os dois vocábulos indistintamente, como sinônimos. Se a designação for feita por meio do contrato, presume-se a aceitação, ocorrendo a investidura automaticamente, sem formalidades específicas, quando consumada a inscrição prevista nos arts. 998 e 1.150. Se a designação for feita, porém, em ato separado do contrato social, será imprescindível formalizar a investidura, o que depende da lavratura de termo específico no livro de atas da administração, este de manutenção obrigatória, lá constando ter a pessoa escolhida aceito os encargos inerentes à qualidade de administrador e ter iniciado o exercício da gestão. A formalidade aqui descrita deve ser empreendida no prazo de trinta dias, contado sempre da data da eleição feita pelos sócios e não, como seria mais lógico, da cientificação do próprio designado, sob pena de caducidade do ato de designação, perdendo este, ultrapassados os trinta dias referidos, seus efeitos próprios. Ademais, sempre que a designação for feita em ato separado do contrato social, após a investidura, respeitado novo prazo de dez dias, o administrador ostenta o dever de requerer seja efetivada a averbação na inscrição originária da sociedade limitada, declinando sua qualificação completa e apresentando os documentos imprescindíveis, correspondentes a sua cédula de identidade e às cópias autênticas dos atos de designação e investidura, com a indicação do prazo de gestão. Nada impede, também, que outro interessado (por exemplo, um dos sócios ou outro administrador) se encarregue de solicitar a averbação exigida para a ampla publicidade e regularidade da atribuição de poderes de administração, esgotando o dever do administrador investido. Não sendo promovida a averbação nos dez dias seguintes à investidura, uma situação irregular resta caracterizada e, por analogia, aplica-se o disposto no § 2º do art. 1.151, razão pela qual os poderes de gestão só poderão ser tidos como atribuídos ao novo administrador na data da efetivação do ato registrário. Os atos de administração praticados entre a data da investidura e a data da averbação deverão ser ratificados pelos sócios, sob pena de permanecerem ineficazes perante a pessoa jurídica, podendo o administrador ser responsabilizado por sua omissão ou demora, assumindo o resultado dos atos já consumados.

Art. 1.063. O exercício do cargo de administrador cessa pela destituição, em qualquer tempo, do titular, ou pelo término do prazo se, fixado no contrato ou em ato separado, não houver recondução.

§ 1º Tratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, salvo disposição contratual diversa.

§ 2º A cessação do exercício do cargo de administrador deve ser averbada no registro competente, mediante requerimento apresentado nos dez dias seguintes ao da ocorrência.

§ 3º A renúncia de administrador torna-se eficaz, em relação à sociedade, desde o momento em que esta toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante; e, em relação a terceiros, após a averbação e publicação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 151, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Os administradores da sociedade limitada atuam, a partir de sua designação e da posterior investidura, de conformidade com os poderes especificamente atribuídos pela pessoa jurídica, durante um período de tempo mais ou menos longo, determinado ou indeterminado, persistente, aqui, para atender à conveniência dos sócios contratantes, ampla variabilidade. O administrador deixa de exercer a gestão dos negócios sociais quando materializada uma de três hipóteses, todas elas disciplinadas no presente artigo. A destituição do administrador corresponde à extinção forçada dos poderes antes conferidos, o que deriva sempre de deliberação específica dos sócios, aprovada, em conformidade com o disposto no inciso III do art. 1.071, pelo voto de titulares de quotas iguais à maioria absoluta do capital social. Se é pretendida, porém, a destituição de administrador designado pelo próprio contrato inscrito, deverá ser obedecido um requisito especial de validade da deliberação, exigindo-se, simplesmente, a observância de um *quorum* especial, de dois terços do capital social, deixando-se de lado as graves restrições estabelecidas, no âmbito das sociedades simples, pelo art. 1.019, pois não há, aqui, quanto às limitadas, a exigência de qualquer fundamentação específica para a deliberação de destituição. O texto do § 1º deste artigo é deficiente e se refere apenas ao sócio-administrador, sem prever expressamente a destituição de não sócio designado por cláusula contratual, devendo, no entanto, as duas situações ser equiparadas, pois não seria lógico aplicar, diante da necessidade de alteração contratual, o inciso I do art. 1.071 e exigir, em se tratando de não sócio, o *quorum* especial de três quartos do capital social. Ademais, assinale-se que o legislador, em razão do § 1º deste artigo, viabilizou a irremovibilidade concreta de administradores em confronto com o exercício de controle majoritário, o que, por certo, gerará discórdia e litígios de dificultosa solução. O § 2º impõe, ainda, como providência imperiosa à plena eficácia da destituição, seja promovida a averbação na inscrição original, respeitado o prazo de dez dias. Deve-se alertar que, caso não seja dada publicidade ao fato, a sociedade responderá, perante terceiros de boa-fé, presente a aparência de regularidade da conduta do destituído, pelos novos atos praticados e, caracterizado prejuízo efetivo, poderá, depois, voltar-se contra o antigo administrador, postulando ressarcimento. A renúncia do administrador, prevista no § 3º, implica a extinção voluntária dos poderes de apresentação, derivando de manifestação volitiva unilateral, a qual, para ostentar plena eficácia, precisa preencher duas ordens de fatores. Resta, num primeiro plano, necessária a cientificação formal da própria sociedade, feita por meio de notificação judicial (art. 867 do CPC) ou extrajudicial (art. 160 da Lei n. 6.015/73), sem o que não se produzirão efeitos perante a pessoa jurídica. Há de ser, em segundo lugar, promovida a averbação do ato de renúncia na inscrição original da sociedade para

que seus efeitos recaiam sobre terceiros, emanando uma publicidade geral do ato registrário.

O término do prazo de vigência da designação feita resulta na automática extinção dos poderes de gestão e constitui uma terceira e última hipótese de cessação do exercício da gestão, desde que não tenha sido tomada nova deliberação de prorrogação.

Jurisprudência: 1 - Os sócios detêm a atribuição exclusiva para, a partir da conjugação de seus interesses particulares, escolher e destituir administradores, não devendo, por princípio, em tal tema, haver intervenção do Poder Judiciário (TJRS, AI n. 598.193.829, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 22.10.1998). 2 - No âmbito das sociedades limitadas, a propositura de ação para a responsabilidade de administrador pela sociedade (*uti universi*) não exige a realização de reunião ou assembleia de cotistas e o ajuizamento não impõe, ao contrário do disposto no art. 159 da Lei n. 6.404/76, o afastamento do administrador (STJ, REsp n. 736.189/RS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.12.2007). 3 - Observados os acima quóruns fixados, a deliberação para afastamento de administrador não necessita de fundamentação. (TJGO, Ap. n. 123.218-8/188, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Sandra Regina Teodoro Reis, j. 17.06.2008)

Art. 1.064.0 uso da firma ou denominação social é privativo dos administradores que tenham os necessários poderes.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 13, Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

Como já exposto quando da análise do art. 1.022, a sociedade, como pessoa jurídica, constitui um ente imaterial, de existência ideal, não podendo, diretamente, relacionar-se com os demais sujeitos de direito e, por si só, realizar as operações próprias à consecução do objeto social. Todo e qualquer relacionamento da sociedade com terceiros, por isso mesmo, é efetivado por intermédio de seus órgãos de administração, cuja existência é obrigatória. A administração é integrada por membros designados e devidamente investidos, os administradores, a quem é dado, como atribuição privativa, apresentar a sociedade, de conformidade com os poderes conferidos, agindo pela pessoa jurídica, dando-lhe, então, vida e possibilitando seja obtido sucesso patrimonial na realização do objeto social. As operações mediadas pelos administradores induzem a aquisição de direitos pela pessoa jurídica, tal qual o nascimento de obrigações, mediante a celebração de contratos ou como consequência de atos unilaterais, vinculando-a. Nem todos os administradores ostentam, contudo, a atribuição de manter o relacionamento da sociedade com terceiros; alguns deles atuam apenas internamente, dispondo, de maneira concreta, por exemplo, sobre os bens de capital e os recursos humanos, dotando-lhes da organização mais eficiente possível. Aqueles administradores dotados de poderes específicos e suficientes, quando atuam pela pessoa jurídica, precisam fazer uso de seu nome empresarial, escolhido pelos sócios contratantes e mantido, conforme o disposto no art. 1.158, sob a forma de firma ou denominação. Indicam-se, assim, explicitamente, a qualidade de administrador e a concretização da manifestação volitiva da pessoa jurídica.

Art. 1.065. Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 10, item 4 (*revogado*), Código Comercial.

O exercício da administração precisa ser transparente, conferindo-se credibilidade e segurança acerca da lisura dos negócios celebrados e das práticas adotadas. Atendendo a tal necessidade, para padronizar e regram a prestação de contas da gestão social, algumas demonstrações contábeis específicas tornaram-se obrigatórias, impondo, no âmbito das sociedades limitadas, o dever dos administradores de promover sua elaboração e viabilizar sua consulta. Dentre os principais direitos inerentes à qualidade de sócio estão incluídos o de fiscalizar e o de avaliar a gestão, não apenas considerados atos isolados, mas, também, tendo em conta o conjunto das operações realizadas, o que só se concretiza, de maneira mais eficaz, com a análise dos documentos enfocados. Há de ser elaborado, em primeiro lugar, um inventário de todo o ativo, o que engloba tanto os bens de uso permanente quanto aqueles destinados à transformação ou comercialização, compondo uma enumeração consolidada com a avaliação de cada um de seus itens. É preciso, em segundo lugar, como foi reproduzido pelo art. 1.179, compor um balanço patrimonial, expondo, considerada a data da apuração feita, a situação patrimonial completa da pessoa jurídica, quantificados e discriminados, em categorias contábeis, o ativo e o passivo, incluindo todos os créditos e todas as dívidas existentes. Em terceiro lugar, exige-se a formulação de um balanço de resultado econômico, a que corresponde um demonstrativo de lucros e prejuízos auferidos no correr do exercício, instrumento essencial para que seja possível deliberar sobre a destinação de tais valores, que, respeitado o disposto no contrato social, deve ser endereçado, formando ou extinguindo reservas e distribuindo ganhos ou perdas. A apresentação de tais demonstrações contábeis ocorre sempre ao final de cada exercício social, tal como demarcado pelo contrato inscrito, podendo, ou não, haver coincidência com o exercício fiscal. Quando os administradores deixarem de promover a elaboração das demonstrações assinaladas, restará configurada uma falta grave, passível de responsabilização.

Jurisprudência: 1 - Qualquer um dos sócios ostenta legitimidade para a propositura de ação de prestação de contas contra o administrador, caso não sejam, tempestivamente, apresentados demonstrativos contábeis (TJRS, Ap. n. 70.022.049.894, 19ª Câm. Cível, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 13.05.2008; TJSP, Ap. n. 212.523-4/2-00, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Neves Amorim, j. 14.10.2008; TJSP, Ap. n. 180.690-4/7-00, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Neves Amorim, j. 12.08.2008). 2 - Os sócios minoritários devem, também, ter amplo acesso aos demonstrativos contábeis, podendo eles, inclusive, forçar sua exibição (TJRJ, Ap. n. 58.989/2007, 10ª Câm. Cível, rel. Des. Gilberto Moreira Dutra, j. 08.11.2007). 3 - Os administradores ostentam o dever de prestar contas de seus atos, mas há um momento específico para tanto, não podendo o sócio, a despeito das regras estabelecidas no contrato social, solicitar, mesmo em Juízo, prestação de contas antecipada (TJMA, Ap. n. 22997-2001, 2ª Câm. Cível, rel. Antonio Guerreiro Júnior, j. 19.02.2002). 4 - Não é cabível, também, que um sócio administrador, dispondo de todas as informações sobre os rumos da atividade negocial e tendo amplo acesso aos livros contábeis, proponha ação de prestação de contas contra o outro administrador, não se prestando tal ação para a arguição da prática de atos ilícitos e para a dedução de pleito indenizatório. (TJSP, Ap. n. 505.975-4/5-00, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Donegá Morandini, j. 30.09.2008)

Seção IV

Do Conselho Fiscal

Art. 1.066. Sem prejuízo dos poderes da assembleia dos sócios, pode o contrato instituir conselho fiscal composto de três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no País, eleitos na assembleia anual prevista no art. 1.078.

§ 1º Não podem fazer parte do conselho fiscal, além dos inelegíveis enumerados no § 1º do art. 1.011, os membros dos demais órgãos da sociedade ou de outra por ela controlada, os empregados de quaisquer delas ou dos respectivos administradores, o cônjuge ou parente destes até o terceiro grau.

§ 2º É assegurado aos sócios minoritários, que representarem pelo menos um quinto do capital social, o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 162, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

O conselho fiscal constitui um órgão facultativo da sociedade limitada, peculiar àquelas de maior porte e encarregado da aferição permanente da regularidade dos procedimentos adotados e dos atos praticados pelos administradores, mas sem poder sobre estes de deliberar. Antes disciplinado especificadamente apenas no âmbito das sociedades por ações (arts. 161 a 165-A da Lei n. 6.404/76), o conselho fiscal, para ser instituído e instalado, precisa estar previsto em cláusula específica do contrato social inscrito, emitindo pareceres destinados a ser submetidos a futura deliberação, em particular, dos sócios, reunidos, conforme o art. 1.072, em assembleia ou reunião. Ademais, a atuação do conselho fiscal não exclui o poder de fiscalização dos próprios sócios ou quaisquer poderes da assembleia ou da reunião dos sócios; suas atribuições são exercidas sempre cumulativamente, cumprindo-se tarefas de caráter auxiliar, fornecendo-se elementos informativos e técnicos capazes de sustentar decisões mais acertadas. Exercida a faculdade legal e promovida sua instalação, o conselho fiscal é composto de conselheiros eleitos em assembleia ou reunião dos sócios, que, se não houver disposição contratual em contrário, podem ser, inclusive, não sócios, em número superior a três pessoas físicas, variável de acordo com as conveniências concretas de cada caso. A escolha dos conselheiros e de seus respectivos suplentes se submete a duas condições: manter o eleito residência no Brasil e não ostentar ele impedimento legal. A primeira condição deve-se ao fato de procurar o legislador assegurar a efetividade da atuação fiscalizadora, não lhe devendo ser conferido um aspecto meramente decorativo ou honorário. Quanto à segunda condição, é feita remissão ao já analisado art. 1.011, que enumera, no § 1º, os impedimentos estabelecidos para o exercício da função de administrador, acrescentando alguns novos, decorrentes da necessidade de manter a isenção máxima do conselheiro fiscal. Nesse sentido, membros de outros órgãos da mesma sociedade limitada ou de qualquer sociedade controlada por ela (exceção feita, obviamente, à assembleia ou à reunião previstas no art. 1.072, sob pena de ficar proibida a participação de sócios no conselho fiscal) e empregados dessas pessoas jurídicas ou de seus administradores, bem como os cônjuges e os parentes até de terceiro grau dos administradores referidos, estão impedidos de assumir um assento no conselho fiscal, tal qual os impedidos de ser empresário individual ou administrador de uma sociedade. Ausente uma das duas condições estabelecidas, a pessoa é inelegível e, sob pena de nulidade da deliberação, não pode ser escolhida para compor o órgão enfocado. O § 2º do presente artigo, por fim, oferece uma regra protetiva das minorias qualificadas, impondo seja dada, aos quotistas representativos de mais que um quinto do capital social, a oportunidade de escolher, mediante votação em separado, pelo menos um dos membros do conselho fiscal. Tal votação deverá ser realizada na assembleia ou reunião dos sócios, excluída a participação dos controladores e mediante a apresentação de requerimento formulado pelos interessados.

Art. 1.067. O membro ou suplente eleito, assinando termo de posse lavrado no livro de atas e pareceres do conselho fiscal, em que se mencione o seu nome, naciona-

lidade, estado civil, residência e a data da escolha, ficará investido nas suas funções, que exercerá, salvo cessação anterior, até a subsequente assembleia anual.

Parágrafo único. Se o termo não for assinado nos trinta dias seguintes ao da eleição, esta se tornará sem efeito.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 161, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A investidura, ou a posse, constitui o ato indicativo do início do exercício das funções de conselheiro fiscal, prevendo o *caput* do presente artigo que seja realizada mediante o cumprimento de uma formalidade especial, consistente na assinatura de termo lavrado no livro de atas e pareceres do conselho fiscal, livro de obrigatoria manutenção sempre que o órgão enfocado for criado e instalado. O termo de posse deve conter dois elementos obrigatórios: a qualificação do novo conselheiro (composta de nome, nacionalidade, estado civil e residência) e a menção da data de sua escolha, ou seja, da data da assembleia geral em que ocorreu sua eleição. Após a investidura, inicia-se o exercício da função de conselheiro fiscal, o qual perdura até a realização de nova assembleia anual dos sócios, quando, não havendo recondução, se extingue o mandato inicialmente fixado, ou diante de sua renúncia ou destituição. Acerca da destituição, aliás, crê-se que o legislador cometeu um grave equívoco, deixando de prever um *quorum* qualificado para tal deliberação, o que, aplicado o inciso III do art. 1.076 e exigida maioria simples de votos dos sócios presentes em uma assembleia ou reunião dos sócios, coloca os membros do conselho fiscal em posição muito frágil. Cessando o exercício no curso do mandato, o suplente deve completá-lo. Ressalte-se, por fim, que o § 1º deste artigo reproduz o disposto no § 1º do art. 1.062 e prevê uma hipótese de caducidade, pois a eleição do conselheiro fiscal perderá seus efeitos caso a investidura não se realize no prazo de trinta dias de tal deliberação coletiva, e, então, será necessária, para a reprodução da eleição, a realização de nova assembleia ou reunião.

Art. 1.068. A remuneração dos membros do conselho fiscal será fixada, anualmente, pela assembleia dos sócios que os eleger.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 162, § 3º, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

O exercício da função de conselheiro fiscal é remunerado, percebendo cada qual, uniformemente, um valor estabelecido pela assembleia ou reunião dos sócios, conforme deliberação aprovada quando da eleição prevista no art. 1.066. A remuneração pode ser simbólica, mas precisa existir, não se admitindo, contudo, para a garantia da completa idoneidade e isenção do órgão em análise, possa ela ser variável, dependendo, por exemplo, do montante dos lucros auferidos, sob pena de ser criado um conflito entre os interesses do fiscal e da pessoa jurídica, beneficiária de sua atividade. A remuneração deve ser composta de um montante fixo, cabendo à sociedade, além disso, ressarcir as despesas atinentes ao exercício da função e tidas como imprescindíveis. Essas duas regras podem ser extraídas do exame conjugado do § 3º do art. 162 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), tendo, diante da identidade de propósitos do conselho fiscal nos dois tipos referidos, incidência no âmbito das limitadas.

Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes:

I - examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira, devendo os administradores ou liquidantes prestar-lhes as informações solicitadas;

II - lavrar no livro de atas e pareceres do conselho fiscal o resultado dos exames referidos no inciso I deste artigo;

III - exarar no mesmo livro e apresentar à assembleia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

IV - denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade;

V - convocar a assembleia dos sócios se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes;

VI - praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 163, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Ao conselho fiscal cabe> principalmente, avaliar a regularidade dos atos de gestão e examinar, por meio de lançamentos contábeis e de documentos internos, as contas dos administradores, bem como, excepcionalmente, investigar conflitos de interesses envolvendo não apenas os membros da administração, mas, também, seus próprios componentes. Quando investido, cada conselheiro fiscal assume deveres gerais, impostos pela lei a qualquer membro de um órgão da sociedade e relativos a sua probidade e eficiência funcional, deveres eventuais, estabelecidos pelo contrato social e derivados da conveniência concreta dos sócios, e, principalmente, em correspondência com as atribuições específicas anteriormente referidas, deveres essenciais, os quais são discriminados nos incisos do presente artigo e incidem sobre o conjunto dos fiscais e sobre cada membro individualmente considerado, garantindo-se ampla liberdade em seu desempenho. O primeiro desses deveres essenciais é o de realizar o exame dos documentos contábeis, estabelecida uma periodicidade trimestral mínima, verificando, em particular, o estado do caixa, isto é, a quantidade de valores disponíveis, e a carteira de créditos a serem percebidos. O acesso à documentação, obviamente, há de ser completo, devendo os administradores (ou os liquidantes) fornecer todas as informações solicitadas e relativas aos lançamentos em questão. O resultado dos exames realizados, por outro lado, precisa ser reduzido à linguagem escrita, sem o que não será possível extrair efetividade prática das constatações feitas e conferir exatidão à opinião externada pelos fiscais, subsistindo, por isso, um segundo dever, o de lavrar, em livro próprio, as atas e pareceres decorrentes. Ademais, dentre os documentos emanados do conselho fiscal, o mais importante, por certo, constitui o parecer anual, apresentado, ao final de cada exercício, à apreciação dos sócios em conjunto, cujo conteúdo abrange todos os negócios e operações sociais realizados em dado ano e oferece, com suporte no balanço e no demonstrativo de resultados, um juízo valorativo acerca da correção, regularidade e adequação concreta dos procedimentos de gestão adotados. O inciso IV do presente artigo resguarda, também, o dever dos fiscais de dar total divulgação às falhas de gerenciamento da pessoa jurídica, isto é, aos equívocos e enganos materializados, sendo oportuno notar que o vocábulo “erro” foi utilizado em sentido comum, diverso daquele corrente no direito privado e indicativo de um vício do consentimento, além do dever, principalmente, de anunciar ilícitos perpetrados pelos administradores, consistentes em fraudes e crimes prejudiciais à pessoa jurídica e ao conjunto dos sócios. De nada adiantaria ao membro do conselho fiscal saber ter sido imposto, culposa ou dolosamente, um dano à sociedade sem dar notícia do ocorrido, propondo, para retorno à normalidade da situação, as providências compatíveis,

de recomposição patrimonial e eventual destituição do administrador responsável. Diante da gravidade de uma constatação, pode ser necessária, assim, uma solução emergencial, motivo pelo qual os fiscais ostentam o dever de convocar uma assembleia ou reunião de sócios sempre que a situação o exigir e, mais particularmente, quando os administradores deixarem de promover sua convocação obrigatória anual, retardando-a por mais que trinta dias. Ressalte-se, por fim, que, no curso de uma liquidação, o conselho fiscal continua exercendo as mesmas funções aqui descritas, mas adaptadas às circunstâncias; o órgão mantém seu funcionamento, enfocando, então, os atos praticados pelos liquidantes.

Art. 1.070. As atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da sociedade, e a responsabilidade de seus membros obedece à regra que define a dos administradores (art. 1.016).

Parágrafo único. O conselho fiscal poderá escolher para assisti-lo no exame dos livros, dos balanços e das contas, contabilista legalmente habilitado, mediante remuneração aprovada pela assembleia dos sócios.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 161 e 164, Lei n. 6.404, 15.12.1976.

Uma vez criado o conselho fiscal, as atribuições e os poderes derivados de deveres essenciais atribuídos a seus membros, que se encontram elencados no artigo antecedente, não podem ser repassados, por meio de disposição contratual, a qualquer outro órgão da sociedade. Os sócios, ao prever a instalação do conselho fiscal, exerceram uma opção legal e permanecem vinculados a ela, devendo ser tida como nula qualquer cláusula tendente a castrar o órgão enfocado e limitar desmedidamente a atuação dos fiscais. O conselheiro não pode ter papel meramente decorativo no âmbito interno da sociedade, tanto que assume responsabilidades, respondendo, tal qual os administradores, pelos danos derivados de sua conduta culposa, considerada a expressão em sentido amplo, capaz de abranger qualquer comportamento doloso ou derivado da negligência e imperícia, pelas omissões e pelos atos de abuso de poder. Ademais, incide, aqui, a regra geral do art. 1.016, estabelecendo-se, perante a sociedade e os terceiros prejudicados, uma solidariedade entre todos os fiscais, visando ao ressarcimento do dano impingido. Um contabilista, desde que legalmente habilitado e escolhido mediante deliberação majoritária do próprio conselho fiscal, pode, em caráter permanente, conforme o parágrafo único do presente artigo, assistir o órgão, fornecendo-lhe suporte técnico adequado para o desempenho mais eficaz de suas funções. Faz-se necessária, para tanto, a formulação de uma requisição à administração, que, aliás, não pode deixar de ser atendida, sob pena de caracterização de falta grave. O pagamento dos honorários profissionais cabe à própria pessoa jurídica, devendo, por isso, seu valor ser submetido à aprovação da assembleia ou reunião de sócios.

Seção V

Das Deliberações dos Sócios

Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

- I - a aprovação das contas da administração;
- II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado;
- III - a destituição dos administradores;
- IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;

V - a modificação do contrato social;

VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;

VIII - o pedido de concordata.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 122, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Há, aqui, uma enumeração das principais matérias submetidas obrigatoriamente à deliberação dos sócios. Tais matérias oferecem relevância singular na determinação dos rumos tomados pelas operações sociais, impondo, muitas vezes, feita uma conjugação com o art. 1.076, a adoção de quóruns especiais como forma de preservar a integridade da *affectio societatis* e, em especial, a posição das minorias. O rol enfocado não é, porém, exaustivo. Admite-se, por meio da edição de cláusulas contratuais, conforme a conveniência dos sócios, a ampliação do rol de matérias elencadas nos incisos do presente artigo, mas não sua redução, estabelecendo a lei, pontualmente, outras questões a serem decididas pelos sócios, como é o caso da eleição dos membros do conselho fiscal, se houver, e do estabelecimento de sua remuneração. Muito embora conste apenas do inciso V, a mais relevante das matérias propostas constitui a modificação do contrato social, correspondente a todo o ajuste de cooperação arquitetado com o fim de ser obtido sucesso na realização do objeto eleito. O contrato espelha um consentimento cristalizado e qualquer alteração em seu conteúdo merece ser apreciada, com total exclusividade, pelos sócios. Estão ressaltadas, expressamente, dentre as alterações contratuais, aquelas atinentes à fusão e à incorporação de sociedades (arts. 1.116 a 1.122), mencionadas no inciso VI. Ademais, num segundo plano, os quatro primeiros incisos dizem respeito à fixação de diretrizes administrativas imprescindíveis ao funcionamento da sociedade. Nesse sentido, inclui-se, na esfera decisória dos sócios, a designação dos administradores, avaliadas as qualidades individuais, desde que, evidentemente, seja instrumentalizada em ato separado, pois, caso contrário, estarão nomeados no contrato inscrito e será dispensável qualquer nova manifestação de vontade. A destituição dos administradores, como contrapartida óbvia, deve ser, também, decidida pelos sócios, não dependendo de justificativa específica, mas, isso sim, da conveniência concreta, respeitado o disposto no art. 1.063 e estabelecida, dada a imprescindibilidade da administração como órgão, a simultaneidade, no caso da extinção dos poderes de gestão de todos os antigos nomeados, de uma imediata substituição. Aos sócios cabe, ainda observada a exclusividade, dispor sobre a forma de remuneração dos administradores, que, diante do caráter profissional de sua atuação, sempre perceberão retribuição compatível, e apreciar as contas prestadas anualmente, apresentadas sob forma técnico-contábil e resumidas, como previsto no art. 1.065, no inventário, no balanço patrimonial e no balanço de resultado econômico, promovendo seu julgamento. A nomeação e a destituição de liquidantes, dado assumirem posição similar à dos administradores, submetem-se, em conjunto com a prestação de suas contas, à obrigatória deliberação dos sócios, que serão chamados, da mesma maneira, a decidir sobre a própria dissolução (art. 1.087) c, em sentido contrário, sobre a eventual cessação do estado de liquidação, ocasionada pela reconstrução do ajuste estabelecido entre os sócios, tudo conforme exposto nos incisos VI e VII. O instituto de concordata, ao qual faz menção o texto do Código, foi extinto e substituído pela recuperação de empresas. A recuperação de empresas, por último, diante de sua gravidade, só pode ser levada a conhecimento em juízo a partir da legitimação por antecedente deliberação específica, seja na forma judicial, seja na forma extrajudicial (arts. 48 e 161 da Lei n. 11.101/2005), ressalvada a hipótese do § 4º do art. 1.072, devendo, concomitantemente, dentro das balizas da lei, ser apreciada a formulação de uma proposta aos credores.

Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.

§ 1º A deliberação em assembleia será obrigatória se o número dos sócios for superior a dez.

§ 2º Dispensam-se as formalidades de convocação previstas no § 3º do art. 1.152, quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.

§ 3º A reunião ou a assembleia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas.

§ 4º No caso do inciso VIII do artigo antecedente, os administradores, se houver urgência e com autorização de titulares de mais da metade do capital social, podem requerer concordata preventiva.

§ 5º As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes.

§ 6º Aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato, o disposto na presente Seção sobre a assembleia.

CC/1916: sem correspondente.

No interior das sociedades limitadas, as assembleias e as reuniões constituem os órgãos máximos, moldados a congregar, num único momento e lugar, todos os sócios e obterem, então, uma vontade coletiva, que se transmuda e se posiciona como vontade da própria pessoa jurídica. As deliberações dos sócios emanam, normalmente, desses dois órgãos, de caráter eminentemente legislativo, que modelam, continuamente, o contrato de sociedade e a estrutura da pessoa jurídica decorrente e fornecem diretrizes aos administradores. Uma assembleia de quotistas constitui um conclave formalmente convocado e organizado para o tratamento e a decisão de assuntos determinados, diferenciando-se de uma reunião apenas porque, nesta última, o encontro dos sócios independe de fórmulas rígidas de convocação e há, comparativamente, a redução ou a exclusão das formalidades preparatórias. Na generalidade dos casos, os sócios se reunirão em assembleias, só se permitindo, em substituição, a realização de reuniões quando a sociedade limitada tiver número de sócios inferior a onze (até dez) e tiver sido inserida cláusula específica no contrato social, estipulando, inclusive, a forma de convocação, sua periodicidade e local. Às reuniões aplicam-se, subsidiariamente, as regras legais atinentes às assembleias, caso os sócios contratantes não tenham formulado, eles próprios, normas concretas sobre sua forma, dado o § 6º do presente artigo e o art. 1.079. Os votos dos sócios são computados, tal qual estabelecido no art. 1.010, observada estrita correspondência com relação à participação no capital social, e, não havendo regra em sentido diverso, as decisões são tomadas por maioria simples dos votos dos presentes em dada assembleia ou reunião, prevalecendo, em caso de empate, o voto por cabeça e, se mesmo assim não se formar uma maioria, deverá ser obtida uma decisão judicial capaz de dirimir o impasse. Aprovada uma deliberação qualquer, aplicado o princípio majoritário, todos os sócios devem respeito e submissão ao decidido, permanecendo, mesmo dissidentes ou ausentes da assembleia ou reunião realizada, vinculados, pautando a pessoa jurídica sua atuação pela vontade majoritária colhida. Os administradores, por princípio, ostentam a incumbência de convocar as assembleias ou reuniões, respeitada a periodicidade anual mínima e discriminadas, em concordância com as regras legais e contratuais, as matérias levadas à deliberação dos sócios, só podendo tal dever ser transmitido em situações de exceção, conforme previsto no artigo seguinte e no inciso V do art. 1.069. Para a convocação de uma assembleia, devem ser respei-

tados requisitos formais, cuja observância vincula a validade das deliberações eventualmente tomadas, e que se encontram descritos no § 3º do art. 1.152, correspondendo à consecução de três publicações na imprensa, com antecedência mínima de oito dias para a primeira e de cinco dias para a última. A dispensa de tais formalidades só é admitida nas duas hipóteses ditadas pelo § 2º deste artigo, isto é, quando sobrevier, mesmo diante de uma convocação viciada, o comparecimento de todos os sócios, o que constitui, em verdade, uma convalidação, ou quando forem obtidas declarações escritas de todos os sócios, manifestando sua total ciência quanto à realização do conclave. Uma deliberação pode, também, ser tomada sem que seja realizada assembleia ou reunião, o que, por certo, não representará algo incomum nas sociedades limitadas de menor porte, exigindo-se, então, a emissão de declarações de vontade escritas e conjuntas, em um único documento e feitas por todos os sócios, a respeito de uma ou mais matérias delimitadas e específicas, não se admitindo a elaboração de vários documentos em razão da dificuldade de imediata e plena tradução da vontade comum e da inviabilidade de seu eventual arquivamento na inscrição originária da sociedade (art. 37,1, da Lei n. 8.934/94). Há, por fim, a dispensa de imediata deliberação acerca do requerimento de recuperação judicial da empresa, dado o § 4º do presente artigo, desde que caracterizada a urgência, cabendo, então, aos administradores, investidos de uma legitimação extraordinária, promover o ajuizamento do pedido, munidos de autorização escrita fornecida pelos sócios titulares de quotas correspondentes a mais da metade do capital social, que deverá ser ratificada na assembleia ou reunião seguinte. O instituto da concordata foi extinto, devendo este parágrafo ser interpretado em consonância com a Lei n. 11.101/2005.

As sociedades enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte submetem-se, porém, a uma disciplina especial e distinta e estão dispensadas da realização de reuniões e assembleias, exceção feita apenas àquelas em que persista uma disposição contratual em sentido contrário e à hipótese de exclusão de sócio (art. 70 da Lei Complementar n. 123/2006).

Art. 1.073. A reunião ou a assembleia podem também ser convocadas:

I - por sócio, quando os administradores retardarem a convocação, por mais de sessenta dias, nos casos previstos em lei ou no contrato, ou por titulares de mais de um quinto do capital, quando não atendido, no prazo de oito dias, pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas;

II - pelo conselho fiscal, se houver, nos casos a que se refere o inciso V do art. 1.069.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 123, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A assembleia e a reunião constituem órgãos transitórios, que funcionam periodicamente, por meio do encontro dos sócios quotistas num só lugar e num mesmo instante. Se não há convocação, a assembleia ou a reunião não funciona e fica bloqueada a emissão de novas deliberações. Nesse sentido, pretendendo o legislador evitar seja tolhida a atuação dos sócios, foram, aqui, estabelecidas regras de convocação, somando-se à legitimidade ordinária conferida, pelo *caput* do art. 1.072, aos administradores uma legitimidade extraordinária, em três hipóteses específicas. Num primeiro plano, qualquer sócio, não importando o tamanho de sua participação no capital social, ganha, uma vez caracterizada a omissão dos administradores e diante de retardamento superior a sessenta dias da realização de assembleia ou, conforme o caso, de reunião especificamente prevista em lei ou cláusula contratual, legitimidade para convocar, por si só, a assembleia ou reunião. Num segundo plano, um sócio, desde que

titular de quotas correspondentes a mais que um quinto, isto é, vinte por cento do capital social, pode formular um pedido fundamentado de convocação, indicando, necessariamente, quais serão as matérias tratadas, e, quando não atendido, no prazo de oito dias, assume legitimidade extraordinária para fazer a convocação enfocada. Ressalte-se que aos administradores não é conferida a atribuição de apreciar a relevância ou a pertinência do pedido de convocação formulado e, configurada sua omissão, para o que se recomenda a entrega de uma notificação ou, ao menos, de uma carta registrada, o sócio, automaticamente, está legitimado. Num terceiro plano, o conselho fiscal, mediante deliberação conjunta, ou qualquer de seus membros, atuando individualmente, pode convocar, excepcionalmente, a assembleia ou a reunião, quando caracterizada, tal qual previsto no inciso V do art. 1.069, qualquer situação de gravidade ou urgência ou diante da omissão dos administradores na consecução de tal ato. Consigne-se, por fim, que as hipóteses assinaladas apresentam grandes semelhanças com aquelas descritas no parágrafo único do art. 123 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76).

Jurisprudência: Sociedade de responsabilidade limitada, assembleia. Convocação. Legalidade da convocação feita por sócio titular de 50% do capital social, mediante notificação com dez dias de antecedência, para a assembleia a se realizar na sede de uma das empresas coligadas. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 493.297, 4ª T. rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24.06.2003)

Art. 1.074. A assembleia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com qualquer número.

§ 1º O sócio pode ser representado na assembleia por outro sócio, ou por advogado, mediante outorga de mandato com especificação dos atos autorizados, devendo o instrumento ser levado a registro, juntamente com a ata.

§ 2º Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 125 e 126, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A instalação da assembleia ou reunião corresponde ao ato demarcatório do início de seu funcionamento. Feita uma primeira convocação, a instalação requer, para sua validade, a presença de sócios titulares de quotas correspondentes a, no mínimo, três quartos, isto é, setenta e cinco por cento do capital social. Caso não tenha sido obtido o comparecimento mínimo exigido, será feita uma segunda convocação e, então, não será imprescindível contar com um mínimo de presentes, podendo ser instalada a assembleia ou a reunião com qualquer número de sócios. Ademais, de acordo com o previsto no § 1º, para o exercício do direito de voto, o quotista pode ser representado e, nesse caso, deverá fornecer procuração, instrumentalizada sob a forma pública ou particular, com a completa especificação dos poderes conferidos, não se admitindo a utilização de mandato geral (art. 660). O instrumento de procuração deverá ser exibido quando da instalação da assembleia ou da reunião, visando à demonstração inequívoca da regularidade da representação, e proceder-se-á a sua anexação à ata elaborada em razão do conclave realizado, viabilizando, conforme o caso, o envio dos documentos ao órgão de registro público competente. Exige-se, também, uma qualificação específica do representante escolhido, devendo ser ele sócio ou advogado; só o indivíduo assim qualificado pode exercer a função de representante, sob pena de nulidade do voto externado. O § 2º do presente artigo resguarda regra de grande relevância, proibindo o exer-

cício do direito de voto quando caracterizado conflito de interesses entre a própria sociedade e o sócio ou seu representante. Tratando-se de matérias que atingem, direta ou indiretamente, a esfera pessoal ou patrimonial do sócio ou de seu representante, surge o impedimento ao voto, restando vedada a participação pontual na deliberação acerca de tais matérias. O voto deve ser emitido tendo em conta o interesse social, ou seja, visando ao mais adequado e eficiente desempenho das atividades empreendidas pela pessoa jurídica e já escolhidas como objeto social, permanecendo o interesse individual e particularizado de qualquer um dos sócios, por maior que tenha sido sua contribuição para a formação do capital social, em segundo plano. Caracterizado o conflito de interesses, deve o sócio ou seu representante abster-se de votar e, se não o fizer, o voto deve ser considerado inválido, podendo, consequentemente, macular uma eventual deliberação resultante. Há, quanto a este último parágrafo, correspondência com o art. 115, *caput*, da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76).

Art. 1.075. A assembleia será presidida e secretariada por sócios escolhidos entre os presentes.

§ 1º Dos trabalhos e deliberações será lavrada, no livro de atas da assembleia, ata assinada pelos membros da mesa e por sócios participantes da reunião, quantos bastem à validade das deliberações, mas sem prejuízo dos que queiram assiná-la.

§ 2º Cópia da ata autenticada pelos administradores, ou pela mesa, será, nos vinte dias subsequentes à reunião, apresentada ao Registro Público de Empresas Mercantis para arquivamento e averbação.

§ 3º Ao sócio, que a solicitar, será entregue cópia autenticada da ata.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 130, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Toda assembleia precisa, para funcionar adequadamente, de uma mesa diretiva, encabeçada por um presidente, a quem cabe a coordenação geral dos trabalhos, e um secretário, encarregado de auxiliar na documentação de tudo quanto ocorrer e for objeto de deliberação. Tais funções são exercidas sempre por sócios presentes, podendo o contrato social dispor no sentido de lhes atribuir com caráter de permanência a um ou a outro dos quotistas. Numa reunião, por outro lado, dada a redução de formalidades e o pequeno número de envolvidos, não será, na generalidade dos casos, necessária a designação de um presidente e de um secretário, empreendendo-se uma discussão e decisão mais livre e direta das matérias debatidas. Logo após o término da assembleia ou da reunião, as principais ocorrências precisarão ser documentadas, reduzindo o resultado obtido à linguagem escrita, em livro especial e obrigatório, mediante a elaboração de uma ata, sem o que a eficácia do conclave realizado será perdida por inteiro. A ata não precisa ser absolutamente minuciosa, mas todos os fatos tidos como relevantes merecem ser aí descritos, sob pena de deixarem de produzir qualquer efeito jurídico. Ademais, como requisito de sua validade formal, os dois componentes da mesa diretora firmarão obrigatoriamente o documento, tal qual os sócios necessários à instalação da assembleia ou da reunião ou à formação de *quorum* especial para determinada deliberação, o que se justifica diante da ausência de um livro de presença, previsto no âmbito das sociedades por ações (art. 100, V, da Lei das S.A. - Lei n. 6.404/76). Os demais sócios, se o desejarem, podem firmar, também, a ata, mas sua assinatura, cuja aposição não pode ser negada pela mesa diretora, é apenas facultativa. O § 2º do presente artigo fixou, também, um prazo de vinte dias para que, após a assembleia ou a reunião, seja requerido o arquivamento da ata na competente Junta Comercial, mediante a apresentação de cópia autenticada extraída do livro de atas acima referido, sob pena de, aplicado o art. 1.151, o documento só ostentar eficácia perante terceiros após o efetivo arquivamento e não a partir da data de sua elabo-

ração. Ademais, deve ser preservada a plena publicidade interna da ata, podendo sempre o sócio, a qualquer tempo, requisitar cópia autenticada do documento elaborado, sem que os administradores ou outro sócio possam opor alguma objeção, dado o direito de permanecer informado, nos mínimos detalhes, acerca do teor das deliberações tomadas e que o vinculam (art. 1.072, §5º).

Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § Iº do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas:

I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;

II - pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071;

III - pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil de 2002, ao disciplinar o processo de decisão na assembleia ou reunião de quotistas, ofereceu, como maior de suas inovações, o estabelecimento de quóruns especiais de deliberação, fixados em conformidade com o grau de importância da matéria objeto de discussão e decisão. Assim, por um lado, impede-se que sejam aprovadas matérias relevantes e, portanto, vinculados todos os sócios ao cumprimento do decidido, por meio da atuação isolada de sócios com escassa participação no capital social, que podem, regularmente, instalar uma assembleia (art. 1.074, *caput*). O presente artigo confere, por outro lado, às minorias um poder de veto contra as deliberações cruciais para a execução do contrato de sociedade celebrado ou para aquelas tendentes à reforma das regras concretas integrantes desse mesmo contrato, condicionando sua validade à expressa concordância dos titulares de participações superlativas no capital social. Num patamar mais alto, um elevado *quorum* especial, igual aos votos de titulares de uma participação de, no mínimo, três quartos do capital social, é exigido para qualquer alteração do contrato social e, em particular, para a incorporação, fusão ou dissolução da sociedade limitada ou para a cessação da liquidação, pois potencializa-se, nesses casos, previstos no inciso I, uma remodelação ou um rearranjo do pacto inicialmente idealizado pelos sócios, podendo ter seus direitos e sua posição profundamente alterados. As principais matérias afeitas à administração da sociedade limitada, correspondentes à designação, quando feita em ato separado, e à destituição dos administradores, bem como à formulação de normas destinadas à fixação de sua remuneração, dependem da aprovação de uma maioria qualificada, igual aos votos dos titulares de participação superior à metade do capital, ressalvadas a designação de administrador não sócio (art. 1.061) e a destituição do sócio-administrador nomeado pelo contrato social (art. 1.063, § Iº), casos especiais já apreciados e dependentes de aprovação com *quorum* superior. Ressalvada a necessidade de interpretação deste artigo de acordo com a Lei n. 11.101/2005, a aprovação da dedução do pedido de recuperação judicial da empresa também se submete ao mesmo quorum especial, de maioria qualificada, considerada, quando deferido o processamento judicial do pleito, a gravidade de suas consequências diante dos próprios sócios, da pessoa jurídica e de terceiros. As hipóteses merecem sempre uma interpretação estrita, vedada a aplicação de analogia ou toda e qualquer forma de ampliação do rol legal, de maneira que, excetuadas as hipóteses aqui referidas, as deliberações serão tomadas por maioria simples dos votos dos quotistas presentes em dada assembleia ou reunião. Ressalte-se, ainda, que os sócios, conforme sua conveniência e mediante cláusula expressa, podem, eventualmente, dispor visando a aumentar o *quorum* exigido para a aprovação de uma matéria, mas não reduzi-lo. A inflexibilidade das normas contidas

no presente artigo, porém, merece críticas. Embora tenham sido superadas as vastas omissões peculiares ao Decreto n. 3.708/19, foi tolhida a liberdade de moldar o contrato de acordo com os interesses de cada qual. Um novo regime, muito mais rígido, pode engessar ou petrificar as sociedades e, em especial, as limitadas já constituídas sob o regime da legislação revogada sofrerão dificuldades de sobrevivência num ambiente para o qual não foram concebidas, mesmo diante da possibilidade, prevista no art. 2.031, de readaptar as cláusulas.

Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 15, Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

As alterações contratuais representam uma repactuação do ajuste inserido no contrato social, o que, dependendo do conteúdo e da relevância da matéria deliberada, pode acarretar o rompimento da *affectio societatis* antes construída. Prevê-se, por isso, em consonância com o já disciplinado no art. 15 do revogado Decreto n. 3.708/19, a conferência de direito de recesso ao quotista dissidente, podendo ele se retirar do quadro social, desde que manifestada inequivocamente sua vontade, mediante a restituição do montante correspondente a sua participação no capital social. As hipóteses arroladas no texto do presente artigo compõem um rol fechado, cuja interpretação deve ser sempre estrita, vetada qualquer ampliação. No entanto, essas hipóteses são bastante vastas, pois, além de enumerar especificamente as deliberações ensejadoras da fusão e incorporação da limitada por outra sociedade ou de outra sociedade pela limitada, toda decisão tendente à modificação do contrato, por mínima que seja, provoca o nascimento do direito de recesso. Demarca-se um prazo decadencial para o exercício do direito subjetivo, de trinta dias contados da data da assembleia ou da reunião de sócios em que foi aprovada a deliberação causadora da discordância; ultrapassado tal prazo, extingue-se o direito de recesso. Ademais, a forma de manifestar o desejo de se retirar da sociedade não foi descrita, mas, tendo em conta as regras gerais de apresentação da pessoa jurídica, um requerimento escrito deve ser endereçado aos administradores, devendo ser tomadas as devidas cautelas para a formação de prova documental e irrefutável da regularidade do ato unilateral. Aos administradores cabe, pura e simplesmente, tomar as providências necessárias ao reembolso do quotista, verificado apenas o enquadramento da deliberação enfocada. Tais providências podem ter sido previstas em cláusula inserida no contrato celebrado, aplicando-se, quando de sua omissão, o disposto no art. 1.031, o que resultará na necessidade da elaboração de um balanço especial e no pagamento em dinheiro, dentro de noventa dias, do montante apurado em liquidação. Diante do pagamento da quota do dissidente, caso os demais sócios não a recomponham, o capital social, evidentemente, sofrerá redução. É preciso assinalar, por fim, que, quando se tratar de limitada com prazo de duração indeterminado, o exercício do direito de recesso, tal qual disciplinado pelo presente artigo, em regra, não constitui a única forma de denúncia do contrato por um dos sócios, incidindo o art. 1.029, constante do capítulo relativo às sociedades simples, e facultando-se, então, em quaisquer circunstâncias, a resolução unilateral, o que pode justificar a amplidão das hipóteses aqui enunciadas.

Jurisprudência: Se a retirada decorre da discordância do sócio com a transformação típica da sociedade, as regras atinentes ao tipo antecedente devem ser aplicadas na apuração de seus haveres, pois ele assentiu apenas com tais regras e não, com aqueles relativas ao novo tipo. (STJ, REsp n. 48.205/RJ, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 09.08.1994)

Art. 1.078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, com o objetivo de:

I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

II - designar administradores, quando for o caso;

III - tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia.

§ 1º Até trinta dias antes da data marcada para a assembleia, os documentos referidos no inciso I deste artigo devem ser postos, por escrito, e com a prova do respectivo recebimento, à disposição dos sócios que não exerçam a administração.

§ 2º Instalada a assembleia, proceder-se-á à leitura dos documentos referidos no parágrafo antecedente, os quais serão submetidos, pelo presidente, a discussão e votação, nesta não podendo tomar parte os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal.

§ 3º A aprovação, sem reserva, do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal.

§ 4º Extingue-se em dois anos o direito de anular a aprovação a que se refere o parágrafo antecedente.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 132,133 e 134, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

No presente artigo, três novos aspectos da assembleia ou, quando for o caso, da reunião de sócios, estão regradados. Estabeleceu-se, em primeiro lugar, uma periodicidade mínima para o funcionamento de tais órgãos transitórios, considerada a necessidade de promover um encontro dos quotistas, permitindo que, em determinado local e em dado momento, sejam discutidas e deliberadas as questões atinentes à execução do contrato social e, mais particularmente, as linhas mestras da administração. A assembleia ou a reunião não pode deixar de se realizar, ao menos, uma vez por ano, o que corresponde a uma oportunidade por exercício. O texto legal exige, ademais, que o conclave tenha lugar num dos quatro meses seguintes ao término do exercício social. É preciso que a assembleia ou a reunião seja precedida de uma preparação apropriada para sua efetividade e melhor produtividade, consistente esta na elaboração de demonstrações contábeis e na delimitação das matérias mais relevantes, mas tratou o legislador, como forma de proteção às minorias, de compelir os administradores a fazer uma convocação, evitando seja, por adiamentos continuados, evitada toda sorte de questionamentos e cobranças. Com efeito, em segundo lugar, na assembleia anual, dentre as matérias de exame necessário, a principal constitui o julgamento das contas apresentadas pelos administradores, que devem, em decorrência da própria natureza de sua função, oferecer detalhes acerca da utilização dos recursos disponíveis e responder, pessoalmente, às indagações formuladas, apresentando, também, para sua apreciação, as demonstrações contábeis previstas no art. 1.065. Tal matéria é de exclusiva competência dos sócios (art. 1.071,1), aos quais cabe permitir análise detalhada dos atos de gestão praticados, tanto que, visando a total transparência, é preciso, de acordo com o § 1º, deixar os documentos pertinentes à disposição dos sócios não administradores, com uma antecedência mínima de trinta dias, e cientificá-los formalmente do fato, o que pode ser feito mediante o envio de carta registrada, com aviso de recebimento. Essa mesma documentação será, também, logo após a instalação da assembleia ou da reunião, lida, para assegurar o conhecimento efetivo do objeto das deliberações, merecendo realce ser facultado, aos próprios sócios, por meio de deliberação unânime, dispensar tal formalidade e que a ausência pura e simples da leitura implicará, quando demonstrado prejuízo efetivo, anulabilidade da deliberação atinente às contas e demonstrações contábeis. A aprovação das con-

tas e das demonstrações contábeis, frise-se, quando feita sem reservas, oferece, dado o § 3º, uma gravidade bastante acentuada, apesar de depender da obtenção de mera maioria simples entre os presentes na assembleia ou na reunião, não participando da votação, dado o evidente conflito de interesses, os próprios administradores e, por terem emitido parecer prévio, os membros do conselho fiscal. Tal deliberação exonera, quanto aos danos causados à sociedade, a responsabilidade patrimonial dos administradores e fiscais, assumindo a pessoa jurídica todos os ônus decorrentes e só sendo possível, desde então, lhes imputar o dever de indenizar a sociedade, após a anulação da própria aprovação das contas e das demonstrações contábeis decidida, mediante a excepcional arguição de erro, dolo ou simulação, ou seja, da presença de vício do consentimento capaz de macular a formação da vontade coletiva expressa pelos sócios. A anulação depende, porém, do ajuizamento de ação própria, para a qual está legitimada a pessoa jurídica ou qualquer um dos sócios, devendo ser respeitado, conforme o § 4º, o prazo decadencial de dois anos, estabelecido para a extinção do direito de atacar a validade do ato de aprovação ultimado por assembleia ou reunião. No encontro anual tratado, em terceiro lugar, se for o caso, podem, ainda, ser apreciadas outras matérias tidas como relevantes, especialmente as previstas no art. 1.071, devendo os administradores elaborar e divulgar uma pauta, em que, obrigatoriamente, estará incluída a eleição de novos administradores, quando vago qualquer cargo ou diante da proximidade do término de um mandato, respeitando-se, nessa hipótese, os *quórums* especiais fixados pelos arts. 1.063, § 1º, e 1.076, II.

Art. 1.079. Aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato, o estabelecido nesta Seção sobre a assembleia, obedecido o disposto no § 1º do art. 1.072.

CC/1916: sem correspondente.

Uma reunião de quotistas constitui um conclave convocado e organizado para tratamento e decisão acerca de assuntos determinados, diferenciando-se de uma assembleia apenas porque se permite, na primeira categoria, o encontro dos sócios independentemente de fórmulas rígidas de convocação e há, de forma comparativa, a redução ou a exclusão das formalidades preparatórias. Na generalidade dos casos, os sócios reunir-se-ão em assembleias, só se permitindo, em substituição, a realização de reuniões quando a sociedade limitada tiver número de sócios inferior a onze (até dez) e tiver sido inserida cláusula específica no contrato social, estipulando a forma de convocação, sua periodicidade e local. Cabe, em princípio, estabelecer detalhes acerca de seu funcionamento em cláusulas contratuais, pois o texto legal não contém um regramento específico para tal espécie de órgão societário. Quando omissos no contrato social, incidem, no âmbito das reuniões, subsidiariamente, as regras legais atinentes às assembleias, órgãos dotados de maior complexidade e concebidos para sociedades limitadas de qualquer porte, mais especialmente para aquelas dotadas de grande quadro social. É, por isso, importante que os próprios sócios-contratantes, atendendo a suas peculiaridades concretas, formulem normas concretas sobre a forma desejada de suas futuras reuniões. Ressalte-se que, por fim, o presente artigo apenas reproduz o § 6º do art. 1.072 e que era, evidentemente, desnecessária sua inserção no Código Civil de 2002.

Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 16, Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

As deliberações emanadas das assembleias ou reuniões de sócios vinculam a sociedade, como pessoa jurídica, e todos os sócios, ainda que dissidentes, mas todas as decisões devem se manter conformes à lei e ao contrato social inscrito, pois as regras positivadas ou instituídas concretamente para manter a continuada cooperação dos sócios, dado o ressalvado no § 5º do art. 1.072, limitam o poder de dispor sobre a execução do anteriormente ajustado. Os sócios não podem dispor, irresponsavelmente, da pessoa jurídica; ela se vincula aos fins para os quais foi criada, tal como expressos no instrumento contratual inscrito, e sua atividade é sempre balizada pela lei. Quando um ato decisório coletivo desrespeita a lei ou o contrato, fica caracterizada a ilicitude e, por conta disso, excepciona-se o princípio da limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, peculiar ao tipo enfocado. Do voto emitido em desrespeito à lei ou ao contrato nasce, ao ser aprovada a deliberação, a possibilidade de imputar responsabilidade pessoal e direta sobre o sócio que, nesse caso, contribuiu para a materialização do ilícito. Terceiros e a própria pessoa jurídica podem buscar, demonstrada a produção de danos efetivamente causados pela deliberação ilícita, uma reparação indenizatória, cabendo ressaltar não ser viável, aqui, cogitar de responsabilidade objetiva, ou seja, a abstenção ou o voto contrário excluem a possibilidade de ser arguida a responsabilidade de um sócio, e os próprios sócios dissidentes prejudicados permanecem legitimados à propositura de ação por perdas e danos. Não se trata de uma desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada, mas de atribuir, ao sócio, os resultados do ilícito de sua autoria. Reproduz-se, portanto, no presente artigo, o disposto no art. 16 do Decreto n. 3.708.

Seção VI

Do Aumento e da Redução do Capital

Art. 1.081. Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato.

§ 1º Até trinta dias após a deliberação, terão os sócios preferência para participar do aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares.

§ 2º À cessão do direito de preferência, aplica-se o disposto no *caput* do art. 1.057.

§ 3º Decorrido o prazo da preferência, e assumida pelos sócios, ou por terceiros, a totalidade do aumento, haverá reunião ou assembleia dos sócios, para que seja aprovada a modificação do contrato.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 166 e 171, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

O funcionamento de toda e qualquer sociedade depende da prévia construção de um suporte patrimonial, composto pelos bens materiais e imateriais imprescindíveis à prática adequada e eficiente dos atos destinados a compor a realização do objeto social. Esse conjunto de bens é, quando integralizadas as quotas, conferido pelos sócios e corresponde ao capital, elemento essencial do contrato social. No instrumento contratual submetido a inscrição obrigatória, capital social, de conformidade com o art. 1.054 combinado com o inciso III do art. 997, precisa estar formalmente expresso em moeda corrente, quantificando-o de maneira clara e objetiva, ainda mais quando se trata de uma sociedade limitada, pois, aqui, como regra geral, significará o valor disponibilizado como garantia da satisfação dos direitos de terceiros-credores. Aumentos do capital correspondem à colocação de novos aportes, a um incremento no volume de recursos destinados à atividade-fim da pessoa jurídica criada, o que só se admite, diante do *caput* do presente artigo, com pleno consenso dos sócios, demonstrado, em atenção aos interesses das minorias relevantes, pela obtenção de *quorum* especial de três quartos do

capital votante, necessários para a efetivação de qualquer alteração contratual (art. 1.076,1). A exigência do *quorum* especial pode, porém, apresentar o efeito colateral de obstaculizar o pleno desenvolvimento das potencialidades de dado empreendimento, particularmente quando quotistas minoritários passarem por dificuldades financeiras e manifestarem um desejo egoísta de manter sua proporção de participação no capital social, o que, diante da perda de oportunidades ocasionada, pode configurar o abuso do direito de voto, à semelhança do art. 115, *caput*, da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), e ocasionar, aplicado o art. 187 do Código Civil de 2002, o nascimento de um dever de indenizar e tornando anulável o voto. Estabeleceu-se, como requisito de validade da deliberação de aprovação de um aumento de capital, com o fim de evitar fraudes derivadas de uma falsa aparência de saúde econômica, a total integralização das quotas já existentes. Não pode, dada a inovação introduzida, ser elevado o valor do capital a qualquer tempo; é imprescindível que os sócios já tenham adimplido suas antigas obrigações societárias, a não ser que lei especial, atinente, por exemplo, a uma atividade especializada e de interesse público, autorize a utilização excepcional de tal procedimento. O aumento do capital pode ser operacionalizado mediante a subscrição de novas quotas ou o simples aumento do valor nominal das quotas já existentes, mantido seu número, bem como pode derivar da utilização de reservas, da reavaliação do ativo ou do fornecimento de novos valores pelos sócios. Ademais, deliberado um aumento de capital, surge a preferência na participação de nova integralização como direito subjetivo peculiar à qualidade de sócio. Os sócios só podem efetuar nova integralização fora das proporções originais de participação no capital ou permitir a participação de terceiros (novos sócios) caso um deles não tenha manifestado interesse no exercício dessa preferência naturalmente conferida. Assegura-se, portanto, de acordo com a conveniência e a possibilidade de cada sócio, a permanência da mesma situação já consolidada no contrato social, seja quando de sua celebração, seja quando ajustada precedente alteração. O exercício da preferência é condicionado pelo respeito ao prazo legal de trinta dias, o qual ostenta, como marco inicial de contagem, a data da assembleia ou da reunião em que foi aprovado o aumento de capital, devendo, dentro de tal lapso temporal, manifestar o sócio seu desejo de subscrever novas quotas, conferindo, à pessoa jurídica, um crédito de valor correspondente. O direito de preferência ostenta, em si mesmo, evidente valor patrimonial e pode ser objeto, ele próprio, de contrato, sendo sua cessão submetida às mesmas regras estabelecidas no art. 1.057, para a cessão de quotas. Ressalva-se que o texto legal deixou de lado a hipótese do capital autorizado, podendo, por via de cláusula específica do contrato social, ficar previsto futuro aumento de capital independente de nova deliberação, condicionado, por exemplo, a um evento futuro e certo. Terminada a nova integralização decorrente do aumento de capital já deliberado, ou seja, quando a conferência de todos os recursos financeiros previstos já tiver se consumado, será promovida, mediante constatação formalizada em nova assembleia ou reunião, uma simples homologação e ficará consolidado o novo valor do capital social, expresso na inscrição da sociedade limitada.

Jurisprudência: A sociedade pode se voltar contra o sócio e lhe cobrar o valor correspondente ao aumento de capital ajustado, mas apenas frente a sua específica e antecedente declaração de vontade, no sentido de concordar em verter parte de seu patrimônio para acrescer ao capital social, subscrevendo novas cotas. Não se admite concordância tácita ou deliberação da maioria em detrimento da vontade individual. (TJSP, Ap. n. 389.908.4/7-00, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 24.07.2008)

Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I - depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 173, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Prevê-se, no presente artigo, a redução do capital social, operação exatamente inversa àquela prevista no artigo anterior. Há, então, conforme nova deliberação dos sócios, a redução dos recursos econômicos disponibilizados para a atividade-fim da pessoa jurídica constituída, o que, tratando-se de um elemento essencial do contrato de sociedade celebrado, exige *quorum* especial para sua aprovação, de três quartos do capital votante (art. 1.076,1), bem como a elaboração de novo instrumento de alteração do ajuste originário feito entre os sócios. Tomada a decisão de redução do capital, deve-se dar, por meio da publicidade registrária, ampla divulgação à nova situação patrimonial da sociedade limitada, em sua inscrição originária. Duas hipóteses estão elencadas, exemplificadamente, nos incisos deste artigo, devendo ser acrescentada, também, a resolução unilateral do contrato, com a devolução da participação correspondente, como derivação da retirada ou exclusão de um sócio, de sua falência ou de sua morte ou da promoção de execução singular (arts. 1.028 e 1.031). Em primeiro lugar, podem ter sido suportadas perdas irreversíveis, consistentes em prejuízos substanciais acumulados e de recuperação improvável, o que conduz, em função da amortização dos débitos decorrentes, a uma redução do capital social, acompanhada pela diminuição proporcional do valor nominal de cada quota. A sociedade limitada fica, então, depauperada, sempre considerada a pretérita integralização total do capital originalmente previsto. O capital é desgastado para satisfazer as dívidas existentes, prosseguindo-se no empreendimento, mas com menor disponibilidade patrimonial. Em segundo lugar, os sócios podem entender ter ocorrido uma superavaliação dos recursos econômicos necessários à realização do objeto social, optando pela mera restituição dos valores excedentes, reduzindo-se o capital social e o valor nominal de cada quota, após o que continuarão, dentro de um quadro de normalidade, os empreendimentos mantidos pela sociedade limitada.

Art. 1.083. No caso do inciso 1 do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembleia que a tenha aprovado.

CC/1916: sem correspondente.

O legislador dispôs, aqui, simplesmente, que o resultado automático da diminuição do capital social já integralizado decorrente do acúmulo de perdas irreparáveis constitui a redução do valor nominal de cada quota (art. 1.082,1), obedecida a mesma proporção, ou seja, efetivada, por exemplo, uma redução de vinte por cento no capital, o valor nominal de cada quota, tenham elas valor uniforme ou diferenciado, será precisamente igual, de vinte por cento. Tal regra, intuitiva e óbvia, é aplicável, também, quando concretizada qualquer outra hipótese de redução do capital, sendo o acervo patrimonial tido como excessivo (art. 1.082, II) ou operacionalizada uma resolução unilateral (arts. 1.028 e 1.031), pois, em geral, a redução no número de quotas, diante da falta de múltiplos exatos, não se viabiliza. Prevê-se, ainda, que a eficácia da deliberação tendente à redução do capital social só é produzida por meio de sua publicidade registrária, em evidente consonância com a necessidade de alteração do contrato social prevista pelo artigo anterior. A consecução de um ato registrário específico, como fato de eficácia da redução do capital, é imprescindível. Deve, nesse sentido, ser promovido arquivamento em Junta Comercial ou, tratando-se de sociedade simples, averbação

perante o competente Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, mediante a exibição de cópia autêntica da ata da assembleia ou reunião em que foi aprovada a redução do capital, a qual constará do livro obrigatório referido no art. 1.075, § 1º.

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembleia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

§ 2º A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.

§ 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 174, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Quando o capital social considerado excessivo for reduzido, duas soluções alternativas podem ser tomadas, de acordo com as circunstâncias. Se o capital ainda não foi integralizado, é possível optar pela simples extinção total ou parcial do crédito remanescente constituído em favor da pessoa jurídica, evitando novos aportes de capital. Caso, ao contrário, o capital já tenha sido totalmente integralizado, a solução será idêntica àquela preconizada pelo artigo antecedente, ou seja, parcela do valor das quotas sociais será restituída aos sócios. A redução do valor nominal de cada quota, como já advertido com respeito ao artigo anterior, sempre ocorrerá, mantido o número original de quotas previsto no contrato social, seja qual for a opção adotada, promovendo-se, logo em seguida, a elaboração da ata da assembleia ou da reunião em que aconteceu a aprovação da redução de capital, bem como sua publicação, na forma do disposto no § 1º do art.

1.152, em jornal de grande circulação e na imprensa oficial. A partir de tal publicação, três fatores condicionantes da eficácia da redução do capital poderão ser apurados. A referida publicação da ata inaugura o prazo para a dedução de oposição por credores, estabelecido em noventa dias, exigindo-se, como requisito de legitimidade, sua condição de quirografários e que seu direito de crédito seja anterior, isto é, tenha nascido antes da própria publicação. O texto legal não esclarece qual a forma de exteriorização do inconformismo do terceiro, mas, diante de uma manifestação de natureza receptícia e cuja função é a de impedir a consolidação da redução do capital por meio de um ato registrário, pode-se promover, conjugadamente, notificação judicial ou extrajudicial dirigida à própria sociedade limitada e dirigir uma simples comunicação ao Oficial de Registro ou à Junta Comercial competente. Eis um primeiro fator de eficácia, tornando-se imediatamente eficaz a redução de capital não impugnada no prazo de noventa dias. Se for deduzida regular oposição, a redução do capital só produzirá efeitos caso seja demonstrado o adimplemento da dívida de titularidade do opoente ou se efetuado depósito judicial do valor correspondente, viabilizando posterior solução de litígio pendente. Eis um segundo fator de eficácia, tornando-se imediatamente eficaz a redução do capital impugnada quando extinto o crédito do opoente ou disponibilizados os valores correspondentes. A esses dois primeiros fatores alternativos soma-se um terceiro e último, que deve ser obrigatoriamente ultrapassado, consistente na consecução de um ato registrário específico. Deve, nesse sentido, ser promovido arquivamento em Junta Comercial ou, tratando-se de sociedade simples, averbação perante o competente Ofi-

ciai de Registro Civil de Pessoa Jurídica, mediante a exibição de cópia autêntica da ata da assembleia ou reunião em que foi aprovada a redução do capital, a qual constará do livro obrigatório referido no art. 1.075, § Iº, dada a natural alteração do contrato social.

Seção VII
Da Resolução da Sociedade
em Relação a Sócios Minoritários

Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

CC/1916: sem correspondente.

No âmbito das limitadas, a exclusão do sócio, correspondente à quebra isolada de um dos vínculos componentes do contrato plurilateral celebrado, ganha contornos mais amplos. Soma-se ao inadimplemento de integralização das quotas do capital social (art. 1.058) e às hipóteses previstas para as sociedades simples (art. 1.030) uma outra. Possibilita-se, aqui, seja aprovada deliberação especial e tendente à expulsão de um sócio minoritário, formalizada pela mera alteração do contrato social, sem a necessidade do respaldo posterior numa decisão judicial confirmatória da fundamentação adotada. A causa da exclusão, inclusive, deve consistir, obrigatoriamente, no reconhecimento da perpetração de “atos de inegável gravidade”, os quais podem ser identificados pelo enorme potencial danoso, “pondo em risco a continuidade da empresa”, não se admitindo qualquer outra. A aprovação da deliberação de exclusão de sócio minoritário exige *quorum* qualificado, igual à maioria do capital social, e sua validade depende de prévia autorização constante de cláusula expressa do contrato social inscrito, bem como da convocação de assembleia ou reunião especial e da prévia cientificação do sócio em questão não apenas da futura realização do conclave, mas, isso sim, da acusação formulada. Ausentes os requisitos formais assinalados, a deliberação será nula. Ademais, impõe-se seja concedida oportunidade para o exercício do direito de defesa, podendo o sócio acusado deduzir alegações orais e apresentar provas excludentes de sua responsabilidade. A deliberação deve apontar, com clareza e exatidão, qual o ato repudiado e ensejador da exclusão, enfatizando seu enquadramento e ostentando total vinculação com a acusação formulada. Desrespeitado o direito de defesa ou deficiente a fundamentação da deliberação, faltarão requisitos materiais de validade e ela será anulável. O afastamento do sócio meramente inoportuno é vedado, não bastando, para efetivar a exclusão, uma simples discordância genérica ou o surgimento de desavenças individuais. O texto legal, fruto de específica sugestão formulada por Miguel Reale e acolhida no Senado Federal, pretendeu, essencialmente, obstar a exclusão sem justa causa ou feita à revelia do sócio minoritário.

Jurisprudência: 1 - A exclusão operada sem o respeito ao devido processo legal, isto é, sem que tenha sido conferida oportunidade para que o sócio expulso possa deduzir defesa e ofertar argumentos deve ser sempre, frente ao ajuizamento de pedido pelo prejudicado, anulada, violado direito essencial e inviolável do sócio (TJSP, Al n. 160.460-4/0-00, 2ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Cezar Peluso, j. 14.08.2001). 2 - A inviabilidade da convivência pacífi-

ca entre os sócios, indicativa da quebra da *affectio societatis*, constitui, por si só, justa causa para a exclusão extrajudicial do sócio minoritário, pois, do contrário, prevaleceria o interesse pessoal sobre o da sociedade, em detrimento ao princípio da preservação da empresa. (TJRJ, Ap. n. 18.295/06, 16ª Câm. Cível, rel. Des. Mario Robert Mannheimer, j. 13.02.2007)

Art. 1.086. Efetuado o registro da alteração contratual, aplicar-se-á o disposto nos arts. 1.031 e 1.032.

CC/1916: sem correspondente.

Deliberada a exclusão do sócio minoritário, a eficácia da alteração contratual decorrente se propaga quando for efetuado seu registro, seja por meio do arquivamento em Junta Comercial (art. 32, II, *a*, da Lei n. 8.934/94), diante da natureza empresária da sociedade limitada, seja pela averbação perante o Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica competente, diante da ausência de empresariedade. Consolidada, assim, a nova conformação do quadro social, deverá ser apurado o valor da quota de titularidade do excluído e promovida sua restituição, incidindo, aqui, os arts. 1.031 e 1.042. Adotada a mesma regra geral já estabelecida em tais artigos, será preciso, portanto, providenciar a elaboração de um balanço patrimonial especial, referenciado à data da deliberação de exclusão do minoritário, e, apurado o valor devido pela sociedade ao sócio excluído, respeitar o prazo de noventa dias para o pagamento em dinheiro do valor de seus haveres. O contrato social pode dispor de maneira diferenciada, prevendo, desde sua celebração, uma fórmula particular para solução de pendências relativas à retirada voluntária ou forçada de um dos sócios, e o próprio excluído pode, também, celebrar acordo específico, visando ao parcelamento ou à conferência de bens em pagamento de sua quota de capital. Em todo caso, como a eficácia da exclusão depende da publicidade registrária, a responsabilidade do sócio excluído pelas dívidas sociais perdurará pelo prazo de dois anos, sempre contado da efetivação do registro da alteração contratual.

Seção VIII

Da Dissolução

Art. 1.087. A sociedade dissolve-se, de pleno direito, por qualquer das causas previstas no art. 1.044.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 335 (*revogado*), Código Comercial.

A dissolução da sociedade limitada respeita as mesmas regras estatuídas para a sociedade em nome coletivo e para a sociedade simples, inclusive no que tange a suas causas. Como já afirmado, a dissolução corresponde à extinção do próprio contrato de sociedade e de todos os vínculos decorrentes, perfazendo-se com o advento de um fato ou de um ato determinante, podendo seu implemento depender, ou não, da edição de uma decisão judicial. As causas de dissolução de pleno direito de uma sociedade limitada são as mesmas já estabelecidas nos arts. 1.033 e 1.044, ressaltando-se, diante da empresariedade, a hipótese de falência, pois, então, para a satisfação da coletividade dos credores da sociedade, sobrevirá um procedimento de liquidação e rateio dos valores resultantes, extinguindo a pessoa jurídica. Incidem, aqui, também, com respeito às causas contratuais de dissolução e à dissolução judicial, os arts. 1.034 e 1.035, mas sem a necessidade de adaptações, dada sua aplicação direta no âmbito das sociedades em nome coletivo.

CAPÍTULO V DA SOCIEDADE ANÔNIMA

Seção Única ***Da Caracterização***

Art. 1.088. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 1º, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

O Código Civil de 2002 pretendeu fazer mera referência à existência da sociedade anônima, como tipo diferenciado, caracterizado pela divisão do capital social em ações, títulos de participação de livre circulação e dotados de valor uniforme, bem como pela absoluta limitação de responsabilidade do acionista, o sócio. Cuida-se de sociedade de capital, em que a *affectio societatis*, isto é, o consentimento de agregação externado continuamente pelos sócios, apresenta caráter objetivo, admitindo-se, de conformidade com a contribuição patrimonial conferida, uma pessoa no quadro social, pouco importando quais são suas qualidades individuais e a persistência de conhecimento pessoal e confiança recíproca. Seu nome não remete, inclusive, à identidade de qualquer dos sócios, surgindo um ente autônomo, uma pessoa jurídica com total independência patrimonial e funcional. A sociedade anônima constitui o tipo societário destinado à captação da poupança pública, possibilitando, por meio de contribuições parciais bastante modestas, a reunião de imensas quantidades de riqueza e a realização de empreendimentos vultosos. Concebida na Idade Moderna como instrumento do desenvolvimento da circulação e da produção de bens em grande escala, ela sempre ostenta natureza empresarial. Mesmo que o objeto social seja, concretamente, não empresário, a sociedade anônima, como decorrência da forma assumida, apresentar-se-á como empresária, suportando todos os decorrentes deveres e auferindo os benefícios peculiares a um regime jurídico diferenciado (art. 982, parágrafo único). O presente artigo reproduz, pura e simplesmente, o disposto no art. 1º da Lei federal n. 6.404/76, que disciplina, detalhada e especificamente, a sociedade por ações e, em particular, a sociedade anônima.

Art. 1.089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.

CC/1916: sem correspondente.

A sociedade anônima oferece peculiaridades marcantes e apresenta grande quantidade de pormenores. Nesse sentido, foram estatuídas regras versando sobre o funcionamento de seus órgãos internos e sobre as relações mantidas entre sócios e terceiros e a própria pessoa jurídica, resguardada, necessariamente, a proteção do público investidor. O regramento das S.A., por isso, é especial, vigorando, nesse âmbito, legislação extravagante, sobressaindo, fundamentalmente, a Lei n. 6.404/76, bem como, com relação às hipóteses em que for exigida autorização governamental para funcionamento, os arts. 59 a 73 do antigo Decreto-lei n. 2.627/40. Ao deixar o regramento da S.A. fora do Código Civil, o legislador operou com prudência remarcável. O Código Civil de 2002 só incide, aqui, subsidiariamente, isto é, quando

omissa a referida legislação extravagante, a qual, frise-se, apresenta grande potencial para alterações e aperfeiçoamentos constantes, não se adequando a um processo legislativo longo e espinhoso, próprio a um código, monumento legal volumoso e de difícil elaboração.

CAPÍTULO VI DA SOCIEDADE EM COMANDITA POR AÇÕES

Art. 1.090. A sociedade em comandita por ações tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo, e opera sob firma ou denominação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 280 e 281, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A sociedade em comandita por ações constitui último tipo societário naturalmente empresarial contemplado pelo Código Civil de 2002, estando, desde muito, sem um mínimo de utilização prática. Trata-se de um tipo híbrido, que reúne características extraídas das sociedades em comandita simples e anônima, ou seja, de uma sociedade de capitais e de uma sociedade de pessoas, bastante peculiar ao desenvolvimento da primeira Revolução Industrial na Europa continental. Há, portanto, categorias distintas de sócios-acionistas. O capital social, por um lado, é dividido em ações, títulos de participação de livre circulação e dotados de valor uniforme, mas não há, por outro lado, limitação plena da responsabilidade de todos os sócios. A *affectio societatis*, como vontade de agregação externada continuamente pelos sócios, apresenta caráter objetivo diante daqueles meramente encarregados do fornecimento de suporte patrimonial para a realização do empreendimento eleito como objeto social (acionistas comanditários), enquanto outros, a quem é conferida a gestão e a apresentação da pessoa jurídica criada, são escolhidos em razão de suas qualidades individuais e não de manter atuação articulada e confiança recíproca, apresentando sua incorporação ao quadro social um caráter marcadamente subjetivo (acionistas comanditados). Seu nome pode remeter, inclusive, à identidade de um ou vários dos acionistas comanditados, persistindo, alternativamente, a opção entre a denominação e a firma, sempre utilizada a expressão “comandita por ações”, ao final, por extenso ou abreviadamente. O Código Civil de 2002 manteve as regras básicas atinentes à comandita por ações, já constantes dos arts. 280 a 284 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), propondo incida, feitas as necessárias adaptações, o regramento peculiar à sociedade anônima sobre o presente tipo. Ressalte-se, por fim, que o presente artigo reproduz, em grande parcela, o disposto nos arts. 280 e 281 da Lei n. 6.404/76, cabendo realçar que aquele cujo nome civil foi usado para compor a firma sempre assumirá responsabilidade solidária e ilimitada pelas dívidas sociais, devendo, em princípio, na condição de acionista comanditado, ostentar poderes de gestão.

Art. 1.091. Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.

§ 1º Se houver mais de um diretor, serão solidariamente responsáveis, depois de esgotados os bens sociais.

§ 2º Os diretores serão nomeados no ato constitutivo da sociedade, sem limitação de tempo, e somente poderão ser destituídos por deliberação de acionistas que representem no mínimo dois terços do capital social.

§ 3º O diretor destituído ou exonerado continua, durante dois anos, responsável pelas obrigações sociais contraídas sob sua administração.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 282, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

O presente artigo reproduz, em grande parte, o disposto no art. 282 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76). A administração da sociedade em comandita por ações só pode ser exercida por acionistas e, mais ainda, em princípio, por acionistas comanditados, escolhidos como organizadores e gestores do empreendimento projetado e realizado. O estatuto da comandita por ações precisa identificar todos os comanditados, enquanto os comanditários não podem ser mencionados, exercendo os primeiros, sem mandato definido e como membros natos da diretoria, poderes de gestão, só podendo ser destituídos mediante específica deliberação, para a qual se exige *quorum* qualificado de dois terços do capital social. Os acionistas comanditários não estão terminantemente proibidos do exercício da administração, mas tal situação apresenta caráter excepcional e provoca a equiparação de sua responsabilidade à do comanditado, que, como diretor, sempre responderá ilimitadamente pelas dívidas sociais, restando-lhe apenas o benefício de ordem, ou seja, de exigir o prévio exaurimento do próprio patrimônio da pessoa jurídica, caracterizada a subsidiariedade. Diferentemente da sociedade anônima, a comandita por ações não conta, em sua estrutura interna, com um conselho de administração, sendo a diretoria o único órgão encarregado da gestão e todos os diretores assumem, entre si, solidariedade, colocando, em idêntico grau, seu patrimônio à disposição dos credores sociais. Ademais, como única inovação remarcável do atual texto legal, a responsabilidade própria aos diretores, conforme o § 3º, mesmo depois de deixarem o exercício da gestão, remanesce por um prazo suplementar de dois anos, contado sempre do arquivamento da ata da assembleia geral em que foi votada a deliberação, realizado perante a Junta Comercial competente.

Art. 1.092. A assembleia geral não pode, sem o consentimento dos diretores, mudar o objeto essencial da sociedade, prorrogar-lhe o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, criar debêntures, ou partes beneficiárias.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 283, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Apesar de a assembleia geral de acionistas concentrar a atribuição de expressar, por meio de suas deliberações, a vontade do conjunto dos sócios, numa sociedade em comandita por ações, os acionistas encarregados da gestão social, ou seja, em princípio, os acionistas comanditados, com relação a algumas matérias, as quais permanecem especificamente elencadas no texto do presente artigo, ostentam poder de veto. Em razão de sua responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais e de sua vinculação pessoal ao empreendimento realizado pela pessoa jurídica, os acionistas comanditados ostentam uma posição proeminente e, por isso, sem a aquiescência expressa, alterações contratuais de relevo, que possam interferir, mesmo indiretamente, em sua atuação funcional, em sua responsabilidade ou em suas vantagens, ficam inviabilizadas. A discordância de qualquer um dos diretores da comandita por ações interdita, então, seja conferida eficácia à deliberação aprovada, desde que ela verse sobre:

- a) mudança do objeto essencial da sociedade, ou seja, de sua área de atuação empresarial;
- b) prorrogação do prazo de duração, se houver, perdurando, por um espaço de tempo suplementar, os deveres e os ônus decorrentes da função de diretor;
- c) aumento ou diminuição do capital social, o que redundaria em alteração da grandeza da responsabilidade subsidiária dos diretores;

d) criação de debêntures ou partes beneficiárias, o que implica, no primeiro caso, maior responsabilidade pessoal do diretor e, no segundo, potencial redução das vantagens decorrentes da distribuição de lucros auferidos.

Reproduz-se, aqui, em grande parcela, o disposto no art. 283 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), que ainda acrescenta, como hipótese de veto dos diretores, a integração em grupo de sociedades, dada a potencial subordinação da comandita por ações a diretrizes fixadas externamente, na convenção grupai.

CAPÍTULO VII DA SOCIEDADE COOPERATIVA

Art. 1.093. A sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial.

CC/1916: sem correspondente.

As sociedades cooperativas foram disciplinadas nos arts 1.093 a 1.096, em que estão estatuídas normas básicas, que não revogaram o disposto na Lei n. 5.764/71, principal diploma legal regente da matéria. Criada no século XIX e introduzida no Brasil pelo Decreto n. 1.637/07, as cooperativas ganharam destaque especial no meio rural. Trata-se de um tipo societário peculiar, derivado do fenômeno da mutualidade, destituído do escopo lucrativo, de natureza não empresária e cuja função primordial é a de criar um ambiente econômico adequado ao desenvolvimento da atividade de seus sócios, os quais fornecem suporte à manutenção da pessoa jurídica por meio de sua contribuição individual, na forma de serviços ou de bens. Os sócios-cooperados não pretendem, aqui, extrair lucros, mas, isso sim, obter benefícios outros, tais quais a facilidade da comercialização de mercadorias e melhor acesso à assistência técnica e à tecnologia. Há, portanto, um incremento qualitativo comum na atividade realizada isoladamente por cada um dos cooperados, que assumem, ao mesmo tempo, as posições de partícipes do quadro social e de clientes exclusivos da pessoa jurídica criada.

Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:

I - variabilidade, ou dispensa do capital social;

II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;

III - limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;

IV - intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança;

V - *quorum*, para a assembleia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;

VI - direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;

VII — distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;

VIII - indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 4º, Lei n. 5.764, de 16.12.1971.

Nos oito incisos do presente artigo, são inventariadas, sem maiores detalhes, características fundamentais das sociedades cooperativas. São elas:

- a) capital social variável ou ausente;
- b) limitação de um mínimo e ilimitação do máximo de membros da administração da pessoa jurídica;
- c) total proibição da cessão de quotas de capital a terceiros, só se facultando seu resgate ou transferência a outros cooperados;
- d) exercício de voto individualizado (“por cabeça”), dependendo a instalação da assembleia geral e suas deliberações de *quorum* fundado na simples presença quantitativa de sócios-cooperados;
- e) ausência da distribuição de lucros, percebendo os sócios-cooperados vantagens em proporção ao número de operações realizadas com a própria cooperativa;
- f) indivisibilidade de fundo de reserva constituído.

O estabelecimento de *quorum* fundado na simples presença de cooperados, a limitação de número mínimo de componentes dos órgãos de administração e a completa intransferibilidade das quotas, mesmo que por sucessão hereditária, quando feita uma comparação com a Lei n. 5.764/71, constituem inovações que visam a aprimorar o regramento das sociedades cooperativas, devendo-se entender como revogados os incisos do art. 4º de tal diploma legal. A possibilidade de uma cooperativa não ostentar capital, cuja previsão foi introduzida pelo primeiro inciso deste artigo, contrasta, por sua vez, a absoluta necessidade de manutenção de suporte material para a subsistência de qualquer pessoa jurídica, mediante a contribuição de seus sócios.

Art. 1.095. Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada.

§ 1º É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações.

§ 2º É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 11 e 12, Lei n. 5.764, de 16.12.1971.

Numa sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios é definida por meio de uma opção estatutária, feita em cláusula específica, quando da constituição da pessoa jurídica, persistindo grande variabilidade. A responsabilidade do cooperado pode ser limitada e ficar circunscrita apenas à quota de capital de sua titularidade e à transferência patrimonial eventualmente decorrente das operações sociais de que foi beneficiário, mas pode, também, de acordo com a vontade expressa no estatuto, ser ilimitada e solidária, servindo o patrimônio pessoal dos cooperados como garantia pelo pagamento das dívidas sociais. Há a possibilidade, também, de mesclar sócios das duas categorias numa única sociedade cooperativa, convivendo, no mesmo quadro social, alguns cooperados com responsabilidade ilimitada e outros com responsabilidade limitada, à semelhança do que ocorre nas sociedades em comandita simples e por ações. Ressalte-se que o Código Civil de 2002 nada menciona acerca da responsabilidade residual, subsistente após o desligamento de determinado cooperado do quadro social, permanecendo vigente, nesse âmbito, o art. 36 da Lei n. 5.764/71, segundo o qual remanesce a vinculação do sócio, tratando-se de retirada voluntária, até a aprovação das contas do exercício e de seus herdeiros, diante do falecimento, pelo prazo de um ano da abertura da sucessão.

Art. 1.096. No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.

CC/1916: sem correspondente.

Apesar de existir disciplina detalhada da sociedade cooperativa, constante da Lei n. 5.764/71, não há como esgotar todas as hipóteses viabilizadas pela execução do contrato celebrado. Estabeleceu-se, por isso, uma regência supletiva, incidente sempre quando identificada uma lacuna no regramento do tipo escolhido. Para tal regência supletiva, o legislador optou, num primeiro momento, por fazer incidir as normas concebidas para a sociedade simples (arts. 997 a 1.038), dada sua natureza não empresarial. Hão de ser respeitadas, porém, as características peculiares à cooperativa, tal qual assinaladas pelo art. 1.094, procurando-se sempre aferir a persistência de compatibilidade. O estatuto não pode dispor em sentido diverso, indicando, substitutivamente, o regramento de qualquer outro tipo societário - por exemplo, o das sociedades anônimas - como supletivo. Tal cláusula deve ser considerada nula, reconhecida a natureza cogente do comando inserido no presente artigo.

CAPÍTULO VIII DAS SOCIEDADES COLIGADAS

Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 243, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

No presente capítulo, o Código Civil de 2002 cuidou de uma das facetas do relacionamento intersocietário, aquela derivada da hipótese de uma sociedade personalizada ostentar a qualidade de sócia e ser titular de uma participação no capital de outra sociedade personalizada, fazendo surgir uma situação jurídica particular, em que os entes imateriais são utilizados como instrumentos para concentrar, articular e dominar o maior volume de riqueza possível. O regramento enfocado é, porém, bastante superficial, fornecendo apenas definições e cristalizando algumas regras cogentes apenas no art. 1.101, sem a preocupação, por exemplo, de dispor sobre o fenômeno dos grupos de sociedades, que estabelece, comumente, uma atuação conjugada de atividades, seja pelo exercício do poder de controle detido por uma das sociedades (grupos de subordinação), seja por simples ajuste contratual (grupos de coordenação). O legislador preferiu, aqui, deixar de lado a classificação já constante da Lei das S.A. (arts. 243 a 278 da Lei n. 6.404/76) e englobou todas as possíveis variações em um gênero único, o da coligação. A coligação caracteriza-se, pura e simplesmente, quando uma sociedade personalizada é titular, em qualquer proporção, de parcela do capital de outra. Foram estabelecidas três espécies de coligação, em conformidade com a relação concreta mantida entre as duas pessoas jurídicas. Discriminam-se, assim, as relações mantidas entre uma sociedade controlada e outra controladora; as relações estabelecidas entre duas sociedades filiadas; e as relações decorrentes da manutenção de uma simples participação, o que é objeto dos arts. 1.098 a 1.100. Frise-se, por fim, que a coligação, como fenômeno jurídico, é muito mais comum entre as sociedades empresárias, mas pode se estabelecer, também, entre sociedades simples, não fazendo o Código Civil de 2002 qualquer restrição a esse propósito.

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 116 e 243, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Pretende-se, no presente artigo, conceituar a sociedade controlada, submetida ao poder de disposição de uma sociedade controladora, mediante uma relação de subordinação direta ou indireta. O primeiro dos incisos cuida da subordinação direta, assinalando sua consecução quando dois diferentes eventos são conjugados: a sociedade controladora, num primeiro plano, detém a maioria de votos para a aprovação das deliberações comuns, ostentando o potencial de dirigir, com exclusividade, os destinos da sociedade controlada; em razão da quantidade de votos detidos, a sociedade controladora, num segundo plano, ostenta o potencial de eleger a maioria dos administradores da sociedade controlada. O segundo e último dos incisos trata da subordinação indireta, a qual é obtida por intermédio de outras sociedades personificadas, formando-se um sistema superposto de transmissão do poder de controle. Com efeito, os votos suficientes para a aprovação das deliberações comuns e para eleger os administradores da sociedade caracterizada como controlada são de titularidade de uma ou mais sociedades também controladas, resultando, enfim, na transmissão do poder de controle a outra pessoa jurídica, que pode, inclusive, não se qualificar como sócia e, ainda assim, apresentar o potencial de dirigir os destinos da sociedade controlada. Não é preciso, aqui, o uso efetivo do poder de controle conferido, bastando, para a caracterização da relação de subordinação direta ou indireta, que se viabilizem, com caráter de permanência, as duas circunstâncias assinaladas, isto é, que a vontade externada pela sociedade controladora seja determinante para o teor das deliberações tomadas no âmbito dos órgãos da sociedade controlada e para a escolha dos componentes de sua administração. O § 2º do art. 243 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76) traz definição similar. Feita uma comparação com o dispositivo constante da legislação especial, há somente uma minúscula diferença redacional, pois é feita referência à “preponderância nas deliberações sociais” como elemento caracterizador da relação de subordinação, enquanto este artigo remete à “maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral”, mas sem maior relevância. Por maioria, deve-se entender a simples superioridade numérica de votos, o que nada mais é que a preponderância constante do antigo texto de lei.

Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 243, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Entre as espécies de coligação em sentido amplo, cuida-se, aqui, de definir a filiação ou a coligação em sentido estrito, sendo ambas as expressões usadas como sinônimas. Entre sociedades filiadas, persiste, mesmo que não se concretizem uma relação de controle e uma atuação absolutamente uniformizada, uma composição de interesses comuns, decorrentes da persistência de uma participação relevante no capital social de uma das pessoas jurídicas e de

titularidade de outra, mantida com caráter de permanência. Assim, a sorte de uma das sociedades influencia o sucesso da outra. Para a identificação da filiação, o legislador adotou um duplo critério, quantitativo e qualitativo. Toda filiação depende, quantitativamente, de que seja uma sociedade titular de uma participação no capital social de outra em montante superior a dez por cento e, qualitativamente, não seja exercido poder de controle, tal qual delineado pelo artigo antecedente e caracterizado pela detenção de votos suficientes para a aprovação das deliberações comuns e para a eleição da maior parte dos administradores da sociedade controlada. A participação inferior a dez por cento é insuficiente, portanto, de acordo com o texto legal, para gerar uma agregação mais profunda entre as sociedades, assim como, se, em razão de uma participação minoritária, for exercido poder de controle efetivo, será excluída a filiação, enquadrando-se a hipótese no art. 1.098. Ressalte-se que o § 1º do art. 243 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76) apresenta definição totalmente coincidente com a presente, não tendo o Código Civil de 2002 inovado na matéria.

Art. 1.100. É de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento do capital com direito de voto.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 243, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A simples participação constitui a terceira espécie de coligação em sentido amplo, caracterizando uma ligação de menor relevância e de resultados escassos para ambas as sociedades envolvidas. De acordo com o texto legal, a simples participação surgirá quando uma sociedade for titular de uma participação no capital votante de outra em montante inferior a dez por cento e, ao mesmo tempo, não seja exercido poder de controle, caracterizado pela detenção de votos suficientes para a aprovação das deliberações comuns e para a eleição da maior parte dos administradores da sociedade qualificada como controlada. Trata-se de um novo conceito, sem correspondência na legislação societária anterior ao Código Civil de 2002, para o qual não há, ainda, previsão de qualquer disciplina específica.

Art. 1.101. Salvo disposição especial de lei, a sociedade não pode participar de outra, que seja sua sócia, por montante superior, segundo o balanço, ao das próprias reservas, excluída a reserva legal.

Parágrafo único. Aprovado o balanço em que se verifique ter sido excedido esse limite, a sociedade não poderá exercer o direito de voto correspondente às ações ou quotas em excesso, as quais devem ser alienadas nos cento e oitenta dias seguintes àquela aprovação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 244, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A participação recíproca apresenta-se como uma situação francamente repudiada pela legislação societária, dadas a sobreposição de ativos e a anulação dos capitais investidos, e foi restringida, de maneira genérica e grave, pelo presente artigo. Caracterizada qualquer das três espécies de coligação em sentido amplo, previstas nos artigos antecedentes, uma sociedade personalizada que já tem como sócia outra sociedade personificada só poderá ser titular de direitos de sócio desta outra até o limite do valor igual ao das reservas de capital, constituídas a partir dos resultados acumulados em exercícios pretéritos. Tal limite é, evidentemente, flexível, pois será apurado ao final de cada exercício, quando elaborado o balanço patrimo-

nial, como demonstração contábil obrigatória e destinada à apuração da composição detalhada e completa do ativo e do passivo da pessoa jurídica (arts. 1.020, 1.065, 1.179 e 1.188), excluídas sempre as chamadas reservas legais» impostas por lei e utilizadas exclusivamente para aumentar o capital ou compensar prejuízos apurados. Enquanto mantida a participação recíproca, se superado o referido limite, fica excluído o direito de voto decorrente do excesso caracterizado. Reduz-se, provisoriamente, o chamado capital votante de uma das sociedades e, ao mesmo tempo, impõe-se, com caráter de obrigatoriedade absoluta, a alienação das quotas ou ações correspondentes, em um prazo de cento e oitenta dias, contado da aprovação do balanço caracterizador do excesso enfocado. Se violados os comandos inseridos no parágrafo único, a responsabilidade civil dos administradores da sociedade respectiva estará configurada, desde que produzidos danos emergentes ou lucros cessantes efetivos, envolvendo-os solidariamente, aplicando-se, por analogia, o disposto no § 6º do art. 244 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76). Ressalte-se, aliás, que o referido art. 244, por conter disciplina especial, resguardando condições específicas para que as companhias, em caráter excepcional e provisório, mantenham participações recíprocas, continua vigente.

CAPÍTULO IX DA LIQUIDAÇÃO DA SOCIEDADE

Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução.

Parágrafo único. O liquidante, que não seja administrador da sociedade, investir-se-á nas funções, averbada a sua nomeação no registro próprio.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 344 (*revogado*), Código Comercial.

A liquidação constitui o procedimento utilizado para a solução de todos os negócios sociais e partilha do capital social acumulado, dando fim definitivo à pessoa jurídica criada com a vontade formal já externada pelos sócios. O presente capítulo traz um regramento específico para o procedimento de liquidação, circunscrito entre os arts. 1.102 e 1.112, frisando-se, aqui, que as normas enfocadas ostentam caráter eminentemente dispositivo e se referem, de forma quase exclusiva, à dissolução amigável e extrajudicial. Os sócios podem, concretamente, estabelecer regras aplicáveis à liquidação da sociedade de que participam, seja previamente, no próprio instrumento contratual, seja no momento inicial do procedimento, quando, por meio de um ajuste amigável, for elaborado um instrumento de dissolução. Tais regras concretas apresentam superioridade com relação às legais, podendo até contrariá-las. Dois requisitos são essenciais à liquidação. Só é possível iniciá-la, em primeiro lugar, diante do advento de uma das causas previstas na lei ou em cláusula inserida no instrumento inscrito (arts. 1.033, 1.034, 1.035, 1.044, 1.051 e 1.087) e da prévia extinção do próprio contrato de sociedade, concretizando a dissolução. Não há prazo para seu término, pois débitos e créditos não se vencem antecipadamente, sendo necessário aguardar o amadurecimento de todas as operações em andamento ou, pelo menos, celebrar cessões das posições contratuais e a cessão ou assunção das obrigações. Todo esse procedimento é dirigido, em segundo lugar, por uma pessoa escolhida antecipada e livremente pelos sócios (art. 1.038), que ganha o nome de liquidante, concentrando os poderes suficientes e necessários à solução total das pendências e à realização do rateio patrimonial. O liquidante, dadas as facilidades geradas pelo conhecimento pessoal e prévio do teor dos negócios sociais, é, geralmente, um administrador, mas nada impede seja designada pessoa estranha, o que exige apenas sejam tomadas

providências atinentes à plena publicidade do fato, pois a apresentação da sociedade em liquidação, com todas suas restrições peculiares, sofrerá uma ruptura e uma alteração, passando a ser mantido contato com terceiros por meio de indivíduo até então destituído de poderes. Nesse sentido, o parágrafo único prevê, como requisito de validade da investidura do liquidante não administrador, isto é, ao regular o início de sua atuação, o registro de sua nomeação, promovido, de acordo com a natureza da sociedade, mediante a exibição de documento escrito expositivo da vontade coletiva dos sócios, para arquivamento em Junta Comercial ou para averbação perante oficial de registro civil de pessoa jurídica.

Art. 1.103. Constituem deveres do liquidante:

I - averbar e publicar a ata, sentença ou instrumento de dissolução da sociedade;

II - arrecadar os bens, livros e documentos da sociedade, onde quer que estejam;

III - proceder, nos quinze dias seguintes ao da sua investidura e com a assistência, sempre que possível, dos administradores, à elaboração do inventário e do balanço geral do ativo e do passivo;

IV - ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios ou acionistas;

V - exigir dos quotistas, quando insuficiente o ativo à solução do passivo, a integralização de suas quotas e, se for o caso, as quantias necessárias, nos limites da responsabilidade de cada um e proporcionalmente à respectiva participação nas perdas, repartindo-se, entre os sócios solventes e na mesma proporção, o devido pelo insolvente;

VI - convocar assembleia dos quotistas, cada seis meses, para apresentar relatório e balanço do estado da liquidação, prestando conta dos atos praticados durante o semestre, ou sempre que necessário;

VII - confessar a falência da sociedade e pedir concordata, de acordo com as formalidades prescritas para o tipo de sociedade liquidanda;

VIII - finda a liquidação, apresentar aos sócios o relatório da liquidação e as suas contas finais;

IX - averbar a ata da reunião ou da assembleia, ou o instrumento firmado pelos sócios, que considerar encerrada a liquidação.

Parágrafo único. Em todos os atos, documentos ou publicações, o liquidante empregará a firma ou denominação social sempre seguida da cláusula “em liquidação” e de sua assinatura individual, com a declaração de sua qualidade.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 345 (*revogado*), Código Comercial.

O liquidante assume funções de administração, ostentando todos os deveres de probidade, de retidão e de eficiência próprios a um administrador, o que, no entanto, não impede sejam identificados e atribuídos deveres peculiares ou específicos, próprios a sua função. Foram arrolados, no presente artigo, os deveres específicos do liquidante, distribuídos em nove incisos e no parágrafo único, podendo ser reunidos em três categorias:

a) Há os deveres de publicidade ou divulgação da marcha do procedimento de liquidação, dada a necessidade de alertar terceiros acerca da transitoriedade ou da provisoriedade das situações mantidas pela pessoa jurídica em vias de extinção. O liquidante deve, portanto, levar os documentos atinentes à dissolução e ao início e ao final do procedimento em apreço a registro, perante Junta Comercial ou Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, conforme a natureza empresária ou não empresária da sociedade, utilizando sempre, em cada ato praticado, a expressão “em liquidação” ao lado do nome da sociedade, denunciando sua qualidade (incisos I e IX e parágrafo único).

b) Há deveres funcionais essenciais, atinentes ao exercício das atribuições internas à sociedade em liquidação, ou seja, relativos à solução dos negócios sociais e à adequada conferência dos direitos patrimoniais aos sócios. Deve ser promovida a arrecadação dos livros contábeis e dos bens do ativo, o que possibilita a elaboração de um inventário e de um balanço patrimonial especial, aferindo-se as pendências restantes, para que, seqüencialmente, a alienação dos direitos de titularidade da sociedade seja conjugada ao pagamento do passivo. Em virtude de tal empreitada, o liquidante prestará, cada seis meses e no final, contas de quanto efetivado, partilhando o remanescente apurado ou exigindo dos sócios, ante um resultado final negativo e conforme suas responsabilidades contratuais, os valores necessários ao adimplemento das dívidas sociais (incisos II, III, IV, V, VI e VIII).

c) Há um dever funcional accidental, consistente na dedução da confissão de falência ou na apresentação de requerimento de recuperação judicial da empresa, diante da constatação de uma situação de crise financeira da sociedade empresarial e ressalvada a necessidade de interpretação do texto legal em consonância com a Lei n. 11.101/2005, dispensando-se, no caso, a aquiescência dos sócios (inciso VII).

Durante todo o transcurso da liquidação, o liquidante assume o posto de figura central do procedimento, dando-lhe vida e coordenando-o, sempre vinculado aos deveres aqui assinalados, até que sejam aprovados o relatório e as contas finais oferecidos aos sócios, o que faz cessar suas atribuições. Os deveres funcionais essenciais apresentam certa similitude com a atuação do síndico na falência, em razão da presença de uma única finalidade, a de solver o patrimônio, cabendo frisar, também, feita uma comparação com o texto dos arts. 345 e 346 do Código Comercial, que o Código Civil de 2002 apenas fez uma enumeração mais detalhada e suprimiu ou tornou mais elásticos os prazos concedidos pela legislação revogada para a elaboração de inventário dos bens e prestação de contas, sem trazer inovações de monta. No âmbito da liquidação judicial, o art. 660 do Código de Processo Civil de 1939 continua vigente, apresentando apenas as diferenças derivadas da supervisão realizada pelo Poder Judiciário.

Art. 1.104. As obrigações e a responsabilidade do liquidante regem-se pelos preceitos peculiares às dos administradores da sociedade liquidanda.

CC/1916: sem correspondente.

Diante da similitude de suas posições jurídicas, assumindo ambos gestão de bens alheios, as regras atinentes à conduta e à responsabilidade do liquidante são exatamente as mesmas já estabelecidas para o administrador. Nesse sentido, dos liquidantes é exigida, de acordo com o art. 1.011, a manutenção de um padrão de conduta idêntico ao dos administradores, ou seja, pautado pela retidão e pelo cuidado próprios ao “homem ativo e probo” (bom homem de negócios) e, com base em tal paradigma jurídico, cabe avaliar, quando resultante prejuízo de uma operação realizada, se as perdas podem ser imputadas, concretamente, ao liquidante. Aplica-se o disposto no art. 1.016. Persistente uma conduta negligente, imprudente ou imprudente (art. 181) ou, com mais razão, a intenção de prejudicar, materializando a culpa em sentido amplo, surge, conjugado o dano emergente ou o lucro cessante, responsabilidade civil do liquidante. Nasce, então, o dever de indenizar a pessoa jurídica e, eventualmente, terceiros, o qual é atribuído não apenas ao liquidante faltoso, mas ao conjunto de todos os encarregados da solução dos negócios sociais. Forma-se, assim, em face da pluralidade de liquidantes, entre todos eles, uma relação de solidariedade, protegendo mais firmemente a própria sociedade e os terceiros, descabida, mesmo inserida cláusula contratual expressa e contrária, a isenção da responsabilidade de quaisquer dos liquidantes. Todos eles colocarão seu patrimônio pessoal à disposição do adimplemento da obrigação gerada pelo ilícito consumado.

Art. 1.105. Compete ao liquidante representar a sociedade e praticar todos os atos necessários à sua liquidação, inclusive alienar bens móveis ou imóveis, transigir, receber e dar quitação.

Parágrafo único. Sem estar expressamente autorizado pelo contrato social, ou pelo voto da maioria dos sócios, não pode o liquidante gravar de ônus reais os móveis e imóveis, contrair empréstimos, salvo quando indispensáveis ao pagamento de obrigações inadiáveis, nem prosseguir, embora para facilitar a liquidação, na atividade social.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 351 (*revogado*), Código Comercial.

O presente artigo discrimina os poderes do liquidante, expondo, no *caput*, seus poderes ordinários ou gerais e, no parágrafo único, os poderes extraordinários ou especiais que, eventualmente, podem lhe ser atribuídos. Uma vez investido, ao liquidante cabe realizar a apresentação da sociedade, concentrando em si, no curso de todo o procedimento enfocado, a exteriorização da vontade da pessoa jurídica em extinção. Essa atuação tem a finalidade precípua de solucionar, com o menor dispêndio possível e no prazo mais exíguo, as operações sociais pendentes, razão pela qual o liquidante, necessariamente, deverá, antes de mais nada, ser investido nos poderes suficientes para promover a alienação dos bens do ativo, independentemente de sua natureza móvel ou imóvel, receber o pagamento dos créditos mantidos com terceiros, fornecendo, evidentemente, quitação, celebrar transações e efetuar o pagamento dos débitos, atribuição esta tratada pormenorizadamente no próximo artigo. Tais poderes apresentam caráter geral ou ordinário e permanecem conjugados aos deveres funcionais essenciais, explicitados pelos incisos II, III, IV, V, VI e VIII do art. 1.103. Além desses poderes, os sócios podem, mediante autorização específica constante de cláusula inserida previamente no instrumento do contrato social ou deliberação aprovada pela maioria absoluta de votos dos sócios, conferir poderes especiais ou extraordinários ao liquidante, sem os quais ele não poderá, validamente, praticar os atos enumerados no parágrafo único. O liquidante dotado apenas de poderes gerais ou ordinários está proibido de instituir hipoteca, penhor ou anticrese sobre bens do ativo, celebrar contratos de mútuo (exceção feita às situações de urgência extrema) ou prosseguir na atividade social, mesmo que pretenda, com isso, facilitar a liquidação. A liquidação paralisa, naturalmente, as atividades derivadas do objeto social escolhido pelos sócios quando da celebração do contrato extinto pela dissolução já ocorrida, não se justificando, na generalidade dos casos, atos que possam criar novas pendências ou estender as existentes por um período de tempo suplementar. Resulta, daí, a distinção constante do texto legal, que, em síntese, reproduz as diretrizes já fixadas pelo art. 351 do Código Comercial.

Art. 1.106. Respeitados os direitos dos credores preferenciais, pagará o liquidante as dívidas sociais proporcionalmente, sem distinção entre vencidas e vincendas, mas, em relação a estas, com desconto.

Parágrafo único. Se o ativo for superior ao passivo, pode o liquidante, sob sua responsabilidade pessoal, pagar integralmente as dívidas vencidas.

CC/1916: sem correspondente.

Entre as incumbências naturalmente atribuídas ao liquidante está o pagamento das dívidas sociais, ou seja, o adimplemento dos débitos mantidos diante de terceiros e a extinção de todo passivo acumulado, como prescrito pelo inciso IV do art. 1.103. Duas diferentes situações, perante o cumprimento de tal incumbência, são identificadas e regradas. Enquanto o *caput* do presente artigo disciplina a hipótese de patrimônio negativo, o parágrafo único

prevê a apuração de remanescente positivo. Caso o ativo seja superior ao passivo, será efetivado, por meio de apuração contábil específica, por ato do liquidante e sob sua responsabilidade pessoal, o exato adimplemento de todas as dívidas acumuladas pela sociedade em liquidação, possibilitada a posterior partilha do remanescente positivo apurado. Aguarda-se, então, respeitado o já pactuado, o vencimento de cada dívida e efetiva-se seu pagamento e, caso aceita antecipação, procede-se ao pagamento mediante desconto ajustado. A situação oferece maior simplicidade e deixa pouca margem para o surgimento de litígios. Caso, ao contrário, o passivo seja superior ao ativo, além de se viabilizar, dependendo do tipo social adotado, sejam exigidos valores suplementares a sócios, esse pagamento, ao menos sem o aporte de novas quantias externas, não poderá ser integral. Os credores deverão perceber os valores correspondentes mediante rateio, calculada a participação proporcional de cada dívida no total do passivo acumulado e respeitada a prioridade dos titulares de direitos reais de garantia e dos credores fiscais, previdenciários e trabalhistas, tidos como preferenciais. Ressalte-se que não apenas as dívidas vencidas, de exigibilidade atual, serão pagas em tal rateio, mas, também, as vincendas, de exigibilidade futura, deverão, na medida do possível, ser adimplidas imediatamente, se bem que estas últimas sempre sofrerão abatimento no valor, de acordo com o tempo faltante para cada vencimento (*pro rata*), considerando-se a disponibilidade antecipada da quantia devida como um benefício inesperado para o credor. O liquidante preparará, então, os cálculos relativos ao rateio e, com base na apuração contábil realizada, efetuará os pagamentos. A discordância de qualquer dos credores conduzirá, contudo, a uma solução judicial das pendências. Ademais, a insolvência da sociedade em liquidação implica, diante de sua natureza empresária, o dever do liquidante de requerer a autofalência (art. 1.103, VII), ao mesmo tempo em que a pequena disponibilidade de caixa pode gerar a necessidade de ser postulada, se for o caso, a recuperação judicial da empresa.

Art. 1.107. Os sócios podem resolver, por maioria de votos, antes de ultimada a liquidação, mas depois de pagos os credores, que o liquidante faça rateios por antecipação da partilha, à medida que se apurem os haveres sociais.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 349 (*revogado*), Código Comercial.

Verificada a superioridade do ativo sobre o passivo da sociedade em liquidação, ou seja, caracterizada a hipótese prevista no parágrafo único do artigo anterior, restará, ao final, uma vez pagas as dívidas sociais e alienados os bens componentes do ativo, um remanescente a ser partilhado entre os sócios. A partilha do remanescente é organizada pelo liquidante, com a rigorosa observância de proporcionalidade para com a participação de cada sócio no capital social, sendo, em regra, realizada mediante a atribuição de dinheiro correspondente às quotas ou ações, nada impedindo seja convencionada a conferência dos bens em espécie. É possível efetivar, porém, a partilha antecipada de parcelas do remanescente apurado, destinando-as, de pronto, aos sócios, a título de devolução ou retorno do montante antes destinado à integralização do capital social e, portanto, ao fornecimento de uma base patrimonial para a pessoa jurídica em via de extinção. Mediante deliberação tomada pela maioria dos sócios e desde que satisfeitos, integralmente, todos os credores, evita-se seja aguardada, sem necessidade alguma, a alienação completa do ativo e, desde logo, é efetuada a partilha e a atribuição dos quinhões. A antecipação só será lícita se preenchidos os dois requisitos expostos. Sem deliberação específica ou sem o prévio pagamento de todos os credores, é preciso esperar seja feita a conversão de todo o ativo em valores pecuniários e só então efetuar a partilha, sob pena de responsabilidade pessoal do liquidante e dos sócios. Persiste, aqui, o desdobramento de regra já constante do art. 349 do Código Comercial.

Art. 1.108. Pago o passivo e partilhado o remanescente, convocará o liquidante assembleia dos sócios para a prestação final de contas.

CC/1916: sem correspondente.

Tendo o liquidante cumprido os deveres inscritos no inciso IV do art. 1.103, o que implica a satisfação total dos credores e a conclusão da eventual partilha de remanescente apurado, providenciará ele a convocação de todos os sócios para que, em assembleia ou reunião especialmente designada para tanto, sejam prestadas as contas de tudo quanto realizado. Assim, perante todos os sócios, é oferecida a possibilidade de serem formuladas questões e se verificar, pontualmente, a regularidade dos atos praticados. Concentra-se, num momento único, o cumprimento do disposto no inciso VIII do art. 1.103, dada a simultânea apresentação de relatório final, sob forma contábil, e contando com narração circunstanciada do procedimento de liquidação, formulada pelo próprio condutor. Os sócios, então, devem deliberar, julgando as contas oferecidas pelo liquidante, isto é, aprovando-as ou desaprovando-as, por meio dos elementos informativos disponibilizados, à semelhança do que ocorre, ao final de cada exercício, com respeito aos atos praticados pelos administradores.

Art. 1.109. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembleia.

Parágrafo único. O dissidente tem o prazo de trinta dias, a contar da publicação da ata, devidamente averbada, para promover a ação que couber.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 348 (*revogado*), Código Comercial.

Diante da deliberação positiva dos sócios, aprovando as contas apresentadas após a satisfação dos credores sociais e a conclusão da eventual partilha de remanescente apurado, a responsabilidade dos liquidantes resta exonerada, salvo erro, dolo ou simulação, aplicado, por analogia, o disposto no art. 1.078, § 3º. Encerra-se, então, o procedimento de liquidação, posto que resolvido o patrimônio da sociedade dissolvida e colhida a aquiescência dos sócios quanto aos atos para tanto consumados. Nesse sentido, viabiliza-se a extinção da pessoa jurídica, agora destituída de qualquer função. Como a personalidade jurídica é adquirida, dado o estabelecido no art. 985, por meio de um ato de inscrição, realizado, conforme sua natureza empresária ou não empresária (simples), perante uma Junta Comercial ou um Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, a perda de tal atributo, em reverso, se perfaz com um ato registrário em sentido distinto, mediante arquivamento ou averbação. Será, portanto, exibida cópia autêntica da ata elaborada quando deliberada a aprovação das contas do liquidante e, atestada a vontade final dos sócios, dar-se-á por extinta a personalidade jurídica. Ressalte-se que o parágrafo único do presente artigo disciplina, especificamente, a hipótese de dissidência de um ou mais sócios, manifestada a discordância com respeito à aprovação das contas apresentadas pelo liquidante, o que guarda semelhança com o disposto no § 4º do art. 1.078. Nesse caso, só será possível cogitar da desconstituição judicial da deliberação enfocada mediante a propositura de ação de anulação, sempre respeitado o prazo de trinta dias. Tal prazo ostenta natureza decadencial e sua contagem é iniciada com a publicação da ata já referida, em que está consignada a deliberação impugnada.

Art. 1.110. Encerrada a liquidação, o credor não satisfeito só terá direito a exigir dos sócios, individualmente, o pagamento do seu crédito, até o limite da soma por eles recebida em partilha, e a propor contra o liquidante ação de perdas e danos.

CC/1916: sem correspondente.

O encerramento da liquidação ocorre quando aprovadas, pelo conjunto dos sócios, as contas apresentadas pelo liquidante. Tal deliberação está prevista pelo artigo antecedente e ratifica a prática dos atos tendentes a que sejam solvidas as relações mantidas pela sociedade personificada e consolidada, por meio do pagamento das dívidas sociais e da partilha do remanescente apurado, uma situação jurídica nova. O ente imaterial criado em razão da celebração do contrato social e da conjugação de interesses comuns, com o fim de mediar o relacionamento dos sócios entre si e de seu conjunto para com terceiros, está extinto. Nesse sentido, nada mais pode ser postulado diante da pessoa jurídica ou por ela própria; ela não existe mais. Pendências desconhecidas, no entanto, podem sobrar e, caso qualquer terceiro-credor se mostre descontente e deseje postular valores tidos como devidos, deverá fazê-lo perante os antigos sócios, sobre os quais recairá a sucessão de todas as relações não solucionadas da sociedade extinta. A exigibilidade de valores ante os sócios, ressalvada a hipótese de responsabilidade ilimitada, restringe-se, porém, ao total do montante recebido em partilha do remanescente apurado, o que decorre do reconhecimento do indevido retorno do capital antes investido e da necessidade de sua reversão. Surge, então, uma evidente dificuldade à satisfação de tais credores, eis deixados de lado no procedimento liquidatório, próprio para o adimplemento de todas as dívidas sociais, abrindo-se espaço para a propositura de ação indenizatória contra o liquidante, alegada a assunção de dano emergente e lucros cessantes decorrentes de uma conduta culposa em sentido amplo. Reproduziu-se, aqui, o disposto no art. 218 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76).

Jurisprudência: Mesmo celebrado distrato social e promovido o arquivamento de instrumento correspondente na Junta Comercial, dando-se por extinta a personalidade jurídica, pendências antecedentes implicam, no entanto, num prolongamento da capacidade processual da sociedade, por aplicação do art. 12, inciso VII, do CPC, podendo, inclusive, ajuizar ações em nome próprio. (TJSP, Ap. n. 1.275.033-5, 22ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Campos Mello, j. 30.09.2008)

Art. 1.111. No caso de liquidação judicial, será observado o disposto na lei processual.

CC/1916: sem correspondente.

Como antes ressaltado, o Código Civil de 2002 disciplinou quase exclusivamente a liquidação amigável e extrajudicial, deixando de lado aquela iniciada por meio da formação de um litígio, de uma pretensão resistida, devendo, então, qualquer interessado propor ação específica. Pode-se cogitar venha o sócio, diante da dissolução de pleno direito e dada a negativa dos administradores ou da maioria dos demais sócios, solicitar a liquidação forçada, a qual, também, nas hipóteses previstas no art. 1.034, será necessária, logo após a declaração judicial da dissolução, como resultado da anulação do contrato social ou do reconhecimento do exaurimento ou da inexequibilidade do objeto social escolhido. Em todo caso, o procedimento especial de liquidação de sociedades rege-se pelo disposto nos arts. 657 a 674 do Código de Processo Civil de 1939, cuja vigência foi mantida de acordo com o disposto no art.

1.218, VII, do atual. Na legislação processual, estão estratificadas todas as regras atinentes à matéria, fazendo-se, aqui, uma ressalva expressa.

Jurisprudência: Admite-se, por extensão, a utilização do procedimento de liquidação judicial, também, nas hipóteses de resolução da sociedade com relação a um dos sócios, como no caso de exclusão, devendo, então, logo de início, ser proferida decisão judicial tendente a que seja nomeado um liquidante e sejam estabelecidos os critérios para a apuração de haveres, tais quais a forma de elaboração do balanço especial, a amplitude contábil do ativo, a incidência de juros moratórios e o prazo para pagamento (TJRJ, Ap. n. 2006.001.63611, 4ª Câm Cível, rel. Des. Reynaldo P. Alberto Filho, j. 09.01.2007). *t* sempre necessária a nomeação de um terceiro estranho à sociedade quando concretizadas divergências pessoais e intransponíveis entre os sócios, por aplicação do art. 657, § 2º, do antigo CPC, em particular quando se tratar de apenas dois. (STJ, REsp n. 205.271/RJ, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.06.2003; TJRJ, Ap. n. 2006.001.23970, 8ª Câm. Cível, rel. Des. João Carlos Guimarães, j. 08.08.2006)

Art. 1.112. No curso de liquidação judicial, o juiz convocará, se necessário, reunião ou assembleia para deliberar sobre os interesses da liquidação, e as presidirá, resolvendo sumariamente as questões suscitadas.

Parágrafo único. As atas das assembleias serão, em cópia autêntica, apensadas ao processo judicial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 213, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A liquidação judicial, por princípio, é disciplinada pela legislação processual, tendo o Código Civil de 2002 acrescentado apenas duas regras com referência a tal procedimento, sempre dirigido por um juiz e derivado de um litígio, ambas condensadas no presente artigo. Prevê-se, em primeiro lugar, a faculdade do juiz de convocar reuniões ou assembleias dos sócios, conforme a necessidade concreta gerada pelas peculiaridades de dado procedimento. Tais conclaves ostentam a precípua finalidade de que sejam tomadas decisões sobre a forma ou a ordem de realização do ativo ou de solução do passivo. Ao próprio juiz que a convocou e que já preside o procedimento liquidatório cabe dirigir os trabalhos empreendidos, dirimindo, imediatamente, todas as questões pontuais surgidas, de maneira que, num único momento, desatam-se todos os possíveis entraves ao desenvolvimento célere da completa solução dos negócios e das operações sociais. Ao final, deve-se reduzir tudo quanto discutido e decidido à forma escrita, viabilizando, por meio da exata documentação da reunião ou da assembleia realizada, a transposição das deliberações aprovadas pelos sócios e das decisões tomadas pelo juiz para o processo em andamento. O escrivão, na qualidade de auxiliar do juízo (art. 141,1, do CPC), encarregar-se-á, portanto, da elaboração de uma ata, da qual será extraída uma cópia autêntica, visando a posterior autuação em apenso, junto aos autos do procedimento liquidatório. Assim, o fiel cumprimento das deliberações e decisões emanadas da reunião ou da assembleia realizada pode ser fiscalizado com facilidade. Anote-se, por fim, terem sido simplesmente reproduzidas regras constantes do art. 213, § 2º, da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), estendendo-as, agora, a toda e qualquer liquidação judicial.

CAPÍTULO X

DA TRANSFORMAÇÃO, DA INCORPORAÇÃO, DA FUSÃO E DA CISÃO DAS SOCIEDADES

Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 220, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Foi construída uma disciplina geral para as mutações da sociedade personificada. A transformação, a fusão e a incorporação estão disciplinadas em caráter geral, nos arts. 1.113 a 1.122, enquanto a cisão, embora mencionada na abertura do presente capítulo, não está pontualmente regulamentada. A transformação de uma sociedade corresponde à alteração da forma típica inicialmente escolhida, o que implica uma repactuação do contrato social já celebrado. Tal ato coletivo pressupõe a existência de personalidade jurídica e não modifica a realidade econômica ou social em que se assenta o empreendimento comum desenvolvido, mas apenas a fórmula jurídica reguladora da agregação dos sócios. Nesse sentido, os sócios escolhem, voluntariamente, por meio de deliberação especial, um novo tipo societário, em substituição a um primeiro, provocando um rearranjo das relações jurídicas plurilaterais peculiares a uma sociedade personificada. Não há extinção do contrato de sociedade ou da pessoa jurídica criada, sobrevivendo, apesar da mudança de conteúdo, todos os vínculos decorrentes, mantida, inclusive, a repartição do capital social. Aprovada a deliberação, é preciso, contudo, promover sua ampla divulgação. Diante da profundidade da alteração promovida, nova inscrição, com sobreposição à originária, será necessária, levando-se a registro, perante Junta Comercial ou Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, instrumento contendo todos os elementos do novo tipo adotado. A nova inscrição, feita de acordo com as formalidades atinentes ao novo tipo escolhido, assume a função de fator de eficácia da transformação; quaisquer efeitos da transformação, seja internamente (perante os próprios sócios), seja externamente (perante terceiros), só se produzem após a consecução do ato registrário referido.

Art. 1.114. A transformação depende do consentimento de todos os sócios, salvo se prevista no ato constitutivo, caso em que o dissidente poderá retirar-se da sociedade, aplicando-se, no silêncio do estatuto ou do contrato social, o disposto no art. 1.031.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 221, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Diante de sua importância, todos os sócios, por menor que seja sua participação no capital social, devem aquiescer à transformação, quaisquer que sejam os tipos societários envolvidos. A unanimidade constitui requisito de validade da deliberação de escolha de um novo tipo, porquanto a adoção do tipo original, constante do contrato social inscrito, constituiu um dos elementos básicos à formação da *affectio societatis*. Deve haver, portanto, diante da transformação, uma manifestação concreta da subsistência da vontade de agregar esforços comuns, agora sob uma nova roupagem. Não se admite que uma vontade majoritária se transmude em vontade de todo o corpo social (art. 1.072, § 5º), exigindo-se um consenso superlativo, correspondente à unanimidade. Dispensa-se, excepcionalmente, tal requisito de validade apenas quando a transformação já estiver prevista em cláusula do instrumento contratual inscrito. A vontade futura dos sócios, nesse

caso, já estará vinculada, de maneira que não haveria razão para exigir a renovação de uma aquiescência já fornecida. A repactuação do ajuste celebrado já foi inicialmente acordada, só restando estabelecer quando ela ocorrerá. Havendo, porém, discordância explícita de um dos sócios, garante-se a possibilidade do exercício do direito de retirada ou recesso. O dissidente, na forma já exposta quando analisado o art. 1.077, manifestará sua intenção de deixar o quadro social, mediante requerimento escrito e endereçado aos administradores, devendo ser tomadas as devidas cautelas para a formação de prova documental e irrefutável da regularidade do ato unilateral. Desde que outra fórmula não tenha sido acordada antecipadamente pelos sócios, será necessário, então, levantar um balanço especial, referenciado à data da manifestação da vontade de retirar-se, e devolver a participação do dissidente no capital social devidamente atualizada.

Art. 1.115. A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.

Parágrafo único. A falência da sociedade transformada somente produzirá efeitos em relação aos sócios que, no tipo anterior, a eles estariam sujeitos, se o pedirem os titulares de créditos anteriores à transformação, e somente a estes beneficiará.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 222, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Consumada a transformação e, portanto, alterada a forma típica da sociedade contratada, os direitos dos credores permanecerão sempre salvaguardados, sem qualquer modificação. Os créditos são mantidos, tal qual já haviam sido constituídos, continuando intactas, também, as garantias pessoais derivadas de eventual responsabilidade ilimitada dos sócios anteriormente prevista e extinta pela transformação operada. Ressalte-se, portanto, que, até o pagamento de todos os débitos anteriores à transformação, remanescerão resquícios do tipo societário substituído. O legislador teve, ainda, o cuidado de frisar que, na falência da sociedade transformada, esses resquícios estarão presentes. Prolatada a sentença decretatória e formado o concurso de credores, os titulares de direitos de crédito anteriores à mutação típica ostentam a faculdade de requerer sejam os bens pessoais de sócios, cuja responsabilidade era, de acordo com o tipo vigente à data da constituição da dívida social, ilimitada, utilizados para sua satisfação. Pouco importará se, no momento da falência, já tivesse sido limitada a responsabilidade dos sócios em questão, pois o que interessa é o momento em que nasceu a dívida habilitada na falência. Trata-se, porém, de um benefício exclusivo, que não é estendido aos credores mais recentes, sobre os quais a transformação surte todos seus efeitos.

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 227, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A incorporação distingue-se, como forma de mutação societária, por resultar na extinção da personalidade jurídica de uma ou mais sociedades personificadas, cujo patrimônio é inteiramente absorvido por outra sociedade personificada preexistente. As primeiras são chamadas de incorporadas, enquanto a última, de incorporadora. Entre as pessoas jurídicas, opera-se uma sucessão universal, assumindo a incorporadora, sem exceção, a titularidade de todos os débitos e créditos das incorporadas, bem como as operações sociais em andamento, somando-se tais

relações àquelas já mantidas pela sociedade remanescente. Nova pessoa jurídica não é criada, subsistindo, com os acréscimos patrimoniais decorrentes, apenas a incorporadora. Cada incorporada e a incorporadora devem aprovar, em separado, a mutação examinada, conjugando-se as vontades associativas em um único sentido. Há a demonstração inequívoca de uma identidade de desígnios. É imprescindível, portanto, que os sócios de cada sociedade envolvida exteriorizem a intenção de se agregar, catalisando esforços conjuntos e, por isso, ainda maiores nos empreendimentos antes separados, colhendo-se deliberações uniformes, ressalvado o respeito às normas contratuais concretas e às exigências formais ou materiais peculiares a cada tipo societário, inclusive de *quorum* especial e quanto à possibilidade de retirada. Pouco importa quais os tipos societários adotados pelas sociedades envolvidas, subsistindo aquele próprio à incorporadora, em que ficará concentrado o patrimônio de todas as pessoas jurídicas envolvidas.

Art. 1.117. A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo.

§ 1º A sociedade que houver de ser incorporada tomará conhecimento desse ato, e, se o aprovar, autorizará os administradores a praticar o necessário à incorporação, inclusive a subscrição em bens pelo valor da diferença que se verificar entre o ativo e o passivo.

§ 2º A deliberação dos sócios da sociedade incorporadora compreenderá a nomeação dos peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade, que tenha de ser incorporada.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 227, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Disciplina-se, aqui, o conteúdo das deliberações tendentes à aprovação da incorporação, que necessitam emanar tanto da incorporadora como da incorporada. O *caput* apresenta correspondência com o disposto no § 1º do art. 227 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76) e no revogado § 1º do art. 152 do Decreto-lei n. 2.627/40, neste último podendo ser apontado um erro de redação lamentável, pois as “bases da operação” precisam, a título de proposta, em primeiro lugar, ser aprovadas pelos sócios da incorporadora. Com efeito, as fórmulas e operações econômicas, imprescindíveis à conjugação das atividades realizadas em separado, são descritas num documento escrito, um protocolo, no qual, simultaneamente, é fornecida uma minuta do futuro instrumento de alteração do estatuto ou contrato social da incorporadora. Viabiliza-se, assim, a plena divulgação dos detalhes da mutação societária proposta. Tal protocolo é, de início, logicamente, objeto de análise dos sócios da incorporadora e não dos sócios da incorporada, devendo a proposição ser feita pela pessoa jurídica sobrevivente e submetida, num segundo momento, aos sócios da incorporada, sociedade cuja extinção é projetada. O texto do *caput* encontra-se, inclusive, em desconformidade com o do § 1º do presente artigo, entendendo-se implícito, quando aprovado o projeto de incorporação pelos sócios da incorporada, haver sido concedida uma autorização genérica para que os administradores da própria incorporada tomem todas as providências pertinentes a sua extinção e à transferência de seu patrimônio à incorporadora. Dentre tais providências, ressalta-se a consecução do ato de subscrição da nova parcela do capital social da incorporadora, derivada da adição do saldo positivo apurado na avaliação do patrimônio da incorporada. A determinação do valor do patrimônio líquido ostenta grande importância, vinculando a conferência total das quotas ou das ações da incorporadora aos antigos sócios da incorporada, efetuando-se sua repartição com a estrita observância das proporções originais de participação no capital dessa mesma incorporada. Para tal avaliação, um perito de confiança dos sócios da incorporadora é, desde logo, designado, fixada, ao mesmo tempo, sua remuneração, sendo elaborado um laudo.

Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 227, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Para a conclusão da incorporação, são praticados todos os atos necessários à viabilização da absorção patrimonial, inclusive pela definição do tamanho da futura participação dos sócios da(s) incorporada(s) no capital da incorporadora e, depois, são colhidas deliberações confluentes de todas as sociedades envolvidas, ou seja, da incorporadora e da(s) incorporada(s), consolidando a vontade de agregar todos os esforços por meio da pessoa jurídica sobrevivente. Previsto o aumento do capital da incorporadora, como decorrência natural da subscrição feita com o saldo positivo do patrimônio de cada incorporada, deve já ter sido efetuada avaliação, submetendo-se seu resultado a aprovações conclusivas. Basta, então, terminado todo o procedimento peculiar à incorporação, que a incorporadora, por ato de seus administradores, declare extinta(s) a(s) incorporada(s), o que deve ser formalizado em instrumento público ou particular destinado à promoção dos atos de registro necessários. Exige-se, para a plena eficácia da incorporação, seja promovida averbação ou arquivamento sobre as inscrições originárias perante Junta Comercial ou Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, alterando uma (a da incorporadora) ou encerrando as demais (as das incorporadas), dando-se inteira publicidade acerca dos mínimos pormenores da mutação societária consumada.

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 228, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A fusão constitui uma mutação societária marcada pela agregação de várias sociedades personificadas, mediante a pactuação de novo contrato plurilateral e a formação de nova pessoa jurídica. Persiste, como fórmula tendente a uma união completa, a extinção da personalidade jurídica de todas as sociedades envolvidas, ou seja, fusionadas, somando-se todo o acervo patrimonial separado para o nascimento de nova sociedade, maior e mais forte. Não há, portanto, a simples adesão a um contrato já celebrado, como é o caso da incorporação, mas, ao contrário, nascem novos vínculos jurídicos, diferenciados formal e materialmente dos antecedentes. Os quadros sociais se misturam e nova pessoa jurídica é, automaticamente, constituída, operando-se uma sucessão universal, de maneira que a titularidade de todos os direitos e deveres das fusionadas são transferidos, sempre intactos, à nova sociedade resultante.

Art. 1.120. A fusão será decidida, na forma estabelecida para os respectivos tipos, pelas sociedades que pretendam unir-se.

§ 1º Em reunião ou assembleia dos sócios de cada sociedade, deliberada a fusão e aprovado o projeto do ato constitutivo da nova sociedade, bem como o plano de distribuição do capital social, serão nomeados os peritos para a avaliação do patrimônio da sociedade.

§ 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão reunião ou assembleia dos sócios para tomar conhecimento deles, decidindo sobre a constituição definitiva da nova sociedade.

§ 3º É vedado aos sócios votar o laudo de avaliação do patrimônio da sociedade de que façam parte.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 228, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Cada fusionada deve aprovar, em separado, a mutação examinada, conjugando-se as vontades associativas em um único sentido. Há a demonstração inequívoca de uma identidade de desígnios. É imprescindível, portanto, que os sócios de cada sociedade envolvida exteriorizem a intenção de se agregar, catalisando esforços conjuntos e, por isso, ainda maiores nos empreendimentos antes separados, colhendo-se deliberações uniformes, ressalvado o respeito às normas contratuais concretas e às exigências formais ou materiais peculiares a cada tipo societário, inclusive de *quorum* especial e quanto à possibilidade de retirada. Pouco importa quais os tipos societários adotados pelas sociedades envolvidas, subsistindo aquele derivado do novo ajuste e adotado pela nova sociedade resultante, em que ficará concentrado o patrimônio de todas as pessoas jurídicas antigas. Tais deliberações confluentes devem partir do exame de um projeto construído pelos controladores de uma, de várias ou de todas as sociedades fusionadas, submetido à apreciação dos sócios de todas as fusionadas. As operações econômicas, imprescindíveis à união das atividades realizadas em separado, são descritas num documento escrito, um protocolo, no qual, simultaneamente, é fornecida uma minuta do futuro estatuto ou contrato social da sociedade resultante da fusão, em que se sugere, inclusive, uma fórmula de atribuição de participações no capital da nova pessoa jurídica. Viabiliza-se, assim, a plena divulgação e a análise detalhada da mutação societária proposta, visando à obtenção de um consenso uniforme, de nova *affectio societatis*. A determinação do valor do patrimônio líquido ostenta grande importância, vinculando a conferência total das quotas ou das ações da nova sociedade aos antigos sócios das fusionadas, efetuando-se sua repartição com a estrita observância das proporções originais de participação em cada um dos capitais sociais. Para tal avaliação, um perito de confiança dos sócios de cada fusionada é, desde que aprovado o protocolo oferecido, designado, fixando-se, ao mesmo tempo, sua remuneração. Elaboram-se, então, laudos avaliatórios (um para cada sociedade fusionada), os quais se destinam à apreciação de todos os sócios da futura sociedade resultante da fusão previamente aprovada. De cada uma das votações permanecerão afastados os sócios diretamente interessados, isto é, o laudo de avaliação do patrimônio de uma sociedade fusionada não será apreciado pelos próprios sócios, possibilitando a formulação de um juízo de valor mais isento.

Art. 1.121. Constituída a nova sociedade, aos administradores incumbe fazer inscrever, no registro próprio da sede, os atos relativos à fusão.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 228, § 3º, e 234, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Quando todas as providências prévias e necessárias à fusão tiverem sido tomadas e forem colhidas as declarações de vontade individualizadas dos sócios, consolidando-se, num instrumento público ou particular, sua agregação definitiva, novo contrato de sociedade, ocasionado pela fusão, terá sido celebrado. O consentimento formalizado não evita, contudo, diante da pretendida formação de nova pessoa jurídica, a necessidade de ser providenciada nova inscrição, em consonância com o disposto no art. 985. A plena eficácia da fusão depende da prática de novos atos registrários. Aos administradores já eleitos para a nova sociedade é conferida a atribuição de levar o instrumento do novo estatuto ou contrato social a registro, perante Junta Comercial ou Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, conforme a natu-

reza empresária ou não empresária do novo ente, no local da nova sede escolhida. É preciso, ademais, declarar extintas as fusionadas, o que deve ser formalizado em instrumento público ou particular destinado à promoção dos atos de registro necessários, ou seja, de averbação ou arquivamento sobre as inscrições originárias das sociedades extintas, dando-se inteira publicidade acerca dos mínimos pormenores da mutação societária consumada.

Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles.

§ 1º A consignação em pagamento prejudicará a anulação pleiteada.

§ 2º Sendo ilíquida a dívida, a sociedade poderá garantir-lhe a execução, suspendendo-se o processo de anulação.

§ 3º Ocorrendo, no prazo deste artigo, a falência da sociedade incorporadora, da sociedade nova ou da cindida, qualquer credor anterior terá direito a pedir a separação dos patrimônios, para o fim de serem os créditos pagos pelos bens das respectivas massas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 232, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Os titulares de créditos, desde que contemporâneos a uma incorporação, fusão ou cisão, ostentam legitimidade para a propositura de ação de anulação dos atos tendentes à mutação societária concreta. A presença de efetivo prejuízo patrimonial deve ser sempre arguida, nesses casos, em juízo, como causa de pedir, partindo-se do princípio de que o credor não pode ser onerado nem perder garantias em virtude de uma mutação da sociedade devedora. Tal princípio já se encontra resguardado, quanto às transformações, no art. 1.115, e remanesce, também, íntegro no âmbito das incorporações, fusões e cisões, permanecendo maculadas, quando violada a situação dos créditos anteriores, as deliberações correspondentes, cuja anulabilidade fica caracterizada. Fixou-se, aqui, um prazo decadencial de noventa dias, tendo como marco inicial de contagem a publicação dos atos, feita sua veiculação pela imprensa oficial e por jornal de grande circulação (art. 1.152, § 1º), após o qual perde-se o direito de anular a mutação questionada. Caso seja proposta a ação de anulação, a sociedade incorporadora ou a sociedade cindida ou a nova sociedade resultante da fusão, na qualidade de ré, poderá, imediatamente, evitar o desenvolvimento de qualquer discussão judicial, efetuando a consignação do valor devido, o que tornará, automaticamente, prejudicado o pleito e implicará a extinção do respectivo processo sem julgamento do mérito, falecido o interesse de agir (§ 1º). Tal solução não é viável, porém, quando se tratar de dívida ilíquida. Diante da impossibilidade de conversão do débito em valores pecuniários, prevê-se, como medida substitutiva, o oferecimento de garantia, consumada sob a forma de caução real ou fidejussória, disciplinada pelos arts. 826 a 838 do Código de Processo Civil (§ 2º). Ademais, a falência da sociedade incorporadora ou da nova sociedade resultante da fusão oferece importantes peculiaridades. Desde que a sentença decretatória tenha sido publicada num dos noventa dias seguintes à publicação da mutação societária consumada, o credor anterior, que, portanto, poderia ter até ajuizado uma ação de anulação, ostenta a faculdade de requerer, perante o juízo falimentar, a separação do ativo destinado a seu pagamento: os valores extraídos dos bens oriundos do ativo da incorporada pagam, antes de tudo, os credores da própria incorporada; os valores extraídos dos bens oriundos do ativo de cada fusionada pagam, antes de tudo, seus correspondentes credores; viabiliza-se, no entanto, na hipótese de cisão parcial, sejam atingidos os bens conferidos ao patrimônio da nova sociedade criada (§ 3º). O juiz, no curso do processo de falência, respeitados os requisitos aqui mencionados, pode deferir uma verdadeira desconsideração das personalidades jurídicas das sociedades envolvidas em uma incorpora-

ção, fusão ou cisão e, excepcionalmente, satisfazer os credores com bens que, ao tempo da decretação da quebra, não se achavam mais no patrimônio da falida.

Jurisprudência: 1 - A cisão sempre induz responsabilidade solidária das sociedades resultantes pelos débitos anteriores (STJ, REsp n. 195.077/SC, 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 04.05.2000; STJ, REsp n. 716.132/RS, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 02.08.2005). 2 - A cisão não provoca a incidência de laudêmio, quando sobre bem imóvel conferido a uma das sociedades resultantes recair enfiteuse ou aforamento, pois ele não é efetivamente vertido, mas persiste simples sucessão (STJ, REsp n. 987.886/PE, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 20.05.2008). 3 - A incorporação, a fusão ou a cisão efetivam-se mediante o arquivamento de instrumento próprio perante Junta Comercial, operando-se, caso pendente ação em trâmite, simples sucessão processual, a qual não requer a anuência da parte contrária. (STJ, REsp n. 14.180/SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25.05.1993)

CAPÍTULO XI DA SOCIEDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO

Seção I **Disposições Gerais**

Art. 1.123. A sociedade que dependa de autorização do Poder Executivo para funcionar rege-se por este título, sem prejuízo do disposto em lei especial.

Parágrafo único. A competência para a autorização será sempre do Poder Executivo federal.

CC/1916: sem correspondente.

As sociedades dependentes de autorização governamental também mereceram capítulo separado do Código Civil de 2002, que as divide entre nacionais e estrangeiras. Como decorrência direta do princípio constitucional da livre iniciativa, o exercício de qualquer atividade empresarial prescinde do prévio respeito a formalidades diversas da documentação e do registro público (arts. 967 e 985), bastando sejam organizados concretamente os meios de produção e assumidos os riscos patrimoniais naturais. São, porém, conforme ressalva constante do parágrafo único do art. 170 da Constituição da República, excepcionados alguns empreendimentos, dada expressa exigência do legislador, o qual atribui, à Administração Pública, um exame concreto e destinado ao deferimento, ou não, de específica autorização. Persistem, então, um controle estatal sobre a constituição de sociedades cujo objeto inclua uma das exceções legais e uma fiscalização da operacionalização do empreendimento escolhido. Com tal autorização, pretende-se garantir não apenas a presença de imprescindível idoneidade, mas, também, o respeito às diretrizes ditadas pelo interesse público durante todo o curso da atividade empresarial, desde seu início até seu fim. Mantidas as regras especiais já presentes na legislação pretérita, o atual Código Civil apresenta apenas regras gerais com respeito à conferência de autorizações para funcionamento das sociedades personificadas em relevo, por meio de ato administrativo emitido sempre pelo Poder Executivo federal. Concentram-se, assim, no âmbito da União Federal, todas as decisões, excluída a atuação dos Estados-membros e dos Municípios. As instituições financeiras e assemelhadas, as seguradoras, as mineradoras e as cooperativas, bem como as sociedades estrangeiras, necessitam obter autorização para funcionar, tendo o Departamento Nacional de Registro de Comércio (IN n. 32, de 19.04.1991) estabelecido, a título de orientação e uniformização de procedimentos,

uma enumeração pormenorizada de todas as hipóteses. Anote-se, por fim, que os arts. 59 a 73 do antigo Decreto-lei n. 2.627/40, por conterem somente regras gerais acerca da autorização enfocada, foram agora derogados pelo Código Civil de 2002, que tratou e exauriu a mesma matéria.

Art. 1.124. Na falta de prazo estipulado em lei ou em ato do poder público, será considerada caduca a autorização se a sociedade não entrar em funcionamento nos doze meses seguintes à respectiva publicação.

CC/1916: sem correspondente.

Publicado o ato administrativo de autorização de funcionamento de uma sociedade, emitido por um dos órgãos do Poder Executivo federal, inicia-se a contagem de um prazo de caducidade de doze meses, após o qual, caso não seja iniciada, efetivamente, a atividade econômica projetada, haverá a necessidade de renovação da autorização concedida. O Poder Público reavaliará, então, a viabilidade do empreendimento e a idoneidade do proponente, tal como já realizado anteriormente, não persistindo vinculação entre o primeiro ato administrativo, agora caduco, e a nova decisão da autoridade. O próprio transcurso do tempo pode, eventualmente, alterar a situação inicialmente posta e implicar resultado diverso, de indeferimento do pedido de autorização. A perda da eficácia é automática e não depende da assunção de qualquer providência ou comunicação preliminar. O prazo de doze meses apresenta caráter geral, mas regras especiais podem ser estabelecidas. Mediante decisão administrativa concreta ou lei especial, levando em consideração as peculiaridades atinentes ao empreendimento autorizado, o prazo pode ser aumentado ou reduzido, não havendo limites para tanto.

Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.

CC/1916: sem correspondente.

Deve ser exercida fiscalização contínua sobre a operacionalização e o desenvolvimento do empreendimento autorizado, de maneira que o órgão da Administração Pública que emitir ato administrativo de deferimento da autorização de funcionamento pode expedir novo ato, em sentido contrário e tendente à cassação da autorização já concedida. Seja a sociedade nacional, seja estrangeira, a cassação pode ocorrer desde que identificado o desrespeito voluntário ao ordenamento positivado ou ao contrato celebrado, violando norma de ordem pública ou ultrapassando os limites ditados pelo objeto social eleito pelos sócios-contratantes. O texto legal exige, portanto, fundamentação específica, que, sob pena de nulidade, deve constar desse novo ato administrativo, não se admitindo, em absoluto, a discricionariedade. Um fato de gravidade precisa ter ocorrido, recebendo, como resposta, a supressão de requisito essencial à manutenção da atividade econômica exercida pela pessoa jurídica, o que, logicamente, implicará paralisação imediata e destrutiva da empresa, considerada esta como estrutura complexa e integrada (cf. comentário ao art. 966). Como suporte à decisão de cassação, uma apuração, ainda que sumária, deverá ser realizada, o que gerará a instauração de procedimento próprio, conferindo-se oportunidade para dedução de alegações e produção de provas à sociedade interessada, em atendimento aos princípios da ampla defesa e contraditório, inseridos no art. 5º, LV, da Constituição da República.

Seção II

Da Sociedade Nacional

Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.

Parágrafo único. Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 60, Decreto-lei n. 2.627, de 26.09.1940.

O procedimento para a obtenção da autorização de funcionamento diferencia-se conforme a nacionalidade da sociedade, razão pela qual é apresentado, desde logo, um critério de diferenciação entre as duas categorias de pessoas jurídicas derivadas: as nacionais e as estrangeiras. Nesse âmbito, o Código Civil de 2002 não apresentou qualquer inovação, buscando se reportar ao disposto no art. 171 da Constituição da República, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 6/95. Para serem consideradas nacionais, as sociedades personificadas precisam preencher, simultaneamente, dois requisitos formais. Antes de tudo, sua constituição deve ter sido efetivada no Brasil, promovendo-se, como previsto no art. 985, a inscrição de seus atos constitutivos, perante Junta Comercial ou Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, conforme sua natureza empresária ou simples. Ademais, a sede escolhida para a pessoa jurídica criada deve estar fixada dentro do território brasileiro. Somados esses dois elementos meramente formais, a sociedade é brasileira, isto é, nacional e, por princípio, respeitada a legalidade, há plena liberdade em sua constituição. O parágrafo único ressalta, porém, que, mesmo sendo nacionais, algumas sociedades, em razão das peculiaridades da atividade econômica exercida e mediante expressa disposição legal, estarão sujeitas a outro nível de exigências para serem constituídas, isto é, seu quadro social deverá apresentar uma configuração específica e, obrigatoriamente, todos ou alguns dos sócios terão de ser brasileiros. Trata-se de situação de completa excepcionalidade, que pode ser exemplificada com o caso das emissoras de rádio e televisão e das empresas jornalísticas (art. 222 da CF). Considerada tal hipótese, exige-se permaneçam sempre disponíveis os documentos comprobatórios da nacionalidade dos sócios, qualquer que seja o tipo contratado, na sede da pessoa jurídica, o que, simplesmente, garante agilidade à fiscalização das autoridades. Anote-se ter o legislador cometido evidente equívoco ao impor seja adotada a forma nominativa para as ações de companhias incluídas na situação excepcional examinada, porquanto a Lei n. 8.021/90, ao alterar o art. 20 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), impôs a forma nominativa em toda e qualquer circunstância. No Brasil, ações ao portador ou endossáveis não são mais possíveis, decorrendo a falha, provavelmente, do longo lapso temporal decorrido entre a apresentação do projeto e a aprovação final do atual Código.

Art. 1.127. Não haverá mudança de nacionalidade de sociedade brasileira sem o consentimento unânime dos sócios ou acionistas.

CC/1916: sem correspondente.

A mudança da nacionalidade da sociedade brasileira, tendo em conta o texto do artigo anterior, decorre da transferência de sua sede para fora do território nacional, o que só será possível diante de correspondente alteração do estatuto ou contrato social. Para a aprovação

de deliberação tendente à transferência da sede para o exterior e à perda da nacionalidade brasileira, o presente artigo estabelece o respeito a um *quorum* especial, próprio à matéria e compatível com os gravames derivados da necessidade de se submeter às limitações impostas a uma pessoa jurídica estrangeira. A aquiescência precisa ser completa, colhendo-se a manifestação expressa e uniforme de todos os sócios, sem deixar de lado qualquer deles, pouco importando qual o tamanho de sua participação no capital social.

Art. 1.128. O requerimento de autorização de sociedade nacional deve ser acompanhado de cópia do contrato, assinada por todos os sócios, ou, tratando-se de sociedade anônima, de cópia, autenticada pelos fundadores, dos documentos exigidos pela lei especial.

Parágrafo único. Se a sociedade tiver sido constituída por escritura pública, bastará juntar-se ao requerimento a respectiva certidão.

CC/1916: sem correspondente.

A autorização para funcionamento de uma sociedade depende, para ser deferida, da apresentação de um pedido formalmente perfeito, endereçado ao órgão público federal dotado de específica atribuição. Se a sociedade for nacional, a autorização precisa ser prévia, sendo obtida ainda antes da aquisição da personalidade jurídica, pois será considerada um requisito para a realização da inscrição. Nesse sentido, o presente artigo esclarece quais documentos obrigatoriamente instruirão o requerimento formulado pelos sócios-contratantes ou fundadores da nova pessoa jurídica, mantida em estado embrionário, fornecendo uma descrição sintética, porém completa. Para possibilitar um exame concreto e pormenorizado do preenchimento dos requisitos formais e materiais de exercício da atividade, impõe-se o conhecimento de todos os elementos integrativos da futura pessoa jurídica e essenciais ao contrato de sociedade já celebrado. Na generalidade dos casos, bastará, para tanto, a cópia autêntica do instrumento particular do contrato social, assinada por todos os sócios ou por procuradores com poderes especiais, mas, tratando-se de sociedade anônima, a documentação apresenta peculiaridades e se diferencia conforme a forma de constituição adotada. É preciso anexar ao pedido de autorização, diante de uma subscrição pública, hipótese de maior complexidade, as cópias do projeto de estatuto social e do prospecto de subscrição pública, documentação que será, após o deferimento da autorização a novo exame, submetida à Comissão de Valores Mobiliários, na qualidade de agência reguladora do mercado de capitais (arts. 82 e 84, VIII, da Lei das S.A. - Lei n. 6.404/76). Quando se tratar de subscrição privada (art. 88, da Lei n. 6.404/76), bastará, ante a simplicidade dos procedimentos, a apresentação de uma cópia da ata da assembleia dos subscritores, em que constará a deliberação de aprovação da constituição da companhia, e da minuta do estatuto social já aprovada. Em todo caso, se qualquer desses documentos tiver sido elaborado em instrumento público, isto é, nas notas de tabelião, e, por isso, constar de livro incluído em acervo público, a exibição de certidão respectiva substituirá as cópias já referidas, como assinalado pelo parágrafo único.

Art. 1.129. Ao Poder Executivo é facultado exigir que se procedam a alterações ou aditamento no contrato ou no estatuto, devendo os sócios, ou, tratando-se de sociedade anônima, os fundadores, cumprir as formalidades legais para revisão dos atos constitutivos, e juntar ao processo prova regular.

CC/1916: sem correspondente.

O órgão público federal encarregado da apreciação do requerimento tendente à obtenção da autorização de funcionamento, em vez de simplesmente indeferir o pedido, poderá formular exigências, possibilitando uma adaptação imediata aos ditames da legalidade e do interesse público, com economia de tempo e esforço. Os sócios ou fundadores, apresentantes do requerimento referido, serão, então, comunicados da necessidade de cumprir tais exigências, sempre deduzidas com um máximo de clareza e por escrito, não lhes cabendo discutir a plausibilidade de seu conteúdo, mas, tão somente sua legalidade, pela via do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF). Dentre as exigências, a alteração do estatuto ou do contrato social proposto, promovendo a revisão de suas cláusulas, encontra expressa previsão legal e é a mais comum. Todos os sócios ou fundadores devem, para tanto, reunir-se e, em conjunto, aprovar normas contratuais substitutivas das originais, elaborando, como consequência, novos instrumentos, como aditivos ao projeto de estatuto ou contrato social apresentado inicialmente. Persiste, em princípio, a necessidade de estrita obediência à decisão administrativa já emitida, pois, caso contrário, não será obtida a autorização postulada e não será viabilizado o regular exercício da atividade enfocada. Feita a exigência, o requerimento formulado e toda a documentação anexada não serão devolvidos, permanecendo encartados em um procedimento administrativo individualizado, ao qual serão juntados os novos documentos complementares, visando a uma análise renovada e conjunta.

Art. 1.130. Ao Poder Executivo é facultado recusar a autorização, se a sociedade não atender às condições econômicas, financeiras ou jurídicas especificadas em lei.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 62, Decreto-lei n. 2.627, de 26.09.1940.

O órgão público federal encarregado do exame concreto da presença das condições necessárias à realização da atividade econômica submetida a regime diferenciado e restritivo pode negar a autorização para funcionamento, indeferindo o pedido formulado pelos sócios-contratantes ou fundadores, responsáveis pela constituição de uma sociedade personificada brasileira.

O indeferimento precisa ser justificado e, apesar do texto legal usar a expressão “é facultado”, não há discricionariedade. Não é possível indeferir a autorização para funcionamento arbitrariamente, sem motivo relevante, respaldado na disciplina legal atinente à própria atividade enfocada. A fundamentação do indeferimento deve sempre remeter à ausência concreta de condições econômicas, financeiras ou jurídicas, tal como fixadas na legislação especial. Algumas situações merecem ser, desde logo, cogitadas. O legislador pode fixar, por um lado, um montante mínimo de capital para a consecução de dada atividade. A organização do empreendimento, nesse sentido, poderia ser onerosa demais para a futura pessoa jurídica, feita uma comparação com os recursos disponíveis, resultando na insuficiência do capital social amealhado e no antecipado insucesso, o que, diante da suposta delicadeza do ramo de atividade regulado, deve ser evitado. Podem, por outro lado, ser fixados alguns requisitos formais ou materiais (por exemplo, necessidade do emprego da forma anônima ou de todos ou alguns dos sócios serem brasileiros), de imprescindível presença nas sociedades destinadas à exploração de certa atividade autorizada c, identificada sua ausência, ante a mera leitura do texto projetado para o estatuto ou contrato social, evidente obstáculo se coloca à desejada constituição da sociedade.

Art. 1.131. Expedido o decreto de autorização, cumprirá à sociedade publicar os atos referidos nos arts. 1.128 e 1.129, em trinta dias, no órgão oficial da União, cujo exemplar representará prova para inscrição, no registro próprio, dos atos constitutivos da sociedade.

Parágrafo único. A sociedade promoverá, também no órgão oficial da União e no prazo de trinta dias, a publicação do termo de inscrição.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 61, Decreto-lei n. 2.627, de 26.09.1940.

A autorização para funcionamento é concedida, mediante o deferimento do requerimento dos sócios ou fundadores da sociedade, por ato administrativo próprio, emitido no âmbito do Poder Executivo federal. Tal ato pode assumir diferentes roupagens, materializando-se por meio de decreto do Presidente da República ou, perante uma delegação de poderes, de uma portaria ministerial. Seja como for, os sócios ou fundadores, após a divulgação do ato de autorização, deverão providenciar, eles mesmos, a reprodução do projeto de estatuto ou contrato social aprovado, com todas as alterações ou aditamentos realizados em atenção a exigências feitas, bem como os demais documentos que instruíram o pedido deferido, efetuando sua publicação pelo *Diário Oficial da União*. Dá-se, assim, ampla divulgação acerca da configuração interna da futura pessoa jurídica, mantida em estado embrionário. Cabe alertar, em contraposição ao texto do *caput* não ser possível, ainda nessa fase, a atuação da sociedade, pois, antes de sua inscrição, não há aquisição da personalidade jurídica. Os sócios ou fundadores, isso sim, tomarão as providências impostas pela lei. Está previsto, por outro lado, um prazo de trinta dias para a dita publicação, cujo descumprimento, porém, não redundará em sanção imediata e direta, impedindo apenas se corporifique requisito formal à referida inscrição. Como um exemplar do *Diário Oficial da União* em que constar a publicação prevista deve ser apresentado à Junta Comercial ou ao Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, acompanhando os originais dos atos constitutivos e a cópia do ato de autorização emitido, enquanto não for feita a publicação enfocada, estará inviabilizada a inscrição da nova sociedade autorizada. Num segundo momento, prevê-se, no parágrafo único, seja promovida, também no *Diário Oficial da União*, uma segunda publicação, após a efetivação da inscrição. Respeitado o prazo de trinta dias, um aviso relativo ao ato registrário consumado deve ser divulgado, finalizando todo o procedimento de autorização. Ressalte-se, aqui também, não estar fixada sanção direta e imediata para o descumprimento do prazo legal, configurando-se irregularidade sanável a qualquer tempo.

Art. 1.132. As sociedades anônimas nacionais, que dependam de autorização do Poder Executivo para funcionar, não se constituirão sem obtê-la, quando seus fundadores pretenderem recorrer a subscrição pública para a formação do capital.

§ 1º Os fundadores deverão juntar ao requerimento cópias autênticas do projeto do estatuto e do prospecto.

§ 2º Obtida a autorização e constituída a sociedade, proceder-se-á à inscrição dos seus atos constitutivos.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 63, Decreto-lei n. 2.627, de 26.09.1940.

Não haveria a menor razão para inserir o presente artigo no Código Civil de 2002, mostrando-se ele inútil, porquanto só confirma o disposto no art. 1.128. Com efeito, tão somente as sociedades anônimas constituídas no Brasil e com sede no território nacional (art. 1.126) são enfocadas e, de início, afirma-se não ser admitido o registro sem o prévio deferimento da autorização para funcionamento, quando exigida, o que significa a pura reprodução da regra geral antes fixada, não havendo ressalva ou peculiaridade a ser considerada. Ademais, a expressa referência à utilização da subscrição pública para a formação do capital social, constante do *caput*, não encontra motivação, uma vez que a autorização precisa sempre, mesmo que a subs-

crição seja privada, anteceder a inscrição. Os documentos elencados no § Iº, ou seja, as cópias autênticas do projeto de estatuto e do prospecto de divulgação da subscrição, por sua vez, são os que decorrem da incidência do art. 1.128, *caput*, que, em sua parte final, menciona, expressamente, a sociedade anônima, enquanto o § 2º indica só ser possível a inscrição registrária quando, após o deferimento da autorização de funcionamento, for ultimada a constituição, deixando de lado a necessidade de novo exame, feito pela Comissão de Valores Mobiliários, na qualidade de agência reguladora do mercado de capitais. Em suma, o art. 1.132 só serve para explicitar ou reproduzir, com algumas deficiências, as regras que já se achavam encartadas em outro artigo deste mesmo capítulo, o 1.128, ao qual se faz remissão ao leitor.

Art. 1.133. Dependem de aprovação as modificações do contrato ou do estatuto de sociedade sujeita a autorização do Poder Executivo, salvo se decorrerem de aumento do capital social, em virtude de utilização de reservas ou reavaliação do ativo.

CC/1916: sem correspondente.

Após a consecução da inscrição prevista no artigo anterior, ou seja, constituída, qualquer que seja o tipo adotado, a sociedade nacional autorizada, as alterações do estatuto ou contrato social devem sempre ser, antecipadamente, submetidas à aprovação do mesmo órgão público federal que lhe concedeu a autorização para funcionamento. Os administradores, apresentando a sociedade personificada, apresentarão requerimento destinado à obtenção da aprovação oficial e, então, observados os mesmos critérios já expostos nos arts. 1.129 e 1.130, será apreciado o pedido, podendo ser formuladas exigências ou, desde logo, deferido, ou não, o pedido. Os conseqüentes atos registrários (de arquivamento, perante a Junta Comercial, ou de averbação, perante Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica) só poderão ser realizados mediante a exibição da prova da aprovação da modificação pretendida, a qual constitui fator condicionante da eficácia da deliberação já tomada pelos sócios. Trata-se de regra geral, destinada a evitar o tangenciamento a restrições legais ou a decisões administrativas, tendo sido imposta uma única exceção. Os aumentos de capital social, quando derivados da adição de reservas acumuladas ou da reavaliação do ativo, prescindem de específica aprovação da autoridade, pois, nesse caso, não há qualquer alteração no quadro social e preserva-se toda a estrutura interna da sociedade autorizada. Causas puramente internas implicam o aumento de capital proposto, em nada resultando um novo exame de adequação aos parâmetros fixados para o exercício da atividade submetida a regime especial.

Seção III

Da Sociedade Estrangeira

Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressaltados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.

§ Iº Ao requerimento de autorização devem juntar-se:

I - prova de se achar a sociedade constituída conforme a lei de seu país;

II - inteiro teor do contrato ou do estatuto;

III - relação dos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, com nome, nacionalidade, profissão, domicílio e, salvo quanto a ações ao portador, o valor da participação de cada um no capital da sociedade;

IV - cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional;

V - prova de nomeação do representante no Brasil, com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização;

VI - último balanço.

§ 2º Os documentos serão autenticados, de conformidade com a lei nacional da sociedade requerente, legalizados no consulado brasileiro da respectiva sede e acompanhados de tradução em vernáculo.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 11, § 1º, Decreto-lei n. 4.657, de 04.09.1942 (LICC).

A sociedade estrangeira é definida por exclusão, invertendo-se o sentido do texto do *caput* do art. 1.126, que define a sociedade nacional, submetendo-se a restrições naturais à salvaguarda da ordem e do interesse público. Sociedade estrangeira é aquela constituída fora do Brasil ou que, mesmo constituída no Brasil, mantém sua sede fora do território nacional e, seja qual for o ramo de atividade explorado, isto é, independentemente do conteúdo de seu objeto social, sua regular atuação, em nosso país, depende da prévia obtenção de autorização para funcionamento, cuja expedição deverá ser feita pelo Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, em razão de específica delegação de atribuições (Decreto n. 3.444, de 28.04.2000). Concentrou-se, portanto, num só órgão público federal a análise de todos os requerimentos formulados por sociedades estrangeiras desejosas de estender seus empreendimentos diretos ao Brasil, aqui mantendo qualquer espécie de estabelecimentos, mesmo que subordinados (filiais e escritórios de representação). Há a possibilidade de as sociedades enfocadas, independentemente de autorização, assumirem a qualidade de acionistas de sociedade anônima nacional ou celebrarem, em território estrangeiro, contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Brasil, pois, nesse caso, somente haveria, no âmbito de nosso país, uma atuação indireta, mas qualquer outra atuação da sociedade estrangeira, observado o texto legal com o devido rigor, depende da obtenção da autorização governamental. Ademais, o legislador pode ressaltar expressamente outras hipóteses, conforme entenda seja conveniente e oportuno liberalizar, como pode resultar, por exemplo, de reciprocidades derivadas de tratados ou convenções internacionais, a atividade de sociedades de algumas ou todas as nacionalidades. O § 1º do presente artigo traz um inventário da documentação necessária à correta apresentação do pedido de autorização para funcionamento de uma sociedade estrangeira, reproduzindo, com mínimas divergências redacionais, o parágrafo único do art. 64 do Decreto-lei n. 2.627/40. Ao requerimento de autorização, apresentado pelos administradores da sociedade estrangeira ou seus procuradores dotados de poderes especiais, são obrigatoriamente anexados:

a) comprovante de regular constituição da sociedade, sempre respeitada a legislação de origem;

b) cópias integrais do estatuto ou contrato social;

c) a relação dos membros de todos os órgãos da sociedade, com sua qualificação completa e o total de participação no capital social, desconsideradas, tratando-se de S.A., as eventuais ações ao portador, caso sejam permitidas pela legislação de origem;

d) cópias da deliberação dos sócios que aprovou a atuação no Brasil, fixando determinado capital para tanto;

e) instrumento público ou particular conferindo poderes a um representante domiciliado no Brasil e encarregado da prática dos atos tendentes à obtenção da autorização para funcionamento;

f) cópia do último balanço patrimonial.

Ademais, toda essa documentação precisa ser submetida, no país de origem da requerente, à autenticação e posterior legalização consular, sendo convertida, quando for o caso, para o português, por tradutor juramentado. Pretende-se, assim, seja fornecida uma visão completa e detalhada da estrutura interna da sociedade estrangeira requerente, viabilizando uma decisão administrativa consentânea com a situação identificada.

Art. 1.135. É facultado ao Poder Executivo, para conceder a autorização, estabelecer condições convenientes à defesa dos interesses nacionais.

Parágrafo único. Aceitas as condições, expedirá o Poder Executivo decreto de autorização, do qual constará o montante de capital destinado às operações no País, cabendo à sociedade promover a publicação dos atos referidos no art. 1.131 e no § Iº do art. 1.134.

CC/1916: sem correspondente.

Ao ser examinado o pedido de concessão de autorização para funcionamento de sociedade estrangeira, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior pode estabelecer condições especiais para a atuação de dada requerente no Brasil, sempre em concordância com o interesse público. Há ampla discricionariedade na fixação de tais condições, que podem variar da concreta fixação de um capital mínimo até o estabelecimento de limites de atuação geográfica ou a determinado empreendimento individualizado. Tudo dependerá da realização de um exame pormenorizado e do posterior e cuidadoso enquadramento do empreendimento pretendido pela sociedade estrangeira. Caso sejam fixadas condições especiais, a requerente deverá aceitá-las, ou não, sendo colhida a deliberação de seus sócios. Na hipótese de discordância, o pedido de concessão da autorização estará, automaticamente, prejudicado. Se foram, porém, aceitas as condições especiais, edita-se, em seqüência, o ato administrativo formalizador do deferimento do pedido formulado, no qual serão inseridas as informações relativas ao valor do capital utilizado no país. Cabe, então, à sociedade autorizada, conforme a remissão feita ao art. 1.131 e ao § Iº do art. 1.134, nos trinta dias seguintes à publicação de tal ato, promover a publicação, pelo *Diário Oficial da União*, do texto do requerimento de autorização deferido e de toda a documentação anexa, tudo devidamente convertido, quando for o caso, para o português, postulando, por meio da exibição de um exemplar do periódico referido, a inscrição prevista no artigo seguinte. É preciso alertar que o descumprimento do mencionado prazo de trinta dias não redundará em sanção imediata e direta, impedindo apenas se corporifique requisito formal à inscrição registrária. Como um exemplar do *Diário Oficial da União* em que constar a publicação prevista deve ser apresentado à Junta Comercial ou ao Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, enquanto não for feita a publicação enfocada, estará inviabilizada a inscrição da sociedade estrangeira autorizada.

Art. 1.136. A sociedade autorizada não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que se deva estabelecer.

§ 1º O requerimento de inscrição será instruído com exemplar da publicação exigida no parágrafo único do artigo antecedente, acompanhado de documento do depósito em dinheiro, em estabelecimento bancário oficial, do capital ali mencionado.

§ 2º Arquivados esses documentos, a inscrição será feita por termo em livro especial para as sociedades estrangeiras, com número de ordem contínuo para todas as sociedades inscritas; no termo constarão:

- I - nome, objeto, duração e sede da sociedade no estrangeiro;
- II - lugar da sucursal, filial ou agência, no País;
- III - data e número do decreto de autorização;

IV - capital destinado às operações no País;

V - individuação do seu representante permanente.

§ 3º Inscrita a sociedade, promover-se-á a publicação determinada no parágrafo único do art. 1.131.

CC/1916: sem correspondente.

Foi fixado um requisito fundamental para a regularidade da atividade mantida pela sociedade estrangeira no Brasil. Tal requisito deve ser previamente atendido e corresponde à inscrição, feita, conforme a natureza empresária ou simples da sociedade, perante a Junta Comercial ou o Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica, com atribuição específica sobre o território em que for instalado o principal estabelecimento da autorizada no Brasil. Tal inscrição oferece características especiais e seu requerimento deve ser acompanhado de um exemplar do *Diário Oficial da União* em que foi veiculada a publicação prevista no artigo anterior, bem como de um comprovante de depósito em banco oficial do numerário equivalente ao capital destinado à realização do empreendimento pretendido. Este último é uma exigência suplementar especialíssima, destinado a evidenciar a presença de capacidade financeira para iniciar e sustentar toda a atividade em solo nacional e, assim, salvaguardar os futuros e potenciais credores. Cabe aos órgãos registrários, mediante exame formal e detido da regularidade da documentação enfocada, deferir, ou não, a inscrição postulada, efetuando-a, se for o caso, em livro especial. Elabora-se, então, um termo descritivo, fazendo constar todos os dados elencados nos incisos do § 2º do presente artigo, de maneira a fornecer ampla divulgação dos elementos essenciais ao novo empreendimento. Ao final, deve ser promovida, em concordância com remissão feita ao parágrafo único do art. 1.131, também no *Diário Oficial da União*, uma segunda publicação, após a efetivação da inscrição. Respeitado o prazo de trinta dias, um aviso relativo ao ato registrário consumado será divulgado, finalizando todo o procedimento necessário à obtenção de autorização para funcionamento da sociedade estrangeira. Ressalte-se, aqui também, não estar fixada sanção direta e imediata para o descumprimento do prazo legal, configurando-se irregularidade sanável a qualquer tempo.

Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.

Parágrafo único. A sociedade estrangeira funcionará no território nacional com o nome que tiver em seu país de origem, podendo acrescentar as palavras “do Brasil” ou “para o Brasil”

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 12, Decreto-lei n. 4.657, de 04.09.1942 (LICC); arts. 67 e 68, Decreto-lei n. 2.627, de 26.09.1940.

O presente artigo cuida de duas diferentes matérias. Conforme o *caput*, autorizado o funcionamento da sociedade estrangeira em território nacional, o Estado brasileiro impõe a incidência de seu ordenamento positivo sobre toda e qualquer operação aqui realizada, como já previsto na parte final do § 1º do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/42). A sociedade autorizada não ostenta a faculdade de escolher outro ordenamento jurídico para reger as atividades mantidas no Brasil. Ademais, persistirá a completa submissão às decisões emitidas pelo Poder Judiciário brasileiro, que será competente para dirimir quaisquer litígios nascidos de sua atividade no Brasil, o que se coaduna com o disposto no parágrafo único do art. 88 do Código de Processo Civil, visto ser a pessoa jurídica estrangeira considerada como domiciliada no local de sua agência, filial ou sucursal. O parágrafo único prevê a manutenção

do nome original da sociedade estrangeira, possibilitado o acréscimo das expressões “do Brasil” ou “para o Brasil”, como forma de destacar sua nacionalidade alienígena. Ressalte-se que o nome não é traduzido, permanecendo no idioma de origem e sofrendo apenas adaptações decorrentes da necessidade do uso do alfabeto latino, imprescindível à compreensão ou apreensão dos dizeres. Disposição legal semelhante já constava do art. 66 do Decreto-lei n. 2.627/40.

Art. 1.138. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade.

Parágrafo único. O representante somente pode agir perante terceiros depois de arquivado e averbado o instrumento de sua nomeação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 67, Decreto-lei n. 2.627, de 26.09.1940.

Após a autorização, o núcleo da administração da sociedade estrangeira continua no exterior, em sua sede, de onde os comandos principais são emitidos, para que, em território nacional, sejam cumpridos. Prevê-se, porém, a manutenção, na agência, sucursal ou filial, de um representante da administração, que atuará em nome e por conta da sociedade estrangeira, sendo dotado de poderes gerais de gestão, que lhe possibilitem resolver as questões mais diversificadas, de conteúdo e importância variáveis. O representante deve ostentar, além do mais, poderes especiais para o recebimento de citações, podendo ser materializada a outorga de procuração por instrumento público ou privado, o qual será, mediante a apresentação dos originais acompanhados, se for o caso, de tradução oficializada, submetido a averbação na inscrição especial prevista no art. 1.136, § 2º, e arquivamento perante Junta Comercial ou Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica. A relação de representação precisa ser mantida permanentemente, de maneira que, na hipótese de destituição, deve haver a imediata e automática nomeação de outro representante, operando-se simples substituição. Pretende-se, assim, obter agilidade na solução de eventuais problemas surgidos no Brasil e proteger os credores locais, evitando a demora e os custos decorrentes das necessidades de buscar a solução de uma demanda em tribunais estrangeiros ou citar, mediante a expedição de carta rogatória, a sociedade autorizada. Anote-se, por fim, que a averbação referida se qualifica como um fato de eficácia da representação estatuída pela sociedade estrangeira, pois, antes de tal ato registrário, os poderes de representação apenas se produzem no âmbito interno da própria pessoa jurídica, só se expandindo para atingir terceiros, em relacionamentos negociais, após a concretização da publicidade registrária.

Art. 1.139. Qualquer modificação no contrato ou no estatuto dependerá da aprovação do Poder Executivo, para produzir efeitos no território nacional.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 69, Decreto-lei n. 2.627, de 26.09.1940.

Após a consecução da inscrição prevista no art. 1.136, § 2º, ou seja, autorizado o regular funcionamento da sociedade estrangeira em território nacional, as alterações de seu estatuto ou contrato social devem sempre ser submetidas à apreciação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, mesmo órgão público federal encarregado da expedição da autorização originária, sem o que elas não produzirão efeitos no Brasil. Trata-se de um fator de limitação da eficácia de tais alterações estatutárias ou contratuais, as quais, observado, como critério primário, o interesse nacional, serão apreciadas autonomamente, podendo

ser formuladas exigências ou, desde logo, deferido, ou não, o pedido de aprovação. Os consequentes atos registrários (de arquivamento, perante a Junta Comercial, ou de averbação, perante Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica) só poderão ser realizados mediante a exibição da prova da aprovação da modificação pretendida, a qual constitui, repita-se, fator condicionante da eficácia da deliberação já tomada pelos sócios e consolidada no exterior. Deseja-se, assim, evitar o tangenciamento a restrições legais ou a decisões administrativas. Este artigo apresenta correspondência com o art. 1.133, mas as sociedades nacionais autorizadas prescindem da autorização para aumentos de capital derivados do aproveitamento de reservas ou da reavaliação de ativos, enquanto, no âmbito das sociedades estrangeiras autorizadas, não foi excepcionada qualquer hipótese, sendo sempre necessária a aprovação oficial.

Art. 1.140. A sociedade estrangeira deve, sob pena de lhe ser cassada a autorização, reproduzir no órgão oficial da União, e do Estado, se for o caso, as publicações que, segundo a sua lei nacional, seja obrigada a fazer relativamente ao balanço patrimonial e ao de resultado econômico, bem como aos atos de sua administração.

Parágrafo único. Sob pena, também, de lhe ser cassada a autorização, a sociedade estrangeira deverá publicar o balanço patrimonial e o de resultado econômico das sucursais, filiais ou agências existentes no País.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 70, Decreto-lei n. 2.627, de 26.09.1940.

Prevê-se, no presente artigo, a obrigatoriedade da reprodução de algumas das publicações feitas no exterior, sede da sociedade estrangeira autorizada. Nem todas as publicações precisam ser reproduzidas, limitando-se a necessidade apenas àquelas relativas ao balanço patrimonial, ao demonstrativo de resultados e aos atos de administração. O conteúdo de tais publicações, tratando-se de simples reprodução, não precisa ser adaptado ou remodelado, mantida a concordância com as normas vigentes no país de origem; basta, se for o caso, a tradução da publicação feita no exterior, resguardada a função de informar minimamente o público brasileiro. O veículo de imprensa usado é sempre o *Diário Oficial da União*, somando-se, ainda, se o principal estabelecimento de uma sociedade autorizada se situa num Estado-membro, e não no Distrito Federal, a divulgação pela imprensa oficial estadual. Ademais, a sociedade estrangeira deve elaborar e publicar, pelos mesmos órgãos de imprensa (art.

1.152, § 2º), demonstrativos contábeis separados e específicos para a atividade realizada no Brasil, aplicados, então, os critérios aqui vigentes. Se as publicações previstas deixarem de ser feitas, potencializa-se a cassação da autorização antes concedida, não podendo mais a sociedade estrangeira atuar no território nacional. A sanção é gravíssima e, para ser aplicada, depende da instauração de procedimento administrativo, conferindo-se à pessoa jurídica oportunidade para o saneamento da irregularidade caracterizada.

Art. 1.141. Mediante autorização do Poder Executivo, a sociedade estrangeira admitida a funcionar no País pode nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil.

§ 1º Para o fim previsto neste artigo, deverá a sociedade, por seus representantes, oferecer, com o requerimento, os documentos exigidos no art. 1.134, e ainda a prova da realização do capital, pela forma declarada no contrato, ou no estatuto, e do ato em que foi deliberada a nacionalização.

§ 2º O Poder Executivo poderá impor as condições que julgar convenientes à defesa dos interesses nacionais.

§ 3º Aceitas as condições pelo representante, proceder-se-á, após a expedição do decreto de autorização, à inscrição da sociedade e publicação do respectivo termo.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 71, Decreto-lei n. 2.627, de 26.09.1940.

Autorizada, ou não, a funcionar no Brasil, a pessoa jurídica constituída no exterior poderá adquirir a nacionalidade brasileira mediante autorização específica, a ser expedida no âmbito do Poder Executivo federal, pelo Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, dada já referida delegação de atribuições administrativas (Decreto n. 3.444, de 28.04.2000). Admite-se a nacionalização de sociedade estrangeira, o que se perfaz por meio da transferência de sua sede para o território nacional, formalizada por inscrição perante Junta Comercial ou Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica. O pedido de autorização é sempre apresentado pelos representantes da sociedade, devendo ser instruído com os mesmos documentos elencados no § 1º do art. 1.134, necessários à apreciação do pedido de funcionamento, atualizados e acrescidos das provas da completa integralização do capital social e da deliberação dos sócios, aprovando a alteração da sede. Os §§ 2º e 3º contêm regras similares às constantes do *caput* e parágrafo único do art. 1.135. Ao ser examinado o pedido de concessão de autorização para nacionalização de sociedade estrangeira, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior pode estabelecer condições especiais, sempre em concordância com o interesse público. Há ampla discricionariedade na fixação de tais condições, tudo dependendo da realização de um exame pormenorizado e individualizado. Estabelecidas as condições especiais, a decisão administrativa será comunicada à requerente e, na hipótese de discordância, o pedido de concessão de autorização estará, automaticamente, prejudicado. Se forem, porém, aceitas as condições especiais, edita-se, em seqüência, o ato administrativo formalizador do deferimento do pedido formulado, cabendo, então, à sociedade, nos trinta dias seguintes à publicação de tal ato, promover a publicação, pelo *Diário Oficial da União*, do texto do requerimento de nacionalização deferido e de toda a documentação anexa, postulando, por meio da exibição de um exemplar do periódico referido, a inscrição. O presente artigo reproduz, com pequenos ajustes redacionais, o art. 71 do Decreto-lei n. 2.627/40 e, frise-se, colide, frontalmente, com os atuais movimentos de liberalização da circulação de capitais e atração e desoneração da riqueza produtiva.

TÍTULO DO ESTABELECIMENTO

CAPÍTULO ÚNICO DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

CC/1916: sem correspondente.

Considerada a empresa, tal qual afirmado no art. 966, como uma estrutura complexa e capaz de ser examinada de quatro ângulos ou perfis diferenciados, o estabelecimento empresarial corresponde a seu perfil patrimonial. A produção ou a circulação de mercadorias ou serviços precisa, para ser desenvolvida, do agrupamento de bens corpóreos e incorpóreos dotados de destinação econômica específica, organizados e dispostos racionalmente para a execução da atividade profissional própria à empresa. Forma-se, assim, uma universalidade,

ou seja, um bem coletivo que conforma um todo único, mas heterogêneo. A vontade de um empresário, manifestada por meio de decisões individuais e interligadas, envolve o conjunto composto por uma quantidade variável de bens singulares, de identidade e qualidade totalmente díspares, vinculando-o a uma mesma finalidade econômica e dotando-o, por isso, de unidade. Surge, então, como universalidade de fato, dado seu enquadramento na definição contida no *caput* do art. 90, o estabelecimento empresarial. Seja qual for o empreendimento realizado, haverá sempre um estabelecimento, pois o empresário necessitará se aproveitar de algum suporte material, somando-se, por exemplo, materiais de escritório, bens de capital, marcas, patentes ou veículos, tudo integrado pelos mesmos desígnios volitivos. O estabelecimento pode ser simples, concentrando-se todos os bens num único local geográfico, mas, também, assume a forma complexa e pode apresentar ramificações, estendendo-se a locais diferentes, sob a forma de sucursais ou filiais, de acordo com a magnitude e o conteúdo da atividade escolhida. A variabilidade é bastante grande, contrastando, inclusive, o estabelecimento urbano, voltado para o comércio ou para a indústria, com o estabelecimento rural, voltado para a agricultura ou a pecuária.

Jurisprudência: O estabelecimento empresarial, como complexo de bens, não é dotado de personalidade jurídica ou personalidade judiciária, não podendo comparecer a juízo na qualidade de autor ou réu, o que deve ser efetuado, isso sim, pelo empresário individual ou coletivo, seu titular. (TJSP, Ap. n. 260.996-2, 4ª Câm. Cível, rel. Des. Franciulli Netto, j. 12.09.1995)

Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

CC/1916: sem correspondente.

Qualificado o estabelecimento empresarial como uma universalidade de fato, resulta, como decorrência natural, a possibilidade de ser tal bem coletivo objeto de negócios jurídicos. Cada um dos elementos individuais do estabelecimento pode receber tratamento isolado, mas, nos termos do proposto pelo parágrafo único do art. 90, pode-se considerá-los como um todo. Viabiliza-se, portanto, a celebração de contratos ou a instituição de direitos reais sobre o todo formado pelo conjunto de bens destinados à produção ou circulação de bens organizada profissionalmente, unidos por uma mesma finalidade e colocados sob a disponibilidade do empresário. A consecução desses negócios jurídicos toma como ponto de partida a obra criadora e organizadora realizada, realçando-se a alienação do estabelecimento, denominada *traspasse*, e seu arrendamento, espécie peculiar de locação. Os valores agregados pela reunião ordenada dos bens componentes do estabelecimento merecem ser sempre considerados, sendo imprescindível ter sempre em mente seus predicados fundamentais. O volume e a qualidade de pessoas com as quais é mantido relacionamento negociai, ou seja, a clientela, bem como o potencial de lucros gerado pela concreta situação de dado estabelecimento, correspondente ao aviamento, se conjugam à eficiência operacional proporcionada pelos locais físicos ou virtuais nos quais é mantido relacionamento com dito público (pontos de empresa). Todos os predicados do bem coletivo se somam, diferenciando-se de mera soma ou reunião desordenada. Obtém-se, então, uma apreciação mais exata da realidade patrimonial presente na empresa, o que, caso cada bem fosse apreciado em separado, não ocorreria. Anote-se, por fim, que, muito embora a universalidade se apresente como um bem móvel, devendo, quando celebrado negócio jurídico tendo-o por objeto, ser observadas as formalidades próprias a tal espécie de bem, os imóveis incluídos na universalidade recebem tratamento peculiar e os atos relativos são feitos em separado, obedecendo a sua disciplina peculiar.

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

CC/1916: sem correspondente.

Os negócios jurídicos bilaterais referidos no artigo anterior e tendentes à alienação, ao arrendamento ou à instituição do direito real de usufruto sobre o estabelecimento empresarial apresentam, como fator condicionante de sua eficácia, a ampla divulgação de sua consecução. Exige-se, assim, seja tornada pública a notícia da mutação patrimonial sofrida pelo empresário individual ou coletivo (sociedade empresária), para que os efeitos do ato realizado possam se expandir sobre terceiros, não se limitando apenas aos celebrantes de um contrato, seja este oneroso ou gratuito. Tal publicidade se efetiva, num primeiro plano, mediante o arquivamento perante Junta Comercial e a inscrição do empresário do instrumento público ou particular do contrato enfocado, ressaltando-se haver o texto legal utilizado, de maneira imprópria, a palavra “averbado”, em contraste com a legislação especial vigente (art. 32, II, e, da Lei n. 8.934/94). É preciso, num segundo plano, promover a publicação de aviso pela imprensa oficial do Estado-membro em que está sediado o empresário ou, tratando-se do Distrito Federal, no *Diário Oficial da União* (art. 1.152, § Iº). Ausente uma das duas providências, um terceiro não pode ser atingido pelos efeitos decorrentes do negócio celebrado; a eficácia só permanece plena ante as próprias partes.

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

CC/1916: sem correspondente.

Feita uma avaliação acerca do potencial surgimento da insolvência do alienante do estabelecimento empresarial, pode ser verificada grave inaptidão patrimonial, vislumbrando-se prejuízo vultoso para os credores, desfalcada, irremediavelmente, a garantia geral oferecida a seu pagamento. No conjunto dos ativos, o estabelecimento cuja titularidade está sendo transmitida pode apresentar tal relevância que, sem ele, o valor do passivo acumulado superaria aquele atribuído aos demais bens. Nesse caso, para que seja possível extrair todos os efeitos da alienação desejada, exige-se, como fator de eficácia, o adimplemento antecipado das dívidas do empresário alienante ou, efetuada a notificação judicial ou extrajudicial de cada um de seus credores, não seja oferecida, no prazo de trinta dias, qualquer oposição, o que será equivalente a uma aquiescência tácita. O contrato celebrado, caso não seja materializada uma das situações propostas, será válido, mas não apresentará plena eficácia, não podendo atingir a esfera jurídica de credores do empresário alienante. Frise-se que a hipótese prevista no presente artigo pode fornecer suporte à decretação da falência do empresário, porquanto a alienação onerosa ou gratuita do estabelecimento, de acordo com o art. 94, III, c, da Lei n.

11.101/2005 (antigo inciso V do art. 2º do Decreto-lei n. 7.661/45), constitui uma das causas singulares de caracterização do estado falimentar, quando realizada sem aquiescência dos credores e não sobram bens suficientes ao saldo das dívidas. Ademais, persiste correspondência com o disposto no art. 129, VI, da Lei n. 11.101/2005 (antigo art. 52, VIII, do Decreto-lei n. 7.661/45), que prevê, ante a falta de prévio adimplemento ou de aquiescência dos

credores, o ajuizamento de ação revocatória, por meio da qual é postulado o reconhecimento judicial da ineficácia da alienação de um estabelecimento, deixando o negócio de produzir efeitos perante os ditos credores. A ação revocatória é proposta contra o adquirente do estabelecimento e pretende trazer tal universalidade à massa falida, integrando procedimento concursal em andamento.

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

CC/1916: sem correspondente.

Celebrado contraio resultante na alienação gratuita ou onerosa do estabelecimento empresarial, o adquirente assume a titularidade da universalidade de fato no estado em que ela se encontrar e, por isso, responde pelas dívidas já constituídas pelo alienante, desde que persista, evidentemente, nexa de finalidade entre seu surgimento e a administração do conjunto patrimonial enfocado. Diante do trespasse ou da doação, o adquirente sucede, pura e simplesmente, o alienante e deve pagar as referidas dívidas, como se tivessem nascido de sua própria atuação. A regra não admite exceção e apresenta natureza cogente, não sendo válida cláusula contratual em sentido diverso, para excluir ou limitar a responsabilidade do adquirente. Uma única ressalva foi feita, com o fim de resguardar a posição do adquirente de boa-fé. O adquirente permanece isento de responsabilidade quanto a dívidas não contabilizadas, não podendo ser surpreendido por débitos não lançados nos livros do alienante. A alienação pressupõe tenha sido feito um exame da situação econômico-financeira da atividade empresarial realizada pelo estabelecimento, o que, no mais das vezes, só é viável com a leitura e a análise dos lançamentos contábeis, que devem ser elaborados com a estrita observância das regras legais e técnicas. Caso haja dívidas não contabilizadas, a responsabilidade exclusiva recai sobre o alienante, que usou, supostamente, de malícia no curso das tratativas do contrato celebrado. De toda maneira, o alienante, em decorrência do texto legal expresso, mantém-se vinculado a todas as dívidas antigas, permanecendo, por um lapso de tempo certo e determinado, solidariamente obrigado, como forma de proteção suplementar dos credores. A solidariedade remanesce vigente durante um ano, prazo este que pode ostentar dois diferentes marcos iniciais de contagem. Para as dívidas vencidas antes da celebração do contrato de trespasse ou de doação, o prazo de um ano é contado a partir da publicação prevista no art. 1.144, feita pela imprensa oficial, enquanto, para as demais dívidas, seu vencimento constitui o marco de início da contagem do prazo de um ano. Ressalte-se que as regras estratificadas pelo presente artigo apresentam grande importância, suprimindo antiga lacuna da legislação nacional e evitando a proliferação de soluções díspares para as questões controvertidas derivadas da alienação do estabelecimento empresarial.

Jurisprudência: Os julgados relativos a alienações ocorridas antes da vigência do Código Civil de 2002 propõem, preponderantemente, a exclusão da responsabilidade do adquirente, afirmando não ocorrer uma automática sucessão do passivo (TACPR, Ap. n. 223.654-0, 2ª Câ. Cível, rel. Juiz Fernando Vidal de Oliveira, j. 09.05.2003; I TACSP, AI n. 1.216.875-9, 12ª Câ., rel. Juiz José Araldo da Costa Telles, j. 09.12.2003), o que mereceu, ante o texto expresso de lei, ser revisto. Reconhece-se, desde logo, porém, quando efetuado pagamento pelo adquirente, possa ele buscar o reembolso dos valores despendidos junto ao alienante, desde que não persista cláusula específica em sentido contrário. (TJMS, Ap. n. 2003.012155-2/0000-00, 4ª T. Cível, rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, j. 25.05.2004; TJRJ, Ap. n. 2006.001.49913, 14ª Câ. Cível, rel. Des. Elton Leme, j. 30.05.2007)

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

CC/1916: sem correspondente.

Até o início da vigência do Código Civil de 2002, era muito comum a inserção, nos contratos de trespasse, de uma cláusula de interdição de concorrência, explicitando estar o alienante proibido de organizar novo estabelecimento similar ao transmitido e, assim, impor substancial prejuízo ao adquirente, dada a depreciação decorrente de inevitável perda de clientela e diminuição do aviamento. Agora, a proibição está subentendida, ostentando caráter geral e vigorando por um prazo certo, de cinco anos contados da celebração de contratos onerosos ou gratuitos resultantes na transferência da titularidade de um estabelecimento, de trespasse ou de doação. A regra possui, contudo, natureza dispositiva e as partes negociais (alienante e adquirente) podem dispensar, limitar ou ampliar a interdição legal, mediante cláusula inserida no instrumento contratual elaborado, cuja averbação está prevista no art.

1.144. Deixa-se espaço para que o interesse privado prevaleça e construa uma disciplina concreta para o período imediatamente posterior à transferência da titularidade de um estabelecimento empresarial, preservado um regramento mínimo. O parágrafo único estende, também, a incidência da regra geral de interdição da concorrência ao contrato de arrendamento e à instituição de usufruto do estabelecimento empresarial, fixando-se apenas um prazo diverso, posto que a proibição deve perdurar enquanto o arrendamento estiver em curso ou o direito real de usufruto continuar onerando o bem coletivo. Equiparam-se, assim, o arrendatário e o usufrutuário ao adquirente do estabelecimento empresarial, pois suas posições jurídico-econômicas são, ao menos quanto à concorrência, equivalentes, ficando protegido quanto à atuação do arrendante ou do nu-proprietário, instituidor do direito real limitado.

Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

CC/1916: sem correspondente.

Diante do trespasse ou da doação do estabelecimento empresarial, os contratos de execução continuada que tiverem sido celebrados com o fim de viabilizar a exploração adequada e eficiente do empreendimento organizado são submetidos a uma automática cessão de posições contratuais, dando-se, assim, continuidade à atividade econômica realizada. Opera-se uma sub-rogação. Sem a necessidade de qualquer formalidade adicional, o adquirente toma o lugar do alienante e o substitui inteiramente, tanto em deveres quanto em direitos decorrentes do antigo negócio jurídico. Essa substituição abrange todos os contratos de fundo exclusivamente econômico (o de fornecimento, por exemplo), excluindo-se, em razão da natureza subjetiva do vínculo obrigacional, aqueles celebrados *intuitu personae* (o de mandato, por exemplo). Trata-se, porém, de uma regra geral, de caráter dispositivo, que pode ser, conforme a conveniência do alienante e do adquirente, revogada concretamente, mediante cláusula expressa. Em outro sentido, persiste, também, a possibilidade de o terceiro, cocontratante, promover a pura e simples denúncia do contrato celebrado. Estabeleceu-se um prazo de

noventa dias, contado da publicação prevista no art. 1.144, dentro do qual o cocontratante pode manifestar, unilateralmente, sua vontade de extinguir o vínculo contratual já constituído, devendo, para tanto, expor justa causa. O texto legal não delimita o que deve ser considerado justa causa e, por ser conceito aberto, submetido a constante e renovada avaliação casuística, a justa causa não precisa estar ligada, de toda maneira, à pessoa do adquirente e a sua aluação no lapso imediatamente posterior à transferência do estabelecimento. Faz-se, por isso, ressalva expressa, pois, com a denúncia de um contrato, potencializa-se a diminuição do valor do estabelecimento, causando uma inesperada dificuldade de exploração da atividade empreendida, e a responsabilidade civil do alienante, desde que sua pretérita conduta tenha resultado na cessação dos lucros previstos, pode ser reclamada em juízo.

Art. 1.149. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

CC/1916: sem correspondente.

Toda alienação de um estabelecimento empresarial importa na automática cessão dos créditos já constituídos e ainda não solvidos, sejam eles vincendos, sejam eles vencidos. Trata-se de regra especial, semelhante àquela inserta no artigo anterior, por meio da qual são dispensadas as formalidades peculiares a uma cessão de crédito comum, em particular a notificação do devedor e a formalização por instrumento específico (arts. 288 e 290). Com o advento da publicação prevista no art. 1.144, a cessão dos créditos derivados da atividade empresarial realizada pelo estabelecimento transmitido restará concretizada imediatamente. Protege-se, porém, o devedor de boa-fé, que, mediante o desconhecimento efetivo da alienação operada e do engano gerado por uma falsa aparência, paga a quem não é mais o titular do crédito. Nessa hipótese, fica o devedor desonerado, cabendo ao adquirente do estabelecimento, na qualidade de cessionário do crédito, buscar ressarcimento do alienante, o cedente desse mesmo crédito, que, sem legitimidade, percebeu valores e forneceu quitação. Identifica-se, aqui, grande semelhança com o disposto na primeira parte do art. 292.

TÍTULO IV DOS INSTITUTOS COMPLEMENTARES

CAPÍTULO I DO REGISTRO

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 4º e 10, item 2 (*revogados*), Código Comercial; arts. 114 a 126, Lei n. 6.015, de 31.12.1973.

Este quarto título do Livro II do Código Civil de 2002 contém regramentos complementares, somando-se ao fundamental, relativo ao empresário individual ou coletivo e ao estabelecimento empresarial. Examinam-se, aqui, quatro institutos variados, sempre presentes no

curso da realização da atividade empresarial e de inegável importância. O primeiro desses institutos é o registro. Exige-se, para a regular atuação profissional voltada para a produção de bens ou serviços destinados ao mercado, que seu autor, o empresário individual ou coletivo, disponibilize ao público, com o qual mantém potencial relacionamento, todos os dados característicos e elementares à criação, modificação ou extinção da empresa mantida sob sua iniciativa e responsabilidade. A ampla divulgação é obtida por meio da publicidade registrária, organizada por meio de órgãos oficiais, sistematizando o Registro Público de Empresas Mercantis, já disciplinado pela Lei n. 8.934/94 e composto pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio - DNRC e pelas Juntas Comerciais. O DNRC apresenta-se como órgão central, incumbido de uniformizar os procedimentos adotados e expedir normas técnicas de aplicação geral, permanecendo submetido ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, enquanto as Juntas Comerciais, sediadas na capital de cada Estado-membro, mediante requerimento de cada interessado, praticam os atos de registro e efetivam a concreta divulgação de seu conteúdo, por meio da expedição de documentos dotados de fé pública. A situação das sociedades simples ficou ressalvada. As sociedades simples, diante da ausência de empresariedade, se submetem a um sistema registrário diferenciado, promovido pelo Registro Civil de Pessoa Jurídica e já disciplinado pela Lei n. 6.015/73. Nesse caso, os atos são praticados por oficiais, na qualidade de delegados do Poder Público (art. 236 da CF), os quais atuam com atribuição territorial específica. Ainda que uma sociedade simples tenha adotado um tipo empresário (art. 983, parte final), o teor de seu objeto social condiciona a incidência das normas regentes do registro.

Art. 1.151.0 registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.

§ 1º Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados no prazo de trinta dias, contado da lavratura dos atos respectivos.

§ 2º Requerido além do prazo previsto neste artigo, o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão.

§ 3º As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 36, Lei n. 8.934, de 18.11.1994.

A atividade registrária submete-se ao princípio da instância, de maneira que os atos de registro, qualquer que seja sua finalidade, conteúdo ou forma, não podem ser feitos de ofício, sempre dependendo seja formulado requerimento específico, devidamente instruído com os documentos exigidos para cada circunstância concreta. A legitimidade primária para postular um ato de registro é, em regra, conferida ao próprio empresário individual ou aos administradores da sociedade personificada, decorrendo de suas atribuições naturais zelar pelo desempenho regular e eficiente da atividade econômica e profissional escolhida. Num segundo plano, confere-se legitimidade extraordinária a qualquer sócio da sociedade personificada ou, em sentido mais amplo, a qualquer pessoa que demonstre interesse jurídico, quando caracterizada a demora, pelo decurso de lapso superior a trinta dias da elaboração do documento destinado à consecução do registro. Esse mesmo prazo condiciona os efeitos produzidos pelo ato de registro. No geral, persiste uma eficácia retroativa, que se reporta à data do documento já referido, mas, diante da demora, isto é, se ultrapassados os trinta dias da elaboração de tal documento, os efeitos exteriorizam-se *ex nunt* apenas a partir da data do ato de registro materializado. Ademais, ao final, o § 3º enfatiza a responsabilidade civil dos titulares da legitimidade primária para

poslular um ato de registro, desde que do desrespeito do prazo legal nasça dano emergente ou lucro cessante, o que resguarda a possibilidade da sociedade personificada ou de um sócio em seu nome postular, perante administrador desidioso, reparação patrimonial.

Art. 1.152. Cabe ao órgão incumbido do registro verificar a regularidade das publicações determinadas em lei, de acordo com o disposto nos parágrafos deste artigo.

§ 1º Salvo exceção expressa, as publicações ordenadas neste Livro serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede do empresário ou da sociedade, e em jornal de grande circulação.

§ 2º As publicações das sociedades estrangeiras serão feitas nos órgãos oficiais da União e do Estado onde tiverem sucursais, filiais ou agências.

§ 3º O anúncio de convocação da assembleia de sócios será publicado por três vezes, ao menos, devendo mediar, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembleia, o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 124, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Foram estabelecidas, aqui, regras gerais relativas às publicações obrigatórias, impostas ao empresário individual e às sociedades personificadas, cuja finalidade é a plena divulgação dos mais importantes fatos atinentes à conformação de sua organização interna e ao desenvolvimento de sua atividade econômica. Na generalidade dos casos, as publicações são feitas pela imprensa oficial do Estado-membro em que estiver sediado o empresário individual ou a sociedade personificada, ou pela imprensa oficial da União, quando fixada a sede no Distrito Federal, persistindo, cumulativamente, a necessidade de reproduzir os anúncios em jornal local de grande circulação. Tratando-se de sociedade estrangeira, mantida sua sede no exterior, todas suas publicações permanecerão vinculadas ao local em que mantiver sua atividade no território nacional, isto é, onde estiverem instaladas sucursais, agências ou filiais nacionais, veiculando, da mesma maneira, seus anúncios na imprensa oficial e em periódico diário. A assembleia de sócios oferece, no entanto, de acordo com o § 3º, peculiaridades, sendo criado um regime especial para divulgar amplamente a realização do conclave. Como pressuposto da validade das deliberações tomadas em uma assembleia, três anúncios devem ser publicados pelos sócios, estabelecido um interregno mínimo de oito dias entre o primeiro destes e a realização da assembleia. Se a assembleia não for realizada, ausente o *quorum* imprescindível, uma segunda convocação será feita, com a observância de um interregno menor, de cinco dias, respeitando-se o mesmo lapso para eventuais e posteriores convocações. Essa disciplina especial reproduz aquela antes vigente no âmbito das sociedades anônimas fechadas, inserida no art. 124, § 1º, I, da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76). As Juntas Comerciais e os Oficiais de Registro Civil de Pessoa Jurídica, visto que encarregados da consecução dos atos de registro referidos no artigo anterior, ostentam a incumbência de zelar pela regularidade de tais publicações. Confere-se, portanto, uma atribuição fiscalizadora, que implica a possibilidade de serem obstados atos de registro cujo pressuposto seja uma publicação não realizada ou feita irregularmente (art. 40 da Lei n. 8.934/94).

As sociedades enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte estão, em todo caso, dispensadas das publicações normalmente exigidas em função do tipo societário escolhido (art. 71 da Lei Complementar n. 123/2006).

Jurisprudência: A deliberação social tomada em assembleia viciada, pela violação das formalidades atinentes a sua convocação, é passível de anulação, mas o sócio, que se deu

por ciência da realização do ato, enviando, por exemplo, mensagem escrita aos administradores, não pode arguir tal vício, pois o conhecimento prévio elide a invalidade. (TJSP, AI n. 496.361-4/5-00, 6ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 31.05.2007)

Art. 1.153. Cumpre à autoridade competente, antes de efetivar o registro, verificar a autenticidade e a legitimidade do signatário do requerimento, bem como fiscalizar a observância das prescrições legais concernentes ao ato ou aos documentos apresentados.

Parágrafo único. Das irregularidades encontradas deve ser notificado o requerente, que, se for o caso, poderá saná-las, obedecendo às formalidades da lei.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 37 e 40, Lei n. 8.934, de 18.11.1994.

As Juntas Comerciais, por meio de decisões singulares ou colegiadas, e os oficiais de registro civil de pessoa jurídica têm a incumbência de efetuar, como pressuposto inarredável da lavratura dos atos de registro» um exame de qualificação dos documentos apresentados. A qualificação constitui uma análise cuidadosa e completa, pautada pelo respeito à legalidade estrita. Uma verificação dupla será feita, resguardando-se o respeito aos postulados legais e princípios registrários. Na primeira fase da qualificação, observa-se, desde logo, a legitimidade do requerente do registro, tendo sempre em conta as regras ditadas pelo art. 1.151, e, na segunda, ficam enfocadas a lisura e a legalidade formal dos documentos exibidos. Só adentra o registro o que está adequado à ordem legal. Caso identificado óbice, isto é, irregularidade, indefere-se o pedido formulado e expede-se uma comunicação formal a seu requerente, devolvendo-lhe a documentação exibida. A superação dos óbices opostos pode ser, eventualmente, viabilizada pela alteração dos documentos originais, adequando-os aos motivos da rejeição do ato postulado. Trata-se, aqui, de um procedimento técnico, já disciplinado com detalhes pela legislação especial (Leis ns. 6.015/73 e 8.934/94), só trazendo o presente artigo uma breve referência ou um esboço de seu teor efetivo, sem especificar prazos a serem cumpridos pelas Juntas Comerciais ou pelos Oficiais de Registro Civil de Pessoa Jurídica ou as fórmulas de recepção e devolução dos documentos. O estudo mais aprofundado da matéria remete, portanto, à mencionada legislação extravagante.

Art. 1.154.0 ato sujeito a registro, ressalvadas disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia.

Parágrafo único. O terceiro não pode alegar ignorância, desde que cumpridas as referidas formalidades.

CC/1916: sem correspondente.

Os atos submetidos à publicidade registrária, em regra, só produzem efeitos perante terceiros após a consecução do ato de registro correspondente e, em contrapartida, esses mesmos terceiros não podem alegar o desconhecimento dos atos ou fatos divulgados pelo registro, dado o amplo e irrestrito acesso à informação. A publicidade registrária, além de obrigatória, assume eficácia total, *erga omnes*. Antes de submetidos a registro, os efeitos de um ato (de criação, de modificação da conformação ou de extinção) do empresário só atingem seus interessados, expandindo-se com o registro e atingindo todo e qualquer terceiro. É possível, no entanto, sejam estabelecidas situações de caráter excepcional, como o ressalvado pelo *caput*, em duas circunstâncias. Mesmo quando ausente o registro previsto como obrigatório, diante de norma positivada expressa ou quando ficar demonstrado o efetivo e concre-

to conhecimento do ato ou do fato, o terceiro não poderá, também, furtar-se aos efeitos produzidos por dito ato ou fato.

CAPÍTULO II DO NOME EMPRESARIAL

Art. 1.155. Considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício de empresa.

Parágrafo único. Equipara-se ao nome empresarial, para os efeitos da proteção da lei, a denominação das sociedades simples, associações e fundações.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 33 e 34, Lei n. 8.934, de 18.11.1994.

Todo nome corresponde a uma palavra ou locução destinada a designar algo ou alguém, indicando suas características, de maneira a que seja promovida uma distinção com respeito às demais coisas ou pessoas. O nome empresarial, o segundo instituto complementar à disciplina da empresa regrado pelo vigente Código, é o designativo peculiar ao empresário, como sujeito de direito encarregado da gestão da atividade econômica empreendida e da organização das pessoas e coisas necessárias a sua realização. Ele constitui elemento de identificação do empresário individual ou coletivo, por meio do qual se distingue sua individualidade profissional e é demonstrada, imediatamente, a vinculação de atos praticados ao exercício de uma atividade empresarial, de produção ou circulação de bens ou serviços destinados ao mercado. A aquisição de um nome empresarial deriva da consecução de uma inscrição, ato de registro originário, recebendo proteção especial, em obediência ao comando constitucional inserto no inciso XXIX do art. 5º da Constituição da República. No Brasil, são previstas duas espécies de nome empresarial, a firma e a denominação, cuja utilização depende da forma de organização do empresário enfocado e que são, especificamente, disciplinadas nos artigos seguintes. O parágrafo único consumou uma equiparação entre o nome empresarial e o nome conferido às sociedades simples, associações e fundações, estendendo-lhes, apesar da ausência de empresariedade, idêntica proteção, preservado, porém, um regramento separado e lacônico (arts. 46,1, e 997, II, do CC; art. 120,1, da Lei n. 6.015/73), firmada apenas a necessidade de ser adotada uma denominação.

No caso de sociedades enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, diante de seu regramento especial, em todo caso, o nome empresarial é acrescido das expressões “Microempresa” ou “Empresa de Pequeno Porte” ou de suas correspondentes abreviações (“ME” ou “EPP”), facultada a menção específica ao conteúdo do objeto social, conforme o art. 72 da Lei Complementar n. 123/2006).

Art. 1.156. O empresário opera sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado, aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 3º, Decreto n. 916, de 24.10.1890.

A identificação do empresário individual é realizada por meio da utilização de uma firma, como espécie de nome empresarial vinculada diretamente a uma pessoa e derivada de

outro nome, este de natureza civil. A firma ou razão individual é composta pelo nome completo ou abreviado do empresário individual (pessoa física), somado, de maneira opcional, a algum predicado relativo à atividade exercida ou a elemento peculiar a seu titular. É vedada a composição da firma com uma designação fictícia, adotando-se, aqui, o sistema da veracidade ou autenticidade, o que impõe correspondência entre o nome civil e o empresarial e interdita a aposição de elementos estranhos ao empresário identificado que possam induzir terceiros a um erro. Em razão da adoção do sistema da veracidade ou autenticidade, não se admitem supressões, mas apenas abreviações, persistindo a necessidade de estabelecer total distinção com respeito a outros empresários homônimos, mediante acréscimos (art. 1,163). Ademais, as alterações do nome civil do empresário individual precisam, também, se refletir em sua firma, sendo obrigatória sua alteração seqüencial. A identificação feita por meio da firma precisa ser exata e verdadeira. O uso da firma atesta ou indica a vinculação de dado ato ao exercício profissional da atividade voltada para a produção ou circulação de bens e serviços destinados ao mercado e não pode deixar dúvidas quanto a seu conteúdo.

Art. 1.157. A sociedade em que houver sócios de responsabilidade ilimitada operará sob firma, na qual somente os nomes daqueles poderão figurar, bastando para formá-la aditar ao nome de um deles a expressão “e companhia” ou sua abreviatura.

Parágrafo único. Ficam solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações contraídas sob a firma social aqueles que, por seus nomes, figurarem na firma da sociedade de que trata este artigo.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 312 e 315 (*revogados*), Código Comercial.

Dentre as sociedades empresárias personificadas, algumas ostentam sócios com responsabilidade ilimitada, garantindo, com seu patrimônio pessoal, o pagamento das dívidas sociais. Encontram-se, nesse âmbito, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples e a sociedade em comandita por ações. Caso, ao ser celebrado o contrato social, seja adotado um de tais tipos, a identificação do empresário coletivo é realizada por meio da utilização de uma firma ou razão social, como espécie de nome empresarial vinculada diretamente a um dos sócios e derivada de seu nome, este de natureza civil, feita a ressalva de que na comandita por ações, dada expressa menção constante do art. 1.090, é possível, também, a critério dos sócios, operar sob denominação. Nas sociedades em nome coletivo, em comandita simples ou em comandita por ações, a firma ou razão social é composta pelo nome completo ou abreviado de um, alguns ou todos os sócios de responsabilidade ilimitada, somado, sempre que não houver sido incluído ao menos um de seus nomes, à expressão “e companhia” ou sua forma simplificada (“8c Cia.”) ou qualquer outra expressão indicativa de uma pluralidade superior (por exemplo, “e filhos” ou “e irmãos”). Assim como o expandido no artigo anterior, é vedada a composição da firma com uma designação fictícia, adotando-se, aqui, o sistema da veracidade ou autenticidade, o que impõe correspondência entre o nome civil dos sócios e o nome empresarial conferido à sociedade personificada, estando proibida a aposição de elementos estranhos ao empresário coletivo identificado que possam induzir terceiros a um erro. Na sociedade em nome coletivo, o nome de qualquer dos sócios pode ser inserido na firma, só admitindo-se pessoas físicas (art. 1.039); na sociedade em comandita simples, só podem ser incluídos os nomes dos sócios comanditados, só admitindo-se, também, pessoas físicas (art. 1.045); na sociedade em comandita por ações, o nome dos comanditados deve compor a firma, mas se admitem, nessa categoria, tanto pessoas físicas quanto jurídicas. Ressalte-se que o nome empresarial, quando empregado um dos tipos sociais aqui especificados, indica, publicamente, o fornecimento de uma garantia pessoal e, por isso,

mesmo que a pessoa anunciada pela firma não seja, de acordo com o contrato celebrado, um sócio de responsabilidade ilimitada, sua vinculação ao pagamento das dívidas sociais resultará, automaticamente, da indevida inclusão de seu nome. A indevida inclusão gera uma errônea aparência para os credores e, como consequência, nasce uma responsabilidade extraordinária, que ultrapassa as regras estratificadas no instrumento contratual inscrito.

Art. 1.158. Pode a sociedade limitada adotar firma ou denominação, integradas pela palavra final “limitada” ou a sua abreviatura.

§ 1º A firma será composta com o nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas, de modo indicativo da relação social.

§ 2º A denominação deve designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios.

§ 3º A omissão da palavra “limitada” determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 3º, Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

Por se referir a um tipo híbrido, reunindo, ao mesmo tempo, características próprias a uma sociedade de capital e de pessoas, o nome empresarial das sociedades limitadas admite maior variação, sendo possível a adoção de qualquer uma de suas duas espécies, a firma e a denominação, de acordo com a conveniência dos sócios. A firma é composta, indiscriminadamente, pelo nome de um, alguns ou todos os sócios, pois todos eles se encontram em uma mesma categoria, apresentando o mesmo grau de responsabilidade diante das dívidas sociais, tal como exposto pelo art. 1.052, limitado ao valor da quota. Podem ser usadas abreviações, só admitindo-se a inclusão do nome civil de pessoas físicas na composição da firma, utilizando-se, diante da ausência de referência a pelo menos um dos sócios, de expressão indicativa de uma coletividade (“e companhia”), aplicando-se sempre o princípio da veracidade. A denominação é constituída pela simples utilização de um designativo qualquer, escolhido livremente pelos sócios, sem vinculação necessária com o quadro social. O nome empresarial, neste último caso, nasce de uma composição, realçado sempre o conteúdo do objeto social e admitido o emprego do nome civil de um ou mais dos sócios ou de algumas de suas parcelas. A denominação ou a firma é, aqui, de toda maneira, sempre seguida do vocábulo “limitada” ou de sua forma abreviada (“Ltda”). Trata-se de elemento distintivo do nome empresarial de toda sociedade limitada, empregado obrigatoriamente para a vinculação da pessoa jurídica, sob pena da imposição de gravíssima sanção ao administrador, autor da omissão concreta. Subsistirá, conforme o § 3º, a assunção de responsabilidade excepcional e direta do administrador pela dívida social constituída, figurando este, por não haver indicado o tipo societário, como devedor solidário.

Art. 1.159. A sociedade cooperativa funciona sob denominação integrada pelo vocábulo “cooperativa”

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 5º, Lei n. 5.764, de 16.12.1971.

O nome da sociedade cooperativa é sempre uma denominação, constituída pela simples utilização de um designativo qualquer, escolhido livremente pelos sócios, vedada qualquer

vinculação com o quadro social. Não pode ser adotada firma, persistindo a obrigatoriedade da inclusão de um elemento distintivo, correspondente ao vocábulo “cooperativa”, indicativo do tipo societário e de uso imprescindível. Frise-se que a sociedade cooperativa não é empresária e que a legislação especial atinente a tal tipo não fornece orientação discrepante (art. 5º da Lei n. 5.764/71).

Art. 1.160. A sociedade anônima opera sob denominação designativa do objeto social, integrada pelas expressões “sociedade anônima” ou “companhia”, por extenso ou abreviadamente.

Parágrafo único. Pode constar da denominação o nome do fundador, acionista, ou pessoa que haja concorrido para o bom êxito da formação da empresa.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 3º, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

A sociedade anônima só pode adotar denominação como espécie de nome empresarial desvinculada do quadro social. Não se admite firma, como reflexo da natureza do tipo societário, presente um consentimento diferenciado e lastreado no simples fornecimento de contribuição patrimonial, uma *affectio societatis* objetiva. A denominação deve conter expressa referência ao conteúdo preponderante do objeto social, divulgando, genérica ou especificamente, o ramo da principal atividade econômica realizada. Ademais, é obrigatória a inserção das expressões “sociedade anônima” ou “companhia”, ainda que abreviadamente (“S.A” ou “Cia.”), como elementos distintivos do tipo enfocado, ressaltando-se que a última só pode ser adicionada ao início do nome, dado o disposto no art. 3º, *caput*, da Lei n. 6.404/76. No parágrafo único, consta especial permissão da inclusão de nomes civis na denominação, desde que se refiram ao fundador da sociedade ou a um dos acionistas ou a qualquer pessoa física que tenha colaborado para o empreendimento, não havendo qualquer correspondência com o quadro social, tanto que o falecimento ou a retirada do titular do nome civil usado não atingem a denominação e não implicam sua alteração. O nome civil serve, simplesmente, de base ou suporte para a composição da denominação, a qual ostenta existência própria e desprendida.

Art. 1.161. A sociedade em comandita por ações pode, em lugar de firma, adotar denominação designativa do objeto social, aditada da expressão “comandita por ações”.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 281, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Por suas peculiaridades, a sociedade em comandita por ações pode, a exemplo do que ocorre com a limitada, adotar firma, composta pelo nome dos comanditados, ou denominação, de acordo com a conveniência concreta de seus fundadores. Caso seja feita opção pela denominação, uma referência genérica ou específica ao conteúdo prevalente do objeto social será incluída em sua composição, não sendo permitida, ao contrário da hipótese prevista no artigo anterior, a menção de nomes civis, sob pena de a denominação se confundir com uma firma e ser gerada uma aparência errônea de responsabilidade pessoal pelas dívidas sociais (art. 281 da Lei n. 6.404/76). Há, em todo caso, a necessidade de utilização da expressão “comandita por ações”, como elemento distintivo do presente tipo societário.

Art. 1.162. A sociedade em conta de participação não pode ter firma ou denominação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 325 (*revogado*), Código Comercial.

Faltando-lhe personalidade jurídica» a sociedade em conta de participação não ostenta nome empresarial, tal qual já previsto no art. 325 (*revogado*) do antigo Código Comercial. O nome constitui um direito da personalidade e, tratando-se de uma sociedade-contrato e, portanto, despersonalizada, não seria admissível a adoção de firma ou de denominação. Na conta de participação, os próprios sócios ostensivos realizam todos os negócios e operações tendentes à efetiva consecução do objeto social, assumindo direta responsabilidade perante terceiros e repartindo os resultados angariados apenas em um segundo momento ante todos os contratantes, entre os quais se encontram participantes, que apenas fornecem capital (art. 991). Não há necessidade, como deixa claro o texto do art. 992, de elaboração de instrumento ou registro público, remanescendo presentes somente liames de natureza contratual, sem a formação de um novo sujeito de direito. Em suma, a ausência de nome é uma decorrência lógica da estrutura jurídica da sociedade em conta de participação.

Art. 1.163.0 nome de empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro.

Parágrafo único. Se o empresário tiver nome idêntico ao de outros já inscritos, deverá acrescentar designação que o distinga.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 6º, Decreto n. 916, de 24.10.1890.

O empresário individual ou a sociedade empresária, seja qual for, deve ostentar um nome diferenciado com respeito a qualquer outra pessoa enquadrada na mesma categoria jurídica dos sujeitos de direito que organizam e mantêm atividade profissional consistente na produção ou circulação de bens e serviços destinados ao mercado. O nome, como elemento de identificação do empresário, serve de instrumento de plena distinção entre um empresário e os demais, de maneira que toda firma ou denominação observa o princípio da novidade, vedada a adoção de nomes iguais ou dotados de semelhança acentuada e ensejadora de confusão. A novidade constitui um dos requisitos de validade de um nome e seu desrespeito implica nulidade, como já estatuído nos arts. 34 e 35, V, da Lei n. 8.934/94. É, contudo, necessário lembrar ser a novidade aferida em âmbito limitado, restringindo-se seu exame aos assentamentos mantidos pelos órgãos de registro isoladamente, ou seja, nos limites de cada Junta Comercial, cujas atribuições sempre dizem respeito a um único Estado-membro. Persistente uma coincidência entre dois nomes, conforme a ordem de prece-dência do registro, o mais novo deve sofrer um acréscimo, consistente em nova designação. Essa menção, prevista no parágrafo único, por mínima que seja, deve possibilitar completa individualização e evitar, assim, a confusão entre o titular da firma ou denominação e qualquer outro empresário.

Art. 1.164. O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.

Parágrafo único. O adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 6º, Decreto n. 916, de 24.10.1890.

Como direito da personalidade, elemento essencial à identificação do empresário individual ou coletivo, o nome empresarial é inalienável, qualquer que seja a espécie adotada (firma ou denominação). Conforme vedação total e expressa, o nome não pode ser objeto de negócios jurídicos onerosos ou gratuitos. Não se trata, aqui, de um bem de propriedade industrial, o que inviabiliza sua pura e simples transferência. Tal regra não comporta exceções, mas é amenizada, no caso da transferência gratuita ou onerosa da titularidade de um estabelecimento. Celebrado um trespasse ou uma doação do estabelecimento, o novo titular da universalidade de fato, isto é, o adquirente, ostenta a faculdade de acrescentar o nome empresarial do alienante ao próprio nome, indicando, assim, uma sucessão. Sem caracterizar uma transferência, o parágrafo único delimitou um uso diferenciado do nome do alienante, pretendendo seja possibilitado o fornecimento de elementos informativos precisos ao público. O vocábulo “sucessor” indica, simplesmente, a persistência de uma continuidade patrimonial. Em todo caso, esse uso excepcional do nome do alienante depende da inserção de cláusula contratual específica no instrumento do trespasse ou da doação, cuja averbação é obrigatória (art. 1.144), devendo haver prévia concordância do próprio alienante. É preciso ressaltar, no entanto, que caso cedidas quotas de uma sociedade limitada, como é corriqueiro, e a pessoa jurídica seja nomeada por meio de denominação, não há óbice algum e se mantém o nome; se, porém, a pessoa jurídica é nomeada por meio de firma, a cessão implicará a necessidade da alteração do nome, caso o sócio cujo nome foi utilizado na composição da firma tenha se retirado.

Art. 1.165. O nome de sócio que vier a falecer, for excluído ou se retirar, não pode ser conservado na firma social.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 8º, Decreto n. 916, de 24.10.1890.

A firma, como espécie de nome empresarial intimamente vinculada à composição do quadro social, deve total observância ao princípio da veracidade. Tratando-se de uma sociedade personificada, sua composição, por isso, ostenta correspondência com a identidade dos sócios. Tal correspondência não remete apenas ao momento em que foi constituído o nome empresarial, mas há de ser mantida a todo momento, atualizando-se conforme forem se sucedendo eventos capazes de afetar o próprio quadro social. A morte, a exclusão ou a retirada de sócios cujo nome civil tenha sido utilizado para compor a firma são refletidas imediatamente no nome empresarial. O texto legal é expresse ao ordenar seja providenciada a imediata adequação da firma desatualizada. Aos administradores da sociedade cabe atualizar a firma, excluindo a referência ao sócio falecido, excluído ou que tenha se retirado voluntariamente, evitando que terceiros possam ter uma inexata impressão acerca das garantias oferecidas ao pagamento das dívidas sociais e da condução das operações realizadas pela pessoa jurídica. A desatualização da firma faz incidir o parágrafo único do art. 1.157 e implica excepcional extensão da responsabilidade do antigo sócio ou de seu espólio.

Art. 1.166. A inscrição do empresário, ou dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, ou as respectivas averbações, no registro próprio, asseguram o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado.

Parágrafo único. O uso previsto neste artigo estender-se-á a todo o território nacional, se registrado na forma da lei especial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 33 e 34, Lei n. 8.934, de 18.11.1994.

A firma ou a denominação é adquirida, consolidando um direito do empresário individual ou coletivo ao nome empresarial, por meio da consecução de um ato registrário realizado perante Junta Comercial, seja ele de inscrição, num momento inicial, seja ele de averbação, quando operada qualquer alteração. A proteção do nome empresarial, como consequência lógica, permanece sempre dependente de sua inclusão em um assentamento registrário válido. As Juntas Comerciais, porém, apresentam atuação limitada ao território de cada Estado-membro, de maneira que a proteção conferida a uma firma ou a uma denominação deve observar, por correspondência, os mesmos limites, restringindo-se ao âmbito estadual. Tal regra geral só comporta exceção quando, observado procedimento a ser especificado pela legislação extravagante, for feito um registro dotado de eficácia superior, que produzirá efeitos em todo o território nacional. Com esse registro especial, seria viável obter, como consignado no parágrafo único, uma proteção nacional ao nome empresarial. Na atualidade, o art. 61, § 2º, do Decreto n. 1.800/96, regulamentador da Lei n. 8.934/94, encarregou o Departamento Nacional de Registro do Comércio da fixação dos requisitos e peculiaridades do registro especial mencionado, mas, mesmo expedida a Instrução Normativa n. 53, de 06.03.1996, que cuida da matéria, houve apenas uma lacônica afirmação da limitação estadual da proteção do nome empresarial (art. 13), remanescendo o registro especial sem específico tratamento e, ainda, não sendo possível efetuar-lo.

Jurisprudência: Pode ocorrer a colisão entre nome empresarial e marca e, nesse caso, a regra inserida neste artigo é aplicada, ou seja, o critério de prevalência é o da anterioridade do registro, especialmente em se tratando de empresas que atuam no mesmo território e no mesmo ramo de atividade. (TRF, 2ª Região, Recurso *ex officio* n. 369.087, 2ª T. Especial, rel. Juiz Messod Azulay Neto, j. 07.03.2006)

Art. 1.167. Cabe ao prejudicado, a qualquer tempo, ação para anular a inscrição do nome empresarial feita com violação da lei ou do contrato.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 10, Decreto n. 916, de 24.10.1890.

Perante a colisão de dois nomes empresariais registrados, deve sempre prevalecer o mais antigo, ou seja, aquele cujo registro é antecedente, podendo o prejudicado, titular da firma ou da denominação registrada em primeiro lugar, ajuizar ação anulatória contra o titular do nome colidente, a qualquer tempo. Trata-se de um resultado lógico do princípio da novidade (art. 1.163), podendo ser aferidas as situações com o uso dos critérios técnicos estabelecidos pelo DNRC, fixados pelos arts. 7º e 10 da Instrução Normativa n. 53/96. Demonstrado efetivo prejuízo à própria identificação empresarial, o empresário poderá solicitar a desconstituição do nome indevidamente registrado, mediante a declaração de sua invalidade. Tendo por objeto um direito da personalidade, a ação anulatória é imprescritível, cabendo sua apreciação à Justiça comum estadual. Transitada em julgado a sentença de procedência da ação

anulatória, é determinado o puro e simples cancelamento do registro mantido pela Junta Comercial, por meio do qual foi constituído o nome inválido.

Jurisprudência: Podem ser objeto de impugnação judicial, inclusive, nomes tidos como inapropriáveis, caracterizadas assim as expressões de uso comum que identificam determinado empresário, dada a "necessidade de preservar a identidade da empresa nas suas relações com a clientela". (STJ, REsp n. 65.002/SP, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.05.2002)

Art. 1.168. A inscrição do nome empresarial será cancelada, a requerimento de qualquer interessado, quando cessar o exercício da atividade para que foi adotado, ou quando ultimar-se a liquidação da sociedade que o inscreveu.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 9º, Decreto n. 916, de 24.10.1890.

O término das atividades profissionais de dado empresário singular ou coletivo implica a cessação da proteção conferida ao nome empresarial, posto que se opera, como consequência, o cancelamento do assentamento registrário elaborado para o regular início dessas mesmas atividades. O cancelamento constitui um ato de efeitos negativos, que extingue a eficácia da inscrição já efetuada (arts. 967 e 998) e anuncia a perda da qualidade de empresário, tornando-a pública. Com efeito, a simples paralisação fática da atividade faz uma pessoa física perder a qualidade de empresário individual, prevendo, em consonância, o art. 60 da Lei n. 8.934/94 que a ausência de qualquer arquivamento no período de dez anos enseja, por si só, a notificação da pessoa inscrita, visando à confirmação de seu "funcionamento" e, na hipótese de inércia, há automático cancelamento de sua inscrição. Tratando-se de sociedade empresária, o final do procedimento de liquidação, previsto nos arts. 1.102 a 1.112, enseja, uma vez extintas as relações mantidas pela pessoa jurídica e o rateio do acervo patrimonial remanescente, a caracterização de uma hipótese de cancelamento da inscrição e de cessação da proteção naturalmente conferida a seu nome. Para postular o cancelamento de uma inscrição, há de estar caracterizado o interesse jurídico; não se admite como legitimado aquele que ostenta simples interesse econômico. O próprio empresário individual ostenta evidente interesse, tal qual o liquidante da sociedade empresária, observado, quanto a este último, o disposto no art. 1.109. No âmbito das sociedades simples, ainda que ausente disposição legal específica na Lei n. 6.015/73, a solução será idêntica, efetuando-se cancelamento do registro mantido pelo Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica.

CAPÍTULO DOS PREPOSTOS

Seção I **Disposições Gerais**

Art. 1.169. O preposto não pode, sem autorização escrita, fazer-se substituir no desempenho da preposição, sob pena de responder pessoalmente pelos atos do substituto e pelas obrigações por ele contraídas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 85 (*revogado*), Código Comercial.

A relação de preposição, tratada neste terceiro capítulo, remete ao perfil corporativo da empresa e resulta de uma subordinação contratual. Na qualidade de preponente, o empresário recruta auxiliares permanentes ou temporários, seus prepostos, pessoas que gravitam em torno da atividade econômica criada e mantida com caráter de profissionalismo. Os prepostos (empregados, procuradores e demais contratados) exercem funções destinadas à viabilização do exercício mais eficaz e adequado da produção e da circulação de bens ou serviços, apresentando atuação individualizada, derivada de seus reconhecidos predicados. São fixadas, tendo em conta tais traços característicos, três regras gerais. Em primeiro lugar, a aludida fórmula de escolha dos auxiliares do empresário conduz à estratificação de uma regra geral impeditiva da delegação dos poderes conferidos a dado preposto. A subcontratação viola, quando não houver sido expressamente autorizada pelo preponente, a natureza *intuitu personae* da relação entre o preposto e o preponente. A exceção se materializa, por isso, sempre por escrito, em instrumento público ou particular, prevendo-se, em consonância, quando desrespeitada a vedação legal, uma responsabilidade extraordinária do preposto. Estabelecida uma relação de preposição, dada a sujeição hierárquica e econômica, o preponente se responsabiliza pelos atos do preposto, mas, quando efetuada uma delegação não autorizada, a violação à regra inscrita no presente artigo provoca, com relação aos atos do substituto subcontratado, a adição da responsabilidade do preposto substituído, arcando este último com eventuais danos patrimoniais sofridos por terceiros. Nesse sentido, além da responsabilidade naturalmente atribuída ao preponente (empresário), o preposto, em solidariedade, ostentará o dever de indenizar.

Art. 1.170. O preposto, salvo autorização expressa, não pode negociar por conta própria ou de terceiro, nem participar, embora indiretamente, de operação do mesmo gênero da que lhe foi cometida, sob pena de responder por perdas e danos e de serem retidos pelo preponente os lucros da operação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 84 (*revogado*), Código Comercial.

De acordo com uma segunda regra geral das relações de preposição, é sempre exigida a fidelidade do preposto. Sua atuação dirige-se ao pleno sucesso da atividade organizada e mantida por dado empresário, que se responsabiliza e se vincula em virtude dos atos praticados e, como contrapartida de uma relação contratual, lhe fornece remuneração. O preposto fica restrito, por isso, ao desempenho de uma atuação voltada ao sucesso da atividade empresarial mantida pelo preponente, sem divisão de seu foco negociai ou operacional. A contribuição, em qualquer nível ou grau de importância, para a consecução de operações englobadas no mesmo ramo econômico da preposição, realizadas pelo próprio preposto ou por terceiros, caracteriza a infidelidade, a não ser diante de uma declaração expressa do preponente, que viabiliza uma livre atuação do preposto e deve estar materializada em instrumento particular ou público. Há, em regra, portanto, uma vinculação exclusiva do preposto à empresa mantida pelo preponente. Em razão da infidelidade, o preposto assume o dever de indenizar todo dano emergente ou lucro cessante experimentado pelo preponente, sendo este último autorizado pelo texto legal a promover a retenção da remuneração antes acordada ao autor do ilícito. O empresário fica, assim, autorizado ao exercício da autotutela de seus interesses, podendo, de imediato e sem a necessidade da solicitação de uma tutela jurisdicional específica, retrucar os atos do preposto infiel.

Art. 1.171. Considera-se perfeita a entrega de papéis, bens ou valores ao preposto, encarregado pelo preponente, se os recebeu sem protesto, salvo nos casos em que haja prazo para reclamação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 76 (*revogado*), Código Comercial.

A formação de uma relação de preposição pode depender da efetiva entrega de documentos ou bens e não apenas da estratificação de um consenso entre o preposto e o preponente. Nesse caso, a investidura do preposto resulta de uma aceitação tácita, efetivada pela recepção física de documentos ou bens. Caso a entrega não seja seguida de qualquer ressalva imediata, isto é, da formulação de um protesto por parte da pessoa então investida como preposto, concretiza-se, de acordo com o texto do presente artigo, uma presunção absoluta da regularidade de tais documentos ou bens e da integral aceitação dos encargos resultantes. Ausente qualquer manifestação contrária e atual, considera-se perfeita a entrega realizada e constituída a preposição desejada. A presunção só não incide quando, por força de norma positivada ou em razão de acordo expreso, for estabelecido um prazo para reclamações, admitindo-se, extraordinariamente, a dedução de manifestação negativa em época posterior. Deve-se aguardar, então, o término do prazo para reclamações, depois do qual se toma como definitiva a preposição.

Seção II

Do Gerente

Art. 1.172. Considera-se gerente o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência.

CC/1916: sem correspondente.

O vocábulo “gerente”, antes utilizado para designar o administrador da sociedade personificada, ganhou, no texto do Código Civil de 2002, um significado diferente e mais técnico. O presente artigo anuncia as qualidades necessárias à caracterização de um gerente. Trata-se de um preposto que atua, permanente e diretamente, com ou sem poderes de representação, na realização dos atos de empresa, obedecendo a diretrizes fornecidas por dado empresário individual ou coletivo para o adequado e correto desenvolvimento da produção e da circulação de bens ou serviços. Dentre os prepostos, o gerente merece especial realce. Ele ostenta posição destacada, atuando, mediante a conferência de poderes fundados em uma confiança profissional e objetiva, como os olhos e os braços de seu preponente. Mantém contato permanente com terceiros, negociando e viabilizando operações concretas, sempre no interesse do empresário, como se fosse este último o autor dos atos praticados. Nos estabelecimentos empresariais complexos, em que há descontinuidade geográfica e a formação de redes de atendimento ao público, a necessidade da participação dos gerentes na realização da atividade empresarial é marcante, ante as dificuldades de presença continuada e diuturna do empresário individual ou dos administradores da sociedade empresária. É, então, fixada uma atuação localizada, delimitada a uma parcela do estabelecimento, como é o caso de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência, pois, ao contrário do administrador, o gerente não precisa remeter seus atos ao conjunto de toda a empresa, sendo comum uma delimitação estrita.

Art. 1.173. Quando a lei não exigir poderes especiais, considera-se o gerente autorizado a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhe foram outorgados.

Parágrafo único. Na falta de estipulação diversa, consideram-se solidários os poderes conferidos a dois ou mais gerentes.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 86 (*revogado*), Código Comercial.

Ao gerente, o empresário pode dar uma autorização genérica para a prática de quaisquer atos tidos como necessários ao pleno desempenho dos encargos conferidos. Tal outorga de poderes pode ser formalizada por meio de um instrumento, mas, em geral, é feita informalmente, persistindo uma simples conferência verbal de atribuições e ficando o gerente imediatamente incumbido da prática de atos de organização interna ou, ainda, de operações envolvendo terceiros. Entre os atos passíveis de serem atribuídos ao gerente, alguns dizem respeito à disposição, mediante alienação ou modificação, de direitos e merecem ressalva legal ou convencional, por sua especificidade e importância, exigindo a conferência de poderes especiais e impondo uma explícita declaração do preponente, mas se trata, evidentemente, de situações de caráter excepcional. Ademais, o parágrafo único prevê, também, a possibilidade de, subsistindo vários gerentes, serem cumulados os poderes conferidos, o que se presume, ou serem repartidas e delimitadas áreas de atuação específicas. De fato, a complexidade das situações concretas pode exigir a pluralidade de gerentes, sendo os poderes de cada qual sempre conferidos de acordo com a conveniência do empresário-preponente, que emitirá as determinações necessárias ou oportunas.

Art. 1.174. As limitações contidas na outorga de poderes, para serem opostas a terceiros, dependem do arquivamento e averbação do instrumento no Registro Público de Empresas Mercantis, salvo se provado serem conhecidas da pessoa que tratou com o gerente.

Parágrafo único. Para o mesmo efeito e com idêntica ressalva, deve a modificação ou revogação do mandato ser arquivada e averbada no Registro Público de Empresas Mercantis.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 86 (*revogado*), Código Comercial.

O empresário-preponente pode atribuir ao gerente-preposto a qualidade de seu representante e, de acordo com sua conveniência concreta, como decorre do parágrafo único do artigo anterior, delimitar o âmbito de eficácia de tal representação. As balizas precisam ser expressas, ficando patente, ante a redação legal adotada, a preocupação de estabelecer regras relativas à responsabilidade decorrente dos atos praticados com abuso ou excesso de poderes, equilibrando as posições do empresário-preponente, o representado, e dos terceiros eventualmente prejudicados. Ultrapassados os limites estabelecidos para a atuação de dado gerente e, portanto, concluídos atos exorbitantes, não há como questionar a própria responsabilidade do preposto, o autor de um ilícito; mas como é, então, definida a posição do empresário? Tal responsabilidade pode subsistir, ou não, conforme tenham sido tomadas providências prévias e necessárias à plena divulgação dos limites da representação e esteja presente, ou não, a boa-fé do terceiro prejudicado. Com efeito, desde que a representação tenha sido instrumentalizada por um documento escrito, levado a registro público perante a Junta Comercial onde for mantida sua ins-

crição, a responsabilidade do preponente será afastada. Forma-se uma presunção absoluta do conhecimento das limitações expressamente impostas, ficando o preponente imune aos resultados danosos da violação do ajuste concreto dessa mesma representação. Trata-se de uma primeira regra legal. Se não houver, no entanto, sido promovido, mediante arquivamento (art. 32, II, e, da Lei n. 8.934/94), o registro do instrumento de representação, o preponente responderá pelos excessos perpetrados pelo preposto, tendo em conta a aparência de licitude gerada, o que conforma uma segunda regra. Induz-se, assim, a solidariedade passiva, resguardando os terceiros prejudicados. Somente o conhecimento contemporâneo da natureza exorbitante do ato perpetrado pelo gerente, isto é, a má-fé do terceiro prejudicado, demonstrada a ausência de aparência a ser tutelada, exclui, também, a responsabilidade do empresário-preponente. O parágrafo único reforça essas duas regras e estende sua aplicação à modificação dos poderes do gerente-preposto, derivada da fixação de novos limites de atuação, bem como à pura e simples revogação de tais poderes. Diante da modificação ou da extinção da representação, a divulgação registrária isenta o preponente de responsabilidade pela atuação do preposto, salvaguardada, quando ausente o necessário arquivamento, a aparência.

Art. 1.175. O preponente responde com o gerente pelos atos que este pratique em seu próprio nome, mas à conta daquele.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 86 e 150 (*revogados*), Código Comercial.

Mesmo que o gerente-preposto atue sem poderes de representação, praticando atos em nome próprio, subsistirá a responsabilidade solidária do empresário-preponente, no interesse de quem tais atos se concretizaram. Estatuiu-se, portanto, em favor de terceiros, uma solidariedade passiva entre o preposto e o preponente, considerada a hipótese de dano emergente ou lucro cessante. Em suma, a atuação do gerente-preposto, obedecendo as instruções fornecidas pelo preponente, fará recair sempre, quando prejudicado terceiro, responsabilidade sobre este último, sendo iguais as situações em que persiste o surgimento de representação e aquelas em que o preposto age em nome próprio e, portanto, não é um representante.

Art. 1.176. O gerente pode estar em juízo em nome do preponente, pelas obrigações resultantes do exercício da sua função.

CC/1916: sem correspondente.

O gerente-preposto pode, conforme o tamanho de suas funções, exercer a representação processual do empresário-preponente, tal qual disposto nos arts. 277, § 3º, e 331 do Código de Processo Civil e 9º, § 4º, da Lei n. 9.099/95, desde que conferidos poderes para transigir. Nesses casos, o gerente comparece em audiência, fazendo o papel do empresário, e atua diretamente em juízo. Tal representação se opera automaticamente, sem maiores formalidades, quando preenchida a condição legal estatuída expressamente e relativa ao conteúdo das questões discutidas. O litígio, portanto, não só deve dizer respeito ao âmbito de atuação do gerente, como precisa ter derivado de ato concreto do próprio preposto. Admite-se, assim, que a delegação de poderes a um gerente possa lhe atribuir, conforme a conveniência do empresário, a qualidade de seu representante judicial.

Seção III

Do Contabilista e Outros Auxiliares

Art. 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele.

Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 77 e 78 (*revogados*), Código Comercial.

O empresário-preponente pode incumbir um ou alguns de seus prepostos da elaboração dos assentamentos contábeis obrigatórios ou não obrigatórios, com os quais a atividade econômica desenvolvida é documentada. Tais prepostos precisam possuir conhecimento técnico específico e ser qualificados profissionalmente como contabilistas (Decretos-Lei ns. 9.295/46 e 806/69). Dotado de tal habilitação específica, um preposto pode realizar lançamentos e zelar pela correção da escrituração de dado empresário. Ademais, quando de autoria de um preposto especificamente designado, os assentamentos se consideram elaborados pelo próprio-empresário preponente. Há uma equiparação completa, ganhando os atos dos prepostos eficácia idêntica à dos praticados pelo preponente. Excepciona-se apenas a má-fé do preposto. Presente o ânimo de prejudicar e, portanto, elaborado, intencionalmente, um lançamento incorreto ou indevido, não é alcançada a equiparação proposta. A má-fé do preposto implica sejam seus atos apartados e distinguidos, não produzindo efeitos perante o empresário-preponente. O parágrafo único encontra-se deslocado, referindo-se não apenas à atuação do contabilista, mas a todo e qualquer preposto. Como complemento ao disposto nos arts. 932, III, e 933, ficou, aqui, regrada a responsabilidade civil do preposto, autor de ato ilícito e causador de dano ao próprio preponente ou a um terceiro. Num primeiro plano, causado um dano ao preponente, nascerá o dever de indenizar sempre que caracterizada a culpa em sentido amplo. Num segundo plano, diante de terceiros, quando o ato danoso deriva do exercício da vontade livre e consciente do preposto, isto é, de uma conduta dolosa, também estará presente o dever de indenizar, formando-se entre o preposto e o preponente uma solidariedade passiva com relação à reparação dos prejuízos sofridos. Os atos culposos (em sentido estrito) não conduzem à responsabilidade direta do preposto diante de um terceiro e, então, só o preponente responderá, de início, pelo resultado danoso, buscando, em seguida, se desejar, o regresso ante o autor do ilícito.

Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito.

Parágrafo único. Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 75 (*revogado*), Código Comercial.

O presente artigo, tal qual o parágrafo único do anterior, encontra-se deslocado, não se referindo pura e simplesmente ao contabilista ou a outro auxiliar do empresário em particular. Foram introduzidas normas de caráter geral, estatuinto-se ampla responsabilidade dos preponentes pelos atos dos prepostos, reproduzindo e pormenorizando o disposto nos arts. 932, III, e 933. Num primeiro plano, o empresário-preponente responderá por todo e qualquer ato do preposto praticado em seu estabelecimento e relativo ao desempenho de sua atividade profissional. Causado um prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial a terceiro e preenchidos os dois requisitos legais relativos ao lugar do evento e à vinculação do dano à empresa, o dever de reparação é automático, deixando-se de lado qualquer questionamento relativo à culpa do preposto. Há uma responsabilidade objetiva, ficando presumida, então, a autorização do empresário para a consumação do ato gerador do dano. Num segundo plano, praticados atos fora do estabelecimento e emergindo prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial para um terceiro, a responsabilidade do empresário-preponente só emergirá da prática de atos correspondentes às ordens transmitidas por escrito. Desde que externos ao estabelecimento, os atos excedentes, isto é, efetivados sem o respaldo de poderes expressos, só vinculam o próprio preposto, o próprio autor, não sendo possível, nesse caso, presumir um liame envolvendo o empresário. Foi patente a preocupação do legislador em circunscrever ao máximo a aplicação dessa segunda regra, consignando-se, no parágrafo único, a necessidade da exibição do instrumento público ou particular de delegação de poderes ou, pelo menos, de certidão ou cópia autêntica, não se admitindo, para a caracterização da responsabilidade do preponente, prova sob forma ou modalidade diversas.

CAPÍTULO IV DA ESCRITURAÇÃO

Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

§ 1º Salvo o disposto no art. 1.180, o número e a espécie de livros ficam a critério dos interessados.

§ 2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 10, itens 3 e 4 (*revogados*), Código Comercial.

Persiste, por parte do empresário individual ou coletivo, a obrigatoriedade absoluta da adoção de um sistema de contabilidade. É feita a composição de um conjunto de assentamentos escritos, documentadores de cada operação realizada no âmbito de uma empresa, fornecendo elementos informativos para uma avaliação precisa do desempenho da gestão em andamento e formando prova segura acerca de tudo quanto foi realizado. Tais assentamentos são moldados por meio da escrituração de livros. Reúnem-se informações contábeis dotadas de uma mesma qualidade e elaboram-se lançamentos individuais ou consolidados, conformando um sistema. Um sistema contábil pode ser organizado de diferentes maneiras, admitindo-se não somente lançamentos manuscritos, como também os realizados com o uso de mecanização ou informatização, sempre observada a uniformidade, ou seja, a mesma forma deve estar presente em toda a escrituração. Ademais, cada lançamento precisa permanecer lastreado em documentos específicos, mantida total correspondência entre as informações inseridas em cada livro e os papéis arquivados pelo empresário, o qual deverá, ao final

de cada exercício anual, tal qual já proposto nos arts. 1.020 e 1.065, calcular os resultados periódicos de sua atividade, resumidos em um balanço patrimonial e num demonstrativo de resultado. Como o constante do parágrafo único, o próprio empresário escolhe quais livros elaborará, de acordo com sua conveniência, sendo comumente adotados o Livro-Razão, separando as espécies de operações mais importantes, ou o Livro-Caixa, atestando todo o fluxo de valores pecuniários relativos à atividade mantida. Ressalvam-se, porém, a obrigatoriedade geral do Livro-Diário e as prescrições legais derivadas de determinado tipo societário ou de certo ramo empresarial. No âmbito das microempresas e das empresas de pequeno porte, permanecem incidentes as regras gerais inscritas neste capítulo e há uma mera simplificação das obrigações fiscais acessórias, entre as quais as referentes à documentação das operações correspondentes a hipóteses de incidência de tributos e contribuições. O art. 27 da Lei Complementar n. 123/2006 deixou a cargo de um Comitê Gestor, presidido pelo Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, a expedição de normas especiais, conformando uma contabilidade simplificada, aplicáveis para microempresas e empresas de pequeno porte, desde que tenham optado pelo Simples Nacional (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições), o qual implica seja feito o pagamento único e mensal das obrigações tributária e parafiscais.

Art. 1.180. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica.

Parágrafo único. A adoção de fichas não dispensa o uso de livro apropriado para o lançamento do balanço patrimonial e do de resultado econômico.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 11 (*revogado*), Código Comercial; art. 5º, Decreto-lei n. 486, de 03.03.1969.

Utilizado pelos empresários individuais e coletivos, o Livro-Diário é o livro obrigatório geral. Em tal livro, é realizada a documentação individualizada e cronológica de operações consumadas por dado empresário com terceiros. São feitos lançamentos com detalhamento de data, valor e descrição, separados em débitos e créditos, admitindo-se a manutenção substitutiva de fichas, desde que adotada a escrituração mecânica ou eletrônica. O presente dispositivo legal ostenta correspondência com o disposto no art. 5º do Decreto-lei n. 486/69, cujo § 3º permite, inclusive, a elaboração, tratando-se de lançamentos repetitivos, a concentração ou a consolidação mensal dos assentamentos contábeis. Caso elaborada a escrituração com o uso de equipamento de mecanografia ou informática, não ficará dispensada a apuração periódica necessária, posto que, mantido o livro Balancetes Diários e Balanços (art. 1.185), nele os balanços patrimoniais e demonstrativos de resultado serão exarados.

Com a edição da Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007, as sociedades de grande porte, independentemente do tipo adotado, passaram a ser obrigadas a respeitar as mesmas regras contábeis aplicáveis às sociedades por ações, em especial quanto a escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente.

Definiu-se, como de grande porte e frente ao texto do art. 3º, parágrafo único, da referida Lei n. 11.638/2007, “a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais)”. Adotou-se, portanto, um critério duplo de enquadramento, levando-se em conta a análise quantitativa do valor total dos ativos ou do faturamento anual da própria sociedade ou do grupo societário, ao qual está agregada em razão do exercício de controle por idêntica pessoa ou grupo de pessoas, identificado, na forma do art. 116, *caput*, da Lei n.

6.404/76, pela efetiva e permanente preponderância nas deliberações da vontade de uma mesma pessoa ou um mesmo grupo de pessoas, estabelecida a partir de direitos derivados da titularidade de participação societária.

A Comissão de Valores Mobiliários, já tendo surgido questionamento acerca da necessidade de serem adotadas as mesmas publicações previstas para as sociedades por ações, emitiu, em 14 de janeiro de 2008, como órgão que elaborou e encaminhou o projeto originário da Lei n. 11.638/2007, comunicado e explicitou dever ser observado grau compatível de transparência, mesmo não havendo previsão para uma equiparação, o que revela, implicitamente, o reconhecimento da manutenção, neste âmbito, também, da disciplina geral estatuída pelo Código Civil de 2002.

Art. 1.181. Salvo disposição especial de lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso, devem ser autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis.

Parágrafo único. A autenticação não se fará sem que esteja inscrito o empresário, ou a sociedade empresária, que poderá fazer autenticar livros não obrigatórios.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 30, Lei n. 8.934, de 18.11.1994.

A autenticação dos livros e fichas usados para elaboração dos lançamentos contábeis constitui, conforme o inciso III do art. 32 da Lei n. 8.934/94, uma das atribuições peculiares às Juntas Comerciais. Trata-se de ato destinado à oficialização da futura escrituração, feito sempre previamente e com a finalidade de não permitir uma substituição pura e simples dos documentos, evitando, assim, a concretização de fraudes. Sobre os termos de abertura e encerramento dos livros ou das fichas, é aposto um sinal gráfico indicativo da autenticação feita (art. 5º, § 2º, do Decreto-lei n. 486/69), exigindo-se a apresentação do livro anterior devidamente escriturado, de maneira a atestar a presença de uma ordem seqüencial e contínua. A perda ou o extravio dos livros impõe seja adotado procedimento especial, de demonstração do acontecimento alegado, suprimindo a falta de exibição e coibindo fraudes (art. 10 do Decreto-lei n. 486/69). Ademais, logo quando de sua inscrição, o empresário individual ou coletivo já providencia a autenticação de seus primeiros livros, motivo pelo qual o parágrafo único propõe seja recusada a autenticação dos livros daqueles que, pela falta de uma inscrição, não exercem regularmente a atividade empresarial. A lei, em caráter excepcional e pontualmente, pode dispensar a autenticação de livros obrigatórios, sendo facultativa aquela relativa aos livros não obrigatórios, se bem que lhes confira, também, caráter de oficialidade.

Art. 1.182. Sem prejuízo do disposto no art. 1.174, a escrituração ficará sob a responsabilidade de contabilista legalmente habilitado, salvo se nenhum houver na localidade.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 3º, Decreto-lei n. 486, de 03.03.1969.

Para a supervisão da elaboração dos assentamentos contábeis, persiste a necessidade da presença de um profissional formalmente habilitado, um contabilista (art. 1.177; Decretos-lei ns. 9.295/46 e 806/69). Ainda que o próprio empresário exare todos os lançamentos, impõe-se, com a finalidade de permitir o respeito a todos os postulados técnicos da escri-

turação e maior precisão nos dados e informações historiados, seja contratado um contabilista. Tal exigência legal só é deixada de lado quando impossibilitado seu atendimento, excepcionando-se, portanto, a ausência de qualquer contabilista na localidade em que o empresário estiver sediado. O texto legal, ressalte-se, reforça a aplicação das regras gerais da preposição ao contabilista, fazendo referência ao art. 1.174; realça-se a possibilidade de limitar seus poderes e delimitar a responsabilidade civil do empresário-preponente pelos danos causados pelo preposto a terceiros.

Art. 1.183. A escrituração será feita em idioma e moeda corrente nacionais e em forma contábil, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens.

Parágrafo único. É permitido o uso de código de números ou de abreviaturas, que constem de livro próprio, regularmente autenticado.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 2º, Decreto-lei n. 486, de 03.03.1969.

O legislador impôs a padronização geral da escrituração contábil, estabelecendo uma forma uniforme para a elaboração dos livros mantidos por todos os empresários individuais ou coletivos estabelecidos no Brasil. Requisitos intrínsecos à regularidade da escrituração foram, aqui, expostos. A língua portuguesa, como idioma adotado oficialmente em nosso país (art. 13, *caput*, da CF), deve ser empregada sempre nos documentos contábeis, se bem que seja permitida, por uma questão de conveniência, a manutenção de versões secundárias em línguas estrangeiras. Os lançamentos deverão, ademais, ser divididos de acordo com o fluxo de valores, em débito ou crédito, observando-se a cronologia entre as operações econômicas concluídas, vetada qualquer inversão. O empresário obriga-se, também, a ser rigoroso, formulando sua escrituração de maneira totalmente clara, sem permitir alterações ou adulterações, proibidos os borrões, os apagamentos, as rasuras e as anotações de margem, que possam colocar em dúvida tudo o que foi escrito. Cada lançamento contábil se faz acompanhar da descrição de seu conteúdo, o que pode ser efetuado resumidamente, por meio de números ou abreviaturas, sendo, então, imperioso, de acordo com o parágrafo único, indicar qual o significado de cada sinal, com o uso de legendas inseridas no próprio livro.

Art. 1.184. No Diário serão lançadas, com individuação, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa.

§ 1º Admite-se a escrituração resumida do Diário, com totais que não excedam o período de trinta dias, relativamente a contas cujas operações sejam numerosas ou realizadas fora da sede do estabelecimento, desde que utilizados livros auxiliares regularmente autenticados, para registro individualizado, e conservados os documentos que permitam a sua perfeita verificação.

§ 2º Serão lançados no Diário o balanço patrimonial e o de resultado econômico, devendo ambos ser assinados por técnico em Ciências Contábeis legalmente habilitado e pelo empresário ou sociedade empresária.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 12 (*revogado*), Código Comercial; art. 5º, Decreto-lei n. 486, de 03.03.1969.

O Livro-Diário, principal livro obrigatório, apresenta forma e conteúdo característicos. Há, no âmbito material, o histórico de todas as operações empresariais consumadas, sem exceção alguma, registrando-se tudo quanto se passou. No âmbito formal, observada a ordem cronológica diária, consta, de cada lançamento, uma descrição individualizada e clara, lastreada, quando for o caso, em documentação arquivada. Admitem-se, porém, de acordo com o § 1º, lançamentos consolidados, frutos da totalização mensal de operações idênticas ou realizadas fora da sede do empresário, o que permite a concentração de informações e sua mais rápida análise, desde que ocorra, concomitantemente, a manutenção de livros auxiliares, nos quais será mantida, em separado, a individualização de cada operação, garantindo-se, por meio do confronto dos lançamentos feitos no Livro-Diário, a possibilidade de fiscalização da regularidade dos procedimentos adotados. Ao final, o § 2º ressalta serem o balanço patrimonial e o de resultados, ao final de cada exercício anual, exarados no próprio Livro-Diário, sendo atestada sua regularidade por profissional habilitado (arts. 1.177 e 1.182).

Art. 1.185. O empresário ou sociedade empresária que adotar o sistema de fichas de lançamentos poderá substituir o livro Diário pelo livro Balancetes Diários e Balanços, observadas as mesmas formalidades extrínsecas exigidas para aquele.

CC/1916: sem correspondente.

Utilizada a faculdade prevista no parágrafo único do art. 1.180, ou seja, empregadas fichas na escrituração contábil, viabiliza-se, também, o uso de mecanografia ou informática na elaboração dos lançamentos e, então, há uma pura e simples substituição do Livro-Diário por outro livro, chamado “Balancetes Diários e Balanços”. Ganha-se, assim, maior agilidade na escrituração, realçando o legislador a necessidade de serem preservados os mesmos requisitos formais já enumerados no artigo anterior. O conteúdo material e formal do Livro-Diário está presente no livro substituto, de Balancetes Diários e Balanços, persistindo como única diferença o uso de fichas para sua composição. São obtidas totalizações instantâneas de contas, correspondentes a operações similares ou idênticas, e uma análise mais imediata da qualidade da gestão efetuada.

Art. 1.186. O livro Balancetes Diários e Balanços será escriturado de modo que registre:

I - a posição diária de cada uma das contas ou títulos contábeis, pelo respectivo saldo, em forma de balancetes diários;

II - o balanço patrimonial e o de resultado econômico, no encerramento do exercício.

CC/1916: sem correspondente.

Apesar de conservar o mesmo conteúdo formal e material do Livro-Diário, as informações inseridas no livro Balancetes Diários e Balanços são organizadas e dispostas de maneira diversa. Persiste a distribuição de todos os lançamentos em contas específicas, cada qual relativa a um assunto ou a uma espécie de operação econômico-financeira. Tal separação, idêntica à efetuada mediante a elaboração de razonetes, possibilita exame imediato e delimitado da gestão, facilitando a identificação de falhas e deficiências. Ademais, no mesmo livro, a exemplo do que ocorre com o Livro-Diário, deve constar, ao final de cada exercício anual, o balanço patrimonial e de resultado econômico, elaborado sempre com a supervisão de profissional habilitado, como um somatório de tudo quanto for apurado no decorrer do período assinalado.

Art. 1.187. Na coleta dos elementos para o inventário serão observados os critérios de avaliação a seguir determinados:

I - os bens destinados à exploração da atividade serão avaliados pelo custo de aquisição, devendo, na avaliação dos que se desgastam ou depreciam com o uso, pela ação do tempo ou outros fatores, atender-se à desvalorização respectiva, criando-se fundos de amortização para assegurar-lhes a substituição ou a conservação do valor;

II - os valores mobiliários, matéria-prima, bens destinados à alienação, ou que constituem produtos ou artigos da indústria ou comércio da empresa, podem ser estimados pelo custo de aquisição ou de fabricação, ou pelo preço corrente, sempre que este for inferior ao preço de custo, e quando o preço corrente ou venal estiver acima do valor do custo de aquisição, ou fabricação, e os bens forem avaliados pelo preço corrente, a diferença entre este e o preço de custo não será levada em conta para a distribuição de lucros, nem para as percentagens referentes a fundos de reserva;

III - o valor das ações e dos títulos de renda fixa pode ser determinado com base na respectiva cotação da Bolsa de Valores; os não cotados e as participações não acionárias serão considerados pelo seu valor de aquisição;

IV - os créditos serão considerados de conformidade com o presumível valor de realização, não se levando em conta os prescritos ou de difícil liquidação, salvo se houver, quanto aos últimos, previsão equivalente.

Parágrafo único. Entre os valores do ativo podem figurar, desde que se preceda, anualmente, à sua amortização:

I - as despesas de instalação da sociedade, até o limite correspondente a dez por cento do capital social;

II - os juros pagos aos acionistas da sociedade anônima, no período antecedente ao início das operações sociais, à taxa não superior a doze por cento ao ano, fixada no estatuto;

III - a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 183, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Pretende-se, aqui, determinar os critérios gerais de avaliação dos bens componentes do ativo mantido pelo empresário, o que apresenta óbvia importância para a formulação do balanço patrimonial. Tomando como ponto de partida alguns elementos instrutores do inventário, foram examinadas, em quatro incisos, as hipóteses mais comuns e abrangentes. Há, de início, a referência ao ativo permanente, ou seja, aos bens de capital, sem os quais não se viabiliza a adequada e eficiente exploração da atividade empresarial, considerados por seu valor de aquisição, computada a natural depreciação, de maneira a viabilizar sua substituição, em um período de tempo maior ou menor, conforme as qualidades de cada espécie de coisa, sem prejuízo da manutenção da empresa. Em segundo lugar, os bens destinados à transformação ou à alienação, ou seja, o ativo circulante, podem ser, alternativamente e conforme a conveniência do empresário, avaliados por seu custo de aquisição ou fabricação ou por seu preço de mercado. Se adotado o preço de mercado como referencial, é preciso, porém, com o fim de evitar descapitalizações e distribuições de lucros fictícios, obedecer a proibição legal expressa e não incluir, como ganho não operacional ou em reservas, os valores decorrentes da valorização das coisas estocadas. Consideram-se, em terceiro lugar, as ações de companhias e os títulos de renda fixa, cuja avaliação é baseada em sua cotação em bolsa ou, quando inviável, por seu valor de aquisição. Por último, os créditos são considerados por seu valor de realização, isto é, pelo montante a ser recebido a título de pagamento, sendo, pura e simplesmente, desconsiderados aqueles

prescritos e os de improvável ou difícil liquidação, podendo estes últimos, excepcionalmente, pela formação de uma provisão específica (reserva financeira destinada a minorar os riscos do inadimplemento), ser objeto de amortização continuada e, assim, ser somados ao total do ativo. Outros componentes do ativo, estes de inclusão excepcional ou provisória, estão elencados no parágrafo único e todos eles se submetem a uma amortização anual, capaz de reduzir gradativamente seu impacto sobre o balanço patrimonial. O texto legal dispõe, pontualmente, acerca das despesas de instalação de uma sociedade, limitadas a um teto de dez por cento do valor do capital social, dos juros pagos, em lapso anterior ao início do funcionamento da companhia, a acionistas e ao aviamento do estabelecimento adquirido a título oneroso (trespasse) ou gratuito (doação) como atributo intangível da universalidade de fato.

Art. 1.188. O balanço patrimonial deverá exprimir, com fidelidade e clareza, a situação real da empresa e, atendidas as peculiaridades desta, bem como as disposições das leis especiais, indicará, distintamente, o ativo e o passivo.

Parágrafo único. Lei especial disporá sobre as informações que acompanharão o balanço patrimonial, em caso de sociedades coligadas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 178 a 188, Lei n. 6.404, de 15.12.1976.

Este artigo pretende exprimir as características fundamentais do balanço patrimonial. Trata-se de um demonstrativo contábil obrigatório, por meio do qual é fornecida uma radiografia da situação da empresa, mediante a concentração de informações relativas aos direitos e deveres acumulados por dado empresário individual ou coletivo. A absoluta lisura é imprescindível na elaboração de todo e qualquer demonstrativo contábil, somando-se, aqui, quanto ao balanço patrimonial, a necessidade de clareza, fornecendo nomes comuns às contas e deixando transparente tudo o que houver sido apurado, sob pena de restarem viabilizadas fraudes lesivas aos sócios ou a terceiros. Todas as contas são divididas, de maneira simplória, entre ativo (direitos ou haveres) e passivo (obrigações ou deveres), possibilitando uma rápida visualização, cabendo observar, dependendo do ramo da atividade econômica exercida, regras especiais. Há, por exemplo, avaliações peculiares e difíceis, guiadas por critérios diferenciados ou bens de enquadramento variável, de acordo com a atividade exercida. Ademais, o parágrafo único remete à problemática da coligação. Considerada a definição ampla constante do art. 1.097, mantida relação de controle ou participação relevante, as sociedades envolvidas hão de mencionar tais situações em seus balanços e agregar documentos relativos à situação patrimonial da coligada, além de providenciar, eventualmente, a elaboração de balanços consolidados, englobando a somatória das atividades realizadas. É feita remissão à legislação especial, já constando, dos arts. 247 a 250 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76) regras atinentes à matéria.

Art. 1.189. O balanço de resultado econômico, ou demonstração da conta de lucros e perdas, acompanhará o balanço patrimonial e dele constarão crédito e débito, na forma da lei especial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 176, Lei n. 6.404, 15.12.1976.

O balanço de resultado econômico consiste numa demonstração do efetivo e exato resultado da gestão, apurando-se, a cada ano, o sucesso momentâneo da condução do empreendimento escolhido. Trata-se de demonstração obrigatória e imprescindível, elabora-

da em conjunto com o balanço patrimonial, que toma como elementos informativos principais os montantes de entradas e saídas de recursos, ou seja, os fluxos financeiros resultantes das operações concluídas no curso de determinado exercício anual. Obtém-se, assim, base para uma eventual distribuição de lucros e para o correspondente recolhimento de impostos, além do que as decisões de manutenção ou correção dos rumos da administração empresarial ganham fundamentação mais concreta e aprimorada.

Art. 1.190. Ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 17 (*revogado*), Código Comercial.

A manutenção da escrituração e, por conseqüência, dos livros contábeis de dado empresário individual ou coletivo é sempre realizada no âmbito interno de suas atividades, sem publicidade alguma, uma vez que resguardam detalhes importantes da gestão e segredos atinentes ao desenvolvimento do empreendimento escolhido, não se submetendo, por isso mesmo, a uma divulgação forçada indiscriminada. Tal documentação diz respeito apenas ao próprio empresário e seu exame só é, em circunstâncias especiais, disponibilizado a terceiros mediante a expedição de correspondente ordem judicial. O texto legal contém, por isso, uma vedação geral, visando a que não sejam ordenadas diligências judiciais para a pura e simples verificação do cumprimento de formalidades atinentes à escrituração contábil. As exceções podem derivar apenas de texto expreso de lei, caminhando os órgãos do Poder Judiciário, aqui, em um âmbito de legalidade estrita, sem qualquer margem para discricionariedade. Vigora, portanto, com respeito aos livros contábeis dos empresários, o princípio do sigilo (art. 17 - revogado - do antigo Código Comercial).

Art. 1.191. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência.

§ 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão.

§ 2º Achando-se os livros em outra jurisdição, nela se fará o exame, perante o respectivo juiz.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 18 e 19 (*revogados*), Código Comercial; art. 381, CPC.

Diante do princípio do sigilo, uma exibição integral dos livros contábeis mantidos por empresário constitui completa excepcionalidade. Além de exigir antecedente decisão judicial fundamentada, a exibição integral só pode ocorrer em hipóteses estritamente delimitadas pela lei, as quais não permitem qualquer ampliação analógica ou interpretativa. Ensejam tal providência a solução de questões referentes a procedimentos concursais (falências ou recuperação de empresas), sucessões *causa mortis* ou *inter vivos*, comunhões ou atos de gestão societária, formando-se, assim, um rol taxativo. É sempre preferível ordenar a exibição parcial dos livros contábeis do empresário, atingindo-se apenas as parcelas da escrituração estritamente necessárias

ao deslinde de dada questão litigiosa, efetuando-se uma análise meramente pontual, com a colheita dos elementos tidos como relevantes. Seja integral, seja parcial, a exibição em juízo será realizada sempre na presença do próprio empresário ou de representante nomeado para tanto, de maneira a evitar o surgimento de qualquer preocupação quanto a sua lisura e ao resguardo dos limites formais de análise (§ 1º). Se, ademais, a exibição tiver de ser realizada em outra jurisdição, a exibição, sendo expedida carta precatória, deverá ser feita perante o juiz local (§ 2º). Observe-se, por fim, que o presente artigo se coaduna com os arts. 381 e 382 do vigente Código de Processo Civil, completando o regramento atinente à matéria.

Jurisprudência: Súmula n. 260 do STF: "O exame dos livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações dos litigantes". Nega-se, portanto, a possibilidade de serem exibidos livros de terceiros e constitui excepcionalidade a exibição integral. (TJSC, AI n. 96.004.931-2, 4ª Câm. Cível, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 24.06.1997)

Art. 1.192. Recusada a apresentação dos livros, nos casos do artigo antecedente, serão apreendidos judicialmente e, no do seu § 1º, ter-se-á como verdadeiro o alegado pela parte contrária para se provar pelos livros.

Parágrafo único. A confissão resultante da recusa pode ser elidida por prova documental em contrário.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 20 (*revogado*), Código Comercial.

Quando estiver caracterizada uma das hipóteses previstas no *caput* do artigo anterior e for prolatada decisão judicial fundamentada e ordinatória da exibição integral dos livros mantidos por dado empresário individual ou coletivo, não pode ele legitimamente obstaculizar a produção da prova ordenada, recusando-se, de maneira expressa ou por sua simples omissão, a promover a apresentação de sua documentação contábil. O descumprimento da decisão judicial enseja, como primeira conseqüência e desconsiderados os aspectos criminais da conduta, a busca e apreensão dos livros, efetivando-se, então, o exame forçado dos lançamentos. É expedido mandado, cujo cumprimento, realizado por oficial de Justiça, resulta no arrebatamento de tais documentos, os quais são levados a juízo e disponibilizados para leitura e eventual perícia. Nos casos previstos no § 1º do artigo anterior, ordenada a exibição parcial de um livro para a solução de questão litigiosa pontual, a recusa do empresário individual ou coletivo resultará na formação de uma presunção de veracidade, que incide, sempre em seu desfavor, sobre os fatos alegados pela parte contrária e cuja comprovação seria feita por meio dos lançamentos de acesso negado. O parágrafo único ressalta a natureza relativa de tal presunção (*juris tantum*) e a possibilidade de sua superação, desde que produzida prova documental em sentido diverso, inadmitida outra espécie de elemento de convicção. Ressalte-se que o vocábulo "confissão" foi, aqui, utilizado de forma totalmente imprópria, uma vez que não há manifestação da parte recalcitrante com o fim de reconhecer a procedência de quaisquer alegações, mas, pura e simplesmente, a formação da presunção relativa.

Art. 1.193. As restrições estabelecidas neste Capítulo ao exame da escrituração, em parte ou por inteiro, não se aplicam às autoridades fazendárias, no exercício da fiscalização do pagamento de impostos, nos termos estritos das respectivas leis especiais.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 195, CTN.

Os arts. 1.190 e 1.191, ao instituírem o princípio do sigilo da escrituração mantida pelo empresário individual ou coletivo, estabeleceram vedações e restrições, as quais sofrem literal exceção e são inaplicáveis diante da fiscalização fazendária. Observar-se-á, para tanto, o disposto na legislação especial, o que se coaduna com o disposto no art. 195 do Código Tributário Nacional. O fisco, por meio dos servidores públicos com específica atribuição funcional, promoverá, portanto, a verificação do regular recolhimento dos tributos, sem que lhe possam ser opostas as regras proibitivas e restritivas de aplicação generalizada.

Art. 1.194. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 4º, Decreto-lei n. 486, de 03.03.1969.

No presente artigo, restou estratificado o dever geral, atribuído a todo empresário individual ou coletivo, de manutenção de sua escrituração em boa ordem formal, conservando, simultaneamente, os documentos atestadores de sua regularidade material. De um lado, é obrigatória a promoção de cuidadoso arquivamento, evitando a deterioração, o extravio ou a perda dos livros e possibilitando sua consulta, sempre que ela se fizer necessária ou conveniente. De outro lado, exige-se sejam mantidos e, portanto, arquivados em conjunto os papéis e as correspondências capazes de fornecer suporte à verificação do conteúdo dos lançamentos feitos. Tal dever não vigora, porém, por tempo ilimitado. Os livros e a documentação agregada devem ser guardados apenas enquanto não se operar prescrição ou decadência dos atos e das operações escriturados, o que apresentará correspondência com sua natureza formal e com o ramo de atividade empresarial escolhido.

Art. 1.195. As disposições deste Capítulo aplicam-se às sucursais, filiais ou agências, no Brasil, do empresário ou sociedade com sede em país estrangeiro.

CC/1916: sem correspondente.

As regras relativas à elaboração, manutenção e exibição da escrituração contábil apresentam aplicação ampla e incidem sobre toda atividade empresarial, tal como se encontram explicitadas no presente capítulo do Código Civil. O legislador, aqui, simplesmente enfatizou essa subordinação ampla, referindo-se, de maneira expressa, às sucursais, filiais e agências, bem como às sociedades estrangeiras, as quais, mediante autorização governamental, atuam diretamente no Brasil (art. 1.134). No primeiro caso, diante da organização de um estabelecimento complexo, persiste um desdobramento da escrituração, separada de acordo com o local em que forem concluídas as operações contabilizadas, efetuando-se posterior totalização. No segundo caso, os atos e as operações feitos no Brasil suportam, da mesma forma, escrituração separada, acrescida a obrigatoriedade de publicações especiais (art. 1.140).

LIVRO DO DIREITO DAS COISAS

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, considera-se que o direito das coisas esteja em crise, em razão do declínio de um sistema de normas que se assentava na preponderância da propriedade imóvel (*A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa, Petrony, 1968, p. 13).

O deslocamento dos novos mecanismos e das estratégias proprietárias do direito das coisas para o direito das obrigações e para o direito comercial (ações, cotas, participações em fundos de investimentos) teve profundas consequências. Estratificou o direito das coisas numa “época histórica passada, sem que a crítica e a elaboração doutrinária tornassem possível a descoberta de novos caminhos”.

O espírito que orienta o direito das coisas encontrava-se ainda ancorado em princípios oitocentistas, como a tipicidade, a propriedade como direito subjetivo absoluto e instituição monolítica. Esses duzentos anos de mentalidade liberal que se seguiram fincaram profundas raízes, das quais se procura libertar, com dificuldade, o pensamento jurídico contemporâneo.

Figuras como a igualdade substancial, a equidade e a boa-fé objetiva e, por tabela, o tratamento desigual aos contratantes e novas limitações cogentes à autonomia privada já são moeda corrente no direito obrigacional. No direito de família, o pátrio poder converteu-se em pátrio dever, hoje poder familiar.

No campo do direito das coisas, porém, embora a função social da propriedade já conste como princípio positivado de nossas Constituições há mais de meio século, a mentalidade de encarar o domínio como feixe de meros direitos subjetivos continua inalterada. A função social permaneceu assim como um título de nobreza, de que se orgulha o ordenamento, mas sem operabilidade.

O Código Civil de 2002, na seara do direito das coisas, tem a difícil tarefa de fazer valer normas operativas, que deem concretude à função social da propriedade e dos demais direitos reais. A efetiva mudança não é de regras pontuais, como a criação do novo direito real de superfície ou a eliminação do antigo direito real de enfiteuse, mas de mentalidade, sobretudo a de encarar o principal direito real - o de propriedade - como um mero centro de interesses, ao qual podem ser opostos outros centros de interesses não proprietários, sem que haja necessariamente a supremacia do primeiro.

O atual Código Civil manteve a denominação de “direito das coisas” e regulou a matéria no Livro III da Parte Especial. No Código de 1916, o tema era tratado no Livro II da Parte Especial.

Diversos autores consideram o termo “direito das coisas” como equivalente ao termo “direitos reais”. Na verdade, o primeiro é mais amplo, porque abrange a posse, que integra o direito das coisas, mas nem todos os autores a consideram direito real.

O direito das coisas regula o poder dos homens sobre as coisas materiais suscetíveis de apropriação e os modos de sua utilização econômica. Em caráter excepcional, o Código Civil admite, em determinadas situações, que direitos reais incidam sobre bens imateriais, como a caução de créditos ou o usufruto sobre ações ou cotas de uma sociedade. A regra, porém, é que incidam os direitos reais sobre coisas, vale dizer sobre bens corpóreos.

Embora seja matéria afeita à Parte Geral do Código Civil, é bom lembrar que o termo “bem” é gênero, abrangendo tudo o que satisfaz a necessidade humana. Bens jurídicos são aqueles amparados pela ordem jurídica. São bens tudo o que pode ser objeto da relação jurídica, ou seja, tudo o que pode se submeter ao poder dos sujeitos de direito, como instrumento de realização de sua finalidade jurídica. O termo “coisa” é uma espécie de bem, de natureza corpórea e suscetível de medida de valor. Assim, a honra é um bem, mas não é uma coisa. Um imóvel é um bem e é também uma coisa, porque corpóreo. Doutrina minoritária afirma, por outro lado, que há coisas, como as águas do mar, que não são bens, pois inapropriáveis. A corrente majoritária, porém, entende que não são coisas os bens não apropriáveis. O critério não é só físico, material, mas também de possibilidade de ocupação, dominação por alguém.

Os direitos reais, chamados também de *iura in re*, traduzem uma dominação sobre a coisa e constituem importante categoria jurídica, que se diferencia do direito das obrigações (*iura ad rem*) pelo fato de este se traduzir na faculdade de exigir do sujeito passivo determinado uma prestação.

Regem-se os direitos reais pelos seguintes princípios, que os distinguem dos direitos de crédito, ou obrigacionais, ou pessoais:

1) Princípio do absolutismo

O direito real é oponível *erga omnes*, enquanto o direito de crédito é oponível somente a um sujeito passivo determinado ou determinável» em razão da sua relatividade. Decorre o princípio da própria natureza dos direitos reais, que se traduzem numa dominação direta sobre a coisa (*iura in re*), sem a intermediação de terceiros pela prestação.

Constitui o principal traço distintivo entre os direitos reais e os pessoais, lembrando, porém, a existência de exceções à relatividade no direito obrigacional, como as chamadas obrigações reais e as *propter rem*, que irradiam efeitos em relação a terceiros. Note-se que o absolutismo não constitui característica exclusiva dos direitos reais, porque há também outros direitos dotados do mesmo atributo, como os de personalidade, oponíveis contra todos.

2) Princípio da publicidade

Decorrência do absolutismo é o princípio da publicidade. Para que todos possam respeitar os direitos reais, há necessidade de dotá-los de visibilidade, a fim de que sejam conhecidos por terceiros.

O mecanismo da publicidade, nas aquisições derivadas e por atos *inter vivos*, dá-se pelo registro do título no Registro Imobiliário, tratando-se de coisas imóveis (art. 1.227 do CC) e pela tradição, se coisas móveis (art. 1.226 do CC). A regra comporta exceções, pois há alguns casos em que o registro não é constitutivo dos direitos reais sobre bens imóveis, por exemplo na aquisição de bens pelo casamento cujo regime é o da comunhão universal de bens, ou no usufruto legal dos pais sobre os bens dos filhos, ou, ainda, nas aquisições originárias, como no caso de usucapião. Já os contratos seguem a regra geral do consensualismo, ou seja, reputam-se perfeitos só com a vontade das partes, porque não necessitam de publicidade para produzir efeitos entre os contratantes.

3) Princípios da taxatividade e da tipicidade

Os direitos reais são *numerus clausus*, somente podem ser criados por lei, ao contrário dos direitos de crédito, em que prevalece a autonomia privada em sua criação, constituindo *numerus apertus*.

Os direitos reais estão previstos no art. 1.225 do Código Civil, que, porém, não esgota todas as hipóteses, já que há outros criados por leis especiais diversas, como a alienação fiduciária sobre bens imóveis, regulada pela Lei n. 9.514/97, ou o compromisso de compra e venda de imóveis loteados, disciplinado pela Lei n. 6.766/79. Note-se que não há por parte do legislador necessidade da utilização de expressões sacramentais para a designação dos direitos reais, bastando a previsão legal e que se deduza claramente do instituto a sua natureza.

Distingue-se a taxatividade - que trata do catálogo, do número dos direitos reais - da figura da tipicidade - que define o conteúdo de cada um dos tipos dos direitos reais. São conceitos complementares, mas distintos entre si.

A doutrina tradicional afirma que os direitos reais são *numerus clausus* e típicos. A doutrina contemporânea questiona o princípio da tipicidade. Na lição de Gustavo Tepedino, se de um lado é certo que a criação de novos direitos reais depende de lei, de outro lado também “certo é que no âmbito do conteúdo de cada tipo real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para esta atuação” (*Multipropriedade imobiliária*. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 83).

Essa interpretação mais aberta permite dar maior alcance a cada um dos direitos reais, como abranger a multipropriedade, o *leasing* imobiliário, o direito real de superfície por cisão e a hipoteca do direito real de superfície, figuras não expressamente disciplinadas pela lei, mas compatíveis com o sistema do direito das coisas.

Em termos diversos, mantém-se íntegro o princípio positivado da taxatividade, mas se admite certa elasticidade no princípio da tipicidade, para que cada um dos direitos reais, individualmente considerados, possa abrigar situações jurídicas que, embora não expressamente previstas, sejam compatíveis com seus princípios e mecanismos.

4) Princípio de seqüela

Os direitos reais são providos do direito de seqüela, ou seja, da prerrogativa de obter ou de perseguir a coisa que estiver em poder de quem quer que seja. É desdobramento direto da oponibilidade do direito real e pode ser usado por um titular de direito real contra outro, por exemplo o usufrutuário contra o nu-proprietário que se recusa a entregar o bem.

5) Princípio da especialidade

O objeto do direito real é sempre determinado, enquanto o do direito pessoal pode ser determinável.

6) Princípio da atualidade

O direito real exige a existência atual da coisa, enquanto o direito pessoal é compatível com sua futuridade. Essa é a regra geral, que comporta algumas exceções, como a incorporação e promessa de unidade autônoma a ser construída, levada a registro.

7) Princípio da exclusividade

O direito real é exclusivo, porque não podem existir dois direitos reais contraditórios sobre a mesma coisa, ou seja, não existe mais de um sujeito com igual direito sobre a mesma coisa. A exclusividade não conflita com o condomínio, no qual cada comunheiro tem fração ideal da coisa.

8) Usucapião

O direito real adquire-se por usucapião, ao contrário do direito pessoal. Os direitos de crédito extinguem-se pela prescrição extintiva, enquanto os reais, especialmente em relação à propriedade, somente pela prescrição aquisitiva. A propriedade como regra geral não se perde pelo “não uso”, enquanto não se consumir usucapião a favor de terceiro.

9) Princípio da preferência ou privilégio

Os direitos reais, em especial os de garantia, gozam de preferência, também chamada de privilégio, que consiste na prerrogativa de o credor assim garantido receber preferencialmente o seu crédito, em comparação com os demais credores. Em outras palavras, havendo concurso de credores, o credor com garantia real, se alienado o bem garantido, tem preferência na satisfação de seu crédito. Essa preferência, porém, não é absoluta, havendo gradação legal na ordem de credores que gozam de privilégios legais.

Alguns autores veem a preferência por outro ângulo, de ordem temporal, ou seja, terá melhor direito aquele que conseguir primeiro converter o direito pessoal em direito real. Tome-se como exemplo o caso de uma coisa vendida a duas pessoas diversas. Será proprietário o adquirente que primeiro registrar seu título, ou obtiver a tradição.

10) Abandono

O titular de direito real pode abandonar a coisa, por exemplo as servidões. Não se admite o abandono no direito de crédito, que é incorpóreo e se consubstancia numa conduta do devedor.

11) Posse

Os direitos reais são passíveis de posse, ao contrário dos direitos pessoais. Essa matéria foi muito controvertida no passado, quando diversos autores admitiam a posse de direitos pessoais.

TÍTULO I DA POSSE

CAPÍTULO I DA POSSE E SUA CLASSIFICAÇÃO

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

CC/1916: art. 485.

Não houve profunda alteração no capítulo da posse em relação ao Código anterior, mas sim aprimoramento da redação de diversos dispositivos, eliminando imperfeições técnicas ou consolidando, no texto da lei, o entendimento já sedimentado na doutrina e nos tribunais. Vê-se, na disciplina da posse, a incidência do princípio da operabilidade, que exclui dúvidas teóricas que atrapalham a aplicação da lei.

Isso porque o nosso sistema possessório foi durante quase um século sedimentado por sólida construção doutrinária e jurisprudencial. A base dominial no Brasil padecia de sérios problemas de origem, especialidade e continuidade, o que deslocou imenso volume de discussões do juízo petitório para o juízo possessório. Com isso, testou-se o sistema e criaram-se boas soluções para as questões possessórias mais controvertidas. Tal fato se constata nas reformas do Código português e do italiano nas décadas de 1970 e 1980, oportunidades em que diversas soluções foram inspiradas no direito brasileiro, num processo de reenvio ao direito continental.

Definição: Na posse há sempre um senhorio de fato sobre a coisa, um poder efetivo sobre ela. Segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, há “uma situação de fato, em que uma pessoa, que pode ou não ser a proprietária, exerce sobre uma coisa atos e poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a” (*Instituições de direito civil*, 18. ed., atualizada por Carlos Edison Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. IV, p. 14) e dando-lhe a sua natural função socioeconômica.

Diz o artigo ora comentado que o possuidor tem, de fato, o exercício, pleno ou não, de alguns ou de todos os poderes inerentes à propriedade. Age o possuidor como agiria o proprietário em relação ao que é seu. Não se confunde a posse, que é senhorio de fato, com a propriedade, que é senhorio jurídico. A posse “é ação, conduta dirigida à coisa, exercício” (NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Posse e propriedade*, 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 16). Já a propriedade é o “vínculo jurídico que conduz ao senhorio da coisa”, mas não necessita estar acompanhado de efetivo exercício de poderes fáticos.

Tem o possuidor os poderes de fato inerentes à propriedade. Age como proprietário. Como o proprietário dispõe daquilo que lhe pertence, usa, frui, conserva e defende o que é seu, assim também age o possuidor. Tal como o proprietário, tira o proveito da coisa, dando-lhe a natural destinação econômica e social. Pode o possuidor ser pessoa natural ou jurídica, inclusive a coletividade desprovida de personalidade, como a massa falida, o espólio e o condomínio edilício. Confira-se a respeito o Enunciado n. 236 da III Jornada de Direito Civil 2004: “Arts. 1.196, 1.205 e 1.212: Considera-se possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica”.

Lembre-se, porém, como adiante será visto, que a propriedade está impregnada por função social, que não mais é vista como um limite, mas como o próprio conteúdo do instituto. De igual modo, não basta ao possuidor agir como proprietário, mas sim como bom proprietário, dando à coisa função social. O Código Civil de 2002 prestigia o bom possuidor, abreviando, por exemplo, o prazo de usucapião daquele que houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (arts. 1.238, parágrafo único, e 1.242, parágrafo único). Também os §§ 4º e 5º do art. 1.228 permitem apenas a determinados possuidores, com perfil e atuação social específicos, adquirir compulsoriamente do proprietário o imóvel reivindicado. É o que Miguel Reale denomina de “posse trabalho”, situação socialmente desejável e estimulada pelo legislador mediante incentivos, cumprindo a função promocional do direito.

Elementos da posse: Em toda posse há dois elementos, consistentes numa conduta e numa vontade, que traduzem a relação de uso e de fruição. São eles o objetivo, denominado *corpus*, e o subjetivo, denominado *animus*. O *corpus* é o elemento exterior da posse, é o comportamento ostensivo do possuidor imitando o proprietário. É o aspecto visível da posse, que se traduz não só pelo contato material com a coisa, como também pela conduta de dar a ela a sua destinação econômica e social. O *animus* é o elemento subjetivo da posse. Nada mais é do que manter a conduta exterior semelhante à do proprietário (*corpus*) de modo proposital, intencional. Em outras palavras, trata-se da consciência e do desejo de agir como agiria o proprietário, da dominação intencional e consciente da coisa.

Os dois elementos são cumulativos e indissociáveis. Na lição de Ihering, o *corpus* e o *animus* estão ligados entre si como a palavra e o pensamento. Na palavra incorpora-se o pensamento, até então puramente interno. No *corpus* incorpora-se a vontade, até então puramente interna (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, 4. ed., atualizada pela Biblioteca Jurídica Freitas Bastos. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. VI, p. 124). A existência de *corpus* sem *animus*, ou seja, sem a consciência de agir como dono, configura mera justaposição da pessoa à coisa, um simples contato físico, que não caracteriza posse, nem sequer detenção.

Teorias sobre a posse: Há duas teorias tradicionais sobre a posse, denominadas teoria subjetiva e teoria objetiva. Savigny criou a teoria subjetiva. Afirmou que os elementos da posse são o *animus* e o *corpus*. Definiu o *corpus* como o poder físico da pessoa sobre a coisa, o fato exterior da posse. Para ele, é a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa. Em obra posterior retificou sua posição, admitindo posse sem contato físico. Definiu o *animus* como a intenção de ter a coisa como sua (*animus domini*). Não é a convicção (*opinio domini*), mas a intenção de ser dono. Para haver posse, portanto, para Savigny, devem existir elemento físico (*corpus*) mais a vontade de proceder em relação à coisa como procede o proprietário (*affectio tenendi*) mais a intenção de tê-la como sua (*animus domini*) (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., atualizada por Carlos Edison Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. IV, p. 14). Caso falte o terceiro elemento, qual seja, a vontade de ter a coisa como dono, não haverá posse, mas mera detenção. Assim, para Savigny, quem tem a coisa em seu poder, mas em nome de outrem, por razão jurídica, não tem posse, mas detenção, sem proteção jurídica. Enquadrariam-se nessa categoria o locatário, o comodatário e o credor pignoratício, entre outros.

Rudolf Von Ihering elaborou a teoria objetiva da posse, em oposição e crítica à teoria subjetiva. *Corpus*, para ele, é a relação exterior que há normalmente entre o proprietário e a coisa, é a conduta de quem se apresenta com relação semelhante à do proprietário (*imago domini*), com ou sem apreensão da coisa. Pode, portanto, haver posse sem contato ou poder físico entre a pessoa e a coisa. Lembre-se de que o proprietário exerce as prerrogativas do domínio, muitas vezes sem o contato físico ou material com a coisa, como por exemplo a locação ou o empréstimo da coisa a terceiros. O mesmo, portanto, ocorre com o possuidor,

porque ele age como o proprietário (IHERING, Rudolf Von. *A teoria simplificada da posse*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 106-15).

Para Ihering, *animus* não é a intenção de ser dono, mas simplesmente de proceder como procede habitualmente o proprietário (*affectio tenendi*). A teoria chama-se objetiva porque dispensa a intenção de ser dono. O *animus* está intimamente ligado ao *corpus*, porque é extraído da conduta visível do possuidor. É o que aparece perante terceiros (aparência de dono), pouco importando o simples desejo não ostensivo do possuidor. Para caracterizar a posse, basta examinar o comportamento do agente, independentemente de uma pesquisa de intenção. Normalmente, o proprietário é o possuidor. Logo, possuidor é aquele que tem a aparência de proprietário. Posse, segundo Ihering, é a visibilidade do domínio. Pela teoria objetiva, o locatário, o comodatário, etc., são possuidores, o que acarreta profundos efeitos concretos, visto que tais pessoas podem defender a posse pelos chamados interditos possessórios. Segundo o autor, o poder de fato sobre a coisa indica posse, embora nem sempre isso ocorra. O que importa, para efeito de posse, é a destinação econômica da coisa, é a utilização da coisa por atos adequados à sua natureza. Para Ihering, *corpus + affectio tenendi = posse*. O *animus domini* não é elemento da posse.

Outra importante distinção entre as duas teorias é o modo como abordam a figura da detenção. Para Savigny, sempre que houver *corpus*, mas não *animus* (*affectio tenendi + animus domini*)* estar-se-á diante da figura da detenção e não da posse. A posse, assim, é a detenção acrescida de *animus domini*. Para Ihering, a posse e a detenção não se distinguem por um *animus* específico. Ao contrário. Têm os mesmos elementos (*corpus e animus*). O que as distingue é um elemento objetivo, que se traduz num dispositivo legal que, com relação a certas relações que preenchem a princípio os requisitos da posse, retira delas os efeitos possessórios. A detenção, para Ihering, é uma posse degradada, que, em virtude da lei, se avilta. A teoria subjetiva parte da detenção para chegar à posse. A objetiva faz o trajeto inverso, partindo da posse para chegar à detenção.

Nosso Código inclinou-se pela teoria objetiva, embora em alguns artigos pontuais faça concessões à teoria subjetiva. O art. 1.196 do Código Civil define o possuidor adotando nitidamente a teoria objetiva. Para nós, portanto, posse é a relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem normalmente age como proprietário. É a visibilidade do domínio.

A questão relativa ao objeto da posse, em especial sobre bens incorpóreos e bens públicos, será examinada nos comentários aos arts. 1.210 e 1.223.

Jurisprudência: Reintegração de posse. Requisitos do art. 927 do CPC atendidos. Invasão de propriedade particular. Função social da propriedade, Estatuto da cidade. As provas de anterioridade possessória e do esbulho praticado pelos réus e a data de sua ocorrência conferem ao autor o direito de se ver reintegrado em sua posse. A promoção da justa distribuição da propriedade ou o condicionamento do seu uso ao bem-estar social deve ser promovido pelo Estado, como poder geral a ele conferido pela Constituição Federal. É defeso ao particular, a pretexto de encontrar-se escudado pelo Estatuto da Cidade, invadir propriedade alheia, com o intuito de fazer cumprir a sua função social. Apelo improvido. (TJRS, Ap. cível n. 70.013.469.093, rel. Des. Mário José Gomes Pereira, j. 04.04.2006)

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

Houve nítida melhoria da redação do dispositivo, com a definição clara e técnica das figuras dos possuidores direto e indireto. Abandonou o legislador o sistema do antigo Código Civil que exemplificava quem eram possuidores diretos, mencionando o credor pignoratício, o locatário e o usufrutuário. É evidente que tais figuras caracterizam, mas não esgotam as possibilidades de posse direta, que pode perfeitamente vir amparada em relações jurídicas diversas, como o comodato, a alienação fiduciária, o depósito e o *leasing*, entre tantas outras.

Como foi visto acima, o possuidor é aquele que se comporta como proprietário, de modo consciente, mantendo de fato o exercício de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Para obter seu aproveitamento econômico, é possível tanto a utilização direta como a cessão a terceiros da coisa, vale dizer, mediante utilização indireta. Se assim age o proprietário, que usa e frui o que é seu, assim pode agir o possuidor, que tem a aparência de proprietário.

Se o proprietário desdobra as condutas possíveis de aproveitamento da coisa, assim também o faz o possuidor. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, de tal desdobramento resulta a duplicidade excepcional da posse sobre a mesma coisa. Há dois possuidores. Um que cede o uso da coisa, chamado de possuidor indireto ou mediato. Outro que recebe o uso da coisa, por força de relação jurídica de direito real ou obrigacional, chamado de possuidor direto ou imediato (*Instituições de direito civil*, 18. ed., atualizada por Carlos Edison Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. IV, p. 32-3).

O possuidor indireto, embora não tenha poder físico imediato sobre a coisa, sem dominação direta, é também possuidor, porque se comporta como proprietário.

As duas posses coexistem em planos diferentes, sem contradição entre si. Tomem-se como exemplos as figuras do locatário e do locador, do comodatário e do comodante, do credor e do devedor pignoratício, entre outras. Os primeiros (locatário, comodatário, credor pignoratício) têm posse direta, porque a receberam temporariamente em virtude de relação jurídica real ou pessoal. Os segundos têm posse indireta, porque a cederam. Não colidem nem se excluem as duas posses, porque se referem a poderes distintos sobre a mesma coisa.

A figura da posse direta somente tem sentido na teoria objetiva de Ihering, uma vez que para Savigny e para os defensores da teoria subjetiva, a ausência de *animus domini* a converte em mera detenção. Se o possuidor direto tem relação jurídica com o possuidor indireto e, portanto, sabe que não pode ser dono da coisa, a relação é de mera detenção, segundo a teoria subjetiva.

Os desdobramentos da posse podem ser sucessivos. Feito um primeiro desdobramento, poderá o possuidor direto reproduzi-lo, criando novas e repetidas situações de posse direta e indireta. Basta lembrar a hipótese da locação. Se o locatário, que é possuidor direto, subloca o imóvel a terceiro, teremos então dois possuidores indiretos - locador e sublocador - e um possuidor direto - sublocatário. O mesmo acontece com o usufrutuário que loca ou empresta a coisa a terceiros. Note-se que somente terá a posse direta aquele que tiver a coisa consigo, ou seja, o último integrante da cadeia. Todos os demais terão posse indireta, em gradações sucessivas (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p. 35).

Como acentua Moreira Alves, o possuidor indireto em grau mais elevado tem posição peculiar em relação aos demais, porque não reconhece a existência de posse superior à sua. Isso lhe confere o *animus domini* necessário ao usucapião, requisito que falta aos demais integrantes da cadeia, em grau inferior, ou ao possuidor direto, que reconhecem a supremacia de direito de terceiro quanto à coisa.

Tanto o possuidor direto como o indireto podem afastar os ataques injustos de terceiros à posse, utilizando a tutela possessória e o desforço próprio.

A parte final do artigo diz que pode o possuidor direto defender a sua posse contra o possuidor indireto, o que se mostra exato. Basta lembrar a hipótese, comum na periferia das grandes cidades, do locador que pretende retomar a coisa locada para uso próprio, ou por ter

se escoado o prazo, ou mesmo por falta de pagamento, sem usar a ação de despejo, retirando o locatário à força, ou praticando atos turbativos, como o corte da energia elétrica ou da água corrente. Tem o locatário ação possessória contra o locador, em razão da conduta ilícita deste, que molesta a sua posse.

Embora a parte final deste artigo não diga, o inverso também é possível, ou seja, pode o possuidor indireto usar a tutela possessória contra o possuidor direto. Isso porque tem o possuidor indireto o direito à restituição futura da coisa, o que, no presente, se reflete nas prerrogativas de fiscalizar e vigiar, para preservá-la e conservá-la. Se a substância da coisa for ameaçada ou estiver sendo destruída, pode o possuidor indireto usar os remédios possessórios contra o possuidor direto. Tomem-se como exemplos os casos do comodatário que está destruindo o imóvel emprestado e vendendo os materiais a terceiros, ou, então, do locatário que impede a entrada do locador no imóvel locado para vistoriar o prédio, como previsto em contrato. Diga-se que, dos enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, tirou-se a seguinte conclusão a respeito do tema: “o possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto e este contra aquele (art. 1.197, *in fine*, do novo Código Civil)”.

Da lição de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento extrai-se, ainda, que a pretensão à restituição da coisa cujo uso foi cedido ao possuidor direto integra a esfera jurídica do possuidor indireto, de modo que pode ser cedida a terceiro, para que este a obtenha no momento devido (*Posse e propriedade*, 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 25). Disso decorre que o adquirente da coisa, que recebe a titularidade da posse indireta e se sub-roga na sua posição, pode ajuizar contra o possuidor direto ação possessória, se não houver a restituição no tempo devido.

De outro lado, como alerta Ernane Fidélis dos Santos, “não há posse onde o fato não existe. Daí, a inocuidade da pretensão possessória do adquirente que recebe do proprietário, por contrato, direito e posse, quando, na verdade, não tinha este o poder fático sobre a coisa” (*Comentários ao Novo Código Civil?* v. XV, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Forense, 2007).

Não se confundem o possuidor direto e o detentor. O possuidor direto tem posse própria, enquanto o detentor (servidor da posse) não possui para si, mas em nome alheio e atendendo a ordens e instruções de terceiro. A diferença entre o possuidor direto e o detentor está na relação de subordinação. O detentor é obediente, é subordinado a terceiro, sem independência. O possuidor direto, embora receba a coisa com dever de restituir, tem relativa liberdade na sua utilização e o faz em proveito econômico próprio.

Jurisprudência: Embargos de terceiro. Dação em garantia. Prequestionamento. 1 - O art. 1.046 do Código de Processo Civil não exclui a possibilidade de o credor de bem dado em garantia, com posse indireta, pela tradição *fida*, como convencionado no termo próprio, ajuizar embargos de terceiro. 2 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 421.996, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.12.2002, DJ 24.02.2003)

Processual civil. Posse. Multa por declaratórios protelatórios. Matéria de fato. I - Comprovada a posse e sua origem, a proteção possessória independe da alegação de domínio e pode ser exercitada até mesmo contra o proprietário ou possuidor indireto, eis que, no confronto da posse daquele que realiza atos de uso e gozo com a do proprietário que nunca teve posse efetiva, mas apenas civil, oriunda de título, deve prevalecer a do primeiro (precedente do STJ). II - Se declaratórios discutem a matéria fática já abordada desde o aresto impugnado, com intuito prequestionador, a multa é não cabível. III - Matéria de fato (Súmula n. 7 do STJ). (STJ, REsp n. 73.839, 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14.05.1996, 07 01.07.1996)

Nunciação de obra nova. Ocupação unilateral de sobra de área entre as divisas. Obras realizadas por locatário. Legitimidade deste e do locador, possuidor indireto e proprietário. Comprovado o avanço sobre as divisas tituladas, e por obras realizadas pelo condomínio, locatário, desinteressa a terceiros, no caso as autoras, se as obras foram ou não autorizadas pelo proprietário, sendo ambos, possuidor direto e indireto, solidariamente responsáveis por estas. A definição de responsabilidade entre os contratantes, locador e locatário, há de ser definida entre estes, em demanda regressiva, se for o caso, já que não houve denunciação da lide. Negaram provimento. (TJRS, Ap. cível n. 70.002.833.614, 2ª Câmara Especial Cível, rel. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 26.08.2002)

Embargos de terceiro. Legitimidade. Imóvel locado. Tanto o possuidor direto - locatário - quanto o indireto - proprietário e locador - detêm legitimidade ativa para defender a respectiva posse, sempre que sofra, ou esteja ameaçada de sofrer, por ato de constrição judicial, turbção ou esbulho. Ação julgada procedente em primeiro grau de jurisdição. Sentença que se confirma, com improvimento do apelo da embargada. (TJRS, Ap. cível n. 70.001.201.003, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 08.11.2000)

Reintegração de posse. A prova documental do domínio não pode ser afastada por prova testemunhal, até mesmo por não ser esta de forma unânime no universo dos testigos arrolados. A proteção possessória também é dada ao possuidor indireto, proprietário. Demandado que, de forma expressa nos autos, reconhece ter recebido a posse do imóvel diretamente do autor, incumbe imprimir esforço dobrado para provar a posse anterior de terceiro, que não o autor, o que não conseguiu. Apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 599.417.789, 2ª Câmara Especial Cível, rel. Ícaro Carvalho de Bem Osório, j. 25.10.2000)

Ação de reintegração de posse. É cabível, após notificação prévia, a proposta pelos adquirentes de bem imóvel, objeto de comodato conferido pelos proprietários anteriores. Possuidor indireto também faz jus aos interditos contra o possuidor direto, uma vez extinto o direito deste. Aquisição da posse por qualquer dos modos de aquisição em geral (art. 493, III, do CC), facultando-se ao sucessor singular unir sua posse à do anterior. Agravo de instrumento provido para que se processe a ação possessória como tal. (TJRS, AI n. 184.030.286, 3ª Câmara Cível, rel. Ernani Graeff, j. 09.08.1984)

Possessória. Reintegração de posse. Área pública. Ajuizamento por meros detentores. Praça na qual a municipalidade autorizou a Companhia do Metropolitano a instalar canteiro de obras, ficando esta com a posse direta. Legitimidade concorrente da pessoa jurídica para a defesa da posse. Inviabilidade da invocação da posse *ad usucapionem* por meros detentores de área pública não estando autorizados à defesa desse estado de fato perante possuidor de melhor posse. Reintegratória improcedente. Recurso provido (I TACSP, Ap. n. 556.982-6, rel. Silvio Venosa). (*Lex-TACSP* 15Sh62, 1996)

Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.

O conceito de detenção varia de acordo com a teoria adotada, de Savigny (subjativa) ou Ihering (objetiva). Para Savigny, sempre que houvesse *corpus*, mas não *animus* (*affectio tenendi* + *animus domini*), estaríamos diante da figura da detenção e não da posse. Para Ihering, a posse e a detenção não se distinguem por um *animus* específico. Ao contrário. Têm os mesmos elementos (*corpus* e *animus*), são ontologicamente iguais. O que as distingue é um obstáculo legal que, com respeito a certas relações que aparentemente preenchem a princípio os requisitos da posse, retira delas os efeitos possessórios. Para Ihering, é uma posse degradada, que, em virtude da lei, se avilta em detenção (ALVES, José Carlos Moreira. “A detenção no direito brasileiro”. In: *Posse e propriedade*, coord. Yussef Said Cahali, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 4).

O possuidor também tem *animus*, vale dizer que exerce poderes de fato típicos de modo consciente e proposital. O seu elemento subjetivo, porém, está circunscrito à *affectio tenendi*, dispensada a vontade de ser dono (*animus domini*). Claro que, se aquele que tem poder fático sobre a coisa desconhece a existência desse poder, vale dizer, não tem sequer consciência de sua conduta, haverá simples relação de justaposição entre pessoa e coisa, não chegando a configurar detenção.

Nosso Código Civil, como foi visto acima, adotou a teoria de Ihering. Não distinguiu estruturalmente a posse da detenção. Apenas criou obstáculos objetivos para diferenciar ambos os institutos. A teoria subjativa parte da detenção para chegar à posse. A teoria objetiva, adotada em nosso ordenamento, faz o trajeto inverso. A princípio, quem reúne poderes fáticos sobre a coisa semelhantes aos poderes do proprietário é possuidor. Somente não o será se uma barreira legal, criada pelo legislador, retirar os efeitos possessórios de tal comportamento.

O art. 1.198 do Código Civil, em comento, trata do primeiro obstáculo posto pelo legislador, que retira de uma situação tipicamente possessória os seus efeitos naturais, rebaixando-a para detenção. O segundo grupo de obstáculos legais se encontra no art. 1.208 do Código Civil, adiante examinado. Seria recomendável que os artigos que tratam das barreiras que degradam a posse em detenção estivessem agrupados, deixando mais clara a sua natureza, o que eliminaria dúvidas que se instalaram na doutrina e confundem o intérprete.

O primeiro e mais conhecido impedimento que degrada a posse é o deste artigo, que trata do caso do fâmulos ou servo da posse, ou seja, aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste, em cumprimento de ordens e instruções suas.

É o detentor de posse alheia. Como lembra Clóvis Bevilacqua, são os casos, por exemplo, do operário em relação às ferramentas e aos utensílios do patrão que ele usa em seu mister, ou do empregado que zela pelos objetos do patrão e os conserva, ou do mandatário que recebe coisa do mandante para entregá-la a outrem (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado* 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1930, v. III, p. 23). O detentor age como mero instrumento, para o verdadeiro possuidor exercer a sua posse. Há relação de autoridade e de subordinação do possuidor sobre o detentor. Por isso é que essa figura recebe os nomes de servidão da posse, detenção dependente e detenção subordinada.

O detentor não tem independência, porque exerce o poder de fato sobre a coisa por conta, ordem e em razão do interesse alheio. Tanto é assim que, se o esbulhador invade um terreno que é guardado por um preposto, este pode exercer a autotutela, mas em nome do possuidor. Caso seja vencido em sua resistência, a legitimidade para ajuizamento das ações possessórias é do possuidor e não do detentor.

Como salienta Moreira Alves, essa obediência - a subordinação que marca a conduta do detentor - pode decorrer de relação jurídica de direito privado, como a de mandato, ou de direito público, como a arma e utensílios entregues ao poder imediato do soldado. Pode derivar também de relação social, desde que envolva ordem e obediência (op. cit., p. 11).

Note-se que a detenção, ou servidão da posse, é inconfundível com a posse direta. Geram as duas figuras efeitos radicalmente distintos. Apenas o possuidor pode invocar a tutela possessória, não o detentor. As semelhanças entre ambas são que tanto o possuidor

direto como e detentor têm poder imediato sobre a coisa, assim como podem ambas as figuras derivar de uma relação jurídica preexistente (posse direta, locação; detenção, contrato de trabalho ou mandato). Haverá mera detenção - servidão da posse - quando a submissão a ordens e decisões for estreita, vale dizer, não goza o detentor de independência nem autonomia; age ele em proveito, por conta do possuidor; dá à coisa o destino e a utilização que lhe determina o possuidor. Já o possuidor direto, embora tenha a obrigação de devolver a coisa para o possuidor indireto após certo tempo, enquanto permanece com ela, tem certo grau de autonomia e exerce os poderes imediatos em proveito próprio.

As considerações acima permitem distinguir com alguma nitidez o possuidor direto do detentor. Algumas situações, porém, se mostram duvidosas. Marcus Vinicius Rios Gonçalves ressalva a figura do depositário judicial, que não se confunde com o seu homônimo, que recebe a coisa em decorrência do contrato de depósito. O depositário judicial tem relação de fato com a coisa em decorrência de um vínculo processual, vale dizer que não há desdobramento da posse, mas *munus público* de zelar pela guarda dos bens. Por isso, eventual ataque injusto à coisa não pode ser defendido por ação possessória ajuizada pelo depositário, mas sim por pedido ao próprio juízo que determinou o depósito. Assim, não é o depositário possuidor, mas servidor da posse para o Estado (*Dos vícios da posse*. São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p. 28).

Finalmente, o parágrafo único deste artigo contém a inovação do Código vigente em relação ao Código Civil de 1916, ao preceituar que o comportamento de detentor, agindo em relação de dependência para com outro, faz presumir a detenção, até prova em contrário. Trata-se de regra parelha à do art. 1.203 do Código Civil, que dispõe sobre a posse. Note-se que, como dito acima, o que marca a conduta do detentor é a sua obediência, isto é, a falta de autonomia em relação à utilização da coisa. Quem assim age presume-se detentor, cabendo-lhe o ônus da prova - porque é relativa a presunção - de demonstrar o contrário. Podem ocorrer situações duvidosas, como saber se alguém que ocupa um imóvel é comodatário (possuidor direto) ou preposto (detentor). Em situações tais, valiosa será a prova da autonomia da conduta, do grau de independência, para definir qual é a situação jurídica do ocupante.

Frise-se, ainda, que em determinados casos um possuidor pode transformar-se em detentor. Basta imaginar a hipótese de um comodatário que passa a receber salário para conservar a coisa. O inverso também pode ocorrer, por exemplo o empregado que não mais reconhece a relação de trabalho e deixa de restituir a coisa ao patrão, ou, então, do representante que arroga direito próprio sobre a coisa, afastando a figura do mandato. Claro que não basta a inversão do estado anímico do detentor, que deve ser acompanhado de conduta objetiva, clara e inequívoca perante o possuidor, para que fique este ciente de que o outro não mais lhe obedece, não mais reconhece a supremacia de sua posição, devendo, se quiser retomar a coisa, usar do remédio possessório.

Jurisprudência: Reintegração de posse. Liminar. Cessação da autorização de uso concedida ao pai dos impetrantes. Ato que os alcança. Inexistência de direito líquido e certo. Mandado de segurança. Honorários advocatícios. Multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. 1 - Dispondo da mera detenção do imóvel, os sucessores do permissionário não podem invocar direito líquido e certo contra a municipalidade. Direito de retenção quanto às benfeitorias a ser discutido em sede própria. 2 - Em mandado de segurança não se admite a condenação em honorários de advogado (Súmula n. 105 do STJ). 3 - Indemonstrado o intento manifestamente protelatório dos embargos de declaração, exclui-se a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. Recurso ordinário parcialmente provido. (STJ, RO em MS n. 5.996, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.11.2000, DJ 05.03.2001)

Reintegração de posse. Relação de emprego. Promessa de dação em pagamento. Créditos trabalhistas. Comodato. Notificação. Esbulho. Indenização pelo uso do imóvel. Empre-

gado que reside no imóvel rural onde trabalha. Mera detenção. Relação de dependência e subordinação. Art. 487 do CC/1916, e art. 1.198 do novo Código Civil. Permanência do empregado no imóvel, depois de rescindido o contrato de trabalho, por contrato de comodato verbal. Notificação para desocupação do imóvel não atendida. Esbulho possessório configurado. Promessa de dação em pagamento do imóvel para quitação dos créditos trabalhistas que não veio provada nos autos, nem mesmo documentada. Posse anterior e esbulho comprovado. Requisitos do art. 927, do CPC, atendidos. Indenização pelo tempo de uso do imóvel, após notificação para a sua desocupação. Deferimento. Apuração de valores em liquidação de sentença. Negaram provimento ao recurso de apelação e deram provimento ao recurso adesivo. (TJRS, Ap. cível n. 70.009.683.111, 19ª Câmara Cível, rel. Heleno Tregnago Saraiva, j. 14.12.2004)

Apelação cível. Usucapião. Posse decorrente de relação de emprego. Detenção. Fâmulos da posse. Ausência de *animus domini*. Improcedência da demanda. Inexiste *animus domini* daquele que ingressa no imóvel apenas por força da relação de emprego que possuía com o proprietário da coisa e por autorização deste. Hipótese em que o autor agia como mero fâmulos da posse, detendo o imóvel em virtude de um vínculo de subordinação com o seu empregador. Por outro lado, ainda que se admitisse que, após o final da relação de emprego, a posse passou à condição de qualificada, não haveria como prover a pretensão, pois, entre o final do contrato de trabalho e o ajuizamento da ação de usucapião, não transcorreu o lapso vintenário necessário para configuração da prescrição aquisitiva do art. 550 do Código Civil anterior. Recurso desprovido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.009.430.760, 18ª Câmara Cível, rel. Pedro Celso Dal Prá, j. 25.11.2004)

Zelador que ocupa casa de imóvel público. Mera detenção, que não o transforma em possuidor, e, pois, descabida sua intervenção em negócio que tem a posse por objeto. (TJRS, Ap. cível n. 596.228.163, 1ª Câmara Cível, rel. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 01.04.1998)

Reivindicatória. Contestação. Alegação de usucapião. Existência de relação empregatícia entre proprietário e possuidor. Hipótese de detenção de coisa alheia. Ademais, ocorrência de atos de permissão ou tolerância que não induzem posse. Procedência. RNP. (TJSP, Ap. cível n. 178.255, 5ª Câmara Cível, rel. Matheus Fontes, j. 04.02.1993)

Ação de manutenção de posse. Ilegitimidade passiva. Mera detenção. Invasão. Contrapedido. Art. 922 do CPC. Reintegração de posse. Esbulho. Indenização. Danos materiais. Ocupação no imóvel por mera permissão e tolerância. Relação de emprego. Atos que não induzem posse. Detenção. Art. 497 do CC/1916, e art. 1.208 do CC/2002. Ocupante do imóvel que não tem proteção possessória. Permissão dada por quem também não exercia posse no imóvel. Invasão. Posse anterior comprovada pelo demandado. Esbulho praticado pela autora. Proteção possessória que a ele se defere, em razão do contrapedido feito em sede de contestação. Art. 922 do CPC. Pretensão de indenização, pelo tempo em que não pôde usufruir o imóvel, que se afasta. Danos não demonstrados. Ônus de quem alega. Art. 333, I, do CPC. Manutenção de posse improcedente. Contrapedido de reintegração de posse procedente; improcedência do pleito de indenização. Sentença reformada em parte. Deram parcial provimento. (TJRS, Ap. cível n. 70.009.018.227, 19ª Câmara Cível, rel. Heleno Tregnago Saraiva, j. 19.10.2004)

Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

A posse, como vimos no comentário ao art. 1.196, nada mais é do que o exercício de fato de alguns dos poderes proprietários. Tal como a propriedade, uma das características da posse é a exclusividade, vale dizer que a posse de uma pessoa anula a de outra, ou é antinômica à dela. Porém, em determinadas situações, pode instituir-se condomínio e, portanto, também a composses, que é a aparência da propriedade.

Tal como no condomínio, exige-se nesta segunda hipótese pluralidade objetiva de titulares. Cada compossuidor tem direito à parte ideal do bem, uma vez que a composses não se fraciona em partes certas. Note-se que o artigo em questão fala em posse sobre coisa indivisa, de modo que não há composses se três condôminos, por exemplo, ocupam, individualmente, partes certas e determinadas de um imóvel. Nada impede, porém, que os compossuidores acordem que cada um utilizará a coisa comum em determinadas datas, ou por certo tempo. Incompatível com a composses é a transformação da posse *pro indiviso* em posse *pro diviso*, localizando a parte ocupada por cada um dos possuidores.

Ressalte-se, ainda, que o Código Civil de 2002 aboliu a expressão “ou estiverem no gozo do mesmo direito”, que constava do art. 488 do Código Civil de 1916. Na lição de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, isso é a consolidação do entendimento segundo o qual, tal como na posse, não há composses de direitos. O direito vale como *causa possessionis* e não como seu objeto (*Posse e propriedade*, coord. Yussef Said Cahali, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 52).

Perante terceiros (relações externas), os compossuidores procedem como se fossem um único sujeito. Cada um pode defender a posse do todo, ainda que individualmente. Entre si (relações internas), a cada um é assegurada a utilização da coisa, contanto que não exclua o direito dos demais. Disso decorre que cada um dos compossuidores tem legitimidade para ajuizar ação possessória contra atos ilícitos de terceiros, assim como contra os demais compossuidores. Claro que nesta última hipótese o pressuposto é que um dos compossuidores tenha invadido o exercício de fato dos poderes dos demais compossuidores, por exemplo com o uso ou fruição exclusiva da coisa.

A situação de composses decorre de diversas relações jurídicas rotineiras, como o casamento, a união estável - ainda que sobre bens próprios do outro cônjuge ou companheiro a herança e áreas comuns de condomínio edilício.

Cessa a composses pela divisão em partes certas do todo (posse *pro diviso*) ou pela posse exclusiva de um dos possuidores sem oposição ou com exclusão dos demais.

Não se confundem a composses e as posses direta e indireta. O ponto comum é que em ambas as figuras não há exclusividade da posse. A distinção é que na composses há repartição quantitativa da posse. Nas posses direta e indireta, há repartição qualitativa da posse.

Jurisprudência: Possessória. Reintegração de posse. Composses. Demanda envolvendo compossuidores não citados. Circunstância insuficiente para gerar extinção do processo. Inocorrência de ilegitimidade ativa. Exegese dos arts. 488 do CC/1916 e 634 do CPC. Hipótese em que qualquer possuidor pode, isolada ou conjuntamente, valer-se dos interditos possessórios. Recurso provido, determinando-se o prosseguimento do feito (I TACSP, Ap. cível n. 567.322-7, 9ª Câ., rel. Juiz Armino Freire Mármora, j. 21.02.1995, v.u.). (Boi. 12/95)

Não desfeita a sociedade conjugal, a comunhão de bens acarreta a composses, impondo-se a incidência do art. 10, § 2º, do CPC, para o ajuizamento da ação de reintegração de posse. (STJ, REsp n. 222.568, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.05.2000, DJU 26.06.2000)

Posse. Imóvel indiviso. Existência de composses para utilização pacífica de direito de posse. Recurso provido. A composses *pro diviso* ocorre quando não há uma divisão de direito e já existe uma repartição de fato, que faz com que cada compossuidor já possua uma parte certa. E acrescenta: Faz-se uma partilha aritmética, distribuindo-se um imóvel a diversas pes-

soas, de maneira que cada uma delas tome posse do terreno que corresponde à sua parte, embora o imóvel ainda seja indiviso. O exercício da composses permite essa divisão de fato para proporcionar uma utilização pacífica do direito de posse de cada um dos compossuidores. (TJSP, Ap. cível n. 185.521-1, rel. Guimarães e Souza, j. 07.06.1994)

Interdito proibitório. Condomínio e composses *pro indiviso*. Os possuidores de área comum podem exercer atos possessórios sobre o bem, sem que ocorra exclusão da posse dos demais. Art. 1.199 do Código Civil. A construção de cerca divisória sobre parte ideal da área indica delimitação física do imóvel, evidencia a turbção e autoriza a proteção possessória pretendida. Aplicação do princípio *quieta non movere*, a recomendar manutenção da situação de fato existente. Indenização por perdas e danos indevida, pois não foram demonstrados os alegados prejuízos. Apelação parcialmente provida. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.000.758.573, 18ª Câm. Cível, rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 27.02.2003)

Usucapião. Lapso temporal. Composses. Cômputo do prazo somente em benefício próprio. Inadmissibilidade. Recurso não provido. Não possuindo a coisa por inteiro, o compossuidor está impossibilitado de prescrever contra os outros. Usucapião. Lapso temporal. Bem de ausente. Sucessão provisória. Arrecadação do bem, com exercício da posse por curador, que o torna indisponível e inviabiliza, a partir daí, a contagem do tempo. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 87.434-4, rel. Luís de Macedo). (*Lex-TJSP* 221/180, 1999)

Litisconsórcio ativo necessário. Composses exercida por herdeiros e cônjuge supérstite. Ação de usucapião proposta com a ausência de um dos herdeiros, que então pleiteia a extinção do processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 47 do Código de Processo Civil. Inadmissibilidade. Hipótese de herdeiro faltante que meramente impugna a incompletude do polo ativo da demanda e não nega o direito e o interesse material defendido pelos outros compossuidores. Determinada sua citação como réu. Decisão mantida. Recurso não provido (TJSP, AI n. 12.521-4, rel. Vasconcellos Pereira). (*Lex-TJSP* 194/243, 1997)

Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

CC/1916: art. 489.

A posse é justa quando não marcada pelos vícios da violência, clandestinidade e precariedade. É injusta, por exclusão, quando presentes quaisquer dos vícios acima citados.

O Código Civil, seguindo a trilha do CC/1916, cataloga os vícios da posse, o que causa situações desconfortáveis ao intérprete. Melhor seria se seguisse o sistema alemão, para o qual a posse será viciada sempre que adquirida contra a vontade do possuidor, ressalvados os casos em que a lei autoriza o desapossamento (§ 858 do BGB - Código Civil Alemão). A jurisprudência, sentindo a dificuldade de lidar com a enumeração dos vícios da posse, alarga as hipóteses, para chegar ao resultado prático preconizado por Marcus Vinicius Rios Gonçalves, qual seja, a posse, para o sistema brasileiro, é viciosa desde que obtida por esbulho, contra a vontade do possuidor anterior, por meios ilícitos, ainda que não se consiga *a priori* enquadrá-la em nenhuma das situações previstas no art. 1.200 do Código Civil (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p. 50).

Causa possessionis: O que importa, para a caracterização dos vícios, é a razão, a forma de aquisição da posse (*causa possessionis*). A posse pode ter sido obtida de modo lícito ou ilícito. Quando adquirida por meio objetivo reprovado pelo direito, é posse viciada. Posse justa, portanto, é aquela cuja aquisição não repugna ao direito. Nada impede, porém, que uma

posse nascida justa se converta em injusta, especialmente no que se refere ao vício da precariedade. De outro lado, como veremos adiante, a posse nascida injusta somente se converterá em justa se alterada a sua *causa possessionis*.

Os vícios da posse: A posse é violenta (*vi*) quando se adquire por ato de força, natural ou física (*vis absoluta*), ou ameaça (*vis compulsiva*). A violência física supõe a ausência de vontade daquele que foi usurpado. A ameaça, ou violência moral, deve ser séria e injusta, de modo que o usurpado entrega a coisa para não sofrer o mal prometido. Conseqüência disso é que não constituem atos de violência o exercício regular de um direito ou mesmo o temor reverencial. Não pratica ato violento, por exemplo, aquele credor que, avisando o devedor que remeterá o título a protesto, ou ajuizará ação de cobrança, recebe dação em pagamento, com transferência da posse da coisa adquirida.

Questão difícil é saber se a posse adquirida por ameaça, para ser considerada injusta, exige prévia ação anulatória do ato por vício de consentimento (coação) ou, em vez disso, admite o imediato ajuizamento de ação possessória para recuperar a coisa. O entendimento mais plausível é que, se a entrega da coisa não transmitiu também a propriedade, ou seja, se não se trata de execução de negócio jurídico que envolva a transmissão de domínio, cabe desde logo a ação possessória. Se, ao contrário, a entrega envolveu a transmissão da posse e do domínio, deve ser previamente desfeito o negócio jurídico, com pedido cumulativo de devolução da coisa alienada.

A violência estigmatiza a posse, ainda que exercida contra preposto do legítimo possuidor (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* 18. ed., atualizada por Carlos Edison Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. IV, p. 23). A violência, para marcar a posse como injusta, deve ser praticada contra a pessoa do possuidor ou também contra a coisa? Embora haja controvérsia a respeito, é razoável que também a violência contra a coisa estigmatize a posse, dado o seu caráter ilícito. À posse violenta se contrapõe a posse mansa e pacífica, ou tranqüila, não só durante a aquisição como também durante a sua persistência, matéria que terá relevância para a usucapião. É claro que a resistência do possuidor legítimo à eventual turbacão, ou esbulho, não torna injusta a posse. Nesse caso, a autotutela do possuidor molestado é lícita, amparada pelo art. 1.210, § 1º, do Código Civil.

A posse é clandestina (*ciam*) quando se adquire via processo de ocultamento em relação àquele contra quem é praticado o apossamento (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 23). É um defeito relativo: oculta-se da pessoa que tem interesse em retomar a posse, embora possa ser ela pública para os demais. Na violência, retira-se o poder de reação do possuidor, que conhece a agressão à sua posse. Na clandestinidade, o possuidor não percebe a violação de seu direito, e por isso não pode reagir. Questão relevante é saber se para cessar a clandestinidade deve o esbulhado ter ciência inequívoca de que a coisa acha-se nas mãos do possuidor injusto ou, em vez disso, basta que o novo possuidor não mais oculte sua conduta. O melhor entendimento é que não há necessidade de que a vítima tenha efetivo conhecimento do esbulho, mas que o esbulhador torne possível à vítima conhecê-lo (PINTO, Nelson Luiz. *Ação de usucapião*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 107-8). Torna-se pública a posse quando nasce para a vítima a possibilidade de conhecer o esbulho.

É fundamental lembrar que, nos exatos termos do art. 1.208 do Código Civil, não autorizam a aquisição da posse os atos violentos e clandestinos, enquanto perdurar a violência e a clandestinidade. Enquanto perduram os ilícitos, há mera detenção. Somente quando cessam é que nasce posse, mas injusta, porque a sua origem é ilícita. A matéria será mais bem abordada adiante, no comentário ao art. 1.208 do Código Civil.

É precária (*precário*) a posse quando o possuidor recebe a coisa com a obrigação de restituí-la e, abusando da confiança, deixa de devolvê-la ao proprietário, ou possuidor legítimo. O vício inicia-se no momento em que o possuidor se recusa a devolver o bem a quem de direito. A posse, que era justa, torna-se injusta. Torna-se injusta não porque mudou somen-

te o *animus* do possuidor, mas porque mudou a causa, a razão pela qual se possui. Tome-se como exemplo o comodato. A posse é justa durante o prazo convencionado, porque há uma razão jurídica que justifique a posse, vale dizer que a sua causa é lícita. Expirado o prazo convencional, a posse que era justa torna-se injusta, porque houve quebra do dever de restituição, desapareceu a razão jurídica que amparava a posse e praticou o possuidor, agora precário, ato ilícito contra o ex-possuidor.

Via de regra, a posse precária nasce da posse direta, no momento em que há quebra do dever de devolução da coisa. A posse direta não é precária, porque a sua causa é lícita, entregue que foi pelo possuidor indireto. Enganam-se, assim, aqueles que dizem que as posses do locatário, ou do comodatário, ou do credor pignoratício são precárias. Na verdade, são posses diretas e justas, que se tornarão precárias no exato momento em que houver quebra do dever de restituir.

A relatividade dos vícios: Os vícios da posse são relativos. A posse é injusta em relação àquele de quem foi havida por meio ilícito. Em relação a terceiros a posse é justa, pela simples razão de que, contra eles, nenhum ato ilícito se praticou. Dizendo de outro modo, os vícios da posse só podem ser arguidos pela vítima, a quem cabe a faculdade de reaver a coisa pela autotutela ou pelos interditos possessórios. Não fosse assim, aquele que obteve a posse pela violência poderia ter a coisa tomada por terceiros pelo mesmo modo, em verdadeira propagação de ilícitos, o que repugna a ordem jurídica.

A purgação dos vícios: No que se refere à temporariedade ou perpetuidade dos vícios, a doutrina tradicional diz que a clandestinidade e a violência são temporários, mas o vício da precariedade nunca convalesce (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil* 27. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. V, p. 29). Há nessa posição um erro de perspectiva. Como foi visto acima, enquanto perduram a violência e a clandestinidade, nem posse existe, mas mera detenção. Quando cessam é que nasce a posse injusta. A posse injusta somente se converte em justa se se mudar o que ela tem de ilícito, ou seja, a sua causa. Logo, somente com a inversão da *causa possessionis*, da razão pela qual se possui, é possível a conversão da posse injusta em justa, porque se retira a ilicitude de sua origem. Tome-se como exemplo o caso do possuidor clandestino, violento ou precário que consegue com a vítima um prazo para a desocupação da coisa, mediante contrato de comodato. A posse que era injusta converteu-se em justa, porque mudou a sua causa.

O que gera confusão na doutrina e na jurisprudência são os efeitos da posse injusta. Causa espécie que a posse injusta possa gerar benefícios a quem praticou um ato ilícito. A mácula dos vícios, na verdade, acarreta ao esbulhador uma consequência negativa fundamental: a possibilidade de perder a coisa para o esbulhado, que pode retomá-la pela autotutela ou usando os interditos possessórios. Gera, porém, a posse injusta efeitos positivos para o possuidor, como a tutela possessória perante terceiros ou mesmo em decorrência de um ato ilícito da vítima, para evitar a disseminação de novos atos ilícitos. Se o possuidor estiver de boa-fé, sua posse, apesar de viciada, gerará inúmeros outros efeitos em relação ao esbulhado, como indenização por benfeitorias, ou percepção de frutos.

Questão a ser enfrentada é se a posse injusta pode ser *ad usucapionem*. Alguns autores dizem que a posse deve convalescer, ou ter purgados os vícios, para gerar usucapião. Não é bem assim. As posses violenta e clandestina, na verdade, somente nascem quando cessam os ilícitos. Enquanto perduram, são simples detenção. O que se exige é que durante o prazo necessário à usucapião não haja atos violentos ou clandestinos, embora a posse seja injusta, porque a sua causa original é ilícita. Prova intuitiva e maior disso é que, se alguém invadir com violência uma gleba de terras e, cessada a reação do esbulhado, permanecer por mais quinze anos sem ser molestado, terá usucapião, apesar da injustiça original de sua posse.

Diz-se que a posse precária nunca gera usucapião. Na verdade, é ela imprestável para usucapião não porque é injusta, mas porque o precarista não tem *animus domini* uma vez que reconhece a supremacia e o melhor direito de terceiro sobre a coisa. Caso, porém, não reconhe-

ça ou deixe de reconhecer essa posição e revele isso de modo inequívoco e claro ao titular do domínio, para que este possa reagir e retomar a coisa, nasce, nesse momento, o prazo para usucapião, porque o requisito do *animus domini* estará então presente. Na lição de Lenine Nequete, há uma inversão da causa da posse, “mas os fatos de oposição, por seu turno, devem ser tais que não deixem dúvida quanto à vontade do possuidor de transmutar a sua posse precária em posse a título de proprietário e quanto à ciência que dessa inversão tenha tido o proprietário: pois que a mera falta de pagamento de locativos ou outras circunstâncias semelhantes das quais o proprietário não possa concluir claramente a intenção de se inverter o título não constituem atos de contradição eficazes” {*Da prescrição aquisitiva*, 3. ed. Porto Alegre, Ajuris, p. 123). Lembre-se de que o art. 1.238, que trata da usucapião extraordinário, não exige posse justa e dispensa expressamente a boa-fé. A alusão à falta de boa-fé só tem sentido se a posse for injusta, porque a boa-fé nada mais é do que a ignorância dos vícios que maculam a posse.

Presume-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida, salvo prova em contrário (art. 1.203 do CC). Pode ser convertida a posse injusta em justa e vice-versa, mediante a interferência de uma causa diversa, mas o ônus dessa inversão cabe ao possuidor. A só vontade do possuidor, porém, não altera o caráter viciado da posse. Há necessidade de inversão do título, com alteração do fundamento jurídico, ou ato manifesto de contradição, como visto acima.

Jurisprudência: A invasão de terras é necessariamente clandestina e violenta, não podendo gerar posse justa. (REsp n. 219.579/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.09.2000, *DJ* 04.12.2000)

Posse justa e posse injusta. Distinção. A posse, mesmo que antes possa ser considerada justa pela ausência de violência, clandestinidade ou precariedade - art. 489 do CC -, adquire a tina de injusta no momento fático em que o possuidor resiste à pretensão do titular do domínio de reaver o imóvel, passando dita posse, daí em diante, a repugnar o direito (TJPR, Ap. cível n. 24.205-7/Capital, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Nunes do Nascimento, *DJ* 14.04.1993, v.u.). (*Adcoas* 0020000140584)

Ação de reintegração de posse. Posse clandestina. Posse da demandante sobre o imóvel decorrente da aquisição dos direitos sobre ele e da existência de muro e cerca, que evidenciam o poder fático exercido sobre a coisa (art. 493 do CC). A falta de título justificador da ocupação, à revelia da demandante, evidencia a clandestinidade da posse dos demandados, vício que a qualifica de injusta. Art. 489 do CC, *a contrario sensu*. Eventual direito à indenização por acessão ou benfeitoria deverá ser buscado em ação própria, atendidos seus pressupostos. Negaram provimento à apelação. (TJRS, Ap. cível n. 70.002.203.974, 18ª Câmara Cível, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 08.03.2001)

Possível a inversão da posse precária, decorrente de locação, desde que bem caracterizada e oposta de modo inequívoco há mais de vinte anos ao locador. (TJSP, Ap. cível n. 235.688-1, rel. Des. Benini Cabral, j. 29.11.1995)

Processual civil. Imóvel público. Liminar de reintegração de posse. Invasão coletiva. Posse clandestina. Sendo a ação possessória de força nova e presentes os requisitos do art. 927 da lei de regência, deve ser deferida a liminar de reintegração de posse. Confissão da invasão, reveladora da clandestinidade da posse dos réus, vício que a qualifica de injusta, conforme art. 489 do CC. Não compete ao Poder Judiciário tolerar invasões de terras, sob pena de contribuir para que o problema não seja solucionado e ensejar novas invasões. Manutenção da decisão deferitória da liminar. Agravo de instrumento desprovido, por maioria. (TJRS, AI n. 599.239.225, 18ª Câmara Cível, rel. Wilson Carlos Rodycz, j. 26.08.1999)

Recurso especial. Ocupação precária de imóvel. Lei que reestruturou o Distrito Federal. Comodato. 1 - Como assentado em precedente desta corte superior, "o recurso especial visa a interpretação da lei federal infraconstitucional e busca harmonizar a jurisprudência. A lei do Distrito Federal, mesmo quando comissão do Senado Federal a elaborava, tinha origem federal, porém, incidência local. Não se confunde a origem com o conteúdo. Inadmissível, por isso, o recurso especial. 2 - Cuidando-se de ocupação precária, resultado de instrumento próprio, não se pode falar em direito de permanência no bem cuja ocupação foi autorizada naquela condição, sendo certo que a configuração de concessão de uso, mediante taxa de ocupação, nasce posteriormente por regulamentação local. Desse modo, nas circunstâncias do presente caso, não se pode visualizar conflito com o art. 1.248 do Código Civil. 3 - Recurso especial não conhecido (STJ, REsp n. 44.888/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 10.12.1996, DJ 03.03.1997). (*Lex-STJ* 95/120)

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

CC/1916: art. 490.

A expressão boa-fé comporta dois significados distintos no Código Civil de 2002, de modo que, para evitar equívocos, deve vir acompanhada dos designativos “objetiva” ou “subjetiva”.

A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral nos arts. 113 e 422 do Código Civil de 2002, é uma norma de conduta, consistente num padrão mínimo de comportamento ético e leal, de modo a não defraudar a confiança, as justas expectativas que os atos e negócios jurídicos despertam na contraparte. É a boa-fé princípio.

A boa-fé subjetiva, ou crença, é um estado de ignorância dos vícios que atingem determinada situação jurídica. No caso específico da posse, é a ignorância dos vícios ou dos obstáculos impeditivos à aquisição da coisa. Vê-se que a figura é concebida de modo negativo, como ignorância e não como convicção. Má-fé tem aquele que conhece tais obstáculos, aquele que tem a consciência da ilegitimidade de seu direito. Boa-fé tem aquele que desconhece, que ignora a origem ilícita da posse.

Discute-se, sobre a caracterização da boa-fé subjetiva, se basta a ignorância do vício (concepção psicológica), ou, em vez disso, é exigível que o estado de ignorância seja desculpável (concepção ética). O melhor entendimento, até para evitar que a pessoa mais previdente sofra as consequências negativas de conhecer aquilo que ignora o relapso, é que somente o erro escusável é compatível com a boa-fé.

Vê-se, portanto, que a boa-fé está intimamente ligada à causa de possuir, ao título em razão do qual se possui. Está assentada no desconhecimento do vício que existe no título, quer quanto à sua substância, quer quanto à sua forma.

Pressuposto lógico para a configuração da má-fé é a consciência da existência de vícios. Logo, a posse justa é sempre posse de boa-fé, na ausência de vícios a serem conhecidos. A posse injusta é que pode ser de boa ou de má-fé, dependendo da soma dos vícios objetivo e subjetivo.

Nosso direito adotou o sistema canônico, de modo que não basta a boa-fé no momento da aquisição da posse, mas se exige a continuidade de tal qualidade. No exato momento em que cessa a boa-fé, porque o possuidor passa a conhecer o vício que afeta a sua posse, ces-

sam *ex nunc* os efeitos benéficos da situação anterior, tais como a percepção de frutos, a indenização por benfeitorias ou o direito de retenção. A má-fé superveniente, porém, não tem o condão de afetar as vantagens pretéritas hauridas quando ainda se ignorava o vício, que continuam a regular-se pelas regras da posse de boa-fé.

De igual modo, a usucapião ordinária (art. 1.242 do CC) exige boa-fé do possuidor durante todo o lapso temporal necessário para a aquisição do domínio. Não se contenta o legislador, portanto, apenas com a boa-fé inicial, mas deve esta persistir até a consumação da prescrição aquisitiva.

O único efeito que escapa à regra da persistência da boa-fé é aquele previsto no art. 1.211 do Código Civil, qual seja, que o possuidor que desconhecia a origem ilícita da posse no momento de sua aquisição não está sujeito à ação possessória, mas somente à petítória.

O Código Civil de 2002 eliminou a expressão final do art. 490, que aludia a obstáculo impeditivo da aquisição do “direito possuído”, reforçando, mais uma vez, a ideia de que o direito pode gerar posse, mas a posse não tem por objeto direitos, mas coisas.

O parágrafo único deste artigo cria presunção relativa de boa-fé para o possuidor com justo título. É relativa porque pode ser destruída por prova, a cargo de quem pretende retomar a coisa, de que o possuidor, apesar de munido de justo título, conhecia os vícios de sua posse, ou, então, quando a própria lei não admitir a presunção. O termo justo título não é unívoco no Código Civil. Para efeito do dispositivo em exame, é uma causa jurídica que justifica a posse, é a sua razão eficiente. Pode ser justo título, por exemplo, tanto um compromisso de compra e venda como um contrato de locação, ou de comodato, ainda que verbal. Basta que a relação jurídica dê causa legítima à posse.

Note-se que para efeito de usucapião ordinário, como veremos adiante no comentário ao art. 1.242 do Código Civil, a expressão justo título tem outro significado, qual seja o título potencialmente hábil para transmissão da propriedade, mas que não o faz pela existência de vício substancial ou formal. Vê-se, portanto, que o comodatário e o locatário têm justo título para efeito de presunção e boa-fé, mas não para gerar usucapião ordinária.

Jurisprudência: Posse de boa-fé e de má-fé. Distinção. Entende-se que é de boa-fé a posse em que o possuidor se encontre na convicção inabalável de que a coisa realmente lhe pertence. A posse de má-fé é precisamente a inversa. Essa distinção - posse de boa-fé e de má-fé - é de máxima importância na questão relativa à indenização por benfeitorias e direito de retenção (TJES, Ap. cível n. 21.970.117.830/Guarapari, 2ª Câm. Cível, rel. Des. Júlio César Costa de Oliveira, j. 08.06.1999, v.u.). (*Adcoas* 8.181.148)

Se demonstrado que a posse não é de má-fé, eventual improcedência de reivindicatória não afasta a indenização por benfeitorias ou construções. Distintos são os conceitos entre posse injusta e posse de boa-fé. Um, de cunho objetivo. Outro, de natureza subjetiva, mas ambos não servem ao escopo de dar ao art. 524 consequência que este não tem. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 47.622, 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 28.11.1994, *DJ* 20.02.1995)

Embargos de terceiro. Apreensão de veículo em decorrência de mandado expedido em ação possessória promovida por empresa proprietária e arrendadora mercantil contra arrendatária. Bem na posse das embargantes, que adquiriram de concessionária idônea, sem conhecimento do vício anterior. Boa-fé caracterizada. Art. 504 do Código Civil. Inteligência. Procedência mantida. Embargos infringentes rejeitados (TJSP, Embargos Infringentes n. 486.367-6-01, rel. J. R. Bedran). (*Lex-TACSP* 140/177, 1993)

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

CC/1916: art. 491.

A boa-fé é a ignorância do vício que macula a posse. É um estado de espírito do possuidor, um elemento interior, cuja prova nem sempre é fácil. Por isso, o legislador preocupa-se com os sinais, as evidências e presunções de boa-fé.

Vimos no comentário ao parágrafo único do art. 1.201 que o possuidor com justo título tem a seu favor a presunção relativa de boa-fé.

O justo título, porém, não é requisito para a posse de boa-fé. O desconhecimento do vício funda-se, via de regra, em um erro de fato ou de direito. Se há uma razão jurídica que justifique a posse, o erro, a princípio, será escusável, nascendo daí a presunção relativa de boa-fé.

Não havendo justo título, ainda assim cabe ao retomante demonstrar a má-fé do possuidor. Essa prova, porém, torna-se mais fácil, decorrente, segundo a dicção do artigo em exame, das circunstâncias indicativas do conhecimento do vício pelo possuidor. Quais são essas circunstâncias? Clóvis Bevilacqua dá vários exemplos, como a confissão do possuidor de que nunca teve título, nulidade manifesta do título e existência de instrumentos repugnantes à legitimidade da posse em poder do possuidor.

A posse de boa-fé pode transmutar-se em posse de má-fé, tendo como marco o momento em que as circunstâncias do caso concreto indiquem o conhecimento dos vícios. Constituem marcos dessa mudança em especial a citação em processo judicial ou notificação formal ao possuidor, quer judicial, quer extrajudicial. Nada impede, porém, que se faça, ainda que por testemunhas, prova de que conhecia o possuidor os vícios que afetavam a sua posse.

Questão interessante é saber se a citação em ação judicial movida pelo retomante contra o possuidor implica necessariamente a posse de má-fé. Via de regra sim, porque será, na pior das hipóteses, o marco da ciência dos vícios que afetam a situação jurídica. Em casos especiais, nos quais houver fundada dúvida sobre a legitimidade da posse, pode a boa-fé persistir após a citação. Basta que o possuidor, apesar de ciente do pleito judicial, confie na qualidade de sua posse, não admitindo, por sólidas razões, os argumentos do retomante.

Jurisprudência: Posse. Boa-fé não comprovada. Efeitos. É requisito imprescindível para fazer-se valer do art. 516 do CC a comprovação da existência de boa-fé. Assim, não logrando êxito em comprová-la, e induzindo as circunstâncias à presunção de que o possuidor não ignora que possui indevidamente, não há como a pretensão da parte merecer a proteção do ordenamento jurídico (TJES, Ap. cível n. 48.930.005.631/Capital, 2ª Câm. Cível, rel. Des. Antônio José Miguel Feu Rosa, j. 15.02.2000, v.u.). (*Adcoas* 8.180.089)

Contrato. Compromisso de compra e venda. Rescisão. Retenção por benfeitorias. Não cabimento no caso. Ressarcimento, no entanto, das necessárias erguidas até a restituição do imóvel e das úteis introduzidas antes da citação, a partir da qual se tornou o réu possuidor de má-fé. Interpretação do art. 517 do Código Civil. Recurso provido para esse fim. (TJSP, *JTJ* 214/33)

Apelação. Benfeitorias úteis. Indenização. Serviços prestados. Não cabe ser indenizadas as benfeitorias realizadas pela apelante no imóvel de propriedade do apelado, uma vez que caracterizada sua má-fé ao realizá-las somente após sua citação em ação de dissolução de união estável, ajuizada pelo varão. Não se aceita indenizar serviços prestados pela companheira ao

companheiro durante a convivência, uma vez que não há que se falar em atribuir valor ao carinho, cuidado e respeito existentes entre ambos. Apelo improvido. Segredo de Justiça. (TJRS, Ap. cível n. 70.001.644.194, 8ª Câ. Cível, rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 06.06.2002)

Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.

CC/1916: art. 492.

Como foi comentado anteriormente, possível é a alteração do caráter da posse, mediante conversão da posse de boa-fé em posse e má-fé, ou vice-versa, bem como da posse justa em posse injusta, ou vice-versa.

A questão é como se opera essa alteração. Diz textualmente o artigo em exame que se presume manter a posse o mesmo caráter original. Via de consequência, aquele que alegar a alteração das qualidades positivas e negativas da posse tem a seu cargo o ônus de demonstrá-la. A presunção, como se extrai do preceito, é relativa, comportando, portanto, prova em sentido contrário.

É sabido que, segundo antigo preceito, *nemo sibi ipse causam possessionis* (ninguém pode mudar por si mesmo a causa da posse). O termo causa da posse é usado aqui em sentido lato, abrangendo também a figura da detenção. Dizendo de outro modo, não basta o elemento anímico, interior, psicológico, para mudar o caráter da posse, escoimando-a de eventuais vícios de origem, quer subjetivos, quer objetivos, ou, então, alterar a detenção para posse. Dizia Ihering que a vontade é sem força diante da causa da posse.

Importante lembrar que causa da posse, aqui, não é somente o seu motivo jurídico, mas também o seu modo de estabelecimento, previsto pelo direito. É por isso que até mesmo a posse injusta tem uma causa, embora ilícita.

As principais características da posse, que a dividem em classificações diversas - justa/injusta, de boa-fé/má-fé, *ad interdicta/ad usucapionem* direta/indireta têm estreita relação com a causa pela qual se possui, quer jurídica, quer pelo modo de estabelecimento. É por isso que, para alterar tais características, é necessário, como pressuposto lógico, alterar também a causa, a razão pela qual se possui. Vem daí a regra preconizada por Astolpho Rezende segundo a qual, “em matéria possessória, a vontade do possuidor é sem valor em frente da regra objetiva de direito” (*A posse e sua proteção*, 2. ed. São Paulo, Lejus, 2000, p. 263).

Essa alteração da causa pode dar-se como decorrência de uma relação jurídica ou por mudança ostensiva do comportamento fático do possuidor.

Como alteração decorrente de causa jurídica, tome-se como exemplo o caso do possuidor violento ou precarista que adquire a coisa ou a recebe em comodato, convertendo a posse injusta em justa. No mesmo exemplo, se a posse era além de injusta também de má-fé, será agora justa e de boa-fé, em razão da falta de vícios a ser conhecidos. De igual modo, o locatário que tinha apenas posse direta e adquire a coisa passa a ter posse plena, uma vez que concentra em suas mãos todos os poderes típicos do proprietário, desaparecendo o dever de restituição da coisa ao antigo possuidor indireto. Note-se que a face exterior da posse permanece a mesma, já que o possuidor continua com o poder imediato sobre a coisa. O que mudou foi a razão pela qual possui, retirando da posse determinadas qualidades negativas, ou limitações, e fazendo nascer qualidades positivas, ou alargando os poderes sobre a coisa. Desapareceu a razão determinante para a caracterização do esbulho, qual seja a aquisição da posse contra a vontade do ex-possuidor.

Como decorrência do comportamento objetivo do possuidor, na lição de Nelson Rosenvald, a alteração se dá desde que haja manifestação por “atos exteriores e prolongados do pos-

suidor da inequívoca disposição de privar o proprietário da coisa” (*Direitos reais*, 2. ed. Niterói, Impetus, 2003, p. 246). Na verdade, a mudança do comportamento fático não é suficiente para alterar todos os caracteres da posse, mas somente alguns. A mudança de comportamento, assim, não converte a posse injusta em justa. Enquanto perdurarem a violência e a clandestinidade, nem posse haverá, mas mera detenção. Quando cessar a violência e a clandestinidade (ver comentário ao art. 1.208) iniciar-se-á a posse injusta, que não se converte em justa somente pelo fato de a pacificidade ou a publicidade persistirem. No caso, a alteração do comportamento tem apenas o condão de transformar detenção em posse injusta, mas não é suficiente para retirar da posse o vício original. De igual modo, a posse precária não deixa de sê-lo pela simples mudança de comportamento do precarista, ainda que deixe de reconhecer a sua condição de comodatário ou de locatário, por exemplo. Basta lembrar que o esbulhado pode, ocorrendo tal fato, pedir a retomada judicial da coisa, prova maior de que permanece a posse injusta. Confira-se, a respeito, o Enunciado n. 237 da III Jornada de Direito Civil 2004: “Art. 1.203: É cabível a modificação do título da posse - *interversio possessionis* - na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*”.

A relevância da mudança fática do comportamento do possuidor reflete-se apenas nos caracteres da posse de *ad interdicta* para *ad usucapionem*. Assim, aquele que deixa de praticar atos violentos ou torna a posse pública, tirando-a da clandestinidade, mantém os vícios de origem, que não podem ser apagados pela conduta posterior do possuidor, mas gera, apesar disso, posse útil para usucapião, desde que preenchidos os demais requisitos previstos em lei (prazo, continuidade, ânimo de dono etc.). A reação do esbulhado é possível, mas, se não o fizer em determinado prazo, perderá o domínio por usucapião.

No que se refere à posse precária, embora a doutrina tradicional insista na posição de que o vício não convalesce, a questão está na verdade deslocada. A posse realmente continua precária, porque o vício não se apaga, tanto que o esbulhado pode retomar a coisa. Apesar de precária, desde que ocorram circunstâncias especialíssimas, entre as quais que o precarista não mais reconheça a supremacia do direito do esbulhado, deixando isso claro e inequívoco, a posse poderá converter-se de meramente *ad interdicta* em *ad usucapionem*. O que mudou com o comportamento de fato do possuidor não foi a origem ilícita da posse, mas o *animus*. Apesar de continuar injusta, se o possuidor não mais reconhece a superioridade do direito do esbulhado de reaver a coisa, o que mudou com o novo comportamento foi o nascimento do *animus domini*, requisito que faltava para iniciar o prazo útil de usucapião.

Remete-se o leitor ao que já se expôs na parte final do comentário ao art. 1.200, assim como ao que se explanará no comentário ao art. 1.208, adiante.

Jurisprudência: Segundo ensinamento de nossa melhor doutrina, nada impede que o caráter originário da posse se modifique, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força *ad usucapionem*. (RSTJ 143/370, rel. Min. Cesar Asfor Rocha)

Usucapião extraordinário. Posse famulária. Área de terra explorada pelo trabalhador rural. Forma de recompensa por outros trabalhos desempenhados na propriedade. *Animus domini* não comprovado. São requisitos da usucapião extraordinária: 1 - Posse: sem oposição, isto é, mansa e pacífica; 2 - Tempo: decurso do prazo de vinte anos, sem interrupção; 3 - Elemento subjetivo (*animus domini*). Por isso, se o autor ocupava a terra, como forma de retribuição pelo serviço prestado ao detentor do domínio, tal posse não gera pretensão usucapienda. Usucapião. Posse. Imutabilidade. Art. 492 do Código Civil. Exegese. Se o possuidor foi investido na posse

famulária, não lhe é lícito, de forma unilateral, modificar o seu caráter, conferindo-lhe, a partir de determinado momento, o caráter de posse *ad usucapionem*, mormente em se considerando que tal transmutação é alegada no seu exclusivo benefício. Art. 492 do Código Civil, que se inspira no princípio firmado desde o direito romano *nemo si ipsi causam possessionis mutare potest*. Posse. Ação reivindicatória. Ação conexa. Possibilidade. Posse de boa-fé que se converte em posse de má-fé. Sabe-se que mesmo a posse de boa-fé, como aqui registrada, para os efeitos da ação reivindicatória, torna-se injusta quando reclamada sua devolução, sem que seu detentor atenda ao pedido do legítimo titular do domínio, mesmo de boa-fé, a posse cede ao domínio, quando na ação específica se promove a defesa deste. Tal conclusão decorre do art. 489 do Código Civil, que confere igual efeito à chamada posse precária. Ação de reivindicação de posse. Pedido de indenização. Art. 515 do Código Civil. Cabimento. O possuidor de má-fé responde pelas perdas suportadas pelo titular do domínio, incluindo os frutos percebidos ou aqueles que não o foram por sua culpa. Art. 515 do Código Civil. Recurso conhecido e provido. (TJPR, Ap. cível n. 65.589-4, 3ª Câm. Cível, rel. Sergio Rodrigues, j. 28.12.1999)

CAPÍTULO II DA AQUISIÇÃO DA POSSE

Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

CC/1916: art. 493.

A aquisição da posse, segundo dispõe o Código Civil de 2002, se dá no momento em que “se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”. A redação é sensivelmente superior à do antigo art. 493 do CC/1916, que procurava fornecer o catálogo das condutas semelhantes às do proprietário, tarefa inglória diante de sua amplitude e das infindáveis possibilidades. Basta ver que no rol do art. 493 não se encontrava o constituto possessório, que a doutrina sempre considerou modo de aquisição e de perda da posse.

De modo simétrico, o art. 1.223 do atual Código, adiante examinado, diz que ocorre a perda da posse quando cessa o exercício de fato de poderes inerentes à propriedade.

O preceito que trata da aquisição da posse tem estreita conexão com o art. 1.196, que define quem é possuidor. Seguindo a doutrina de Ihering, adotada em nosso direito, adquire a posse aquele que procede em relação à coisa, em nome próprio, da maneira como o proprietário habitualmente o faz. Assim, para verificar se alguém adquiriu a posse, basta constatar se ocorre uma situação de fato análoga à conduta do proprietário em relação às suas coisas, tendo sempre presente o binômio *corpus* e *animus*. Ou, na expressão de Ihering, “pergunte-se como o proprietário tem o hábito de agir com suas coisas, e se saberá quando admitir a posse e quando rejeitá-la”.

O art. 1.204, em exame, faz a ressalva de que o exercício dos poderes deve ser em nome próprio, para distinguir a aquisição da posse da mera detenção, em que se tem poder sobre a coisa, mas esse poder é dependente - em nome, por conta e em proveito de terceiros. É por isso que nas hipóteses dos arts. 1.198 e 1.208, primeira parte, embora o ocupante aja como dono e possa ter *affectio tenendi*, não adquire posse, porque a sua conduta apenas representa ou instrumentaliza a posse de terceiro, este sim o verdadeiro possuidor. Já na segunda parte do art. 1.208, tem-se que a detenção, embora independente, não é posse, porque encontra obstáculo previsto em lei, que degrada situação tipicamente possessória.

Claro que os diversos modos de aquisição da posse particularizados no Código de 1916

- apreensão da coisa ou do direito, disposição de coisa ou do exercício do direito - encon-

tram-se abrangidos na boa redação genérica deste artigo, uma vez que, em todos os casos, alguém passa a agir como dono, com ou sem contato físico com a coisa, mas dando-lhe a natural destinação econômica ou social.

Cabe aqui breve alusão à distinção entre a posse civil e a posse natural, a que se referia o inciso I do revogado art. 493. A posse civil adquire-se como consequência de uma relação jurídica, sem que haja necessidade de apreensão da coisa. Já a posse natural é resultado do simples comportamento do possuidor, que passa a agir de fato como dono, independentemente de prévia relação jurídica que confira direito à posse. Na lição de Clóvis Bevilacqua, pode a posse ser adquirida por ato unilateral, por ato bilateral, quando o possuidor a transfere a outrem, ou por sucessão *causa mortis* (*Direito das coisas?* 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, 1.1, p. 49). Na aquisição por ato unilateral, diz-se que a posse é adquirida a título originário. Na aquisição por ato bilateral, ou por sucessão hereditária, diz-se que a posse é adquirida a título derivado.

Embora o Código Civil de 2002 não trate expressamente da figura do constituto possessório, como fazia o Código Civil de 1916, cuida-se de instituto ainda aplicável, que merece breve menção, porque se amolda ao critério genérico de aquisição da posse previsto no art. 1.203. Como consta do Enunciado n. 77 da I Jornada de Direito Civil 2004, “Art. 1.205: A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo constituto possessório”.

No constituto possessório, o possuidor de uma coisa em nome próprio passa a possuí-la em nome alheio. Exemplo clássico é o que se verifica quando o alienante conserva a coisa em seu poder mediante cláusula contratual denominada *cláusula constituti*. O adquirente, assim, recebe a coisa por mera convenção, sem posse física. O alienante apenas deixa de possuir para si mesmo e passa a possuir em nome do adquirente, ou seja, converte sua posse em detenção, sem nenhum ato exterior que ateste essa mudança. Parte da doutrina diz que também se configura o constituto possessório quando o alienante que tinha posse plena passa a ter posse direta, como nos casos do locatário, do comodatário ou do depositário. Tal posição, exata somente para a teoria subjetiva da posse, parece não se ajustar ao nosso sistema objetivo, porque, para nós, o locatário, o comodatário e o depositário também são possuidores, com todos os efeitos inerentes à posse, salvo a usucapião, porque lhes falta o *animus domini*. Em termos diversos, o constituto possessório, nos exemplos citados anteriormente, não seria modo de aquisição ou perda da posse, mas apenas de mudança de categoria da posse, de posse plena para posse direta. Por isso é que, ao tratarmos o constituto possessório como modo de aquisição e de perda da posse, o mais correto é restringi-lo aos casos em que o alienante se converte de possuidor em detentor, passando a possuir em nome alheio.

Operação inversa ocorre na *traditio brevi manu*? pela qual o possuidor de uma coisa em nome alheio (detentor - fâmulos, ato de permissão ou tolerância), ou com mera posse direta (locatário, comodatário, usufrutuário etc.), passa a possuir ou em nome próprio ou com posse plena, sem necessidade de se promover ato físico de entrega da coisa.

Jurisprudência: Conceituando-se a posse como o exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio, o contrato de locação, por si só, não é meio apto a adquiri-la, sendo necessário que o locatário assuma efetivamente o imóvel e aja como proprietário. (STJ, REsp n. 28.569, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 06.11.1995)

Possessória. Reintegração de posse. Transmissão da posse aos autores e réus através do constituto possessório. Ocupação pelo réu das terras dos autores comprovada. Prevalência da cláusula *constituti* da posse indireta, mas evidente de exercício físico não exteriorizado constante e ininterrupto. Caracterização como possuidor daquele que, de qualquer forma ou modo, recebe o estado de fato que o transmitente cedeu. Reintegração de posse procedente. Recurso provido (I TACSP, Ap. n. 721.588-3, rel. Nivaldo Balzano). (*Lex-TACSP* 167/214, 1998)

Possessória. Reintegração de posse. Aquisição do bem através do constituto possessório. Permanência dos agravados no imóvel, por força de comodato verbal celebrado entre as partes. Contrato denunciado por interpelação extrajudicial. Não desocupação do imóvel. Esbulho caracterizado. Liminar concedida. Recurso provido (I TACSP, AI n. 1.110.697-9, rel. Carlos Bondioli). (*Lex-TACSP* 199/158, 2003)

Civil. Aquisição da posse. Contrato. Constituto possessório. A posse pode ser transmitida por via contratual antes da alienação do domínio e, depois desta, pelo constituto possessório, que se tem por expresse na respectiva escritura em que a mesma é transmitida ao adquirente da propriedade imóvel, de modo a legitimar, de logo, para o uso dos interditos possessórios, o novo titular do domínio, até mesmo em "face do alienante que continua a deter o imóvel mas em nome de quem o adquiriu". (*RSTJ* 36/473)

Art. 1.205. A posse pode ser adquirida:

I - pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;

II - por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

CC/1916: art. 494.

Mais uma vez, a redação deste artigo do Código Civil é sensivelmente superior à do art. 494 do revogado Código de 1916.

A primeira melhoria diz respeito à eliminação do constituto possessório como uma das hipóteses de legitimação à aquisição da posse. Como foi visto anteriormente, tal figura é uma forma ou um meio de aquisição ou perda da posse, na qual o alienante representa o adquirente na posse, encaixando-se portanto na hipótese do inciso II do art. 1.505 do Código Civil.

Podem adquirir a posse, segundo o inciso I do artigo em exame, a própria pessoa que a pretende, ou o seu representante.

No caso da própria pessoa, podem adquirir tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica, esta mediante atuação de seus órgãos. Não podem adquirir a posse, portanto, as pessoas jurídicas irregulares, porque não são dotadas de personalidade. Já no que se refere às pessoas naturais, cabe uma distinção: se a posse é adquirida por simples ato jurídico de apreensão, desprovido de vontade negociai, pode o incapaz realizá-la por si, independentemente de representação. São os casos do estudante que apreende livros, ou da criança que se apossa de um brinquedo. São atos-fato, em que não se cogitam os requisitos de validade do art. 104 do Código Civil. Caso, porém, a posse seja adquirida por negócio jurídico, o incapaz somente pode adquiri-la por atuação de seu representante.

No caso da posse adquirida por representante, bem andou o legislador ao não mencionar, porque dispensável, a figura do procurador, como fazia o Código de 1916. A representação, na dicção do art. 115 do Código Civil, pode ser legal ou convencional. Logo, tanto podem o pai, o tutor e o curador adquirir a posse da coisa em nome do filho, do pupilo e do curatelado como o procurador em nome do representado. Note-se que o *corpus* é do representante, que, porém, age em nome de representado e com o *animus* exercido em proveito deste. O representante, então, tem a mera detenção, porque age em nome do representado, este o verdadeiro possuidor.

A expressão “adquirir a posse por representante” abrange também diversas atividades jurídicas de cooperação, sem a conotação estrita do instituto da representação previsto nos arts. 115 e seguintes do Código Civil. Claro que pode a aquisição da posse dar-se pela atuação jurídica em nome de outrem, sobre o qual devem recair os efeitos negociais. Mesmo aqueles não instituídos de poderes para praticar atos em nome do representado podem

adquirir a posse em nome alheio. É o caso da detenção dependente, em que não há propriamente representação, mas uma incumbência, um vínculo jurídico que faz alguém atuar em proveito de outrem ou em cooperação com outrem, como o empregado e o preposto sem poder de representação.

Finalmente, dispõe o inciso II deste artigo que a posse pode ser adquirida por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. É o caso do gestor de negócios, em que uma pessoa age no interesse de outra, sem ter recebido essa incumbência. Note-se que o gestor age espontaneamente, sem conhecimento do dono do negócio, mas a ratificação retroage ao começo da gestão e produz todos os efeitos do mandato.

Jurisprudência: Usucapião. Extraordinário. Menor na condição de autor. Imóvel deixado por avô com quem morava. Posse exercida sem oposição, embora sob o pátrio poder de herdeiro do bem. Contagem, portanto, do tempo de menoridade. Prescrição aquisitiva reconhecida. Ação procedente. Recurso provido (TJSP, Ap. cível n. 2.226-4, rel. Cunha Cintra). (Lex-TJSP 200/166,1998)

Art. 1.206. A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.

CC/1916: art. 495.

O artigo em questão nada alterou, na substância, o que continha o art. 495 do Código Civil de 1916. Tem o preceito estreita ligação com outros dispositivos que tratam da conservação e transmissão da posse, como os arts. 1.203, 1.207 e 1.212, do Código Civil de 2002.

No Direito romano, a posse era intransmissível. Os Códigos modernos, porém, consagraram o princípio da *saisina* - *k mort saisit le vif* - de modo que, com a morte do possuidor, a posse transmite-se imediatamente e sem necessidade de apreensão da coisa pelos herdeiros. A transmissão da posse é *ex lege*, em razão única do título da sucessão hereditária.

Note-se que este artigo não trata do momento em que se transmite a posse, porque engloba as figuras dos herdeiros legítimos ou testamentários, que recebem a título universal, e dos legatários, que recebem a título singular. É sabido que ao herdeiro se aplica o instituto da *saisina* e que este, num segundo momento, entrega a posse dos legados ao legatário. No que se refere às qualidades da posse que se transmite, porém, é irrelevante tratar-se de herdeiro ou legatário.

Na transmissão da posse por ato *causa mortis*, denominada *successio possessionis*, a posse do *de cuius* incorpora-se na posse dos herdeiros e legatários com todos os seus caracteres. Se tinha o defunto posse direta/indireta, posse justa/injusta, posse de boa-fé/má-fé, posse *ad interdicta/ad usucapionem*, as mesmas qualidades, os mesmos vícios ou limitações terão os herdeiros e legatários. Até mesmo a ignorância dos herdeiros e legatários quanto a eventuais vícios não é levada em conta se o defunto os conhecia.

Há continuação da posse do antecessor, de modo que o herdeiro simplesmente fica no lugar do defunto, como se fossem uma só pessoa. A posse se transmite como um todo, com os elementos objetivo e subjetivo que tinha o defunto. Disso decorre que herdeiros e legatários podem invocar a posse que tinha o defunto para ajuizar ações possessórias que este poderia propor, assim como para somar prazo necessário à usucapião.

Jurisprudência: Por força da *saisina*, o domínio e a posse da herança se transmitem aos herdeiros com a morte do possuidor. Todavia, para reconhecimento de direito possessório, os

autores devem provar nos autos que o *de cujus* exercia efetivamente a alegada posse, sob pena de não satisfazer os requisitos do art. 927 do CPC. A posse adquirida por sucessão *causa mortis* mantém as mesmas características que detinha quando exercida pelo *de cujus*. Não tendo os autores provado, minimamente sequer, a existência de posse anterior, sua perda e o esbulho praticado pelos réus não satisfazem os requisitos legais para reconhecimento do direito pleiteado, até porque, tratando-se de ação possessória, a mera alegação de domínio, desacompanhada de imprescindíveis *conditios*, não supre a imposição legal. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.006.996.060, 18ª Câ. Cível, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 02.10.2003)

Art. 1.207.0 sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

CC/1916: art. 496.

Parte dos efeitos da posse depende do tempo que ela dura, em especial a usucapião. Em determinadas situações, a posse de uma pessoa é insuficiente para gerar certos efeitos. Faz-se, então, necessário somar à sua posse a daquele a quem adquiriu. A posse representa um valor patrimonial, e por isso é passível de transmissão, como expressamente admite o ordenamento jurídico.

O artigo em exame trata dos casos de transmissão e de conjunção - união - das posses, regulando-as de modo distinto.

Sucessio possessionis: A primeira parte do preceito estabelece que o sucessor universal continua de direito a posse de seu antecessor. Trata-se da figura da *sucessio possessionis*, na qual a transmissão se opera *ex lege*. A posse é una, de modo que não pode o possuidor atual descartar a posse do transmitente, porque maculada por vícios que não lhe convêm. Em termos diversos, não pode o sucessor inaugurar um novo período possessório, desprezando a posse de seu antecessor.

A questão maior está na exata compreensão da expressão “sucessor universal”. Sabe-se que a transmissão pode dar-se a título universal ou singular. Universal quando se transmite todo o patrimônio ou fração ideal dele. Singular quando se transmite coisa certa ou destacada do patrimônio. Via de regra, a sucessão universal dá-se a título *causa mortis* e a singular a título *inter vivos*. Isso, porém, nem sempre acontece. Pode perfeitamente ocorrer a transmissão universal por ato *inter vivos*, por exemplo no casamento pelo regime da comunhão universal de bens, ou pela incorporação/fusão de pessoas jurídicas, assim como a transmissão singular *causa mortis*, como nos legados.

Embora controversa a doutrina a respeito do tema, a interpretação sistemática dos arts. 1.207 e 1.206 leva à conclusão de que o termo “a título universal *causa mortis*” atinge não somente o herdeiro como também o legatário. Isso porque, como observa Clóvis Bevilacqua, com razão, o legatário, embora sucessor a título particular, sucede por herança, de modo que, com a morte do testador, a posse dos bens transfere-se aos herdeiros, e estes a entregam ao legatário, sem alteração ou solução de continuidade (*Direito das coisas*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. I, p. 52).

Cabe, porém, destacar que a regra da transmissão da posse a título universal - impossibilidade de descartar a posse anterior - atinge também atos *inter vivos*, acima mencionados. Tomem-se como exemplos o casamento pelo regime da comunhão universal de bens ou a incorporação/fusão de pessoas jurídicas, em que não cabe ao adquirente desprezar a posse anterior, uma vez que a transmissão é de todo o patrimônio, ou de parte ideal dele, de modo que a posse é una. Em termos diversos, a posse tem fundamento no título primitivo do antecessor do adquirente e não no ato ou negócio em que interveio pessoalmente, razão pela qual não pode ser desprezada, para efeito de contagem de tempo.

Accessio possessionis: Já na aquisição de modo derivado, a título singular, por ato *inter vivos*, denominada de *accessio possessionis*, o adquirente recebe nova posse, podendo juntá-la ou não à posse anterior. Cuida-se de mera faculdade do possuidor, que pode ou não acrescer o tempo do antecessor, para determinados efeitos, especialmente de usucapião.

A escolha da acessão - ou não - será ditada pelo interesse do possuidor atual, dependendo de sua utilidade. Muitas vezes, a acessão será útil para completar o prazo exigido para determinada modalidade de usucapião. Outras vezes, será contraindicada a acessão, como no caso de usucapião ordinário, se somente a sua posse for de boa-fé e não a posse do antecessor. Se invocar a posse do antecessor de má-fé, cabe somente usucapião extraordinário, com prazo de quinze anos. Se desprezar a posse anterior, será possível o usucapião ordinário, com prazo de dez anos.

Lembre-se de que a má-fé do antecessor não contamina a posse atual, se o possuidor ignora o vício. Basta ler o art. 1.212 do Código Civil, para constatar que “o possuidor pode ajuizar a ação de esbulho ou a de indenização contra terceiro que recebeu a coisa esbulhada, sabendo que o era”.

A acessão da posse exige três requisitos: continuidade, homogeneidade e vínculo jurídico.

As posses a ser somadas devem ser contínuas, sem interrupção ou solução. Devem ser homogêneas, vale dizer ter as mesmas qualidades, para gerar os efeitos positivos almejados. Deve haver, finalmente, um vínculo jurídico entre o possuidor atual e o anterior. Esse vínculo pode revestir-se de várias modalidades, por exemplo um negócio jurídico, ou, então, uma arrematação em hasta pública.

Caso o vínculo seja um negócio jurídico *inter vivos*, deve haver consenso entre as partes quanto à transmissão da posse. Questão relevante é a forma desse negócio jurídico, que envolve a natureza jurídica da posse. Embora polêmico o tema, não está a posse elencada no rol dos direitos reais previstos no art. 1.225 do Código Civil. Assim, em atenção ao princípio do *numerus clausus*, não é a posse um direito real. É um instituto *sui generis*, um exercício de fato de poderes semelhantes aos do proprietário, que gera conseqüências jurídicas. Daí a possibilidade de afastar a incidência do art. 108 do Código Civil, que diz ser a escritura pública requisito de validade para a alienação de bens imóveis acima da taxa legal. Não há requisito formal para a transmissão da posse, que, assim, pode ser verbal, desde que provada de modo concludente.

Finalmente, nem todas as modalidades de usucapião comportam a soma das posses por *accessio possessionis*. Tanto a usucapião especial rural (art. 1.239 do CC) como a especial urbana (art. 1.240 do CC) exigem certas condições: o primeiro que a área se torne produtiva pelo trabalho do usucapiente que nela estabeleça sua moradia e o segundo que o lote sirva de moradia ao próprio usucapiente e sua família. Logo, em tais casos a posse deve ser pessoal dos próprios usucapientes, não se admitindo o exercício por terceiro, ainda que antecessor por ato *inter vivos*. Ressalte-se, porém, que o art. 10, § 1º, do Estatuto da Cidade, ao disciplinar o usucapião coletivo, admite expressamente a soma das posses por *accessio possessionis*, retirando o requisito da pessoalidade da posse. A matéria será mais bem examinada adiante, ao se comentarem os aludidos artigos.

Jurisprudência: Usucapião. Extraordinário. Aquisição de direitos possessórios. Prescrição aquisitiva. Soma da posse do antecessor. Admissibilidade. Posse *animus domini*, mansa, pacífica e contínua por mais de trinta anos. Direitos de fruição e de disponibilidade do imóvel por tempo suficiente à consumação do usucapião. Ação procedente. Recurso não provido. (TJSP, JTJ 229/192)

Usucapião. Urbano. Lapso aquisitivo. Somatória do período de posse anterior exercida pelos genitores falecidos com o posterior. Admissibilidade. Art. 496 do Código Civil. Soma não pleitada na petição inicial. Irrelevância. Posse contínua e interligada entre o *de cujus* e

o sucessor. Ausência, ademais, de outros herdeiros. Recurso provido (TJSP, Ap. cível n. 201.425-1). (*Lex-TJSP* 155/134,1994)

Usucapião. Acesso. Acréscimo de posse derivada de compromisso de compra e venda quitado, posteriormente cedida sem oposição do promissário-vendedor. Admissibilidade. Satisfação dos requisitos do art. 550 do Código de Processo Civil. Ação procedente. Sentença mantida. Recurso não provido. Composse. Usucapião. Compossuidor que passa a exercer posse exclusiva sobre parte da coisa possuída sem oposição dos comunheiros. Aptidão da posse à usucapião ficando seu quinhão excluído da compossessão. Ação de usucapião procedente. Decisão mantida. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 278.866-1, rel. Vasconcellos Pereira). (*Lex-TJSP* 206/149,1998)

Usucapião. Urbano. Soma do tempo do antecessor. Possibilidade, desde que o sucessor faça parte da família que utiliza o imóvel como residência. Recurso não provido. Não se envolvendo relacionamento familiar entre promovente de ação de usucapião e seu antecessor é inadmissível a contagem do tempo deste para completar o tempo necessário à prescrição aquisitiva urbana estabelecida no art. 183 da Constituição da República (TJSP, rel. Silvério Ribeiro). (*Lex-TJSP* 146/202,1993)

Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

CC/1916: art. 497.

O art. 1.208 do Código Civil, que reproduz integralmente o disposto no art. 497 do Código Civil de 1916, contém os demais obstáculos legais que degradam típicas situações possessórias, rebaixando-as para detenção. O primeiro obstáculo - servidão da posse - já foi visto no art. 1.198 do Código Civil.

As dúvidas que o dispositivo suscitava no Código de 1916 ainda persistem, de modo que perdeu o legislador oportunidade única para esclarecer se as figuras contempladas no artigo, especialmente as ocupações violentas e clandestinas, realmente dizem respeito a casos de detenção e não de posse injusta, como afirma parte da doutrina.

Note-se que o preceito é dividido em duas partes distintas, que contêm obstáculos de natureza diversa, que desnaturam a posse.

Permissão e tolerância: Como alerta Moreira Alves, o preceito não encontra similar no Código alemão, mas, por outro lado e curiosamente, reproduz dispositivos do Código Civil francês e do italiano, que se inclinam pela teoria subjetiva de Savigny (“A detenção no direito brasileiro” In: *Posse e propriedade*, 3. ed., coord. Yussef Said Cahali. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 13).

Os dois termos - permissão e tolerância - não se confundem. A permissão exige conduta positiva do possuidor, que, sem perda do controle e da vigilância sobre a coisa, entrega-a voluntariamente a terceiro, para que este a tenha momentaneamente. Vê-se, assim, que o possuidor, em tal situação, não se exonera da posse, mas apenas entrega alguns de seus poderes ao detentor, ou os compartilha com ele, até segunda ordem. Há apenas uma limitação da posse, em razão da entrega momentânea de poderes sobre a coisa a terceiro. Como acentua Moreira Alves, a permissão, via de regra, diz respeito a atos que ainda serão realizados, ao contrário da tolerância, que concerne a atividades já realizadas ou em andamento. Diz o autor que “a permissão é a declaração de vontade do possuidor pela qual este, sem renunciar

à posse nem fazer nascer para si qualquer obrigação que anteriormente não existia, confere a terceiro - o detentor - a faculdade de realizar, com relação à coisa, atos que, sem isso, seriam ilícitos” (op. cit., p. 17). A tolerância é o comportamento de inação, omissivo, consciente ou não do possuidor, que, mais uma vez sem renunciar à posse, admite a atividade de terceiro em relação à coisa ou não intervém quando ela acontece. Sendo uma mera indulgência, uma simples condescendência, não implica transferência de direitos. Ambas - permissão e tolerância - podem interromper-se *ad nutum* revogáveis a qualquer tempo.

Os exemplos clássicos são os empréstimos momentâneos de coisas, sem que o possuidor sobre elas perca o controle, como o aluno que usa o livro no interior de uma biblioteca, ou alguém que recebe um hóspede em sua residência, cedendo-lhe por curto período o uso de um cômodo. Note-se que, tal como na servidão da posse, a tolerância e a permissão tratam de casos de detenção dependente, como instrumentos de utilização da coisa pelo verdadeiro possuidor.

Violência e clandestinidade: A segunda parte do artigo em exame diz que “não autorizam sua (*a da posse*) aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou clandestinidade”. É o que se denomina de detenção autônoma ou interessada. Note-se que é autônoma, mas ilícita, ao contrário dos casos de servidão da posse, de permissão e de tolerância, que são detenções dependentes, mas lícitas.

O preceito gera importante cisão doutrinária. A doutrina tradicional, seguindo a lição de Clóvis Bevilacqua, afirma que tais casos versam não sobre detenção mas sim sobre posse injusta e inábil para usucapião. Ensina o autor, em lição que fez história, que “em face deste artigo, os vícios da violência e da clandestinidade são temporários, quando por Direito romano prevalecia a regra: *quod ab initio vitiosum est non potest tractu*. Pelo Código Civil, desde que a violência e a clandestinidade cessam, a posse começa a firmar-se utilmente, de modo que, passados anos, não seja o possuidor despojado dela, simplesmente, por esse vício originário” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1930, v. III, p. 24). Os demais autores, com pouca variação, atestam que a violência e a clandestinidade, enquanto perduram, tornam a posse injusta. Cessados os vícios, nasce a posse justa; ela convalesce como se nunca tivesse sido viciada. Sílvio Rodrigues vai mais longe, afirmando que, passado um ano e um dia da cessação da violência e da clandestinidade, a coisa não mais pode ser retomada por ação possessória, mas somente por ação petitória, o que não parece exato.

Sofreu a doutrina tradicional consistente crítica de Moreira Alves, para quem, com razão, a parte final do art. 1.208 não alude à posse injusta ou à posse inábil para usucapião, mas, em vez disso, é clara ao dispor que os atos violentos ou clandestinos não autorizam a aquisição da posse, enquanto não cessarem os ilícitos. Trata-se de mais um obstáculo que degrada uma situação aparentemente possessória, aviltando-a em detenção. O erro dos autores tradicionais foi buscar a interpretação do preceito no Código italiano e no francês, que, embora contenham regras semelhantes à ora em estudo, seguem a teoria subjetiva de Savigny.

Via de consequência, nos exatos termos da segunda parte deste artigo, enquanto perduram a violência e a clandestinidade, não há posse, mas simples detenção. No momento em que cessam os mencionados ilícitos, nasce a posse, mas injusta, porque contaminada de moléstia congênita. Dizendo de outro modo, a posse injusta, violenta ou clandestina, tem vícios ligados à sua causa ilícita. São vícios pretéritos, mas que maculam a posse mantendo o estigma da origem. Isso porque, como acima dito, enquanto persistirem os atos violentos e clandestinos, nem posse haverá, mas mera detenção.

Causa perplexidade o fato de os ocupantes violentos ou clandestinos, porque meros detentores, não terem defesa possessória contra a agressão injusta de terceiros. Como, porém, alerta Nelson Rosenvald, essa é a única hipótese em que o detentor, por não ser mero instrumento da posse de terceiro, tem a tutela possessória contra o ataque injusto de terceiros, que não a vítima, de quem obteve o poder imediato de modo vicioso (no sentido do texto, além

da lição maior de Moreira Alves, cf: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, t. X, p. 351; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p. 31; e NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Posse e propriedade*, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 79).

Uma última questão sobre a detenção diz respeito a uma das causas da perda da posse existentes no inciso IV do art. 520 do Código Civil de 1916, qual seja o fato de a coisa ter sido posta fora de comércio. Tal preceito não foi reproduzido no Código Civil de 2002, já que o art. 1.223 diz apenas que se perde a posse quando cessam os poderes de fato típicos do proprietário, embora o art. 100 diga que os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis. Diante disso, persiste relevante questão sobre se pode haver posse de particular sobre bem público, ou se se trata de mera detenção. Moreira Alves, no regime do Código anterior, afirmava que a posse era possível apenas em relação aos bens públicos dominicais, como, de resto, já se admitia e continua previsto em diversas leis especiais. Em relação aos bens de uso comum do povo e de uso especial, tem o particular mera detenção, podendo o Estado reclamar a devolução da coisa, quer usando o poder de polícia, quer pelos interditos possessórios (op. cit., p. 29).

No mesmo sentido, Ernane Fidélis dos Santos afirma a impossibilidade da existência de posse de particulares sobre bens com destinação pública, sejam de uso comum do povo, sejam de uso especial, o que não impede o ente público de usar os remédios possessórios ou do poder de polícia para repelir o molestamento de sua posse. Já os bens dominicais podem ser possuídos por particulares, mas a posse não se converterá em propriedade por usucapião (*Comentários ao Novo Código Civil*, v. XV, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2007).

Jurisprudência: Ação de manutenção de posse. Detenção. 1 - Os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse *ad interdicta*, nos termos do art. 497 do Código Civil, vigente à época dos fatos. 2 - Sendo a autora mera detentora e não possuidora da área cuja proteção possessória pleiteia, outro não poderia ser o juízo senão o de improcedência da ação. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.005.274.774, 19ª Câm. Cível, rel. Miguel Ângelo da Silva, j. 21.09.2004)

Usucapião. Nulidade da sentença. Fundamentação. Posse. Detenção. Atos de mera permissão e tolerância. Mérito julgado em favor de quem aproveita a declaração da nulidade. Art. 249, § 2º, do CPC. Preliminar rejeitada. *Causa possessionis*. Mera detenção. Permissão dos proprietários para ocupação do imóvel. Ausência de *animus domini*. Arts. 487 e 497, do Código Civil. Requisitos do usucapião não preenchidos. Improcedência da ação. Sentença reformada. Rejeitaram a preliminar e deram provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.004.331.807, 19ª Câm. Cível, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 11.03.2003)

Processual. Interdito proibitório. Invasão. Posse. Ato clandestino ou violento. Poder de polícia. Código Civil, arts. 65 e 497.1 - O art. 65 do Código Civil não veda ao Distrito Federal o exercício do poder de polícia em relação ao uso dos imóveis urbanos, nem outorga posse a invasores confessos. A ampliação do dispositivo legal, evidentemente, o maltratou. II - Em nosso direito positivo vige a regra de que "não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos ou clandestinos" (art. 497 do CC). Ora, a invasão é necessariamente clandestina ou violenta, não pode, assim, gerar posse. (STJ, REsp n. 219.579, 1ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.09.2000, DJ 04.12.2000)

1 - Configura-se precária a posse direta exercida em razão da relação contratual, ou seja, por sócio que permanece no imóvel por motivo de serviços prestados a pessoa jurídica.

2 - Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, segundo norma do art. 497 do CC/1916, porquanto, conforme Sílvio de Salvo Venosa, como repousa na confiança, a outorga concedida ao precarista pode ser suprimida a qualquer tempo, surgindo a obrigação de devolver a coisa. O vício dá-se a partir do momento da recusa em devolver (*Direito civil*, 3. ed. 2003, p. 73). 3-0 *animus domini*, isto é, agir o possuidor como se fosse dono do imóvel, é um dos requisitos do usucapião, a teor do art. 550, do Código Civil anterior (art. 1.238 do CC/2002, com alteração do prazo para usucapir). (TJPR, Ap. cível n. 155.874-7, 6ª Câ. Cível, rel. Des. Airvaldo Stela Alves, j. 29.09.2004)

Usucapião. Área utilizada para atividades pesqueiras, nos finais de semana. Insuficiência para caracterizar a posse *ad usucapionem* ou o *animus domini*. Detenção ocasional da coisa. Inaplicabilidade do art. 550 do Código Civil. Ação improcedente. Sentença confirmada. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 192.525-1, rel. Sousa Lima). (*Lex-TJSP* 149/118,1993)

Art. 1.209. A posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem.

CC/1916: art. 498.

A posse do imóvel cria presunção relativa, que vigora até prova em sentido contrário, de abranger as coisas móveis que nele estiverem. Retirou o legislador apenas a expressão “objetos”, que constava do art. 498 do Código Civil revogado, o que não altera o alcance do preceito.

O dispositivo tem razão de ser, porque, via de regra, as coisas móveis que se encontrem no interior do imóvel ali estão para seu uso e serviço.

O dispositivo, porém, deve ser lido em consonância com o que contêm os arts. 92 a 97 do Código Civil, que tratam dos bens reciprocamente considerados. Desapareceu da Parte Geral do Código Civil a figura dos bens imóveis por acessão intelectual, substituída que foi pelo instituto das pertenças.

Há, portanto, que fazer importante distinção. Se os bens acessórios forem parte integrante do imóvel, como os frutos, produtos e rendimentos, mantém-se a regra geral de que o acessório segue o principal.

No entanto, se os bens móveis que não são parte integrante do imóvel encontrarem-se temporariamente ao seu uso, serviço ou aformoseamento, a regra é outra. Presume-se, em tal caso, que o possuidor do imóvel tenha a posse das coisas móveis que nele se encontram, mas eventuais negócios que digam respeito ao bem principal - por exemplo, cessão de posse - não abrangem as pertenças, salvo se uma convenção ou as circunstâncias do caso indicarem o contrário.

CAPÍTULO III DOS EFEITOS DA POSSE

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

CC/1916: arts. 499 e 501.

A tutela da posse: Gera a posse diversos efeitos, por ser ela o exercício de fato de poderes inerentes à propriedade. Alguns desses efeitos encontram-se positivados nos arts. 1.210 a

1.222 do Código Civil. Outros efeitos são apontados pela doutrina, havendo autores que mencionam mais de setenta deles.

Entre os efeitos mais relevantes não positivados mas apontados pela doutrina estão: a) a usucapião, que nada mais é do que a posse prolongada e qualificada por requisitos previstos na lei, que se converte em modo originário de aquisição da propriedade; e b) a visibilidade do domínio, ou seja, a presunção relativa de que o possuidor é dono daquilo que tem em seu poder, até que se faça prova em contrário.

Alguns efeitos exigem posse revestida de determinadas qualidades, como a percepção de frutos, a indenização de certas benfeitorias e o direito de retenção, que pressupõem a boa-fé do possuidor e especialmente o usucapião, que exige posse prolongada e com requisitos específicos para cada uma de suas modalidades (posse *ad usucapionem*).

O principal efeito da posse, tratado neste artigo em comento, é a tutela possessória, que consiste nos meios defensivos que a lei assegura ao possuidor para repelir a agressão injusta à sua posse. Confere a lei ao possuidor dupla linha de defesa possessória, pela autotutela, ou autodefesa, e pelas ações possessórias. Ambas têm por objetivo resolver a situação originada de rompimento antijurídico da relação estabelecida pelo poder sobre a coisa, a primeira (autodefesa) pelo esforço próprio do possuidor e a segunda mediante interferência do Poder Judiciário, sem necessidade de debater a relação dominial.

Toda posse, justa ou injusta, direta ou indireta, de boa-fé ou de má-fé, gera, como principal efeito, o direito à sua defesa pela tutela possessória. É por isso que se diz que toda posse é *ad interdicta*, porque confere ao seu titular a prerrogativa de defender-se dos ataques injustos de terceiros, inclusive do proprietário.

O fundamento da proteção possessória varia de acordo com as teorias subjetiva e objetiva da posse. Para Ihering, é uma linha avançada de defesa da propriedade, o que nem sempre é exato, porque é possível a tutela possessória do possuidor contra o proprietário. Para Savigny, a proteção visa a evitar a violência e seu caráter delituoso e oposto ao direito (*quiescita non movere*). Leva também em conta a paz social e a inconveniência de o estado de fato ser alterado por vontade unilateral, em detrimento de outrem.

No que se refere à extensão, a proteção possessória não atinge os direitos pessoais, pela singela razão de não existir poder fático sobre abstrações. Existem remédios próprios para ofensa aos direitos pessoais que não as ações possessórias. A matéria, porém, não é pacífica*. Há julgados que admitem a proteção possessória, especialmente para a proteção da propriedade intelectual (*vide* STJ, REsp n. 41.813/RS, 3ª T, rel. Min. Cláudio Santos, j. 28.11.1994, DJ 20.02.1995; RT 715/285). A jurisprudência majoritária, porém, tem entendimento contrário, afastando o interdito proibitório para a proteção de direitos autorais (STJ, REsp n. 126.797/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.02.1998, DJ 06.04.1998; RSTJ 131/68) e propriedade industrial. A polêmica foi sepultada pela Súmula n. 228 do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção de direito autoral”. Pode perfeitamente ser ajuizada ação possessória relativa a coisa móvel. O rito era sumário, mas a atual lei processual não prevê rito específico, razão pela qual se aplica o procedimento especial de toda a ação possessória. Versando sobre bem móvel, ou, no caso de imóvel, com alçada de valor, pode seguir as regras dos juizados especiais (ver Lei n. 9.099/95).

O Código Civil de 2002 eliminou diversos dispositivos do Código de 1916 de caráter nitidamente processual sobre a defesa da posse. Tomem-se como exemplo os arts. 506, 507 e 523 do CC/1916, que tratavam da defesa da posse velha (mais de ano e dia) e da posse nova (menos de ano e dia), mencionando ritos e a possibilidade de concessão de liminar. A alteração de postura tem razão de ser. Não se justifica a inserção de matérias de direito adjetivo no atual Código Civil, uma vez que a competência para legislar sobre processo civil é da União Federal, eliminando o risco de dispositivos díspares nas legislações estaduais, como ocorria nos primórdios do Código de 1916.

As moléstias da posse: Três moléstias causadas por atos injustos de terceiros podem atingir a posse, e para cada uma delas prevê a lei um remédio possessório, a saber: esbulho, corrigível pela ação de reintegração de posse; turbção, corrigível pela ação de manutenção de posse; e ameaça, corrigível pela ação de interdito proibitório.

O esbulho é a mais grave moléstia, porque significa a perda da posse, sendo impossível o respectivo exercício pelo titular. A ação de reintegração de posse, disciplinada pelos arts. 926 a 931 do Código de Processo Civil, visa a restaurar para o desapossado a situação fática anterior, desfeita pelo esbulho. O objetivo, portanto, é permitir ao possuidor injustamente desapossado recuperar a coisa que se encontra em poder do esbulhador.

A turbção é o embaraço ao normal exercício da posse. É de menor gravidade do que o esbulho, porque não leva à perda da posse, mas apenas dificulta ou perturba o seu regular exercício. A ação de manutenção de posse, disciplinada pelos arts. 926 a 931 do Código de Processo Civil, visa a impedir o desapossamento que ainda não ocorreu e a fazer cessar os atos turbativos, restabelecendo a plenitude dos direitos possessórios.

A ameaça é a terceira moléstia e tem como requisitos a seriedade e a efetiva possibilidade de ocorrer em breve espaço de tempo moléstia mais grave à posse. Não há ainda ofensa concreta à posse, mas apenas probabilidade e iminência de sua ocorrência. A ação de interdito proibitório, disciplinada pelos arts. 932 e 933 do Código de Processo Civil, tem caráter meramente preventivo e visa a impedir que a turbção ou o esbulho comecem.

Ações possessórias: São, portanto, três as ações possessórias típicas previstas no Código de Processo Civil, cada uma adequada a uma modalidade distinta de agressão injusta à posse. Embora não seja matéria de cunho substantivo, algumas características das ações possessórias merecem breve alusão.

O art. 10, § 2º, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.952/94, encerrou antiga polêmica sobre a natureza real ou pessoal das ações possessórias. Diz a lei expressamente que a participação do cônjuge somente é indispensável nos casos de composição ou de atos por ambos praticados. A ação, portanto, é pessoal, com a ressalva de que, em diversos casos, pode ser a posse derivada de um direito real preexistente, como o compromisso de compra e venda levado ao registro, ou usufruto, ou servidão, quando, então, se exigirá a citação do cônjuge.

A legitimidade ativa é do possuidor ou do ex-possuidor, no caso de reintegração de posse. O possuidor indireto tem legitimidade ativa, inclusive para litigar contra o possuidor direto, quando este, por atos ilícitos, invadir a esfera de poder e as prerrogativas conferidas ao primeiro. O detentor não tem legitimidade para agir em nome próprio, pela singela razão de não ter posse. Caso seja demandado, na forma do art. 62 do Código de Processo Civil, nomeia à autoria o verdadeiro possuidor. O proprietário sem posse, ou o titular de outro direito sem posse, deve se valer do *ius possidendi* nas chamadas ações petitórias, dominiais ou publicianas, não lhe socorrendo as ações possessórias. O herdeiro e o sucessor a título singular podem utilizar a ação possessória pelos institutos da *accessio* e *saccessio possessionis*. O fundamento da ação possessória, em tais casos, será a posse dos antecessores que lhes foi transmitida por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

Têm legitimidade passiva nas ações possessórias aqueles que praticaram a turbção, o esbulho ou a ameaça, assim como o terceiro que recebeu a coisa de má-fé, na forma do art. 1.212 do Código Civil, adiante comentado. A pessoa jurídica pode ser ré em ação possessória, cabendo verificar se os seus prepostos e administradores agiram em nome próprio ou da sociedade. O poder público pode ser ré em ação possessória, embora possa optar o agente pela impetração do mandado de segurança, caso preenchidos os seus requisitos. Caso opte pela via possessória, para a concessão da liminar devem, antes, ser ouvidos os seus representantes, na forma do art. 928 do Código de Processo Civil. Caso o apossamento esteja consumado e o imóvel tiver sido empregado em obra pública, esta se torna intangível. A possessó-

ria se converterá em ação indenizatória - denominada de desapropriação indireta desde que haja pedido alternativo.

As ações possessórias são fungíveis, como prevê o art. 920 do Código de Processo Civil, sendo indiferente o ajuizamento de uma por outra, por exemplo manutenção em vez de reintegração de posse. Deve o juiz julgar de acordo com a agressão à posse provada nos autos. É a aplicação do princípio *da mihi factum dabo tibi jus*, que, porém, só vale em relação às ações possessórias em sentido estrito. Não pode ser usado o princípio da fungibilidade para uma ação petítória converter-se em possessória, ou vice-versa.

Comportam as ações possessórias cumulação de pedidos, na forma do art. 921 do Código de Processo Civil. Pode o pedido possessório ser cumulado com perdas e danos, cominação de pena e demolitório. No que se refere a perdas e danos, cumpre ressaltar que a posse gera situação proveitosa ao seu titular e quebra a fruição do esbulhado, causando-lhe prejuízo. A reparação abrange não somente os danos efetivos causados à coisa, como a destruição de cercas, mas também o lucro cessante pelo impedimento de seu uso. Os danos devem ter a existência comprovada na fase de conhecimento, embora o montante possa ser relegado para o momento da liquidação.

Têm as ações possessórias caráter dúplice, na forma do art. 922 do Código de Processo Civil, de modo que o réu pode, em contestação, pedir proteção possessória para si, sem necessidade de reconvenção.

Finalmente, os arts. 924 e 928 do Código de Processo Civil dizem que quando intentada a ação dentro de ano e dia do esbulho ou da turbacão, com a inicial devidamente instruída, poderá o autor obter liminar de manutenção ou reintegração. Não havendo provas suficientes, poderá ser designada audiência de justificacão, para que o autor demonstre o que alegou. Note-se que o ajuizamento da ação após o prazo de ano e dia não retira a sua natureza possessória, mas apenas impede a concessão de liminar. É controversa a possibilidade de concessão de tutela antecipada em ação de posse velha. Parte dos julgados (ver *RT* 799/254 e *Lex-JTA* 167/90) entende ser incabível a antecipacão nos casos em que o legislador submeteu a liminar a requisitos específicos. Há, porém, entendimento no sentido contrário, de que as liminares nas ações possessórias e na antecipacão de tutela estão submetidas a requisitos distintos, não havendo nenhuma incompatibilidade entre elas. Basta que o autor da ação preencha os requisitos ou do art. 273, ou do art. 928, para que obtenha a liminar (ver *RT* 740/329). O Enunciado n. 238 da III Jornada de Direito Civil 2004 do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal se inclinou pela segunda posicão: “Ainda que a ação possessória seja intentada além de ano e dia da turbacão ou do esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (art. 924 do CPC), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipacão de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e parágrafos, todos do CPC”

Jurisprudência: Processual civil. Ação de interdito possessório. Suspensão de linha de ônibus. Concessão de serviço público de transporte coletivo. Insuscetibilidade de tutela possessória. Carência da ação. I - Não cabe dar provimento de mérito à ação de interdito proibitório, para assegurar ao autor suposto direito de posse sobre serviço de utilidade pública a ele confiado, a título precário, como se tal forma de delegacão recebida do poder público pudesse atribuir ao prestador de serviço delegado direito ou prerrogativa inerente à condicão de proprietário. II - As concessões de serviço público não têm o condão de garantir ao concessionário a posse do serviço, nem geram direito defensável *ad interdicta*. III - Recurso provido, sem discrepância. (STJ, REsp n. 35.891, 1ª T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 01.06.1995, *DJ* 19.06.1995)

O interdito proibitório, a que se refere o art. 501 do Código Civil (“O possuidor que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência imi-

nente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito"), destina-se a proteger a posse apenas ameaçada. Na ameaça, não existe ato material ofensivo à situação de fato, mas sim um perigo iminente de efetivação da moléstia, consistente na prática de atos que provocam no possuidor o justo receio de vir a ser turbado ou esbulhado. Não é qualquer receio, contudo, que constitui ameaça suscetível de ser tutelada através da ação de interdito proibitório, sendo necessário que o ato, objetivamente considerado, revele-se capaz de provocar receio de uma pessoa normal (I TACSP, Ap. n. 579.784-8, rel. Eliot Ackel, j. 20.05.1996). (*Lex-TACSP* 163/210,1997)

Possessória. Interdito proibitório. Greve. Impedimento parcial de acesso às dependências de fábrica. Nítida infração da lei civil. Art. 499 do Código Civil. Turbação caracterizada, ainda que com fundo trabalhista, por não ter abrigo na legislação do trabalho. Liminar mantida. Ação procedente. Recurso provido (I TACSP, Ap. n. 613.463-4, rel. Luiz Antonio de Godoy). (*Lex-TACSP* 163/202,1997)

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

CC/1916: arts. 502 e 505.

O Código Civil de 2002 manteve o conteúdo do art. 502 da lei revogada, apenas condensando a redação, antes distribuída, em apenas um parágrafo do art. 1.210.

Trata o preceito da autotutela, pelo qual pode o possuidor turbado ou esbulhado repelir direta e pessoalmente, usando sua “própria força”, na dicção da lei, o atentado à posse, desde que o faça incontinente e de forma proporcional à agressão, com uso moderado dos meios necessários. Pressuposto do instituto é que a agressão à posse seja injusta, porque se lícito o ato de terceiro não cabe a reação do possuidor.

A autotutela, embora tenha pontos de contato, não se confunde com a legítima defesa, mas vai além dela. O art. 187,1, retira a ilicitude dos atos praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito constituído. Exige, porém, que a agressão injusta seja iminente ou atual, jamais pretérita. Já o desforço próprio pode ser utilizado para recuperar a posse de coisa perdida, vale dizer, atos passados, desde que a reação seja tomada “logo”. Em outras palavras, a lei municia o possuidor não só da legítima defesa, a ser usada em agressões iminentes ou atuais, mas da prerrogativa excepcional de recuperar coisas já perdidas para o esbulhador.

Utiliza o legislador a expressão possuidor sem nenhuma distinção, de modo que tanto o possuidor direto como o possuidor indireto podem usar a autodefesa, uma vez que ambos exercem de fato poderes inerentes ao domínio. Não distingue a lei, também, as demais classificações da posse, de modo que tanto o possuidor de boa-fé como o de má-fé, o possuidor justo como o injusto, todos têm legitimidade para exercer a autodefesa, desde que o ato de terceiro seja ilícito. Pode o possuidor usar, na dicção da lei, a força própria, ou solicitar o concurso de terceiros para reagir à agressão injusta. Até o servo ou fâmulos da posse, na qualidade de mero detentor (art. 1.198), pode usar a mesma prerrogativa, com a ressalva de que o faça em nome e em proveito de terceiro, a quem representa na posse, em obediência ao dever de vigiá-la e de conservá-la.

Dois são os requisitos cumulativos para a autotutela.

O primeiro, de natureza temporal, exige que o possuidor reaja por sua própria força, contanto que o faça “logo”. Manteve o legislador conceito indeterminado - logo -, indicativo de reação rápida, pronta, no contexto da agressão, no calor dos acontecimentos, sem permi-

tir que o esbulhador tenha soberania, que consolide a sua situação sobre a coisa. Transferiu-se ao juiz, portanto, a aferição da tempestividade da reação, atento às circunstâncias do caso concreto, levando em conta, por exemplo, a localização e características da coisa, ou o número de esbulhadores. O tempo mínimo que se exige para simples desocupação de imóvel urbano invadido por um só esbulhador não é o mesmo necessário para a reação contra a ocupação de extenso imóvel rural tomado por grande número de pessoas, o que exige certo lapso temporal para reunir forças e recursos para a autotutela. Se a situação já estiver consolidada, resta ao possuidor apenas usar a segunda linha de defesa, vale dizer, as ações possessórias.

O segundo requisito é o modo como se exerce a autotutela, usando moderadamente os meios necessários. Deve haver exata proporção entre a ação ilícita e a reação do possuidor para proteger ou retomar a coisa. O abuso, quer temporal, quer quanto aos meios usados na autodefesa, torna a conduta ilícita.

§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

CC/1916: sem correspondente.

O preceito em exame consagra uma das mais relevantes inovações do Código Civil em matéria possessória, eliminando de vez a figura da exceção de domínio do ordenamento jurídico. Note-se que o Supremo Tribunal Federal, a fim de harmonizar a redação antinômica dos dois períodos do revogado art. 505, já editara a Súmula n. 487, que contém: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”. A redação do § 2º do art. 1.210 positiva o entendimento jurisprudencial, separando os juízos possessório e petitório.

Desde o Direito romano tem-se distinguido nitidamente a posse da propriedade. São conhecidos os aforismos *separata esse debet possessio a proprietate* (a posse deve ser separada da propriedade), *nihil commune habet proprietas cum possessione* (nada tem em comum a propriedade com a posse) e *nec possessio et proprietas misceri debent* (posse e propriedade não devem confundir-se).

Percebe-se facilmente que a posse pode ser considerada sob dois ângulos distintos: a) em si mesma, independentemente do fundamento ou do título jurídico; e b) como uma das faculdades jurídicas que integram a propriedade, ou outras relações jurídicas.

A expressão *ius possidendi* significa, literalmente, direito à posse, ou direito de possuir. É a faculdade que tem uma pessoa, por ser já titular de uma situação jurídica, de exercer a posse sobre determinada coisa. É a posse vista como o conteúdo de certos direitos. Pressupõe uma relação jurídica preexistente, que confere ao titular o direito à posse. Ao contrário do que afirmam alguns autores, não só o proprietário goza de tal situação mas também titulares de outros direitos reais, como o usufrutuário e o credor pignoratício, ou mesmo titulares de direitos meramente pessoais, como o locatário e o comodatário. Basta que seja a posse o objeto da relação jurídica, real ou pessoal. O titular do *ius possidendi*, ao invocar o seu título ou relação jurídica preexistente (real ou pessoal) para assegurar o direito à posse, instaura o chamado juízo petitório. Não se discute a posse em si mesma considerada, mas a razão, ou causa, pela qual se deve possuir.

O *jus possessionis*, inversamente, é o direito originado da situação jurídica da posse, independentemente da preexistência de uma relação jurídica que lhe dê causa. É indiferente a incidência, ou não, de um título para possuir. Aqui a posse não aparece subordinada a direitos, nem é emanada deles, formando parte de seu conteúdo. Alguns autores chegam a negar a expressão *jus*, preferindo *factum possessionis*, como melhor significado de posse sem título

anterior. É o reflexo da autonomia do instituto da posse, que se mostra em toda sua pureza. É o fato da posse *per se*, necessário e suficiente para ter ingresso na significação jurídica. São casos típicos do exercício de *jus possessionis* aqueles que cultivam a terra abandonada, ou que se apoderam de coisas móveis perdidas. Recebem a proteção possessória, ainda que lhes falte um título que justifique a posse ou dê causa a ela. É o direito de posse. Seu único suporte é a sua própria existência e presença.

A melhor forma de distinguir o juízo petitório do possessório é manter estrita correlação entre o *jus (factum) possessionis* e o possessório e entre o *jus possidendi* e o petitório. Com isso, garante-se a distinção entre a posse e a propriedade e, sobretudo, protege-se a posse *per se* como instituição jurídica autônoma.

A tutela possessória - só possessória - mínima e básica, na ordem jurisdicional, está constituída pelos interditos, ou, entre nós, ações possessórias em sentido estrito. Deve-se, nas ditas ações possessórias, defender a posse como tal, sem outras ajudas e sem outras complicações: só e simplesmente. Se por trás dela aparece um direito que a atribua, é indiferente. Isso porque posso provar o direito, mas não obter a posse. Posso, em contrapartida, obter a posse e não provar o direito. Aqui é o ponto em que a posse aparece em sua plenitude e, diria, em sua solidão.

Na lição clássica e precisa de Wodon, que aparentemente orientou o raciocínio do legislador, “a posse, sendo uma coisa de fato, deve ser cuidadosamente separada de tudo o que se pode chamar direito ao petitório. Não basta que o réu diga *feci, sed jure feci* (fiz, mas tinha o direito de fazê-lo); é preciso que ele prove que o direito, com que excepciona, exclui a posse do autor em seus caracteres legais, ou tira à turbação o seu caráter de turbação possessória, ou, ainda, serve para apoiar e colorir uma posse contrária” (*apud* REZHNDK, Astolpho. *A posse e a sua proteção*. São Paulo, Lejus, 2000, p. 465).

A exceção de domínio não está restrita, como parece, à alegação fundada somente no direito de propriedade. Pode vir calçada em outros direitos, reais ou pessoais. Basta a invocação de uma situação jurídica preexistente, que confira a seu titular direito à posse. Em termos diversos, fundada no *jus possidendi*.

Vale lembrar que veda a lei que o turbador ou esbulhador justifique a agressão injusta à posse invocando a propriedade ou outro direito. A discussão dominial somente terá relevância em duas situações: quando ambos os litigantes discutem a posse com fundamento no domínio (na verdade a ação será petitória), ou quando tanto a posse do autor como a posse do réu se mostrarem duvidosas, caso em que a propriedade funciona como critério supletivo, como indício de que ao proprietário pertence a posse, em razão do direito de seqüela.

Assentaram os Enunciados ns. 78 e 79, aprovados na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, a respeito do tema:

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

Art. 1.210: A *exceptioproprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório”.

Resta analisar o que dispõe o art. 923 do Código de Processo Civil, que reza: “Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio”.

O preceito nada mais pretendeu - como se verá, de modo equivocado - do que dar feição processual à separação e independência entre os institutos da posse e da propriedade. O

atrelamento do petitório ao final do possessório, todavia, foi infeliz. Como bem coloca Adroaldo Furtado Fabrício, "o que se vê, pois, é que, a pretexto de separar o possessório do petitório, o que se acaba de fazer é, paradoxalmente, juntá-los e jungi-los um ao outro por uma relação de dependência absolutamente inexistente. Independentemente que são, só razões de ordem prática, circunstancial, como a de já estar sendo discutido *incidenter* o direito de possuir, explicam o fechamento às partes das portas do petitório" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, v. VIII, t. III, p. 408).

A clássica separação entre o possessório e o petitório tem como propósito evitar que o proprietário justifique sua má conduta no campo possessório invocando o direito de propriedade. Quando, porém, a separação vai além do limite acima mencionado e torna-se proibição genérica, o vínculo de subordinação (*somente se inicia o petitório ao terminar o possessório*) acaba por produzir efeito contrário, unindo indevidamente os dois juízos.

Na verdade, o que se deve indagar é simplesmente o seguinte: caso corram ações petitória e possessória simultaneamente, haverá o risco de sentenças contraditórias? A pergunta poderia ser formulada em outros termos: há relação de prejudicialidade recíproca entre os juízos petitório e possessório?

Parece inexistir o risco de sentenças contraditórias e muito menos relação de prejudicialidade entre os referidos juízos. Isso porque, embora o objeto possa ser o mesmo em ambas as demandas - a posse -, é ele disputado por razões radicalmente distintas. Pode-se indagar: como a mesma coisa pode ter dois comandos distintos de entrega, um no juízo possessório e outro no juízo petitório, sem conflito? Simples. O bem é entregue no juízo possessório até que o proprietário o tome pelos meios legais, ou seja, no juízo petitório. A relação de direito material é perfeitamente compatível com o andamento simultâneo de ambas as ações.

Por isso, o entendimento hoje prevalente é que a proibição contida no art. 923 não é absoluta, sob pena de mutilar o direito de propriedade e levar a situações de flagrante injustiça. A única interpretação possível do art. 923 é a utilização de critérios semelhantes aos aplicados pelo Supremo Tribunal Federal ao interpretar o art. 505 do Código Civil, distinguindo as situações possessórias puras (*jus possessionis*) das situações possessórias impuras (*jus possidendi*).

Somente haverá situação antinômica entre a ação possessória e a ação petitória que correm paralelamente, se na primeira a posse for disputada com fundamento no *ius possidendi*. Poderia aí a situação gerar sentenças contraditórias, uma vez que ambas analisariam a posse sob o mesmo fundamento, qual seja como conteúdo de um direito preexistente.

A jurisprudência mais recente conforta o ponto de vista ora adotado (*RT* 605/55, *RT* 650/67, *RT* 507/194, *RJTJESP-Lex* 123/217, 124/297). A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal endossou a conclusão citada ao julgar o Recurso Extraordinário n. 89.179-0/PA, com ementa do seguinte teor: "Na pendência de processo possessório, fundado em alegação de domínio, é defe-so assim ao autor como ao réu intentar ação de reconhecimento de domínio" (Publicado no *DJU* 31.08.1979, p. 6.470, rel. Min. Cordeiro Guerra). Outra não foi a conclusão a que chegou o Iº Simpósio de Curitiba, ao editar a conclusão n. LXXIII, do seguinte teor: "o art. 923, Iª parte, só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio".

Jurisprudência: I - A proteção possessória independe da alegação de domínio e pode ser exercitada até mesmo contra o proprietário que não tem posse efetiva, mas apenas civil, oriunda de título. II - Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do verbe-te sumular n. 487/STF, firmada na vigência do Código de 1916, cabe a exceção de domínio nas ações possessórias se com base nele a posse for disputada. III - Entre o juízo de indícios próprio da liminar sem audiência da parte contrária e o juízo definitivo da sentença, é de prestigiar-se este último, em que o magistrado firma seu convencimento com base no conjunto dos autos. IV - A pendência de julgamento da apelação sobre o mesmo tema versado no agravo contra a liminar, nos mesmos autos de interdito proibitório, não recomenda a este

Superior Tribunal de Justiça o exame do recurso especial interposto no agravo, o que acabaria por suprimir a competência da instância revisora sobre o mérito da demanda. (STJ, REsp n. 327.214, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.09.2003, DJ 24.11.2003)

Ainda que chamada de ação de imissão na posse, a demanda tem nítido caráter petitório. O proprietário tem o direito de reivindicar seu bem em poder de terceiro, injustamente. Inteligência do art. 524 do Código Civil brasileiro. Provadas a propriedade e injustiça da detenção, a ação há de ser procedente. O apelante não tinha contrato de promessa de compra e venda, apenas um mero recibo. Assim, não comprou o imóvel de quem figurava como dono no registro imobiliário. Já o apelado detém título de domínio sobre o imóvel. Se o título de domínio prevalece sobre o promitente comprador, mais ainda sobre o detentor de um mero recibo. Desse modo, o apelante só tem pretensão de direito pessoal contra quem lhe vendeu o imóvel, e não contra o apelado, titular do domínio. A posse do apelante e a de seus antecessores têm características diferentes, o que impede a *accessio possessionis*. Apelo Improvido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.004.804.944, 18ª Câ. Cível, rel. Pedro Luiz Pozza, j. 03.06.2004)

Ajuizada ação de usucapião especial urbano posteriormente e contra aquele que já havia deduzido em juízo sua pretensão de reintegração de posse, suspendeu-se este último processo, por prejudicialidade externa, com fundamento no art. 265, IV, a, CPC. Não há prejudicialidade externa que justifique a suspensão da possessória até que se julgue a usucapião. A posse não depende da propriedade e, por conseguinte, a tutela da posse pode se dar mesmo contra a propriedade. (STJ, REsp n. 866.249/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.04.2008)

Art. 1.211. Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso.

CC/1916: art. 500.

O Código Civil de 2002 pouco alterou o preceito semelhante do art. 500 do Código revogado. Apenas tornou a redação mais técnica, substituindo o termo “a que detiver a coisa” por “a que tiver a coisa”, eliminando a ideia de que o mero detentor pudesse invocar a seu favor a tutela possessória.

Consagra a regra o velho princípio *quieta non movere*. Havendo dúvida fundada acerca de quem é o real possuidor, mantém-se a coisa em poder de quem com ela fisicamente se encontra, coibindo o conflito das partes pelo seu apoderamento.

É uma espécie de manutenção provisória da coisa em poder de quem com ela se encontra, até que haja final decisão na ação possessória. A regra, porém, não vale para o caso em que houver prova robusta de que aquele que tem o poder imediato sobre a coisa a obteve dos demais de modo vicioso.

O art. 500 do Código de 1916 sempre foi interpretado em consonância com o art. 507 do mesmo diploma, que tratava da manutenção e da reintegração liminar nas ações de posse nova, determinando que, no caso de dúvida, houvesse o seqüestro da coisa litigiosa. Como não foi a regra do art. 507 reproduzida, prevalece a disciplina dos arts. 920 e seguintes do Código de Processo Civil.

O Enunciado n. 239 da II Jornada do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal vai no mesmo sentido: “Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda à função social, deve-se utilizar a noção de ‘melhor posse’, com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do CC/1916”.

Jurisprudência: A despeito de notificada judicialmente a ré para desocupar o imóvel, remanesce duvidosa a prática de esbulho possessório. Fundado o pedido de reintegração na denúncia de contrato verbal de comodato, e, sem que haja qualquer comprovação nos autos da existência deste, recomenda-se a manutenção da situação de fato existente no momento em que instaurado o litígio. Aplicação do princípio *quieta non movere*. Liminar revogada. Agravo de instrumento provido. Unânime. (TJRS, AI n. 70.010.385.086, 18ª Câmara Cível, rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 24.02.2005)

Ainda que a alegada fraude na assinatura de contrato de comodato com pacto de doação condicional dependa de dilação probatória, considerando que o agravante está na posse do veículo objeto do seu pleito desde 14.09.2002 e também as demais circunstâncias do caso concreto, assemelha-se prudente a proteção da sua posse, visando à preservação do *status* possessório, na esteira do princípio do *quieta non movere*. A fungibilidade das ações possessórias permite o recebimento do pedido como interdito proibitório, presente ameaça de turbacão ou esbulho. Inteligência dos arts. 920 e 932 do Código de Processo Civil e atendimento dos requisitos do art. 927 do mesmo estatuto processual. Exegese, ainda, do art. 1.211 do novo Código Civil. Pena pecuniária. Cabimento. Quanto ao pedido de fixação de multa diária para o caso de eventual esbulho ou turbacão, em se tratando de interdito proibitório, é cabível a fixação de multa diária para o caso de eventual ato turbatório ou esbulhatório, com amparo no art. 932 do Código de Processo Civil. Agravo de instrumento provido. (TJRS, AI n. 70.009.778.101, 14ª Câmara Cível, rel. Des. Isabel de Borba Lucas, j. 22.02.2005)

Art. 1.212.0 possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.

CC/1916: art. 504.

A regra em comento deriva do interdito *uncle vi* do Direito romano, que tinha por objeto recuperar a posse dos imóveis esbulhados por ato violento e só podia ser intentado contra o próprio esbulhador. Foi posteriormente estendido pelo direito canônico ao terceiro adquirente, desde que estivesse de má-fé no momento da aquisição da posse.

Considera o legislador que tanto o terceiro adquirente de boa-fé como o esbulhado são - ou foram - titulares de posse justa e inclina-se a favor do primeiro, que nenhum ato ilícito praticou e tem a posse atual da coisa. Note-se que o esbulhado não tem ação possessória para recuperar a coisa em poder do adquirente de boa-fé, fundada no *ius possessionis*. Tem, porém, ação petitória para tal finalidade, fundada no *ius possidendi*, vale dizer em relação jurídica de direito real ou pessoal que confira direito à posse, matéria esmiuçada no comentário ao § 2º do art. 1.210 do Código Civil.

Cabe a ressalva de que nem todo terceiro está amparado por este artigo do Código Civil. O sucessor *causa mortis* e o sucessor universal continuam de direito a posse de seus antecessores, recebendo-a com os mesmos caracteres. Logo, se a posse do autor da herança era de má-fé, têm os sucessores legitimidade para figurar no polo passivo da ação possessória e da ação indenizatória. A posse é a mesma, com idênticas qualidades e vícios, e apenas prossegue com titular distinto.

No que se refere à sucessão *inter vivos* - *accessio possessionis* - a união das posses, como já visto, é mera faculdade do adquirente, que, portanto, não tem a sua situação jurídica automaticamente contaminada pelos vícios da posse ou má-fé do antecessor. Se, no entanto, ao adquirir a posse tinha conhecimento dos vícios, tem o dever de restituir a coisa ao esbulhado, além de compor perdas e danos.

Assentou o Enunciado n. 80 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, a respeito do tema: “Art. 1.212: É inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima, diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé cabe tão somente a propositura de demanda de natureza real”.

Cabe apenas a ressalva de que, após a citação na ação possessória, irrelevante é a cessão da posse, ou a boa-fé do adquirente. Isso porque, nos exatos termos do art. 42, combinado com o art. 219, ambos do Código de Processo Civil, a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes. Em tal hipótese, a sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos aos adquirentes ou cessionários.

Jurisprudência: *RT* 820/275.

Art. 1.213.0 disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões não aparentes, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve.

CC/1916: art. 509.

O Código Civil de 2002 corrigiu as imperfeições que continha o art. 509 do Código de 1916, eliminando a referência às servidões contínuas e descontínuas.

O que diz a regra é que apenas as servidões aparentes, ou seja, aquelas que ostentam sinais exteriores, que são constatáveis *icto oculi*, é que gozam da proteção possessória. As servidões aparentes via de regra revelam tais sinais por obras artificiais, como caminhos, pontes, aquedutos, destinadas a viabilizar o exercício das servidões. Terceiros podem conhecê-las, porque o seu exercício de fato deixa sinais exteriores, caracterizadores da posse.

Já as servidões não aparentes, vale dizer, aquelas que não ostentam sinais exteriores visíveis, imperceptíveis à inspeção ocular, somente gozam da tutela possessória se o título provier diretamente do possuidor do prédio serviente, ou daqueles a quem este o houve, ou seja, a título derivado. As servidões não aparentes somente ganham publicidade com o registro do título outorgado pelo proprietário do prédio serviente no registro imobiliário. Sem o registro, a terceiro não é dado conhecê-las, por falta de publicidade ou sinais exteriores, de modo que contra ele não pode ser usada a tutela possessória. Haveria dúvida fundada acerca da natureza dos atos praticados, se de mera permissão ou tolerância - detenção - ou efetiva posse. O preceito em estudo guarda estreita relação com o disposto no art. 1.379 do Código Civil, que restringe a usucapião às servidões aparentes, porque gozam de publicidade em decorrência dos sinais exteriores, permitindo ao titular do prédio serviente reagir contra a prescrição aquisitiva.

Eliminou o Código Civil de 2002 a menção às servidões não contínuas, ou seja, aquelas cujo exercício está subordinado à ação humana atual. Cai, por consequência, a antiga discussão sobre a possibilidade de a servidão de passagem marcada no terreno (aparente e não contínua) receber a tutela possessória. Como a lei atual somente exige o requisito da aparência, a servidão de passagem ou de trânsito, ainda que não titulada, desde que visível por sinais exteriores, recebe a proteção da tutela possessória contra atos injustos de terceiros.

Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

CC/1916: arts. 510 e 511.

Frutos são a riqueza normalmente produzida por um bem patrimonial, ou seja, são as utilidades que a coisa periodicamente produz, sem desfalque de sua substância. Diferenciam-se dos produtos, cuja utilização desfalca a substância, reduzindo-a gradualmente, até levá-la ao esgotamento. A primeira observação a ser feita, portanto, é que o efeito em estudo da posse limita-se à percepção dos frutos e não dos produtos.

Podem os frutos ser naturais, decorrentes da própria natureza, como as frutas e as crias de animais; industriais, decorrentes da atividade humana, como a produção de uma fábrica; ou civis, consistentes das rendas de uma coisa, como aluguéis e juros.

Classificam-se também os frutos como pendentes, quando ainda unidos à coisa; percebidos ou colhidos, depois de separados; estantes, os separados e armazenados; e consumidos, os que já foram utilizados.

Cabe ao possuidor de boa-fé o direito aos frutos percebidos, enquanto ela durar, como expressamente diz este artigo. Logo, o possuidor de boa-fé adquire não só a posse como também a propriedade dos frutos percebidos, estantes e consumidos. Note-se, porém, que a regra geral do artigo em estudo encontra exceção no art. 95 do Código Civil de 2002, que dispõe que, “apesar de não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico”. É factível, assim, que ao se iniciar a posse de boa-fé os frutos já tenham sido negociados com terceiros, de modo que a eles não faz jus o possuidor, se tiver conhecimento da relação jurídica. Caso ignore o negócio, tem o possuidor direito aos frutos, porque não está vinculado - *res inter alios acta* - à obrigação de dar.

Os frutos, como bens acessórios, via de regra pertencem ao proprietário, como, de resto, determina o art. 1.232 do Código Civil. O legislador, porém, em homenagem à função social e à boa-fé do possuidor e ainda considerando eventual negligência do proprietário, criou exceção à regra geral, conferindo os frutos ao possuidor de boa-fé.

Como visto acima, no comentário ao art. 1.201 do Código Civil, a boa-fé a que alude o preceito é a subjetiva, consistente na ignorância dos vícios que maculam a posse. Logo, no exato momento em que o possuidor toma conhecimento dos vícios que afetam a posse, inverte-se a sua qualidade e cessa o direito de percepção dos frutos ainda pendentes.

Verifica-se, portanto, que são dois os fatores temporais determinantes para saber a quem pertencem os frutos: o momento em que foram colhidos, ou seja, separados da coisa, em confronto com o momento em que cessou a boa-fé subjetiva.

Pode a percepção dos frutos ser vedada ou restringida na via negociai, como se dá, por exemplo, na posse decorrente de direito real de uso, ou de habitação.

Vimos anteriormente, ao comentar os arts. 1.202 e 1.203 do Código Civil, que a boa-fé subjetiva, como ignorância dos vícios que acometem a posse, pode cessar quando muda o estado anímico do possuidor. A presunção relativa de boa-fé cessa quando as circunstâncias indicam que sabe o possuidor dos vícios que afetam a sua posse, ou, na pior das hipóteses, no momento em que ele é citado em ação possessória ou petitória. Logo, a boa-fé ou a má-fé da posse são estados intercambiáveis, que produzem profundos efeitos em relação à percepção dos frutos.

Diz o preceito em estudo que os frutos pendentes, ou seja, aqueles unidos à coisa principal, portanto não separados ou percebidos, devem ser restituídos ao retomante, a partir do exato momento em que cessa a boa-fé, pela simples razão de que ainda são parte integrante da coisa a que aderem. Se a coisa é devolvida, juntamente vão os frutos pendentes, que a ela se encontram ligados, formando um todo.

Se os frutos forem colhidos pelo possuidor no período que medeia entre a cessação da boa-fé e a devolução da coisa ao retomante, devem ser restituídos em espécie ou pelo equivalente valor em dinheiro, cabendo a produção de prova sobre a exata quantidade e qualidade dos frutos percebidos. Isso porque, como é óbvio, foram colhidos quando o possuidor já estava de má-fé.

O que acima foi dito acerca da regra do art. 95 do Código Civil quanto à alienação dos frutos pendentes a terceiros vale também para o momento em que cessa a posse. O retomante somente estará obrigado a respeitar a anterior alienação dos frutos pendentes se conhecia o negócio jurídico. Caso contrário, é estranho ao vínculo negociai, que obriga somente as partes contratantes, não afetando terceiro retomante de boa-fé.

Além dos frutos pendentes ao tempo em que cessa a boa-fé, também devem ser devolvidos os frutos colhidos por antecipação, ou seja, antes de terem atingido a maturidade. Isso porque a colheita antes do tempo, por ato unilateral do possuidor, esvaziaria os efeitos do preceito que garante ao retomante o direito aos frutos pendentes. Afora isso, a colheita antecipada constitui circunstância, em vista de sua anormalidade, que induz a má-fé do possuidor (art. 1.203 do CC). Note-se, porém, que, se os frutos são temporões por fato natural, como fatores climáticos, ou por convenção das partes, em razão de usos e costumes ou por necessidade comprovada, cessa o dever de restituição do possuidor perante o retomante.

A regra se encerra dispondo que a devolução dos frutos se dá depois de deduzidas as despesas de produção e custeio. Positiva a cláusula geral que veda o enriquecimento sem causa (art. 884 do CC). O retomante tem direito aos frutos pendentes, mas é certo que, se tivesse permanecido de posse da coisa, para receber os mesmos frutos teria de fazer investimentos e custear a produção. É exatamente esse valor que se abate dos frutos pendentes a ser restituídos, em compensação atípica, em razão de eventual iliquidez das verbas.

Vale lembrar, finalmente, que a questão da indenização dos frutos pendentes ao tempo da restituição, em especial a dedução das despesas de produção e de custeio, recebe disciplina especial quando se trata de posse decorrente de direito real de usufruto, nos termos dos arts. 1.396 e 1.397 do Código Civil, adiante comentados.

Jurisprudência: Reintegração de posse. Empregado que reside em área pertencente ao empregador por motivo da relação de emprego não tem posse, sendo mero servidor da posse alheia. Cessada a relação empregatícia, sua recusa em retirar-se do imóvel configura esbulho possessório. E irrelevante o fato de ter existido anteriormente parceria entre o dito empregado e o antecessor no domínio, eis que extinta por ato dos interessados quando da alienação da coisa. Ao esbulhador não se assegura direito aos frutos naturais porventura pendentes, eis que presumida sua má-fé. Sentença confirmada. (TJRS, Ap. cível n. 183.014.703, 2ª Câ. Cível, rel. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 10.05.1983)

Em se tratando de ação de domínio, tem-se como injusta a posse do réu, pelo só fato de contrapor-se ao direito de propriedade do autor. Configurada fica a má-fé se os réus, que ocupavam o imóvel sem justo título, sabiam quem era seu dono e tinham plena ciência de que ele poderia reclamá-lo, respondendo, nesse caso, pelos frutos colhidos. Fora dos casos de boa-fé, o possuidor tem direito somente à indenização pelas benfeitorias necessárias introduzidas no terreno. (TJPR, Ap. cível n. 31.723-1, 1ª Câ. Cível, rel. J. Vidal Coelho, j. 08.11.1994)

Art. 1.215. Os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados; os civis reputam-se percebidos dia por dia.

Frutos naturais, ou verdadeiros, são aqueles que nascem e renascem da coisa, sem necessidade da ação do homem. Provêm diretamente da coisa, e a colaboração humana, embora possível, não é indispensável. Frutos industriais são aqueles que pressupõem atividade humana ou indústria, necessárias e preponderantes. Frutos civis, ou rendimentos, são aqueles pagos pela utilização de coisa ou bem alheios. É a remuneração que alguém paga para poder usar coisa ou bem de terceiro, como os juros e os aluguéis. Vale destacar que a correção monetária, por constituir simples manutenção do valor real do capital, evitando a sua corrosão pela depreciação da moeda, não se qualifica como fruto civil.

Como vimos anteriormente, é fundamental saber o momento em que os frutos reputam-se colhidos, para efeito de restituição - ou não - ao retomante. O Código Civil disciplina a matéria de modo distinto para os frutos naturais/industriais e para os frutos civis.

No que se refere aos frutos naturais e industriais, consideram-se eles percebidos ou colhidos logo que separados. Frutos colhidos são aqueles cuja separação da coisa independe de apreensão pelo possuidor. Frutos percebidos são aqueles em que o possuidor contribui para a separação. Não há, porém, consequência prática na distinção, porque para uns e outros o momento relevante é o da separação da coisa.

Quanto aos frutos civis, a regra é outra. Consideram-se percebidos dia a dia, porque não se encontram ligados fisicamente à coisa principal. O momento determinante é o do vencimento e não o do pagamento dos rendimentos. Tome-se como exemplo o recebimento de aluguéis da coisa possuída, devidos ao possuidor de modo proporcional aos dias do mês em que esteve de boa-fé. Os aluguéis relativos aos dias do mês posteriores à cessação da boa-fé pertencem ao retomante.

Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

CC/1916: art. 513.

O artigo em estudo se contrapõe ao art. 1.214, que disciplina a questão dos frutos em relação ao possuidor de boa-fé. Possuidor de má-fé, como acima visto, é aquele que conhece o vício que macula a sua posse.

O conhecimento da origem ou do estado ilícito da posse acarreta a responsabilidade do possuidor, que deve devolver todos os frutos colhidos e percebidos, quer sejam naturais, quer sejam civis ou industriais. Também responde o possuidor de má-fé pelos frutos percebidos por terceiro, a quem entregou a posse da coisa usurpada.

O legislador, frisando o caráter ilícito da posse de má-fé, imputa ao possuidor o dever de restituir também os frutos que deixou de colher por culpa sua, a partir do momento em que passou a conhecer os vícios da posse. Levam-se em conta, aqui, os frutos que teriam sido percebidos, caso a coisa estivesse em poder de um administrador cuidadoso e probo. Somente se exime o possuidor de má-fé de restituir os frutos não colhidos, se demonstrar que eles se perderam sem culpa sua, ou, então, por algo que o livre de responsabilidade, como o caso fortuito e a força maior.

A única prerrogativa que cabe ao possuidor de má-fé é o reembolso das despesas de produção e de custeio, para percepção dos frutos que devolverá ao retomante. A regra tem razão de ser, fundada na cláusula geral do enriquecimento sem causa, hoje positivada no art. 884 do Código Civil. Isso porque, caso a posse da coisa não tivesse sido perdida pelo retomante, este teria de despendar certo investimento para colher os frutos da coisa. É exatamente esse valor que deve reembolsar ao possuidor, ainda que este esteja de má-fé.

Embora não diga expressamente a lei, o mesmo direito de reembolso cabe ao possuidor de má-fé em relação aos frutos pendentes. Não teria sentido que recuperasse o investimento em relação aos frutos colhidos, mas não em relação aos pendentes, quando a razão que levou à edição da norma é rigorosamente a mesma, qual seja evitar o enriquecimento sem causa do retomante. Aplica-se, então, o parágrafo único do art. 1.214 do Código Civil.

Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.

CC/1916: art. 514.

O artigo em exame diz respeito aos riscos da coisa possuída. O que se disciplina é a distribuição dos riscos de perda e de deterioração da coisa, se atribuídos ao possuidor ou ao retomante.

A perda pode ser física ou jurídica, tanto pelo perecimento material, com esgotamento da substância, como pelo apoderamento por terceiro, ou por estar a coisa em local inacessível. A deterioração é a avaria da coisa, provocando a sua desvalorização ou o comprometimento parcial de sua utilidade. Pode também ser física, com o desfalque material da coisa, como jurídica, por estar a coisa gravada ou onerada em favor de terceiro.

O princípio maior está explicitado no período inicial do preceito, vale dizer, o possuidor de boa-fé não responde pelos riscos de perda ou deterioração da coisa, se a eles não der causa, agindo de modo culposos ou doloso. Em termos diversos, se a coisa se perder ou se estragar sem culpa do possuidor, o risco é do retomante. O possuidor se exonera do dever de devolver a coisa incólume, ou o seu equivalente em dinheiro, acrescido de perdas e danos. Note-se que a regra tem perfeita simetria com o disposto no art. 238 do Código Civil, que regula a mesma situação no âmbito dos direitos de crédito, consagrando o aforismo *res perit domino*. O retomante, que pode ou não ser o dono, é que arca com o risco da coisa.

Caso a coisa possuída seja fungível, porém, a regra é outra. Vale então o aforismo *genus nunquam perit*, podendo o possuidor, desde que antes da escolha, devolver coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade ao retomante. Em tal caso, o risco pela perda ou deterioração da coisa, em vista de sua natureza, desloca-se do retomante para o possuidor.

A parte final do artigo faz a ressalva de que o possuidor se exonera do risco de perda ou deterioração “a que não der causa”. A expressão causa equívale, aqui, a culpa. O possuidor não responde pelo risco, se não agiu com dolo ou culpa, ou, então, se presentes as excludentes do caso fortuito ou da força maior.

Mais uma vez é fundamental conhecer o exato momento em que a posse de boa-fé se converteu em posse de má-fé, com o conhecimento do vício que afeta a coisa, porque constituirá o marco da inversão dos riscos da coisa. Remete-se o leitor ao comentário dos arts. 1.201 a 1.203 do Código Civil.

Jurisprudência: Posse. Má-fé. Danos. O possuidor de má-fé responde pela deterioração do imóvel, ainda que acidental (art. 515 do Código Civil). Má-fé presumida a partir da citação na ação de reintegração. Reconhecimento de dano sobre o aramado e arvoredos. Provimento parcial da apelação para julgar a ação de ressarcimento de dano em prédio rústico procedente em parte. Voto vencido. (TJRS, Ap. cível n. 185.001.765, 3ª Câmara Cível, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 10.04.1985)

Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

CC/1916: art. 515.

O possuidor de má-fé conhece a origem ilícita ou os vícios que afetam a sua posse. Sabe que deve devolver a coisa ao retomante, mas não o faz. Por isso é responsável pela perda ou deterioração da coisa, quer aja com culpa, quer aja sem culpa. Responde, por consequência, por todos os prejuízos que sofrer a coisa possuída que sejam resultado direto ou indireto de sua posse indevida.

O preceito tem simetria com o art. 399 do Código Civil, que no campo dos direitos obrigacionais disciplina a responsabilidade do devedor em mora. Do mesmo modo que a mora perpetua a obrigação, deslocando para o devedor todos os riscos da impossibilidade da prestação, ainda que resulte de caso fortuito ou força maior, situação similar ocorre no campo do direito das coisas. O possuidor de má-fé que ou praticou o ato ilícito ou ao menos conhece o vício que afeta a sua posse atrai para si todos os riscos de perda ou deterioração da coisa, ainda que resultante de caso fortuito ou força maior. Explica-se o rigor da norma por uma razão lógica, qual seja: se a coisa estivesse em poder do retomante em vez de indevidamente em poder do possuidor por meio ilícito de aquisição, o evento danoso não teria ocorrido. Dizendo de outro modo, se o possuidor não tivesse tomado ilicitamente a coisa, ou, então, se a tivesse devolvido em tempo oportuno, ela não se perderia, nem se estragaria.

É por isso que não se cogita de culpa do possuidor na perda ou deterioração da coisa. A culpa já está presente em momento anterior, no próprio ato de apoderamento ilícito ou de ciência posterior da má origem da posse, com inobservância do dever de restituir a coisa a quem de direito. Essa situação atrai para o possuidor todos os riscos, inclusive os de perda ou deterioração decorrentes de força maior ou caso fortuito. Como acima dito, basta que o prejuízo seja consequência direta ou indireta da posse viciada e de má-fé.

A única exceção da responsabilidade do possuidor encontra-se na parte final do artigo em estudo, que soa "salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante". A regra tem razão de ser, porque aqui não mais se cogita de culpa do possuidor, mas sim da ausência de nexo de causalidade entre a posse de má-fé e o prejuízo do retomante. Dizendo de outro modo, se a perda ou deterioração era inevitável e ocorreria quer a coisa se encontrasse em poder do possuidor, quer se encontrasse em poder do retomante, o prejuízo não foi consequência do ato ilícito e teria ocorrido de todo modo. Perpetuar em tal hipótese o risco do possuidor teria o efeito de enriquecimento sem causa do retomante.

Note-se que a parte final deste artigo carrega ao possuidor, em tal hipótese, o ônus não só de demonstrar a ausência de culpa no evento mas sobretudo a ausência de nexo causal, provando a falta de relação de causa e efeito entre a posse de má-fé e o prejuízo.

Um exemplo ilustra a matéria. Alguém tomou emprestado, em comodato por prazo certo, um veículo e um imóvel de outrem. Escoado o termo, não foram as coisas devolvidas ao comodante, e as posses, que eram justas, tornaram-se injustas e de má-fé, marcadas pelo vício da precariedade, de conhecimento do possuidor. O veículo se perde, porque roubado em um semáforo, e o imóvel se deteriora em virtude de uma inundação. O possuidor de má-fé responde pelo valor do veículo roubado, acrescido de perdas e danos, porque, se o tivesse devolvido a tempo, o roubo não teria ocorrido naquele exato local e circunstâncias. No que se refere ao imóvel, a solução é inversa, uma vez que a enchente o atingiria, quer estivesse de posse do retomante, quer em poder do possuidor de má-fé, salvo se o primeiro demonstrar que faria obras ou melhorias que evitariam o sinistro.

Art. 1.219.0 possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

CC/1916: art. 516.

O Código Civil de 2002 manteve aqui conteúdo idêntico ao do artigo correspondente do Código de 1916, alterando apenas a redação do preceito.

Benfeitorias e acessões: Benfeitorias são obras ou despesas com intervenção humana feitas na coisa, com o propósito de conservá-la, melhorá-la e embelezá-la, como se extrai dos arts. 96 e 97 do Código Civil, já comentados na parte geral. Abrangem não só as obras físicas como também os custos de conservação jurídica da coisa.

Englobam trabalhos, melhoramentos, acréscimos ou despesas. Não se confundem as benfeitorias com as acessões, que criam coisa nova, nem com a especificação, que altera a identidade da coisa. As duas últimas figuras constituem modos de aquisição da propriedade imóvel e móvel, respectivamente. Em termos diversos, as benfeitorias melhoram coisa já existente, preservando a sua identidade.

Alguns autores e julgados entendem que as regras relativas à indenização das benfeitorias úteis se aplicam às acessões, especialmente às construções e plantações, o que não é exato, porque estas têm disciplina própria e algo diversa nos arts. 1.253 a 1.259 do Código Civil. Apenas para efeito de direito de retenção é que se admite a aplicação analógica, para preenchimento de lacuna no capítulo das acessões, como veremos abaixo.

As benfeitorias são acessórias à coisa, razão pela qual a acompanham quando há devolução da posse ao retomante. É esse o motivo pelo qual se cogita de indenização de melhoramentos feitos pelo possuidor, mas que beneficiarão o retomante. Em termos diversos, como as benfeitorias aderem à coisa, o retomante receberá coisa alterada qualitativamente, convertendo-se o direito do possuidor que fez a melhoria em indenização. O mesmo, porém, não ocorre com as pertenças, que, nos termos do art. 93 do Código Civil, não são partes integrantes, mas se encontram de modo duradouro destinadas ao uso, serviço ou aformoseamento de uma coisa. As pertenças visam a otimizar o uso de uma coisa, mas gozam de autonomia, podendo dela ser separadas e alienadas separadamente. Logo, o presente artigo não se aplica às pertenças, que podem ser retiradas tanto pelo possuidor de boa-fé como pelo possuidor de má-fé. Tomem-se como exemplos maquinários, veículos ou implementos agrícolas utilizados pelo possuidor em imóvel alheio. A devolução do prédio ao retomante não implica a perda das pertenças do possuidor, que pode levá-las consigo, desde que não haja vedação convencional, afastando, por consequência, o pressuposto da indenização.

O art. 1.519 trata das benfeitorias realizadas durante a posse de boa-fé, reservando ao artigo subsequente a disciplina da posse de má-fé.

Benfeitorias necessárias e úteis: Assegura-se ao possuidor de boa-fé o direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis. Necessárias são aquelas que visam a conservar a coisa, a mantê-la e a evitar que ela se perca ou se deteriore, tanto natural como juridicamente. Úteis são aquelas que visam a melhorar ou a aumentar a utilização da coisa.

Benfeitorias voluptuárias: No que se refere às benfeitorias voluptuárias, de mero deleite, recreio ou luxo, que embelezam a coisa e a tornam mais agradável, tem o possuidor direito à indenização e, se esta não lhe for paga, pode levantá-las, desde que não cause dano à coisa. Note-se que o *jus tollenâU* ou direito de tolher, está subordinado a duplo requisito, a saber: a) somente caberá se o retomante não efetuar o respectivo pagamento e b) desde que não ofenda a integridade da coisa a que adere.

Em outros termos, a opção entre pagar e admitir a retirada da benfeitoria é inicialmente do retomante. Caso ele não exerça a opção do pagamento, nascerá o direito do possuidor de levantar as benfeitorias voluptuárias, desde que não deteriore a coisa na qual se encontram. Afirmam doutrina e tribunais, de modo majoritário, que, se não houver pagamento voluntário nem for possível o *jus tollendi*, o possuidor não tem direito a reclamar indenização do retomante, perdendo as benfeitorias voluptuárias. Merece tal interpretação detida reflexão. Não diz a lei, de modo claro e expresso, que o possuidor não pode exigir o pagamento das benfeitorias voluptuárias que não puder levar consigo. Sem razão estão aqueles que sustentam que as benfeitorias voluptuárias não valorizam a coisa e que, por tal razão, escapam da indenização. É evidente que o simples fato de serem feitas para deleite e bem-estar do possuidor não significa que sejam desprovidas de valor. Ao contrário. Um afresco de um famoso pintor, um jardim com espécimes raros, uma piscina ou determinadas peças de decoração certamente agregam expressivo valor à coisa e devem ser indenizados, na falta de pagamento voluntário ou de possibilidade de retirada. Entender o contrário consagraria o enriquecimento sem causa do retomante, em detrimento daquele que ignorava os vícios de sua posse. O Código Civil de 2002, que consagra princípios éticos e adota sistema aberto, proporciona bom momento para rever a posição tradicional, quanto à indenização das benfeitorias voluptuárias ao possuidor de boa-fé.

Quanto ao *jus tollendi* pode o possuidor retirar as benfeitorias voluptuárias, mesmo que isso prejudique a integridade da coisa, desde que proponha reparar cabalmente a deterioração. O que interessa é que, afinal, a coisa remanesça incólume.

A questão de classificar as benfeitorias no caso concreto é delicada e deve levar em conta a finalidade econômica da obra em relação à coisa. Como lembra Nelson Rosenvald, a pintura de uma casa, se destinada à conservação, é benfeitoria necessária, mas se feita como mero elemento decorativo é voluptuária. Uma piscina em uma residência é, a princípio, benfeitoria voluptuária, mas em uma academia de esportes é útil. O correto enquadramento das benfeitorias será fundamental para aferir sua indenizabilidade, especialmente no caso de posse de má-fé, bem como o direito de retenção, no caso de posse de boa-fé.

O valor das benfeitorias indenizáveis é disciplinado no art. 1.222, adiante tratado.

Direito de retenção: Resta a questão versada na parte final deste artigo, que garante ao possuidor de boa-fé exercer o direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis, ou seja, a prerrogativa de conservar consigo a coisa até que seja liquidado o crédito. Constitui o direito de retenção medida lateral de coerção ou estímulo para compelir o retomante a efetuar o pagamento devido ao possuidor e evitar o enriquecimento sem causa. Abrange não somente as melhorias como também as despesas necessárias. É próximo da figura da exceção do contrato não cumprido, prevista no art. 476 do Código Civil. Enquanto o retomante não cumprir a obrigação de indenizar, o possuidor não cumpre o dever de restituir a coisa. Note-se que, enquanto permanece a coisa retida, a posse é justa, porque fundada em causa jurídica, de modo que os frutos que então se colham são do possuidor, e este somente responde pela perda ou deterioração se agir com culpa.

Divide-se a doutrina sobre a natureza do direito de retenção, se real ou pessoal. Não se encontra enumerado no rol taxativo do art. 1.225 do Código Civil, o que induz a sua natureza pessoal. O que importa é que o instituto assegura a conservação de bem alheio a quem é credor de dívida conexa a esse bem. Embora de cunho meramente obrigacional, pode o direito de retenção ser oposto não somente ao proprietário originário como também a qualquer reivindicante ou retomante da coisa possuída.

O direito de retenção é uma exceção cabível em ações possessórias e petitórias. Não se admite, portanto, o seu exercício como ação autônoma, podendo, porém, ser alegado em embargos à execução. Além disso, somente se exerce enquanto não há entrega da coisa do possuidor ao retomante. Não alegado oportunamente, nada impede que o possuidor ajuíze ação autônoma com o objetivo de postular indenização das benfeitorias.

Acessões e retenção: É entendimento sedimentado da doutrina e dos tribunais que o direito de retenção, previsto de modo expresso para as benfeitorias úteis e necessárias na posse de boa-fé, aplica-se também às construções e plantações. O capítulo que trata das acessões é omissivo quanto ao tema, de modo que a interpretação analógica é possível. Se cabe a retenção para a melhoria, com maior dose de razão cabe para a construção em que se fez a melhoria. Nesse sentido está o Enunciado n. 81 do Conselho de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: “O direito de retenção previsto no art. 1.219 do Código Civil, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações), nas mesmas circunstâncias”

São dispositivas as regras relativas ao ressarcimento das benfeitorias e ao direito de retenção, porque se referem a direito patrimonial. Valem no silêncio da convenção entre as partes. Podem as partes dispor em sentido contrário, quando a posse decorre de relação jurídica de direito real ou obrigacional, estipulando tanto a não indenizabilidade das benfeitorias como a não retenção pelas benfeitorias indenizáveis. O limite para a autonomia privada, porém, é a existência de normas cogentes em sentido inverso, por exemplo nas relações de consumo, na lei de parcelamento do solo urbano, ou, ainda, se a estipulação ferir os princípios contratuais da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato.

Disso decorre que o direito à indenização e à retenção - salvo quando protegido por normas imperativas - não pode ser conhecido de ofício pelo juiz, devendo ser alegado pelo interessado. De outro lado, quando a indenização e a retenção integram o equilíbrio contratual, a matéria é cognoscível *ex officio*. Dispensa-se a reconvenção, uma vez que se trata de exceção substancial, a ser arguida em contestação.

O art. 744 do Código de Processo Civil tratava dos embargos de retenção, cabíveis apenas na execução para entrega de coisa certa fundada em título extrajudicial, com menção expressa ao art. 621 do mesmo diploma. A relevância da questão permanece em relação aos embargos ajuizados antes da reforma processual. Nas execuções por título judicial, o entendimento de nossos tribunais é que a falta de alegação oportuna da exceção, em contestação, leva à preclusão, não podendo a matéria ser agitada em sede de embargos à execução. A mesma regra vale para as ações possessórias ou de despejo, que se incluem nas ações executivas em sentido lato, devendo o direito à indenização por benfeitorias e o correspondente direito de retenção estar reconhecidos na sentença. Também o art. 461-A do Código de Processo Civil segue o mesmo sistema, admitindo-se que o autor, munido de título judicial, promova a apreensão dos bens móveis, ou a imissão na posse de bens imóveis, caso o devedor não cumpra no prazo assinado a obrigação.

Há entendimento do Superior Tribunal de Justiça, porém, no sentido de que em ação reivindicatória, se a indenização por benfeitorias e o direito de retenção não foram discutidos na fase de conhecimento, podem sê-lo em fase de execução. Foi decidido que “em ação reivindicatória, quando, como na hipótese, o direito de retenção não foi discutido na fase de conhecimento, os embargos de retenção por benfeitorias podem ser opostos na execução da sentença que a julgou procedente, não importando tal aceitação em ofensa à autoridade da coisa julgada e se afeiçoa ao princípio da economia processual. (STJ, REsp n. 111.968/SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 17.08.2000, DJ 02.10.2000)”.

Admite Arnaldo Medeiros da Fonseca, em monografia clássica sobre o tema, que “se o retentor houver sido involuntariamente desapossado, caber-lhe ação para obter a restituição da coisa, de que injustamente o desapossaram” (*Direito de retenção*. Rio de Janeiro, Forense, 1944, p. 291). A tutela é de natureza possessória a favor do retentor.

De outro lado, pode ser concedida liminar em ação possessória contra esbulhador ou turbador que alega direito de retenção, pois somente é retentor o possuidor de boa-fé. A prova do conhecimento do vício, somada aos demais requisitos do art. 927 do CPC, são suficientes à concessão da liminar.

Merece especial menção o direito de retenção no contrato de locação predial urbana. Dispõe o art. 35 da Lei n. 8.245/91 que o locatário será indenizado pelas benfeitorias necessárias, com prerrogativa de retenção. Quanto às benfeitorias úteis, somente serão indenizáveis se houver prévio consentimento do locador. A norma, porém, é dispositiva, podendo as partes, por cláusula expressa, convencionar a renúncia ao direito de indenização e ao direito de retenção por todas as benfeitorias, inclusive as necessárias. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é voltado para a validade da cláusula de renúncia, porque no contrato de locação não incidem as normas protetivas cogentes do Código de Defesa do Consumidor. A Súmula n. 158 do Supremo Tribunal Federal dispõe que, “salvo estipulação contratual averbada no registro imobiliário, não responde o adquirente pelas benfeitorias do locatário”. A Súmula n. 335 do Superior Tribunal de Justiça reza que “Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção”.

Jurisprudência: O depositário judicial não tem legitimidade para opor embargos de retenção por benfeitorias, eis que não é possuidor, mas mero detentor da coisa depositada. (RTFR139/123)

Não há direito de retenção por benfeitorias depois de iniciada a execução para a entrega de coisa certa. (RT 470/76 e 667/144)

Cabe direito de retenção no caso de acessões. (RSTJ 17/293, 53/183, 55/192, 83/178; contra RT 616/144 e 741/281, RJTJESP 130/313, JTA 116/199)

O possuidor de boa-fé tem direito de indenização e de retenção a ser exercido contra o autor de ação possessória e reivindicatória, para evitar o enriquecimento sem causa, e não contra terceiro de quem recebeu o bem. (STJ, REsp n. 45.693-2/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 13.02.1995)

Não é nula a cláusula contratual de renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias. Não se aplica às locações prediais urbanas reguladas pela Lei n. 8.245/91 o Código de Defesa do Consumidor. (STJ, REsp n. 38.274-2/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 09.11.1994, DJU 22.05.1995)

O arrendatário que inverte o título da posse, passando a deter o imóvel a título de dono, a ponto de não pagar aluguéis por longos anos, chegando a perder ação de usucapião, não pode ser considerado possuidor de boa-fé, para fins de indenização por benfeitorias realizadas no prédio de que foi despejado. O possuidor de má-fé só faz jus a indenização por benfeitorias necessárias, assim entendidas apenas aquelas que têm por finalidade conservar a coisa ou evitar-lhe a deterioração. De qualquer modo, se o proprietário se conforma com o pagamento de parte das benfeitorias úteis realizadas pelo possuidor, mantém-se a sentença que assim decidiu. (TJRS, Ap. cível n. 195.086.277, 1ª Câm. Cível, rel. Heitor Assis Remonti, j. 19.09.1995)

Reivindicatória. Ação julgada procedente. Autores condenados a indenizar o possuidor de boa-fé pelas benfeitorias úteis e necessárias. Denunciados à lide condenados a indenizar o evicto pelo valor da propriedade rural, a ser apurado em fase de execução. Existência de protesto contra alienação de bens que não descaracteriza a boa-fé do adquirente, não afastada por outros elementos de prova. Correto equacionamento das questões debatidas e das verbas indenizatórias. Recursos não providos. (TJSP, Ap. cível n. 275.882-1, rel. Cesar Lacerda, j. 09.04.1997)

Indenização. Benfeitorias voluptuárias. Inadmissibilidade. Benfeitorias que não são res-sarcíveis ainda que a posse seja de boa-fé. Art. 516 do Código Civil. Recurso parcialmente provido. O direito do possuidor de boa-fé tem seu exercício condicionado. Pode levantar as benfeitorias suntuárias, se com a sua extração a coisa não sofre dano. Do contrário, é obrigado a deixá-las. Do mesmo modo, não pode exercer o jus tollendi, se o proprietário prefere pagar o valor das benfeitorias. Cabe a este, portanto, o direito de opor-se a que o possuidor de boa-fé faça o levantamento. Não é obrigado, porém, a efetuar o pagamento, ainda que a benfeitoria não possa ser levantada. Assegura-se-lhe uma faculdade; não se lhe impõe uma obrigação. (TJSP, Ap. cível n. 232.427-2, rel. Paulo Franco, j. 10.11.1994)

Reintegração de posse. Liminar. Requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil preenchidos. Esbulho caracterizado. Concessão. A medida liminar, em possessória, deve ser concedida quando preenchidos os requisitos objetivos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil. A preocupação denotada na decisão agravada, sobre a eventual discussão a respeito do direito de retenção a obstar (por desaconselhável) a liminar, não prepondera. O direito de retenção, como já advertiu Washington de Barros Monteiro deve ser aplicado com reserva e extremos de prudência, não sendo lícito ao juiz, como ensina Arnaldo Medeiros da Fonseca, atribuir direito de retenção a quem quer que seja, cabendo-lhe apenas declarar se justa ou injusta, legal ou ilegal, a retenção exercida (II TACSP, AI n. 458.675/3-00/Itapetininga, rel. Juiz Artur Marques). (*Lex-TACSP* 162/355, 1997)

Não cabe interposição de embargos de retenção por benfeitorias em fase execução, eis que o direito de retenção deveria ter sido postulado na ação de conhecimento (STJ, Ag. Reg. no Ag. Reg. no REsp n. 330.031/SP, rel. Min. Francisco Falcão; STJ, REsp n. 232.859/MS; REsp n. 54.780/DF; REsp n. 46.218/GO). (*RSTJ* 75/357 e 154/422)

Em ação reivindicatória, quando, como na hipótese, o direito de retenção não foi discutido na fase de conhecimento, os embargos de retenção por benfeitorias podem ser opostos na execução da sentença que a julgou procedente, não importando tal aceitação em ofensa à autoridade da coisa julgada e se afeiçoa ao princípio da economia processual. (STJ, REsp n. 111.968/SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 17.08.2000, *DJ* 02.10.2000)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 234.620/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 06.05.2003; e REsp n. 467.189/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

Tratando-se de ação possessória, dada a sua natureza executiva, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido previamente na fase de conhecimento. (STJ, REsp n. 549.711/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 16.12.2003, *DJ* 05.04.2004; STJ, REsp n. 649.296/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.09.2006)

Não reconhecida na instância ordinária a posse dos recorridos, mas mera detenção de terra pública irregularmente ocupada, tendo em conta as especiais circunstâncias do caso, não pode ser admitida a indenização por benfeitorias e o direito de retenção. (STJ, REsp n. 788.057/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.09.2006)

É possível equiparar as acessões artificiais às benfeitorias necessárias, porquanto podem representar instrumento adequado para a conservação da coisa, evitando que se deteriore. (STJ, REsp n. 565.483/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.11.2005)

1 - Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de se reconhecer a

posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade. 2 - A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção. 3 - Se o direito de retenção depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daquele direito advindo da necessidade de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias, e assim impedir o cumprimento da medida imposta no interdito proibitório. (STJ, REsp n. 556.721/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.09.2005)

Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

CC/1916: art. 517.

O legislador dá tratamento severo ao possuidor de má-fé, que conhece a origem ilícita de sua posse. Confere-lhe apenas e tão somente o direito à indenização pelas benfeitorias necessárias, afastando, contudo, o direito de retenção.

Perde o possuidor de má-fé a favor do retomante todas as benfeitorias úteis e voluptuárias sem direito a nenhuma indenização. Quanto a estas últimas, também lhe é negado o direito de levantá-las, ainda que não deteriore a coisa onde se encontram. Vale repetir que a regra diz respeito às benfeitorias, não se aplicando às pertencas que, dada a sua autonomia em relação à coisa, podem livremente ser levantadas tanto pelo possuidor de boa-fé como pelo de má-fé, desde que não haja vedação convencional.

A regra tem razão de ser. Embora de má-fé, as benfeitorias necessárias devem ser indenizadas, porque destinadas à conservação da coisa, evitando a sua perda ou deterioração. Via de conseqüência, caso a coisa permanecesse em poder do retomante, este também deveria fazê-las, porque indispensáveis à própria preservação. É por isso que o legislador determina o ressarcimento, uma vez que não há nexo entre a posse de má-fé e as benfeitorias necessárias. Quem quer que estivesse com a posse deveria fazê-las e a ausência de indenização consagraria o enriquecimento sem causa do retomante.

O possuidor de má-fé tem direito à indenização pelas benfeitorias necessárias, mas não à retenção da coisa até que o crédito seja pago pelo retomante. Não há razão para prorrogar a posse viciada e de má-fé, dando-lhe uma causa jurídica pela retenção.

Pode-se questionar se a falta de indenização das benfeitorias úteis ou voluptuárias ao possuidor de má-fé também não configuraria enriquecimento sem causa. Como explica Clóvis Bevilacqua, a perda de tais benfeitorias servirá para, de algum modo, compensar o retomante pelo tempo em que esteve indevidamente privado do uso da coisa. Mais ainda. Como não são benfeitorias indispensáveis, eventualmente o retomante não as faria, caso estivesse de posse da coisa, até por impossibilidade financeira, de modo que não deseja o legislador onerá-lo por algo que não lhe trará proveito.

Jurisprudência: Posse. Benfeitorias. Má-fé. Direito de o possuidor de má-fé ser indenizado pelas benfeitorias necessárias. Imóvel ocupado ainda em fase de construção e abandonado pela construtora falida. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ, REsp n. 124.314, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 08.09.1997, DJ 10.11.1997)

Reivindicatória. Conhecimento de posse ilegítima por parte do possuidor. Má-fé caracterizada. Indenização e retenção por benfeitorias úteis indevidas. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 249.235-1, rel. Munhoz Soares, j. 18.04.1996)

Prova carreada aos autos a demonstrar exercício de posse precária do réu sobre o terreno de propriedade das autoras, derivada de ato de mera permissão e tolerância, o qual não induz posse por decorrer de concessão, revogável a qualquer tempo pela concedente. Esublho caracterizado ante a recusa na desocupação do imóvel, mesmo depois de notificado o ocupante para tal. Ao possuidor de má-fé somente serão ressarcidas as benfeitorias necessárias, não comprovadas. Ademais, a construção do casebre sobre o terreno foi em exclusivo proveito do réu, não gerando o direito pretendido. (TJRS, Ap. cível n. 70.006.131.312,18ª Câ. Cível, rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 30.09.2004)

Art. 1.221. As benfeitorias compensam-se com os danos» e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem.

CC/1916: art. 518.

Verifica-se pelos artigos anteriormente examinados - direito à percepção de frutos, riscos da coisa possuída e indenização por benfeitorias - que podem existir créditos do retomante contra os possuidores e dos possuidores contra o retomante. Essa possibilidade de créditos recíprocos entre as partes é que inspirou o legislador a criar a regra da compensação entre benfeitorias e danos, restando, afinal, apenas um crédito, ou saldo, que será a moeda da indenização. Os créditos guarneceidos com direito de retenção também se prestam à compensação.

No que se refere ao possuidor de boa-fé, seus créditos decorrem do direito à indenização pelas benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias que não pôde retirar sem estrago, ou, então, do investimento feito para a colheita de frutos pendentes quando da devolução da coisa. Os créditos do retomante, por seu turno, decorrem da perda ou deterioração da coisa com culpa do possuidor, ou de frutos colhidos por antecipação.

No que se refere ao possuidor de má-fé, seus créditos decorrem ou da indenização por benfeitorias necessárias, ou do investimento feito para a produção dos frutos devolvidos ao retomante. Já os créditos do retomante nesse caso decorrem de situações várias, como da perda ou deterioração da coisa com ou sem culpa do possuidor e da devolução dos frutos colhidos ou que deixaram de ser colhidos por culpa do possuidor. A privação do uso da coisa gera naturalmente danos ao retomante, que pode cobrá-los do possuidor de má-fé.

A parte final do artigo ressalva que somente se compensam os créditos decorrentes das benfeitorias existentes ao tempo da evicção. Entende-se a expressão evicção como ao tempo em que a coisa for devolvida ou entregue ao retomante. A regra é corolário lógico da razão da indenização por benfeitorias, qual seja evitar que o retomante se enriqueça à custa do possuidor, recebendo coisa melhorada sem efetuar o respectivo pagamento.

Disso decorre que, se foram feitas benfeitorias mas estas não mais existem ao tempo da devolução da coisa, não há indenização a ser paga. Indeniza-se o que existe e não o que existiu. Ressalte-se, porém, que despesas que se incorporam à coisa sem deixar vestígio material, mas que traduzem proveito ou vantagem ao retomante, devem ser levadas à compensação. É o caso do pagamento de impostos ou dos custos com a defesa da posse contra o ataque de terceiros ou da demarcação do prédio, que contribuem para que a coisa seja devolvida juridicamente incólume ao retomante.

O credor que pleiteia a indenização, ou que alega a existência do crédito a ser compensado, é que tem o ônus de provar a sua causa.

Jurisprudência: Imissão de posse. Benfeitorias. Compensação. Aluguel. Para a compensação do valor das benfeitorias com o valor dos danos (art 518 do CC), no qual foram incluídos, pelas instâncias ordinárias, os aluguéis pagos pelos autores da ação, estes devem corres-

ponder ao tempo em que cessou a boa-fé dos possuidores (data da citação na ação de imissão) até a data em que manifestaram, nos embargos que vieram a ser julgados procedentes, a pretensão de ser indenizados pelas benfeitorias necessárias e úteis, uma vez que a partir daí estavam exercendo o direito de retenção. O valor dos aluguéis deve corresponder, aproximadamente, ao valor locativo do imóvel objeto da ação. Recurso conhecido e provido em parte. (STJ, REsp n. 279.303, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 14.12.2000, DJ 12.03.2001)

Execução. Retenção por benfeitorias. Compensação à questão relativa à percepção de frutos e ocorrência de danos pode ser suscitada na execução, ainda que não examinados pela sentença. Necessário, entretanto, que o interessado deduza sua pretensão regularmente, não bastando menção genérica. Art. 744, § 2º, do CPC. (STJ, REsp n. 22.668, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 09.02.1993, DJ 08.03.1993)

Contrato. Compra e venda. Erro substancial. Anulação. Ajuizamento pelo comprador. Danos materiais, inclusive benfeitorias. Compensação pelo tempo de ocupação do imóvel. (JTJ 242/33)

Art. 1.222.0 reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

CC/1916: art. 519.

O art. 1.222 consagra relevante novidade em relação ao que continha o artigo correspondente do Código de 1916, estabelecendo critérios distintos para o cálculo da indenização, dependendo da boa-fé ou da má-fé do possuidor.

Embora aluda o artigo ao reivindicante, abrange também o preceito o retomante em geral, ainda que não seja proprietário da coisa e tenha obtido a devolução com base no *jus possessionis*. Engloba, portanto, os casos de indenizações decorrentes de devolução da coisa possuída, tanto em ações possessórias como em ações petitorias.

A primeira situação regulada pelo preceito é a do possuidor de má-fé. Cria-se obrigação alternativa a favor do devedor retomante, que tem o direito potestativo de escolher entre a indenização do custo da benfeitoria necessária ou do seu valor atual. Podem as benfeitorias valer mais ou menos do que custaram. Escolherá certamente o devedor o critério que leve ao menor valor. A regra tem razão de ser. A ideia do legislador foi não permitir que o possuidor de má-fé se beneficie com a valorização da benfeitoria que erigiu de má-fé, recuperando apenas e tão somente aquilo que gastou. De outro lado, se houve desvalorização ou depreciação da benfeitoria, não teria sentido que o retomante pagasse por algo que não se agregou inteiramente ao seu patrimônio. Daí a opção que se abre ao retomante.

O termo “custo”, usado pelo legislador, é entendido como o valor despendido pelo possuidor no momento da feitura da benfeitoria, atualizado até o momento do pagamento. A correção do valor investido não constitui acréscimo, mas simples manutenção do valor de troca da moeda, evitando o seu aviltamento pela inflação.

O termo “valor atual”, usado pelo legislador, não é aquele que se despenderia, para a realização das benfeitorias, no momento em que a coisa é devolvida ao retomante. É o valor das benfeitorias, no estado em que se encontram, no momento da devolução da coisa. Leva-se em conta, portanto, o desgaste e a depreciação da coisa, assim como o decréscimo de sua utilidade, para aferir o seu valor atual.

No que se refere ao possuidor de boa-fé, não há direito de opção. A indenização far-se-á por critério único, qual seja, pelo seu valor atual, pouco importando se o possuidor gastou mais ou menos para fazer as benfeitorias. A regra tem lógica. De um lado, não deve o retomante pagar mais do que recebeu. De outro lado, porém, se o custo para fazer a benfeitoria foi inferior ao seu valor atual, justo que receba o possuidor de boa-fé a diferença, porque corresponde àquilo que enriqueceu o retomante.

Jurisprudência: Perante benfeitorias que se deterioram, a indenização, segundo o valor atual, terá de tomar em conta o decréscimo da utilidade que, no momento, tais benfeitorias representam para o imóvel, reduzindo-se, em consequência, a pretensão do reivindicante; se, pelo contrário, em razão do incremento da utilidade, a mais-valia das benfeitorias se acentuou, ficará o reivindicante sujeito, se pelo valor atual tiver optado, à indenização proporcionada ao aumento das vantagens que as benfeitorias envolveram (STF, rel. Min. Leitão de Abreu). (RTJ70/87)

Sendo lícito ao vencido, na execução de sentença proferida em ação fundada em direito real, como se ser a reivindicatória, deduzir embargos de retenção por benfeitorias (art. 744, do Código de Processo Civil), legítimo é o direito do vencedor em optar pelo preço de custo ou valor histórico das mesmas (art. 519 do Código Civil). Todavia, como assinala Arnaldo Wald (*Curso de direito civil* - direito das coisas, 2. ed., p. 99), convém aplicar, ao mencionado preço de custo, a correção monetária, pois, "num país de economia instável, com rápidas modificações do poder aquisitivo da moeda, a indenização de acordo com o preço de custo poderá ser, muitas vezes, fonte de injustiça, pois o possuidor gastou certa quantia, correspondente na época a um determinado poder aquisitivo, e, tempos depois, receberá a mesma quantia, com um poder aquisitivo ou valor real muito inferior". Recurso do primeiro apelante desprovido, mas provido, parcialmente, o dos segundos apelantes. (TJPR, Proc. n. 000000406, 3ª Câmara Cível, rel. Renato Pedroso, j. 28.05.1985)

CAPÍTULO IV DA PERDA DA POSSE

Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.

CC/1916: art. 520.

O Código Civil de 2002 deixa de enumerar os modos de perda da posse, como fazia o art. 520 do Código de 1916. A redação atual é mais clara e técnica, eliminando dúvidas que surgiram no sistema anterior, que, nesse ponto, mesclava as teorias objetiva e subjetiva da posse. Determinar todas as condutas do possuidor, como fazia o Código anterior, constituía inútil e especiosa particularização.

Segundo o art. 1.196 do Código Civil, possuidor é todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio. Adquire a posse quem passa a assim se comportar e perde a posse quem deixa de assim se comportar. Perde-se a posse toda vez que o possuidor não exerça, ou não possa exercer, poder correspondente ou análogo ao do proprietário, ou seja, quando deixa de ter a visibilidade do domínio.

Cabe ressaltar que nem sempre o possuidor mantém conduta comissiva em relação à coisa. Não há necessidade de manter a coisa sob seu poder físico, imediato, porque nem sempre assim se comporta o proprietário em relação ao que é seu. Basta ao possuidor que se comporte como dono, dando ostensivamente à coisa a sua destinação econômica e natural, con-

servando-a e defendendo-a, porque assim age o proprietário. Logo, não perde o possuidor a posse de uma casa de campo ou de praia, que somente a frequenta durante temporada de férias, porque esta é a sua natural destinação.

Tem a posse dois elementos, o objetivo (*corpus*) e o subjetivo (*animus*). Perde-se a posse quando deixa de existir qualquer um dos elementos, ou os dois concomitantemente.

Por falta dos elementos objetivo e subjetivo, perde-se a posse pelo abandono, ou pela tradição. No abandono, o possuidor abdica da posse, por ato unilateral. Na tradição, o alienante transmite a posse, com entrega da coisa ao adquirente.

Por falta somente do elemento objetivo, perde-se a posse pela destruição ou perda da coisa, pela posse de outrem e pelo fato de ser posta fora de comércio. Na perda da coisa, conserva o possuidor a vontade de recuperá-la, tanto assim que o descobridor, que a localiza, deve devolvê-la ao possuidor ou proprietário que está à sua procura. Na destruição, a coisa desaparece contra a vontade do possuidor, quer por fato natural, quer por ato de terceiro. Deve a destruição ser total e permanente, caso contrário remanesce a posse sobre o que restou da coisa, ou se mantém a posse sobre a coisa temporariamente inacessível. Quanto à posse de outrem, pode se dar por ato que conte com a anuência do possuidor como também contra a sua vontade, caso em que ocorrerá o esbulho, se o ato de terceiro for ilícito. Nesta última hipótese, confere o ordenamento direito ao ex-possuidor de reagir, usando a tutela possessória, quer pela autotutela, quer pelas ações possessórias, para recuperar a posse injustamente perdida.

Quanto à coisa ser posta fora de comércio, lembre-se de que o Código Civil de 2002 não mais disciplina tal categoria de bens, de modo que a figura comporta algumas observações. Há entendimento da incompatibilidade da posse de particulares sobre bens públicos. Contra a vontade do Poder Público, teria o particular simples detenção sobre a coisa. Não parece ser exata tal posição, que somente se aplica aos bens públicos de uso comum do povo ou de uso especial. Claro que não possuo a rua sobre a qual transito com o meu veículo, nem o parque onde passo horas de recreio, nem o prédio da repartição onde vou tirar uma certidão. É possível, porém, a posse de particulares sobre bens públicos dominicais, sem destinação pública. Tal posse será *ad interdicta* e não *ad usucapionem*, na impossibilidade de o possuidor adquirir sua propriedade pela via da usucapião. Os demais efeitos da posse, como a tutela possessória, indenização por benfeitorias, direito à percepção de frutos, porém, se produzem normalmente, contra terceiros e contra o Poder Público, de acordo com a boa-fé ou a má-fé do possuidor.

Por falta do elemento subjetivo, perde-se a posse pelo constituto possessório, que nada mais é do que uma forma ficta de tradição, pela qual o alienante continua com poder material sobre a coisa, mas em nome do adquirente.

Jurisprudência: Reintegração de posse. Guarulhos. Área ocupada por particular, por ele intitulada de "sobra de loteamento". Imissão administrativa da prefeitura na posse da área por tratar-se, segundo ela, de área pública. Liminar concedida aos ocupantes da gleba por tratar-se de área particular. Agravo, em que o município insiste na entrega de área a seus cuidados e na natureza pública do lote. Prova suficientemente clara de que a área em questão compõe um dos sistemas de lazer do loteamento Parque Mikail, área pública portanto e não particular, como mencionado no despacho agravado. Posse que deve ser deferida a quem evidentemente for o titular do domínio, além de não se reconhecer posse *ad interdicta* de área pública. Agravo improvido, no entanto, dada a irregular conduta do município por ocasião da recuperação da posse, facultada a notificação dos ocupantes e nova imissão da posse da área por seus próprios meios. (TJSP, AI n. 296.401-5, 7ª Câm. de Direito Público, rel. Torres de Carvalho, j. 04.11.2002)

Por outro lado, a sempre atual lição de Ihering (*A teoria simplificada da posse*. São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 69), nos ensina que "não podem ser objeto da posse no sentido jurídico as coisas sobre as quais não é possível um direito de propriedade, e deve-se

aplicar a mesma regra às pessoas que não podem ser proprietárias (em Roma, os escravos e os filhos de família). Onde não é possível a propriedade, objetiva ou subjetivamente, a posse também não o é. A posse e a propriedade caminham de mãos dadas; a inaptidão da pessoa ou da coisa para a propriedade implica sua inaptidão para a posse". Daí por que se amolda, como uma luva ao caso, a lição do Min. Orozimbo Nonato mencionado pela municipalidade, decorrente do decidido no RE n. 7.241 (Embs.), in *RF* 143/102-7 (TACSP, Ap. n. 466.768-7, rel. Juiz Opice Blum). (*Lex-TACSP*\4M\42)

Interdito proibitório. Ocupação de terra pública pertencente à Companhia de Brasília. Terracap. Inadmissibilidade de proteção possessória no caso. A ocupação de bem público não passa de mera detenção, caso em que se afigura como inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância. (*RDDP* 26/217, rel. Min. Barros Monteiro)

Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

CC/1916: art. 522.

O artigo em comento mantém o mesmo conteúdo do art. 522 do Código de 1916, apenas apurando a redação, ao substituir o termo “ausente”, de significado duplo, pela mais precisa expressão “quem não presenciou o esbulho”.

O art. 1.208 do Código Civil, anteriormente comentado, dispõe que não autorizam a aquisição da posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade. Enquanto persiste a clandestinidade, portanto, tem o ocupante singela detenção, porque oculta a situação do verdadeiro possuidor, impossibilitando a sua reação.

Ao tomar conhecimento da ocupação da coisa por parte de terceiro, três condutas se abrem ao possuidor, a saber: a) expulsa o intruso, usando da autotutela, caso em que se considera que a posse nem chegou a se perder; b) tenta retomar a coisa, sendo repellido por terceiro; neste momento a detenção se converte em esbulho, marcada pelo vício original da clandestinidade; ou c) tomando conhecimento da ocupação, permanece inerte, caso em que, mais uma vez, a detenção do terceiro se converte em posse injusta, porque adquirida de modo ilícito.

O preceito deve ser interpretado com cautela, para evitar o excessivo alargamento da autotutela. O termo temporal da perda da posse, “quando, tendo notícia do esbulho”, deve ser lido como quando teve o possuidor real conhecimento, ou poderia ter conhecido o esbulho. Não tem sentido que a conduta culposa do possuidor, descurando-se daquilo que lhe pertence, postergue o momento da perda da posse, ou amplie a possibilidade do uso da autotutela. Entender o contrário teria o efeito de penalizar o possuidor zeloso, em favor do possuidor desidioso. Note-se que o marco da perda da posse tem também relevância a efeito para cômputo do prazo de ano e dia para a concessão da liminar nas ações possessórias, que não pode ser indefinidamente postergado em favor do possuidor que culposamente desconhece a dominação de terceiro.

A aferição da conduta culposa do possuidor, para efeito de conhecer o apoderamento por terceiro, leva necessariamente em conta a natureza da coisa e a função social da posse. É natural que o possuidor desconheça a invasão de sua casa de veraneio fora da temporada, porque o comparecimento esporádico ao local atende à natural função econômica e social da posse. A mesma situação teria solução oposta, se a invasão ocorresse na própria residência onde é o possuidor domiciliado, ou em terras destinadas ao cultivo, porque, em tais casos, a ausência afronta a natureza econômica ou social da posse.

TÍTULO II DOS DIREITOS REAIS

CAPÍTULO ÚNICO DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II-a superfície;

III-as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese;

XI - a concessão especial para fins de moradia;

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.481, de 31.05.2007.

XII - a concessão de direito real de uso.

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.481, de 31.05.2007.

CC/1916: art. 674.

O art. 1.225 do atual Código Civil, seguindo a linha do que já dispunha o art. 674 do Código Civil de 1916, consagra a positivação do princípio de que os direitos reais são *numerus clausus*. Somente podem ser criados por lei, ao contrário dos direitos de crédito, nos quais prevalece a autonomia privada em sua criação, constituindo *numerus apertus*.

O catálogo previsto no art. 1.225 do Código Civil, porém, não é taxativo e não esgota todos os possíveis direitos reais, já que há outros criados por leis especiais diversas, como, por exemplo, a alienação fiduciária sobre bens imóveis, regulada pela Lei n. 9.514/97, ou o compromisso de compra e venda de imóveis loteados, disciplinado pela Lei n. 6.766/79. Note-se que não há por parte do legislador necessidade da utilização de expressões sacramentais para a designação dos direitos reais em leis especiais, bastando previsão legal e que se deduza claramente do instituto sua natureza.

Os incisos XI e XII foram incluídos no Código Civil por força da recente Lei n. 11.481 de 2007. A inclusão elimina a dúvida anteriormente existente na doutrina, sobre a natureza jurídica dos institutos da concessão especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso, previstos, respectivamente, na Medida Provisória n. 2.220, de 2001, e art. 4º, inciso V, alínea g, do Estatuto da Cidade. Não resta mais dúvida, diante da posição explícita da lei, que são direitos reais sobre coisa alheia, de gozo e de fruição. Não havia necessidade, porém, de alterar o Código Civil, pois novos direitos reais podem ser criados por leis especiais. Ademais, por questão de método, os demais direitos reais referidos neste artigo têm a tipicidade regulada no próprio Código Civil, o que não ocorre com os ora acrescentados.

A ausência de tipicidade no próprio Código Civil dos dois novos direitos reais torna necessária breve análise sobre a sua natureza e regras de regência em leis especiais.

No que se refere à concessão de direito especial para fins de moradia, a sua inclusão no inciso XI do art. 1.225 do Código Civil, em acréscimo ao direito de propriedade (inciso I), deixa claro que não se trata de modalidade de usucapião sobre imóveis públicos de titularidade da

União, Estados e Municípios. Embora os requisitos sejam semelhantes aos do usucapião especial urbano e usucapião coletivo, parece claro que o possuidor não se torna proprietário do imóvel público ocupado, pois o direito real sobre coisa alheia se extingue nos casos de se dar ao imóvel destinação diversa da residencial, ou de se adquirir a propriedade ou concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. Os requisitos para aquisição do direito real são semelhantes aos da usucapião especial urbana individual e coletiva, tal como previsto na MP n. 2.220/2001 e Lei n. 11.481/2007. Prevalece o entendimento de que se trata de direito subjetivo dos possuidores que preencham os requisitos legais, que, portanto, podem exigir compulsoriamente do Poder Público a outorga do direito real e, no caso de recusa injustificada, a obtenção de sentença judicial de natureza declaratória, que servirá de título hábil para ingresso no registro imobiliário. Caso a posse tenha por objeto imóvel em área de risco à saúde ou à vida dos ocupantes, o exercício do direito pode dar-se sobre imóvel diverso. Embora não explicita a norma, parece razoável que em tal hipótese, embora constitua direito subjetivo dos ocupantes, a nova gleba é de escolha do Poder Público. De igual modo, pode também o Poder Público alterar o local ocupado por sua própria iniciativa, deslocando o direito de moradia para área diversa, com o escopo de evitar a ocupação em imóveis de uso comum do povo, destinado a projeto de urbanização, defesa nacional, preservação ambiental, ou reservado à construção de obras públicas.

No que se refere à concessão de direito real de uso, “consiste na transferência da faculdade de usar, do poder público, para o particular ou outro ente estatal” (Luciano de Camargo Penteado, *Direitos reais*, RT, 2008, p. 483). Não há aqui direito subjetivo do particular, pois a iniciativa de concessão é do próprio poder público, por ato vinculado. Nos termos do art. 18 da Lei n. 9.636/98, pode a União ceder gratuitamente ou impondo determinadas condições ou encargos o uso de seus bens a Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.

Distinguem-se a taxatividade e a tipicidade dos direitos reais. A primeira trata do catálogo, do elenco dos direitos reais. A segunda define o conteúdo de cada um dos tipos dos direitos reais, a descrição fundamental de suas características ou elementos. São conceitos complementares, mas distintos entre si.

A doutrina tradicional afirma que os direitos reais são *numerus clausus* e típicos. A doutrina contemporânea questiona o princípio da tipicidade. Na lição de Gustavo Tepedino, se de um lado é certo que a criação de novos direitos reais depende de lei, por outro lado também “certo é que no âmbito do conteúdo de cada tipo real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para esta atuação” (*Multipropriedade imobiliária*. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 83).

Essa interpretação elástica da tipicidade permite dar maior alcance a cada um dos direitos reais, acomodando situações jurídicas que necessitam ganhar realidade e colmatando as falhas e lacunas existentes em cada uma das figuras. Tome-se como exemplo a possibilidade de enquadrar a multipropriedade e o *leasing* imobiliário como modalidades do direito real de propriedade. Ou a admissão do direito real de superfície por cisão, permitindo ao proprietário alienar temporariamente construção já feita, em vez de simplesmente conceder o direito de construir ao superficiário.

Em termos diversos, mantém-se íntegro o princípio positivado da taxatividade, mas se admite certa elasticidade no princípio da tipicidade, para que cada um dos direitos reais possa abrigar situações jurídicas que, embora não expressamente previstas, sejam compatíveis com seus princípios e mecanismos.

Verifica-se que o art. 1.225 do Código Civil de 2002 eliminou dois direitos reais previstos no art. 674 do Código Civil de 1916, quais sejam, a enfiteuse e as rendas constituídas sobre imóveis. Isso quer dizer que tais direitos reais não mais podem ser criados na vigência do Código atual, porque perderam a previsão legal. Note-se que são direitos reais incidentes sobre

imóveis, de modo que o registro tem caráter constitutivo. Escrituras públicas que convencionaram as aludidas relações jurídicas, antes do registro, geram simples direito de crédito, que não mais podem se converter em direito real na vigência do atual Código Civil de 2002.

As enfiteuses e as rendas constituídas sobre imóveis criadas no regime do velho Código Civil, porém, em atenção à garantia do ato jurídico perfeito, continuam a produzir todos seus efeitos, até que sejam extintas por uma das causas previstas na legislação revogada. São casos de ultra-atividade da lei revogada, que continua a projetar seus efeitos na vigência da lei nova.

A questão ganha especial relevância em relação ao direito real de enfiteuse, em vista de sua natureza perpétua, o que cria a possibilidade da figura persistir ainda por décadas, ou séculos, irradiando consequências jurídicas no regime do atual Código Civil. O art. 2.038, atento a tal questão, tratou de regular questões de direito intertemporal, proibindo a constituição de subenfiteuses no regime do atual Código Civil. Aproveitou a oportunidade, ainda, para positivizar entendimento pretoriano sobre a enfiteuse, especialmente a impossibilidade de se cobrar o laudêmio sobre o valor das construções ou plantações. A regra tem razão de ser. As acessões são erigidas pelo enfiteuta, de modo que o cômputo de seu valor para cálculo do laudêmio beneficia indevidamente o senhorio direto (proprietário), configurando situação de enriquecimento sem causa. Ressalva, ainda, o § 2º do citado art. 2.038, que a enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por leis especiais - Imóveis da União, Lei n. 9.636/98 e Terrenos de Marinha, Decreto-lei n. 9.760/46 -, não alteradas pelo atual Código Civil.

Constata-se que o art. 1.225, de outro lado, contempla dois direitos reais - superfície e promitente comprador - não previstos no art. 674 do Código Civil de 1916. Na verdade, os direitos reais de superfície e de promitente comprador já se encontravam regulados por leis especiais e apenas receberam nova disciplina no Código Civil.

A propriedade fiduciária, agora regulada pelo Código Civil de 2002, não se encontra mencionada no art. 1.225, por ter sido tratada como modalidade especial do direito de propriedade, embora melhor se afeíçoe a direito real de garantia.

Os direitos reais classificam-se em direito real sobre coisa própria e direito real sobre coisa alheia. O direito real sobre coisa própria é apenas a propriedade. A entrega de parte das faculdades reais do proprietário a terceiros gera os direitos reais sobre coisas alheias. Verifica-se, portanto, que os direitos reais sobre coisas alheias são parcelas do direito real maior, que é a propriedade.

Os direitos reais sobre coisa alheia, por seu turno, subdividem-se em direitos reais limitados de gozo ou fruição (superfície, servidão, usufruto, uso e habitação); direito real de aquisição (direito de promitente comprador); e direitos reais de garantia (hipoteca, anticrese, penhor e propriedade fiduciária).

A posse, tal como ocorria no Código de 1916, não se encontra no rol dos direitos reais, o que reforça a tese de se tratar de um instituto *sui generis*; uma situação de fato, similar ao comportamento do proprietário, que gera uma série de efeitos que se situam entre os direitos pessoais e os direitos reais.

Jurisprudência: Propriedade. Direito real de habitação. Reconhecimento, por analogia, em face de concubina. Inadmissibilidade. Doutrina do *numerus clausus*. Impossibilidade de se criar direitos que não os legalmente previstos. Hipótese, ademais, de favorecimento da concubina em relação à mulher casada. Recurso parcialmente provido. Os direitos reais, criando dever jurídico para terceiros, só existem quando definidos pela lei e dentro do figurino legal, não se admitindo, por isso, a criação de outros que não os legalmente previstos. (TJSP, Ap. n. 196.306-2, rel. Ruy Camilo, 13.10.1992)

Registro de imóveis. Escritura pública de cessão e transferência de direitos sobre a posse de imóvel urbano. Acesso a registro negado. Dúvida procedente. Inviabilidade de ingresso

de direitos possessórios no fôlio real. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 185-6/5, rel. José Mário Antonio Cardinale). (*Lex-TJSP* 284/530, 2005)

Registro de imóveis. Escritura pública de cessão de direitos possessórios que remonta a aquisição de imóvel com área maior aperfeiçoada no séc. XVIII. Inviabilidade de o título ingressar no fôlio real sem apresentação do antiquíssimo título dominial. Providência necessária à inauguração da cadeia filiatória. Imprestabilidade dos registros paroquiais como prova do domínio. Dúvida julgada procedente. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 66.875-0, rel. Luís de Macedo). (*Lex-TJSP* 226/344, 2000)

Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

CC/1916: o art. 675 tinha idêntica redação, apenas fazendo remissão ao art. 620, que tratava da tradição.

Os direitos reais podem ser adquiridos a título originário ou derivado, *inter vivos* ou *causa mortis* singular ou universal. O artigo em exame trata da aquisição da propriedade e de outros direitos reais sobre coisas móveis a título derivado e *inter vivos*.

A aquisição dos direitos reais, inclusive a propriedade, pode dar-se de modo originário, ou seja, sem relação jurídica com o proprietário anterior. A mera conduta do agente, ou a ocorrência de um fato jurídico, sem relação de causa e efeito com o antigo proprietário, é que leva à aquisição do direito real. Isolada é a posição de Caio Mário da Silva Pereira, que dá interpretação restritiva à aquisição originária, limitando-a à coisa que nunca foi, anteriormente, propriedade de outrem.

A aquisição derivada, mais comum, é aquela na qual há relação de transmissão do antigo ao atual proprietário ou titular de direito real. Há uma relação jurídica causai ligando o atual e o antigo proprietário. A aquisição derivada pode ainda dividir-se em universal, quando uma gama de direitos e deveres relativos a um patrimônio é transmitida, normalmente via *causa mortis*; ou singular, quando determinados bens são transmitidos, normalmente por ato *inter vivos*. Pode, porém, ocorrer aquisição universal por ato *inter vivos*, (por exemplo, o casamento pelo regime da comunhão universal de bens), assim como a aquisição singular por ato *causa mortis* (por exemplo, o legado).

Diz o artigo em exame que as aquisições a título derivado e *inter vivos* somente transmitem-se com a tradição. A tradição, em tais casos, tem caráter constitutivo do direito real. Antes da tradição, existe um simples título, que confere apenas direito pessoal, ou de crédito, a seu titular. A tradição, mediante entrega da coisa alienada ao adquirente, é que converte o direito de crédito em direito real. Lembre-se de que nem toda entrega de coisa móvel a outrem caracteriza tradição, como, por exemplo, ocorre no comodato, ou na locação, em que há mera transmissão da posse direta. Exige-se para a tradição um título que exteriorize negócio translativo da propriedade ou outros direitos reais. A tradição é a entrega da coisa ao adquirente, em obediência à obrigação assumida no título.

Nosso sistema de aquisição da propriedade e de outros direitos reais segue a tradição do Direito romano, exigindo título mais modo, consistente em uma providência suplementar que, somada ao título, provoca a aquisição do direito real. Ao contrário do sistema francês, a propriedade sobre coisas móveis adquiridas a título derivado não se transmite somente com o contrato (*solo consensu*), mas, seguindo o modelo romano, exige a entrega da coisa alienada ao adquirente. Até a tradição, o adquirente é mero credor do alienante.

Extraem-se daí as duas marcas da tradição em nosso sistema jurídico: é constitutiva da propriedade e de outros direitos reais sobre coisas móveis e é causai, por se encontrar ligada

ao título que lhe deu origem. Desfeito o título, desfaz-se a tradição que dele proveio, salvo exceções previstas em lei, em especial a da parte final do art. 1.268, adiante examinada.

As aquisições de coisas móveis a título originário por usucapião, achado de tesouro, ocupação, especificação, adjunção, confusão e comistão decorrem de comportamento do titular, a que a lei empresta efeito jurídico, independentemente de vínculo ou relação com o ex-proprietário. Não se cogita, portanto, de entrega da coisa ao adquirente, e nem os vícios que porventura atingiam a coisa se transmitem ao novo proprietário.

Ressalva, também, o artigo em exame, *a contrario sensu** que a aquisição de direitos reais a título *causa mortis* independe da tradição, em razão do instituto da saisina previsto no art. 1.784 do Código Civil, pelo qual, aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente de ato de entrega dos bens aos herdeiros.

Embora não diga a lei, o casamento pelo regime da comunhão universal de bens é ato *inter vivos* que transmite a propriedade de coisa móvel ao cônjuge, independentemente da tradição, constituindo exceção à regra legal.

Jurisprudência: A lei protege o direito do terceiro que teve sua posse esbulhada ou turbada por constrição judicial (art. 1.046 do CPC). Todavia, deve o embargante provar a sua posse justa e seu direito. No caso concreto, verifica-se que o embargante demonstrou, modo suficiente, a aquisição do veículo penhorado em data anterior ao ajuizamento da execução. Se a transferência de propriedade dos bens móveis se dá mediante a mera tradição, a prova exigível do embargante no caso concreto é justamente esta: de que o veículo lhe tenha sido tradicionalizado em data anterior ao ajuizamento da execução, o que restou suficientemente atendido. Notório que, tratando-se de veículos usados, é comum ocorrerem sucessivas transferências de propriedade mediante simples procuração ou substabelecimento, sem que haja o registro no Detran, justamente para evitar o pagamento de taxas e impostos e/ou multas vencidas. Logo, a apresentação pelo terceiro embargante de procuração através da qual o executado outorga-lhe amplos poderes para dispor do bem, com firma reconhecida em data anterior ao ajuizamento da execução, é prova suficiente para afastar a ocorrência de fraude à execução. Recurso provido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.007.568.975, 18ª Câmara Cível, rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 17.06.2004)

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Propriedade do veículo. Legitimidade passiva. 1 - A transferência da propriedade de veículo automotor se opera com a simples tradição. 2 - Por isso mesmo, os registros do veículo no Detran e no próprio cartório do registro especial não constituem prova absoluta da propriedade. 3 - Admissibilidade da utilização eficaz de outros meios para demonstrar compra e venda, com sequente exoneração de responsabilidade do antigo proprietário. 4 - O registro no departamento de trânsito representa simples formalidade, de conteúdo administrativo, modo a regularizar a circulação do veículo. 5 - O registro no cartório especial destina-se apenas a fazer valer *erga omnes* a verdade da alienação, facilitando a prova da propriedade, repercussões no plano dos direitos reais sobre coisas alheias. 6 - Apelo desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 198.001.711, 17ª Câmara Cível, rel. Demétrio Xavier Lopes Neto, j. 15.12.1998)

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Preceito similar ao do artigo anterior reserva o legislador para disciplinar a aquisição e a transmissão de direitos reais sobre bens imóveis a título derivado e *inter vivos*, que somente se perfazem mediante o registro imobiliário.

Segue nosso sistema jurídico o modelo do Direito romano, que já exigia formalidade posterior ao contrato para aquisição do domínio (*traditio*). O contrato é o título, que somado ao modo (registro) provoca a transmissão e a aquisição de direitos reais sobre bens imóveis.

Três grandes sistemas de aquisição da propriedade imóvel vigoram nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental. O primeiro é o sistema francês, pelo qual a aquisição se dá pelo contrato (*solo consensu*), tendo o registro efeito não constitutivo, mas meramente publicitário.

O segundo é o sistema alemão (art. 873 do *BGB* - Código Civil alemão), pelo qual a transmissão da propriedade imobiliária se constitui por meio do registro do título em um cadastro de imóveis. A particularidade do sistema alemão está no fato do registro desvincular-se do título. Após o contrato, o título é depurado e, mediante acordo formal de transmissão em processo sumário que corre perante juizes do registro imobiliário, o registro é feito como negócio jurídico abstrato, com presunção absoluta de veracidade, desligando-se do título que lhe deu origem. Admite-se a retificação e cancelamento do registro somente em casos excepcionais. Os princípios são o da exatidão do registro e o da proteção a quem nele confia. Tem como principal mérito a segurança que desperta nos negócios imobiliários; e como principal problema a questão dos vícios existentes no título não atingirem o registro, em prejuízo do alienante inocente.

O terceiro sistema, denominado misto ou eclético, foi o acolhido em nossos Códigos de 1916 e atual. Para nós, o registro é constitutivo do direito real sobre coisa imóvel. É ele que converte o título, gerador de simples direito de crédito, em direito real, irradiando seus efeitos contra todos. Nesse ponto, aproxima-se do sistema alemão. A diferença, porém, está no fato do registro em nosso sistema ter a natureza de ato jurídico causai, pois permanece vinculado ao título que lhe deu origem. Invalidado o título, invalida-se o registro. O registro tem efeito constitutivo, mas não saneador do título causai. Disso decorre que viciado o título, contaminado estará o registro, que será, então, cancelado. Presume-se ser o imóvel daquele que tem o título registrado no registro imobiliário, mas tal presunção é relativa no direito brasileiro (*juris tantum*), segundo se extrai dos arts. 1.245, § 2º, e 1.247 do Código Civil, adiante examinados.

Em vista do caráter constitutivo e causai do registro, a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) cria minuciosos mecanismos de segurança de acesso dos títulos (arts. 167 a 288), consolidados em diversos princípios, mais bem examinados nos comentários aos arts. 1.245 a 1.247 do Código Civil.

Note-se a ressalva do próprio art. 1.227 em que o registro é constitutivo somente em relação às transmissões por atos *inter vivos* e a título negociai derivado. Os modos originários de aquisição da propriedade imobiliária - usucapião e acessão - independem do registro, que tem efeito meramente publicitário e regularizador, visando a permitir que ulteriores alienações a título derivado tenham acesso ao registro, preservando a continuidade.

De igual modo, também as transmissões da propriedade imobiliária *causa mortis* independem do registro, porque ocorrem no exato momento da morte, por força do instituto da *saisine*, consagrado no art. 1.784 do Código Civil. O inventário, a partilha e o registro do respectivo formal têm o propósito de atribuir quinhões certos aos herdeiros, extinguindo ou modificando o condomínio criado pela morte do autor da herança, bem como o de permitir a disponibilidade dos imóveis herdados, em atenção ao princípio da continuidade do registro imobiliário.

A parte final do art. 1.227 ressalva “casos expressos neste Código”, em que, por exceção e mediante expressa previsão do legislador, deixa o registro de ter caráter constitutivo do

direito real. Caso exemplar é o do casamento pelo regime da comunhão universal de bens, no qual a transmissão de imóveis ocorre independentemente do registro. Lembre-se de que a certidão de casamento é somente averbada no registro imobiliário, com a finalidade de preservar a continuidade, no momento da transmissão do imóvel do casal a terceiro. Outros casos, embora de natureza duvidosa, podem ser citados. Discute-se a natureza jurídica do usufruto legal e do direito de habitação do viúvo. Ainda para aqueles que os consideram direitos reais, ou assemelhados, dispensa-se o registro. Os efeitos em relação a terceiros decorrem da própria situação jurídica dos titulares (pais em relação aos bens dos filhos menores sujeitos ao poder familiar, viúvo em relação ao imóvel residencial do casal, se for o único daquela natureza a inventariar), independentemente do registro.

TÍTULO III DA PROPRIEDADE

CAPÍTULO I DA PROPRIEDADE EM GERAL

Seção I *Disposições Preliminares*

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

CC/1916: art. 524.

O Código Civil de 2002 abraçou o conceito de propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres e voltada à vocação primordial de atender à função social. O professor Miguel Reale, coordenador do anteprojeto, não deixa dúvidas a respeito, ao assegurar que é o direito real “visto em razão do novo conceito de propriedade, com base no princípio constitucional de que a função da propriedade é social, superando-se a compreensão romana quiritária de propriedade em função do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário ou do possuidor” (“Visão geral do projeto do Código Civil, Cidadania e justiça” In: *Revista da Associação Brasileira dos Magistrados do Rio de Janeiro** v. V, n. 10, 1º semestre de 2001, p. 64).

O espírito que norteia o Livro III do Projeto, relativo ao direito das coisas, pode ser apreendido do trecho inicial da exposição de motivos do esboço do anteprojeto, redigido pelo Desembargador Erbert Chamoun: “reafirma-se que a propriedade, sem deixar de ser um direito subjetivo, um jus, deve ser considerada, sobretudo, como um *munus*, um poder que se exprime simultaneamente num direito e num dever” (“Exposição de motivos do esboço do anteprojeto do Código Civil - Direito das Coisas”. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, n. 23, 1970, p. 11).

O *caput* do art. 1.228 do Código Civil de 2002 guarda semelhança com o art. 524 do CC/1916, não definindo a propriedade, mas descrevendo de modo analítico as faculdades do proprietário. Suavizou-se a redação, conferindo ao proprietário a faculdade - não mais o poder assegurado pela lei - de usar, gozar e dispor da coisa. Talvez fosse melhor que se desse desde logo, no *caput* do artigo, feição de relação jurídica à propriedade, com menção também aos deveres do proprietário e de sua conexão à função social. Tal alteração teria o duplo propósito de afastar a noção oitocentista de direito subjetivo absoluto, introjetada em nossa cultura, bem como desautorizar qualquer interpretação que confira hierarquia ao conceito do corpo do artigo, em confronto com seus parágrafos, adiante comentados.

Embora tenham os dois citados artigos de lei conteúdo semelhante, o certo é que sofreu o conceito de propriedade profunda modificação. Passou da clássica definição de Lafayette, “direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios” (*Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Typografia Baptista de Souza, 1922, p.26), para a relação jurídica complexa, que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros.

No regime do Código Civil, está a propriedade circunscrita aos bens corpóreos, ou seja, às coisas. O art. 5º, XXII, da Constituição, porém, ao proteger o direito de propriedade, abrange também os créditos e toda posição jurídica de valor patrimonial. É por isso que a moderna doutrina não mais fala em propriedade, mas em propriedades, tal a complexidade e diversidade de situações jurídicas a disciplinar, que não comportam solução única e monolítica. Os direitos de usar e fruir um apartamento, uma gleba protegida por legislação ambiental ou bens de produção são radicalmente diversos entre si, guardando mais diferenças do que semelhanças.

O art. 1.228, *caput*, descreve de modo analítico os direitos do proprietário, enfeixando-os em usar (*utendi*) > gozar (*fruendi*), dispor (*ahutendi*) e reivindicar. Essas faculdades formam uma unidade, permitindo ao proprietário tirar toda a utilidade e proveito possível da coisa, desde que subordinados à função social.

A faculdade de usar (*ius utendi*) é a de servir-se da coisa, de colocá-la a serviço do proprietário, sem modificação da substância. A utilização se caracteriza pela exploração direta da coisa, em proveito próprio, como pelo uso mediato, por intermédio ou em proveito de terceiro.

A faculdade de gozar (*ius fruendi*) envolve a percepção de frutos, tanto naturais como civis, permitindo ao proprietário extrair da coisa todos os rendimentos de que ela é suscetível. Parte da doutrina, porém, entende que a faculdade de gozo compreende as possíveis formas de utilização das coisas, tanto em sentido jurídico - gravando-a com superfície, servidão, usufruto, ou dando-a em penhor - como em senso material, alterando-lhe a destinação econômica, modificando-a etc. (BIANCA, A. Massimo. *Diritto civile*. Milão, Giuffrè, 1999, v. VI, p. 149).

A faculdade de dispor (*ius ahutendi*) envolve tanto a disposição material quanto jurídica da coisa, isto é, o poder de alienação. Abrange tanto a transmissão a título oneroso ou gratuito, como o de oneração por direitos reais limitados de gozo, fruição e garantia e aquisição. Pode ainda consumir a coisa, total ou parcialmente, desgastando sua substância.

Questiona-se se o poder de usar a coisa, em última análise, envolve também a prerrogativa de não a usar, ou até mesmo de destruí-la, sob a fórmula medieval do *jus ahutendi*. O moderno entendimento é o de que tanto a faculdade de não usar, como a de consumir ou mesmo a de destruir a coisa estão subordinadas à função social da propriedade. Claro que pode o proprietário guardar a coisa, mantê-la inerte, ou mesmo destruir sua substância, dada a natureza consumível do bem. Tais prerrogativas são lícitas, desde que, diante das circunstâncias do caso concreto, não forem contra a natureza ou destinação econômica do bem.

A faculdade de reivindicar é a prerrogativa do proprietário de excluir a ingerência alheia injusta sobre coisa sua. É o poder do proprietário de buscar a coisa em mãos alheias, para que possa usar, fruir e dispor, desde que o possuidor ou detentor a conserve sem causa jurídica. É efeito dos princípios do absolutismo e da seqüela, que marcam os direitos reais. A ação reivindicatória, espécie de ação petítória, com fundamento no *jus possidendi*, é ajuizada pelo proprietário sem posse, contra o possuidor sem propriedade. Irrelevante a posse anterior do proprietário, pois a ação se funda no *ius possidendi* e não no *ius possessionis*; ou, em termos diversos, não no direito de posse, mas no direito à posse, como efeito da relação jurídica preexistente.

A parte final do art. 1.228 reserva a ação reivindicatória para o proprietário reaver a coisa “do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. A primeira observa-

ção é a de que estendeu o legislador a ação reivindicatória também contra o detentor, corrigindo omissão do Código revogado e positivando entendimento doutrinário e jurisprudência]. Se a ação cabe contra o possuidor injusto, com maior dose de razão cabe contra aquele que nem posse tem, mas, simplesmente, representa outrem na posse.

Vale destacar que a expressão *injustamente a possua*, para efeito reivindicatório, tem sentido mais abrangente do que para simples efeito possessório. Nos termos do art. 1.200 do Código Civil, anteriormente comentado, posse injusta, para efeito possessório, é a marcada pelos vícios de origem da violência, clandestinidade e precariedade. Já para efeito reivindicatório, posse injusta é aquela sem causa jurídica a justificá-la, sem um título, uma razão que permita ao possuidor manter consigo a posse de coisa alheia. Em outras palavras, pode a posse não padecer dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade e, ainda assim, ser injusta para efeito reivindicatório. Basta que o possuidor não tenha um título para sua posse. É por isso que não cabe a ação reivindicatória, entre outros, contra o locatário, o comodatário, o credor pignoratício, o devedor-fiduciante, o usufrutuário, pois na vigência dos aludidos negócios ou direitos reais as posses diretas têm causas jurídicas que as justificam, ou seja, não são injustas nem para efeito possessório, nem para efeito petitório.

Verifica-se, em resumo, que em determinadas situações o proprietário que tinha e perdeu a posse por ato ilícito de terceiro tem a seu favor a opção de usar tanto a ação reivindicatória como a ação possessória. Pode escorar a ação no direito de propriedade, ou na posse anterior, injustamente perdida.

Tem legitimidade para ajuizar a ação reivindicatória o proprietário. Pode o condômino de imóvel indiviso reivindicá-lo no todo de terceiro, mas não quando o possuidor for outro condômino. Caso o condomínio seja *pro diviso*, ou seja, com as posses localizadas dos comoneiros, o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça é a admissão da ação reivindicatória. Grassa controvérsia sobre a possibilidade do compromitente comprador com título registrado ajuizar ação reivindicatória. O melhor entendimento é no sentido de se admitir tal possibilidade, levando em conta que o compromisso de compra e venda é contrato preliminar impróprio, que esgota a atividade negociai, deixando a escritura definitiva como simples ato devido, despido de maior significado.

Pode figurar no polo passivo da ação reivindicatória o detentor, possuidor sem causa jurídica que justifique sua posse, ou mesmo terceiro adquirente de boa-fé. Pode ser cumulada com pedido indenizatório de perdas e danos, ou demolitório de acessões e benfeitorias. É ação real, de modo que devem figurar ambos os cônjuges nos polos ativo e passivo.

Pode ter por objeto coisas móveis e imóveis, singulares ou coletivas, fungíveis ou infungíveis, inclusive as universalidades de fato, como um rebanho ou uma biblioteca. As universalidades de direito, como o patrimônio, devem ser objeto de ação reivindicatória em relação aos bens que as compõe.

Jurisprudência: Ação reivindicatória. Posse injusta. A posse injusta, na reivindicatória, não é a violenta, clandestina ou precária aludida no art. 489 do Código Civil, mas aquela que se contrapõe ao direito de propriedade, a não ser que se trate de posse *ad usucapionem*. (TJPR, Ap. cível n. 13.128-8, 3ª Câ. Cível, rel. Nunes do Nascimento, j. 02.10.1990)

A ação reivindicatória e o instrumento processual adequado para o proprietário reaver os seus bens do poder de quem, injustamente, os possua (art. 523 do CPC), ou, na feliz expressão do ministro Mareio Guimarães, "ação reivindicatória é a que compete ao proprietário que não tem a posse contra o possuidor que não tem o domínio, para que se reúna numa só pessoa posse e domínio" (*Estudos de direito civil*, p. 128). A posse injusta, a que se refere o art. 524, do Código Civil, e a que se insurge contra o exercício do direito de propriedade, estabelecendo uma luta entre ela, ainda que *ad interdicta*, e o domínio (TJPR, Ap. cível n. 145.081-9, 5ª Câ. Cível, rel. Domingos Ramina, j. 11.11.2003). (RTJ 99/804)

Reivindicatória. Ação proposta por compromissários-compradores com título registrado. O compromissário-comprador, com o contrato registrado no Registro de Imóveis, preço pago e cláusula de irretratabilidade, tem legitimidade para propor ação reivindicatória (entendimento majoritário da Turma). Ausência, porém, no caso do requisito da posse injusta. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 59.092, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.10.2001)

Reivindicatória. Imóvel. Pretensão fundada em usucapião. Viabilidade, por não ser da substância da aquisição a sentença que reconhece o usucapião. Carência da ação afastada. Embargos recebidos. A sentença que reconhecer o usucapião faz prova plena do domínio, e *erga omnes*, mas não é da substância da aquisição (TJSP, Embargos infringentes n. 206.026-1, rel. Walter Moraes, com excelente fundamentação). (*Lex-TJSP* 228/241, 2000; o julgado embargado se encontra publicado na *Lex-TJSP* 180/147, rel. Donaldo Armelin, 1996)

Controverte-se acerca da "posse injusta", em face do pedido de reivindicação. A posse dos réus (que não a reputam injusta) é oposta, em face dos donos ou proprietários, que propuseram demanda de reivindicação e não ação possessória. É certo que o art. 524 do Código Civil fala em posse injusta. Assim, é preciso fixar o alcance que se pretende, na espécie, com o vocábulo injusta. Toma-se o termo em acepção genérica, e não restrita, como quer o art. 489 do Código Civil ("É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária"). Não se reduz a limites tão acanhados o direito do proprietário. A ação de reivindicação não se dirige apenas contra o possuidor injusto, no sentido de que tem posse violenta, clandestina ou precária. Com a mencionada ação, o titular do domínio objetiva a restituição do bem que está sem causa jurídica na esfera de atuação do demandado. Não se cogita de boa ou má-fé do possuidor, mas sim se a posse repugna ou não ao direito. Este entendimento está cristalizado na doutrina (Carvalho Santos, *Código*, v. 7/277; Orlando Gomes, *Direitos reais*, t. 2/364; Pontes de Miranda, *Tratado*, 1.14/17; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, v. 3/95; Serpa Lopes, *Curso*, v. 6/499; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 4/82; Marco Aurélio S. Viana, *Tutela da propriedade imóvel*, p. 18) e na jurisprudência (RTJ 47/606 e 99/804, lembrando-se o venerando acórdão, publicado na RT, v. 505, com mais de 40 páginas). A Suprema Corte, referindo-se à posse do art. 524, salienta que esta é injusta tão somente pela razão de que, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito do proprietário, a menos que se trate de posse *ad usucapionem*. Não constitui requisito da ação reivindicatória que a posse do réu seja precária, clandestina ou violenta. A posse *ad interdicta* não constitui obstáculo à procedência da ação de reivindicações (RTJ 102/635. rel. Min. Soares Munoz) (TJSP, Ap. cível n. 121.499-1, rel. Roque Komatsu). (*Lex-TJSP* 128/214, 1991)

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em comento visou dar operatividade à cláusula geral do art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, que dispõe ter a propriedade função social.

É conveniente a análise sucessiva dos termos que a compõem. *Função* é o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura. Serve para definir o concreto modo de operar de um instituto ou de um direito de características

morfológicas particulares e manifestas. *Função* é a satisfação de uma necessidade, que pressupõe, sempre, uma relação com um bem apto a satisfazê-la (interesse), na esfera jurídica de um sujeito (pertinência).

O termo *social* tem conteúdo aberto, podendo ser usado como sinônimo de expressões diversas, como *bem-estar social utilidade social interesse social fim social*. Como sintetiza Stefano Rodotà, todas as expressões reconduzem a um máximo social [“Proprietà (Diritto vigente)”. In: *Novissimo Digesto italiano*. Utet, Torino, 1957, p. 137]. É o meio de alcançar o estabelecimento de relações sociais mais justas, de promover a igualdade real. Pode haver um objetivo de aumento da produção material, mas subordinado a sua distribuição mais equitativa. Em termos diversos, não basta a simples destinação à produção, ou a só utilização de um bem, para dar por adimplida a função social. Busca-se uma coordenação entre a atividade do particular e os interesses coletivos, para melhor utilização dos recursos.

A função social há de ser encontrada naquelas posições jurídicas merecedoras de tutela pela Constituição, embora muitas vezes só possam ser identificadas no momento da lesão. São o que Gustavo Tepedino denomina *contradireitos** em aparente antinomia com a propriedade, mas que, na verdade, constituem sua conformação a outros centros de interesses (ou seja, sua função social). Tomem-se como exemplo o meio ambiente, a defesa do consumidor, a proteção da família e do idoso, a saúde, a segurança, o lazer, as relações de trabalho, a produção e distribuição de riquezas, entre outros, que têm ampla gama de destinatários: o titular da relação jurídica de propriedade, os terceiros não proprietários, titulares de contradireitos, o legislador e o juiz. Serve como parâmetro de comportamentos do proprietário, indicando-lhe o rumo de proceder de acordo com os valores fundamentais da Constituição; serve de norte ao legislador, para que não conceda ao proprietário poderes supérfluos ou contraproducentes ao interesse social; serve ao juiz, como critério de interpretação da disciplina proprietária (GONDINHO, André Osório. “Função social da propriedade”. In: *Problemas de direito civil constitucional* coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 421).

A função social é um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-lo a certo objetivo de interesse coletivo. Não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas conformativa do legislador. Como resume Pietro Perlingieri, a função social não deve ser entendida em oposição, ou ódio, à propriedade, mas “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito” (*Introdução ao direito civil constitucional* 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 22).

Se a propriedade é um direito - ou uma situação jurídica complexa - atribuído pela ordem jurídica a um titular, nada mais natural que essa mesma ordem jurídica estipule determinada conduta a ser seguida, ou fixe um objetivo social que, de um ponto de vista passivo, é cometido ao proprietário. Pode o ordenamento determinar comportamento específico do proprietário, sob pena de deixar ele de ser merecedor da tutela da propriedade (PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra, Almedina, 1982, p. 164).

A menção de respeito ao meio ambiente, com remissão à lei especial, não esgota o conteúdo da função social que, como frisado, envolve todos os contradireitos merecedores de tutela pela Constituição Federal. Note-se, ainda, que o legislador mencionou as finalidades econômicas e as finalidades sociais, fixando não bastar apenas a exploração das utilidades patrimoniais da coisa, mas que as vantagens revertam também em proveito da coletividade.

Questão das mais delicadas e de difícil trato é a da vedação pelo ordenamento jurídico da tutela da propriedade que, por algum motivo, deixa de cumprir sua função social. É moeda corrente da melhor doutrina, na esteira do entendimento de Stefano Rodotà (op. cit., p. 139), que a sanção ao mau comportamento proprietário, quando este desobedece a obrigações e ônus postos a seu cargo, determina a superveniente carência de legitimação à titula-

ridade ou exercício do direito. No mesmo sentido, assevera Pietro Perlingieri (op. cit., p. 282) que “a ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”

Negar, pura e simplesmente, qualquer ato de defesa do mau proprietário à agressão de terceiros significaria legitimar o reino da força, uma vez que, sendo os bens escassos em relação às necessidades do homem, seria inevitável a luta por sua apropriação. Não se pode olvidar, ao examinar a questão, que a própria Constituição Federal, ao disciplinar o mau uso da propriedade, urbana ou rural, estipulou gradativas sanções - anteriormente vistas - que vão desde a edificação compulsória, passando pela tributação progressiva, até a desapropriação para fins de interesse social, mediante pagamento em títulos da dívida pública. Não cogitou, todavia, da negativa de tutela, ou da retirada de legitimação do mau proprietário. Não cabe, de fato, ao particular, à margem e contra o poder público, sancionar pessoalmente o mau proprietário, desprezando o devido processo legal. Descartam-se, assim, invasões ou atos maculados com os vícios da violência, clandestinidade ou precariedade, que pretendam retirar do proprietário os *jus utendi* e *fructu*, ainda que com o elevado propósito de, em momento posterior, conformar o bem a sua função social. Chancelar tal conduta significaria punir uma conduta ilícita com outra conduta ilícita, em perigoso jogo de compensações pautado no exercício das próprias razões. Não há como conferir ao particular a prerrogativa de decidir, por critérios subjetivos e como juiz das próprias razões, qual relação proprietária não cumpre sua função social, quem vai tomá-la do titular e dela beneficiar-se e qual o destino a ser dado ao bem.

Como constou de recente julgado, “a invasão de propriedade urbana não encontra respaldo na ordem jurídica, inobstante enquanto movimento político os objetivos possam até ser justos. A discussão sobre a função social da propriedade compete ao Poder Público municipal, estabelecendo e verificando seu cumprimento. Qualquer desapropriação há de ser realizada mediante prévia e justa indenização” (RT 727/294). Igual entendimento perfilha o Superior Tribunal de Justiça: “A invasão de terras é necessariamente clandestina e violenta, não podendo gerar posse justa” (STJ, REsp n. 219.579/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.09.2000, DJU 04.12.2000).

É necessário, diante do exposto, encontrar um juízo de razoabilidade entre as duas situações indesejáveis, uma que peca pelo estímulo à violência e a outra que peca pelo estímulo ao abuso do direito de propriedade. Alguns critérios podem ser usados, sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto. O primeiro é a aplicação do princípio da adequação, que traduz a exigência de os meios adotados serem apropriados à consecução dos objetivos pretendidos, ou seja, o apossamento da *res* vise e seja adequado a fazê-la cumprir a função social. O segundo é a aplicação do princípio da necessidade, ou seja, que a medida restritiva à relação proprietária seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. O terceiro critério é a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, mediante ponderação entre a carga de restrição em função dos resultados. Devem ser identificadas, também, as demais circunstâncias fatuais relevantes dos direitos em conflito, como, por exemplo, a antiguidade da constituição do direito, os comportamentos ético-jurídicos censuráveis das partes na disputa e as consequências objetivas resultantes da decisão do conflito.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

O Código Civil de 1916 continha tímido dispositivo a respeito do abuso de direito, consubstanciado no inciso 1 do art. 160, que se limitava a expor não constituírem atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” Parte da doutrina entendia que o preceito consagrava a figura citada, por uma interpretação *a contrario sensu*.

Duas tradicionais correntes - a subjetivista e a objetivista - procuram justificar e dar os contornos da teoria do abuso do direito (CARPENA, Heloísa. “Abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional”. In: *A parte geral do novo Código Civil*, coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 367 e segs.). Para os subjetivistas, consiste a figura no uso de um direito com o fim de causar dano a outrem, exigindo-se o ânimo de prejudicar, ou, em tendência mais tênue, ao menos o exercício culposo do abuso de direito (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil* 17.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 132). Há o propósito de causar dano a terceiro, sem qualquer outra vantagem ou proveito para o próprio titular do direito (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, v. I, p. 430). Para os objetivistas, há abuso de direito sempre que o exercício volta-se à satisfação de interesses ilegítimos, ou em desconformidade com sua destinação econômica ou social (AMARAL, Francisco. *Direito civil - introdução*, 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 210).

O preceito em exame inclina-se de modo claro pela corrente subjetivista, exigindo, para configuração do abuso de direito, a presença concomitante de dois requisitos. O primeiro é objetivo, consistente em uma conduta que não traga proveito, vantagem ou utilidade ao proprietário; o segundo requisito é subjetivo, consistente no ânimo do proprietário de com tal conduta prejudicar outrem.

A regra em exame, contudo, deve ser examinada sistematicamente com a figura do abuso de direito prevista na parte geral do Código Civil, em seu art. 187, que positivou o princípio como cláusula geral, de modo amplo e operativo, exigindo que a conduta do titular de um direito exceda “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”. O legislador aqui se contenta com o simples exercício antissocial de um direito, adotando a teoria objetivista.

Não resta dúvida de que se aplica ao instituto da propriedade tanto a teoria subjetivista como a objetivista prevista no art. 187, muito mais operativa, ao conceber o instituto como violação ao espírito do direito ou a seu fim social (JOSSEAND, L. *De Vesprit des droit et de leur relativité. Théorie dite de Tabus des droit*. Paris, Dalloz, 1939, p. 10). O ato abusivo não é somente o emulativo, mas também aquele que excede os limites impostos por seus fins social e econômico (o atual Código Civil contém preceito semelhante ao do CC português que, por seu turno, mescla preceitos dos Códigos suíço e russo).

A sanção ao abuso de direito sofreu também notável alargamento. Como ato ilícito que é, acarreta não apenas a obrigação de compor perdas e danos, como também a reparação *in natura*, ou até mesmo a cominação de nulidade do ato (GOMES, Orlando. Op. cit., p. 134-5). Cogita-se, hoje - em tema de direito de família, mas por raciocínio que rapidamente se expande a outros campos do direito civil, como a propriedade a repressão, conforme a gravidade do abuso, poder provocar a destituição do direito, tema abordado com mais profundidade nos comentários ao § 1º deste art. 1.228. Se o exercício do direito em descompasso com sua finalidade econômica e social constitui ato ilícito, é possível, hoje, ser o proprietário demandado ou compelido por ação a indenizar, ou a edificar, demolir ou dar destinação específica a imóvel.

Terão legitimidade para ajuizar a ação não só os particulares cujos interesses forem ofendidos pelo ato abusivo, pois, se vulnerados interesses coletivos ou difusos, será o caso, também, de ação civil pública, de acordo com o que dispõe a Lei n. 7.347/85. O remédio pode ser usado para compelir o mau proprietário e o poder público a cumprirem a cláusula geral da função social da propriedade, por condutas comissivas ou omissivas. Nossos tribunais, em diversas oportuni-

des, já acolheram pedidos com a finalidade de compelir a municipalidade a usar os meios judiciais e extrajudiciais para repelir a turbção e o uso indevido de áreas públicas (*JTJ* 178/13); contra loteadores, para que eles cumpram as obrigações legais assumidas quando da aprovação e registro do empreendimento (*JTJ* 193/227, *RT* 742/256); ou contra empresa, para que corrija condições de ambiente de trabalho, minorando os riscos de acidentes (*RT* 752/255).

Resta o passo final, agora possível em face do atual Código Civil. Pode e deve ser estendida, também, para obrigar ao uso social da *res* abandonada, ou subutilizada, ou egoisticamente explorada, com o que se preservará a ordem econômica e urbanística e se tutelarão interesses difusos, ambos previstos na Lei n. 7.347/85. Consoante precedentes de nossos tribunais, a ação civil pública pode ser proposta tanto em face do particular responsável direto, - “em tese, é cabível ação civil pública com a finalidade de transferência das instalações de empresa apontada como poluidora” (*RT* 634/63) - como contra o responsável indireto, ou contra ambos, pelas ofensas causadas aos valores tutelados pela lei (REsp n. 37.354, rel. Min. Pádua Ribeiro, *RSTJ* 82/124). Disso decorre que os réus possam ser o mau proprietário, o poder público, ou ambos, em litisconsórcio facultativo: o particular compelido diretamente a dar função social à propriedade, mediante obrigação de fazer ou não fazer, de fixação de preceito cominatório, ou mesmo indenização por danos já consumados; e o poder público para aplicar ao mau proprietário as sanções previstas na Carta Política, no Estatuto da Cidade e, agora, no Código Civil de 2002.

Em resumo, do exame combinado dos arts. 1.228, § 2º, e 187 do atual Código Civil, extrai-se a conclusão de não só se configurar o abuso de direito na conduta do proprietário que pratica atos emulativos, como também daquele que exerce o poder/dever de propriedade, sem dar-lhe função social e econômica.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

CC/1916: arts. 590 e 591.

O preceito repete o que contém o inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, apenas fixando a necessidade de justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvadas hipóteses previstas na própria Carta Política. Do mesmo modo, o inciso XXV do mesmo artigo admite a possibilidade de requisição, no caso de perigo público iminente, mediante indenização posteriormente fixada.

A disciplina da desapropriação, em todas suas modalidades, encontra-se em Leis Especiais. O Decreto-lei n. 3.365/41 dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, inclusive seu processo judicial. A Lei n. 4.132/62 dispõe sobre a desapropriação por interesse social. Especificamente no que concerne à desapropriação para fins de reforma agrária, a matéria é regulada pela Lei n. 8.629/93, com profundas alterações instituídas pela Medida Provisória n. 2.183-56/2001.

Não cabem nestes comentários maiores explanações sobre a desapropriação, cabendo apenas lembrar que é forma de perda da propriedade e de outros direitos reais. O poder público adquire a propriedade a título originário em processo judicial.

Jurisprudência: Embora a Constituição da República, na desapropriação para fins de reforma agrária, tenha afastado a recomposição em dinheiro do patrimônio do titular do imóvel desapropriado, manteve o critério da justa indenização, que só se fará presente mediante a reparação de todos os prejuízos experimentados pelo administrado, incluindo os

juros compensatórios. (STJ, Embargos de Divergência no REsp n. 453.823, 3ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 17.05.2004)

Agravo. Desapropriação. Indenização. Imissão prévia. Condicionamento à prévia avaliação e depósito do valor de mercado. Depósito do valor cadastral que não se confunde com valor real quando da efetiva perda da propriedade. Inadmissibilidade. Art. 5º, XXIV, da Constituição da República que garante a justa e prévia indenização em dinheiro. Hipótese na qual a imissão, ainda que provisória, acarreta a perda total da disposição do bem. Imissão provisória traduz adiantamento da execução definitiva da sentença e, como tal, só pode ser deferida caso deposite o expropriante valor suficiente a assegurar o pagamento, quando mais próximo do real valor do bem, face ao princípio constitucional da justa prévia indenização pecuniária. Recurso provido. (TJSP, AI n. 82.968-5, rel. Aloísio de Toledo, j. 04.08.1998)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

CC/1916: sem correspondente.

Recebeu do professor Miguel Reale o preceito em exame a denominação de desapropriação judicial. Não há, na verdade, desapropriação, nem indenização a ser paga pelo Poder Público. Cuida-se de alienação compulsória do proprietário sem posse ao possuidor sem propriedade, que preencha determinados requisitos previstos pelo legislador. Inicia a regra afirmando que o proprietário também pode ser privado da coisa, criando o legislador, assim, uma nova modalidade de perda da propriedade imóvel, por sentença judicial.

Em seguida define a regra as características do imóvel reivindicado, consistente em extensa área. Pode ser o imóvel rural ou urbano, bastando que seja extenso, tomando como parâmetro outros imóveis situados na mesma região e com a mesma utilização. Andou bem o legislador ao deixar indeterminado o conceito, permitindo ao juiz, no caso concreto, colmatar a espaço da lei, verificando a localização da gleba e a sua destinação. Parece claro que a noção de gleba extensa tem significados distintos nos estados da Região Norte e da Região Sudeste do país, em um grande centro urbano ou em uma pequena cidade do interior. Será extensa quando permitir a exploração ou moradia de significativo número de possuidores.

Não incide a figura sobre imóveis reivindicados pelo poder público, mas apenas sobre glebas pertencentes a particulares. Nesse sentido o Enunciado n. 83 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil de 2002”.

O termo imóvel reivindicando causa a falsa impressão de que o preceito incide tão somente em ações reivindicatórias. Nada impede que a alienação compulsória em estudo seja aplicada também em ações possessórias - preenchidos os demais requisitos exigidos pelo legislador - do retomante que litiga com base no *ius possessionis*. Entender o contrário abriria a possibilidade ao proprietário que perdeu a posse há mais de cinco anos de tangenciar a norma, de nítido caráter social, mediante simples opção de retomar a coisa com base no juízo possessório e não no juízo petitorio (*ius possidendi*).

Mais ainda, criou o legislador direito potestativo para os possuidores que preencham determinados requisitos, de adquirirem o imóvel possuído a título oneroso, ainda que contra a vontade do proprietário. Essa figura de direito material foi regulada como exceção substancial, mas nada impede que o direito seja exercido mediante ação e não como defesa. Em outras palavras, a inércia do proprietário não tem o condão de evitar que os possuidores se antecipem ao ajuizamento da ação reivindicatória e postulem a alienação compulsória do imóvel possuído. Basta lembrar que a inação do proprietário pode configurar abuso de direito, corrigível, no caso em exame, pela iniciativa dos possuidores de adquirir compulsoriamente o imóvel a que deram função social.

O legislador, em seguida, qualifica a posse com diversos requisitos cumulativos: ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas que nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Não pode ter a posse solução de continuidade, sendo imprestável a soma de períodos esparsos para completar o quinquênio. Note-se que a interrupção da posse por ato ilícito de terceiro - inclusive o proprietário - com devolução da coisa ao possuidor em razão de tutela possessória mantém a qualidade da continuidade. Entender o contrário seria estimular o exercício arbitrário das próprias razões pelo proprietário. A posse deve ter a qualidade da boa-fé subjetiva, entendida como desconhecimento de eventual vício. A boa-fé subjetiva pode decorrer do fato da posse ser justa ou, ainda que originalmente injusta, tal circunstância ser ignorada pelo possuidor atual.

Exigiu o legislador posse prolongada, pelo prazo mínimo de cinco anos. O caso, é importante frisar, não é de usucapião, modo originário de aquisição da propriedade imóvel, cuja sentença apenas declara o direito preexistente, pois, como é óbvio, ninguém paga por imóvel que já é seu. O instituto em exame será usado nos casos em que houver posse prolongada, mas não se encontrarem preenchidos os requisitos para as mais diversas modalidades de usucapião. Tome-se como exemplo o possuidor já proprietário de outro imóvel, ou que o use para fins não residenciais, que não se encaixará na figura da usucapião especial urbano, mas poderá cumprir os pressupostos da desapropriação judicial.

Exige-se, ainda, que a posse da extensa área seja exercida por considerável número de pessoas. Novamente usou o legislador de conceito indeterminado, conferindo poder ao juiz para, no exame do caso concreto, verificar se naquele local e tempo o número de possuidores é expressivo, de modo que o instituto tenha significado social relevante.

Exige-se, finalmente, que os possuidores tenham feito na gleba, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Em outras palavras, que tenham dado ao imóvel a função social negligenciada pelo proprietário.

A leitura do preceito leva à conclusão de que seguiu o legislador típica tendência do direito contemporâneo, utilizando-se de conceitos abertos para permitir ao juiz usar de pensamento tópico, de solução do caso concreto, à vista de peculiaridades que se apresentem, encaixando, ou não, a posse e os possuidores nos requisitos objetivos e subjetivos de extensa área, considerável número de pessoas e obras e serviços considerados de relevante valor social e econômico. Na lição de Popper, citado por Judith Martins-Costa, “é necessário jamais tentar ser mais preciso do que exige a solução do problema” (*A boa-fé no direito privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 311).

O § 5º do art. 1.228 traça algumas regras para a alienação compulsória do imóvel aos possuidores. O preço é fixado por avaliação judicial. Contra seu pagamento pelos possuidores, a sentença valerá como título derivado de aquisição, levada ao registro imobiliário.

Algumas questões permaneceram em aberto e merecem comentários. A primeira e mais relevante é saber quem paga a indenização. Embora haja controvérsia da incipiente doutrina a respeito, parece claro que o preço deva ser pago pelos beneficiários, vale dizer, os possuido-

res da gleba. Não teria sentido que o Estado pagasse o preço de imóvel que não desapropriou e pode não preencher os critérios de utilidade, interesse ou necessidade públicos. O tema foi objeto do Enunciado n. 84 aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”.

A segunda questão é o momento em que se alega a exceção substancial, que independe de pedido reconvenicional. Não pode o juiz conhecer de ofício a matéria, que envolve direito patrimonial disponível e deve ser alegada pelos interessados no prazo da contestação. Verificando que preenchem os possuidores os requisitos legais, determinará o juiz a avaliação do imóvel e fixará prazo razoável para o pagamento do preço. Caso tenham posse localizada, pagarão na proporção do espaço que ocupam. Caso contrário, a indenização será rateada igualmente entre todos, instituindo-se, após pagamento do preço, condomínio entre eles.

Em sintonia com os arts. 182, § 4º, III, e 184 da CF, caso constate o juiz que deixou o proprietário de atender a cláusula geral da função social da propriedade, poderá diferir o pagamento do preço em até dez anos, indexando os valores das parcelas, de modo a manter seu valor real. Nesse sentido o Enunciado n. 240 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, realizado no ano de 2004: “A justa indenização a que alude o § 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”.

Contra pagamento do preço e registro da alienação, a ação reivindicatória perderá seu objeto, uma vez que o retomante não mais é proprietário do imóvel. Caso, porém, não seja pago o preço fixado, segue a ação reivindicatória seu curso normal. Nesse sentido o Enunciado n. 241 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, de 2004: “O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5º) é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz”.

Há acesa controvérsia sobre a constitucionalidade do preceito. Caio Mário da Silva Pereira tacha-o de inconstitucional, por não caber à legislatura ordinária criar uma nova modalidade de desapropriação, ainda mais sem indenização prévia, irrealizável, por não se definir quem pagará a indenização e inconveniente, por ficar a critério exclusivo do juiz, sujeito a injunções (“Crítica ao anteprojeto de Código Civil” In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 242, abril-junho/1973, p. 21-2). A crítica, em que pese a autoridade de seu autor, cede a melhores argumentos. Não se trata de desapropriação, por não se cogitar de ato de império do poder público, mas de alienação compulsória.

Nosso ordenamento sempre abrigou, por exemplo, a alienação compulsória de coisa comum e indivisível, caso qualquer condômino deseje extinguir o condomínio e nunca sequer se cogitou de questionar a constitucionalidade do preceito. Na verdade, ocorrerá uma sub-rogação real, mediante substituição da coisa pelo equivalente preço, sem diminuição quantitativa do patrimônio do proprietário. Nesse sentido, o Enunciado n. 82 aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”.

Finalmente, o art. 2.030 do Código Civil criou disposição de direito intertemporal, dispondo que o prazo quinquenal da figura em exame seria acrescido de mais dois anos, nos dois primeiros anos de vigência do novo diploma, qualquer que seja o tempo decorrido na vigência do Código de 1916. Em termos diversos o preceito somente passou a ser aplicado em 12 de janeiro de 2005, com o propósito de não colher de surpresa os proprietários/revindicantes.

Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

CC/1916: art. 526.

O artigo trata da extensão do direito de propriedade sobre coisa imóvel, dispondo que não se limita apenas ao solo ou a sua superfície, mas se estende, também, em linha vertical, ao espaço aéreo e ao subsolo correspondentes. Note-se que não é a propriedade que se estende para cima ou para baixo, mas apenas as faculdades do proprietário, com o propósito de lhe assegurar a utilidade do uso e fruição do solo.

Claro que as faculdades de usar e fruir seriam inoperantes, se estivessem limitadas apenas à superfície do imóvel, impossibilitando o titular de construir ou de plantar. O que assegura a lei é a expansão das faculdades do proprietário ao espaço aéreo e ao subsolo do imóvel, limitada, porém, à utilidade do exercício, ao interesse prático na exploração econômica da coisa. Segue nosso Código Civil a linha alemã (art. 905 do BGB - Código Civil alemão) que limita a projeção vertical dos poderes do proprietário a seu interesse, ou à utilidade de seu aproveitamento.

O Código Civil de 2002 deu redação mais adequada à extensão das faculdades do proprietário. Atenuou a antiga redação, eliminando a expressão “desde que não tenha ele (proprietário) interesse algum em impedir a atividade de terceiros”. Usa agora o legislador o termo mais adequado interesse legítimo, usando critério utilitário, que afasta aproveitamento remoto, ou meramente teórico, dos espaços acima e abaixo do solo. Na lição de Orlando Gomes, o direito de exclusão, em resumo, tem por medida o interesse do proprietário, que, por seu turno, é determinado pela utilidade do exercício da propriedade.

É por isso que o proprietário pode reclamar da passagem de linhas de transmissão de energia elétrica, ou de tubulações de pouca profundidade instaladas pelo poder público, ou, ainda, de sacadas, terraços, ou painéis de publicidade que invadam o espaço de seu imóvel, uma vez que tal situação impede a construção ou plantação de grande porte. Não pode, porém, rebelar-se contra o avião que sobrevoa o imóvel, ou contra um túnel de metrô que passa a grande profundidade, porque em nada embaraçam o aproveitamento da coisa.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, no caso de espaço aéreo, tem o proprietário o direito de reclamar da conduta que lhe traga danos ou incômodos, mas não invocar o direito de propriedade para proibir a passagem de aeronaves.

Note-se que a propriedade de minas, jazidas e demais recursos minerais, bem como os potenciais de energia elétrica e os monumentos arqueológicos tem disciplina diversa, constituindo bens da União, por força do que dispõem os arts. 20, VIII a X, e 176 da CF.

Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial.

CC/1916: sem correspondente.

A propriedade das riquezas do subsolo, porque interessa à economia nacional, destaca-se da propriedade do solo e é atribuída à União Federal, por força do que dispõem os arts. 20 e 176 da CF.

O artigo em comento era dispensável, diante dos preceitos da Carta Política, de modo que apenas se limita a reproduzir que a propriedade do solo não estende as faculdades do proprietário às riquezas do subsolo. Não pode o proprietário do solo, portanto, explorar pessoalmente sem concessão ou autorização da União Federal ou impedir que terceiros concessionários explorem as jazidas, tornando-se estes proprietários do produto da lavra. Nos exatos termos do art. 176 da CF, ao proprietário do solo cabe apenas participação no resultado da lavra, na forma e valor regulados pelo Decreto n. 227/67.

Diz ainda o artigo em exame que a propriedade do solo não abrange os potenciais de energia hidráulica, o que está em consonância com o disposto no art 176 da CF. Não diz o Código Civil, mas diz a Carta Política, que o aproveitamento de potencial de energia renovável de capacidade reduzida independe de autorização ou convenção. Em tal caso, cabe a exploração ao proprietário do solo, que pode repelir atos de terceiros, que se reputam ilícitos.

Ressalva o parágrafo único do art. 1.230 que a dicotomia das faculdades do proprietário do solo, em relação às riquezas do subsolo, não abrange os recursos minerais com emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos à transformação industrial, obedecendo o disposto em lei especial. Seria o caso, por exemplo, de pedras, areia ou argila existentes em um terreno, ou mesmo em seu subsolo, que podem ser imediatamente empregados pelo proprietário na construção civil, independentemente de qualquer processo industrial para seu aproveitamento. Teve o legislador a cautela de destacar a obediência a disciplina própria em lei especial, com destaque para lei ambiental.

Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

CC/1916: arts. 525 e 527.

O artigo em estudo pouco modifica o que continha o Código de 1916, apenas substituindo corretamente os termos *domínio* por *propriedade* e *ilimitado* por *pleno*. Com a primeira substituição, evitou o legislador que se fizesse a clássica distinção entre domínio e propriedade; o primeiro relativo a sujeitos de direito que tem por objeto direto e imediato coisas corpóreas, e a segunda compreensiva de todos os direitos que compõem nosso patrimônio.

Com a segunda substituição, evitou que a expressão *ilimitado* induzisse à falsa ideia de propriedade livre das limitações gerais decorrentes do direito de vizinhança, ou de normas administrativas. Sabido que a propriedade pode ser plena, quando todas suas faculdades estão enfeixadas nas mãos do proprietário, mas sofre limitações diversas de ordem legal. Não se pode esquecer que os deveres decorrentes da função social não constituem limitações, mas o próprio conteúdo do direito de propriedade.

A propriedade enfeixa diversas faculdades, como as de usar, fruir, dispor e reivindicar. Via de regra, esses atributos reúnem-se na pessoa do proprietário, conferindo-lhe propriedade plena ou alodial. Pode ocorrer, porém, que essas faculdades sejam desmembradas, criando-se direitos reais limitados a favor de terceiros, restringindo a extensão. Tome-se como exemplo a possibilidade do proprietário entregar a terceiros a faculdade real de usar ou de dispor, criando os direitos reais de servidão, usufruto, uso e habitação. Pode, também, a propriedade ser gravada com direitos reais de garantia, ou, ainda, com cláusulas restritivas do poder de disposição (cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, art. 1.911 do CC).

Diz o artigo, além disso, que a propriedade se presume exclusiva, vale dizer, é excludente de outra senhoria sobre a mesma coisa, consequência natural do efeito *erga omnes* do direito real e

da própria natureza do *iura in re*, que dispensa a intermediação de terceiros na relação direta entre o sujeito de direito e o objeto. Claro que o condomínio não constitui exceção à regra, pois a propriedade incide sobre parte ideal da coisa, não excluindo direito do comunheiro sobre a outra fração. A presunção a que alude o artigo é relativa, persistindo até prova em sentido contrário, a ser produzida por aquele a quem interessa a existência do ônus ou da restrição.

Jurisprudência: Registro público. Escritura de venda e compra. Imóvel rural. Área superior a cinquenta módulos. Aquisição por brasileiro naturalizado casado com estrangeira, no regime da comunhão universal de bens. Consulta prévia ao Incra. Necessidade. Lei n. 5.709/71. Aplicação. Segurança denegada. O requisito de prévia autorização do Incra para aquisição, por estrangeiro, de imóvel rural com área superior a cinquenta módulos não obsta o exercício dos direitos de cidadão nem o proíbe de ser tornar proprietário, sujeitando-o apenas a um procedimento administrativo (TJSP, MS n. 19.545-0, rel. Gildo dos Santos). (Lex-TJSP 165/273,1995)

Art. 1.232. Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem.

CC/1916: art. 528.

O artigo em exame reproduz quase integralmente o contido no art. 528 do Código revogado, limitando-se a substituir a expressão *motivo jurídico* por *preceito jurídico*. Foi salutar a alteração, eliminando eventuais dúvidas que o termo *motivo* pudesse causar ao intérprete. Em diversas passagens, o Código Civil de 2002 utiliza o termo *motivo determinante* como equivalente à causa do negócio jurídico. Já o termo *motivo* sem a qualificação é razão de caráter puramente subjetivo do agente e não influi, via de regra, na validade ou eficácia no negócio jurídico.

Diz o artigo que frutos e produtos, ainda quando separados, pertencem ao proprietário. Cuida-se de consequência natural de uma das faculdades federadas da propriedade, o direito de fruir, que permite ao proprietário extrair da coisa suas utilidades e riquezas. Frutos são as riquezas e utilidades que a coisa periodicamente produz. Produtos são aquilo que a coisa produz, mas não reproduz. Consistem também em riquezas e utilidades, que, uma vez retiradas, desfalcam a substância da coisa, como, por exemplo, as pedras de uma pedreira, ou o petróleo de um poço.

Tanto os frutos como os produtos, enquanto estiverem pendentes, são acessórios da coisa. No momento em que são separados da coisa - percebidos -, adquirem autonomia, mas, ainda assim, pertencem ao proprietário da coisa que os produziu. O preceito se limita aos frutos e produtos, não engloba as pertenças, que, nos termos do art. 93 do Código Civil, não constituem parte integrante da coisa, mas se destinam, de modo duradouro, a seu uso, serviço ou aformoseamento. O art. 94 do Código Civil ressalva que os negócios que dizem respeito à coisa principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da convenção, ou de circunstâncias do caso. A regra se estende à propriedade das pertenças, a que a lei não atribui identidade com a propriedade da coisa a que elas servem.

Termina o artigo em exame com a exceção à regra de que os frutos e produtos pertencem ao proprietário da coisa. Ressalva a existência de preceito jurídico especial, que os atribua a outrem. Esse preceito a que alude o legislador pode decorrer de relação de direito pessoal, como por exemplo comodato ou locação, ou de relação de direito real, como por exemplo usufruto. Pode, ainda, e com especial atenção, decorrer da posse de boa-fé que, enquanto durar, confere os frutos ao possuidor, em detrimento do retomante, nos termos do art. 1.214 do Código Civil.

Seção II

Da Descoberta

Art. 1.233. Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor.

Parágrafo único. Não o conhecendo, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente.

CC/1916: art. 603.

O Código Civil de 2002 deslocou corretamente o instituto da descoberta - antes denominado invenção - dos modos de aquisição da propriedade de coisas móveis para o capítulo inicial da propriedade em geral, em seção própria. Isso porque, ao contrário do que ocorre nos ordenamentos jurídicos alemão e português, a descoberta, ou achado, não é modo de aquisição da propriedade.

A descoberta nada mais é do que o achado de coisas perdidas. Ao contrário das coisas abandonadas (*res derelicta*)> ou sem dono (*res nullius*), a coisa perdida tem dono, que apenas está privado de sua posse. Impõe a lei ao descobridor o dever de restituir a coisa recolhida ao proprietário, ou ao legítimo possuidor.

Ninguém é obrigado a recolher coisa perdida, mas, se o faz, o comportamento gera para o descobridor determinados deveres explicitados no artigo em exame. A descoberta é ato jurídico em sentido estrito, pois, embora o descobridor não o deseje, a produção de certos efeitos decorrem automaticamente da conduta voluntária de recolher coisa perdida por outrem. O primeiro dever, já referido, é o de restituir a coisa recolhida ao dono sem posse. O segundo dever é de diligência, pois, desconhecido o dono, deve o descobridor envidar esforços para encontrá-lo. O terceiro dever - frustradas as tentativas de localização do dono, ou havendo fundada dúvida sobre a titularidade de quem se apresenta como tal - é o de entregar a coisa perdida à autoridade competente.

Os arts. 1.170 e seguintes do Código de Processo Civil definem a autoridade competente para receber a coisa perdida. A autoridade pode ser a judiciária ou a policial. Quando a arrecadação for feita por autoridade policial, esta, desde logo, encaminhará a coisa à autoridade judiciária, acompanhada do respectivo auto de apreensão.

Art. 1.234. Aquele que restituir a coisa achada, nos termos do artigo antecedente, terá direito a uma recompensa não inferior a cinco por cento do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la.

Parágrafo único. Na determinação do montante da recompensa, considerar-se-á o esforço desenvolvido pelo descobridor para encontrar o dono, ou o legítimo possuidor, as possibilidades que teria este de encontrar a coisa e a situação econômica de ambos.

CC/1916: art. 604.

Como visto nos comentários ao artigo anterior, o recolhimento da coisa achada cria para o descobridor certos deveres jurídicos. Em contrapartida, confere-lhe o direito de obter do dono ou do legítimo possuidor da coisa uma recompensa, além do reembolso das despesas de conservação e transporte.

A novidade do Código Civil está no estabelecimento de parâmetros para a fixação da recompensa. Ao contrário do Código Civil de 1916, o atual impõe um patamar mínimo de

5% para a recompensa, sem prejuízo do reembolso das despesas de conservação e transporte, desde que comprovadas. Além disso, o parágrafo único do artigo em exame cria balizas para a fixação da recompensa acima do patamar mínimo: o esforço desenvolvido pelo descobridor, a possibilidade que o dono teria de encontrar a coisa perdida sem concurso do descobridor e a situação econômica de ambos.

Bons os critérios estabelecidos pelo legislador que, sem prioridade de um sobre outro, servem como vetores para a fixação da recompensa. O primeiro critério premia o esforço, sendo a recompensa proporcional ao grau de diligência do achador, que pode despende maior ou menor tempo, envidar mais ou menos energia e vigor na busca do dono da coisa recolhida. O segundo critério leva em conta o benefício que auferir o dono da coisa, com a devolução do que havia perdido. Quanto menor a probabilidade de recuperação da coisa sem o auxílio do descobridor, mais elevada será a recompensa. Relevantes, em tal critério, a natureza da coisa perdida, as circunstâncias e local onde foi achada. Finalmente, o derradeiro critério considera a situação econômica do dono da coisa e do achador. Razoável que pessoa abonada pague recompensa mais elevada do que aquele cujo dispêndio desfalcara necessidades básicas. No mais, indiferente é a eventual negligência do dono ao perder a coisa, desprezada pelo legislador como critério de fixação da recompensa.

A parte final do art. 1.234 diz que o dono da coisa tem a seu favor a opção de abandoná-la, em vez de pagar as despesas e a recompensa do descobridor. A regra comporta temperamento. É razoável que opte o dono entre a coisa e a recompensa, mas não entre a coisa e as despesas, que de boa-fé fez o achador para restituí-la ao dono. Caso se aceite o abandono, a *res delicta* pode ser apropriada pelo descobridor.

Aqueles que por dever de ofício ou convenção devem procurar ou restituir coisas achadas não fazem jus à recompensa. São os casos de empregados a que se incumbe procurar objetos perdidos do patrão, ou de departamentos de achados e perdidos de lojas ou repartições públicas.

Art. 1.235. O descobridor responde pelos prejuízos causados ao proprietário ou possuidor legítimo, quando tiver procedido com dolo.

CC/1916: art. 605.

Manteve o legislador conteúdo idêntico ao contido no Código Civil revogado em seu art. 605, com o nítido propósito de descolar e tornar inconfundíveis as figuras do descobridor e do depositário. Os riscos pela perda e deterioração da coisa achada, com ou sem culpa do descobridor, são do proprietário ou legítimo possuidor. Não se atribui ao descobridor o dever de custodiar e zelar pela incolumidade da coisa, como se sua fosse, tal como ocorre no contrato de depósito e se consagra em outros sistemas jurídicos.

Explicita o artigo em comento que o descobridor só responde pelos prejuízos causados ao dono da coisa por conduta dolosa. A regra, porém, somente beneficia o descobridor que não se apossou indevidamente da coisa alheia. Se assim procedeu, deixando de entregar a coisa perdida ao dono ou à autoridade competente, age como esbulhador, deslocando-se, então, os riscos pela perda ou deterioração da coisa para o ex-descobridor, na forma do art. 1.218 do Código Civil.

Art. 1.236. A autoridade competente dará conhecimento da descoberta através da imprensa e outros meios de informação, somente expedindo editais se o seu valor os comportar.

CC/1916: sem correspondente.

Constitui o artigo inovação tanto em relação ao CC/1916 quanto ao Código de Processo Civil, que disciplina o procedimento a ser seguido pela autoridade que receber a coisa perdida, na busca e entrega ao respectivo dono (arts. 1.170 a 1.176). A novidade está na utilização, pela autoridade competente, de mecanismos diversos de divulgação, através da imprensa e outros meios de informação, como medidas primárias de localização do dono da coisa perdida. A publicação de editais, medida de duvidosa eficácia, somente será feita caso frustrados os mecanismos referidos e subordinada, ainda, à proporcionalidade de seu custo, em relação ao valor da coisa.

As demais providências previstas nos arts. 1.170 (auto de arrecadação) e 1.172 (oitiva do Ministério Público e Fazenda Pública antes da entrega da coisa a quem se apresente como dono) do Código de Processo Civil continuam vigentes, derogada apenas a publicação pronta de editais, sem prévia utilização de outros meios de divulgação do achado.

Art. 1.237. Decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido.

Parágrafo único. Sendo de diminuto valor, poderá o Município abandonar a coisa em favor de quem a achou.

CC/1916: art. 606.

As principais alterações do artigo em exame referem-se ao prazo pelo qual se aguarda o comparecimento do dono e quem será o destinatário, caso ninguém procure a coisa perdida. O prazo foi reduzido de seis meses para sessenta dias. Também o termo inicial de sua fluência foi alterado. Antes, corria o prazo a contar do aviso à autoridade, enquanto agora corre a contar da divulgação do achado pela imprensa ou por editais.

No que tange ao destinatário do achado, pertence agora o saldo do preço apurado em hasta pública, abatidas despesas e a recompensa, ao Município onde foi encontrada a coisa, alterando-se a regra do art. 1.173 do Código de Processo Civil, que a destinava à União, ao Estado ou ao Distrito Federal.

O parágrafo único diz que sendo a coisa de diminuto valor, poderá o Município abandoná-la em favor do descobridor. Embora mencione o termo abandono, a figura melhor se enquadra como cessão de direitos.

CAPÍTULO II DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Seção I Da Usucapião

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

CC/1916: art. 550.

Definição: A usucapião (termo que o atual Código Civil utiliza no feminino) define-se como modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada e qualificada por requisitos estabelecidos em lei.

Modo originário: É modo originário de aquisição da propriedade, pois não há relação pessoal entre um precedente e um subsequente sujeito de direito. O direito do usucapiente não se funda sobre o direito do titular precedente, não constituindo este direito o pressuposto daquele, muito menos lhe determinando a existência, as qualidades e a extensão. São efeitos do fato da aquisição ser a título originário: não haver necessidade de recolhimento do imposto de transmissão quando do registro da sentença, com a ressalva, porém, que a negativa fiscal do IPTU dos últimos cinco anos deve ser apresentada; o título judicial ingressar no registro independentemente de registro anterior, ou seja, constituir exceção ao princípio da continuidade e mitigação ao princípio da especialidade registrárias; os direitos reais limitados e eventuais defeitos que gravam ou viciam a propriedade não se transmitirem ao usucapiente; e, caso resolúvel a propriedade, o implemento da condição não resolver a propriedade plena adquirida pelo usucapiente; constituir esplêndido instrumento jurídico; sanar os vícios de propriedade defeituosa adquirida a título derivado

Objeto da usucapião: A usucapião tem por objeto tanto a propriedade plena como outros direitos reais limitados que implicam em posse dos objetos sobre os quais recaem, especialmente os direitos reais de gozo e fruição sobre coisa alheia, como o domínio útil na enfiteuse, a superfície, o usufruto, o uso, a habitação e a servidão aparente. Com exceção da servidão aparente, os demais direitos reais sobre coisa alheia, normalmente, serão adquiridos por usucapião ordinária, com justo título, constituído por quem não é o verdadeiro proprietário, no caso clássico de aquisição a *non domino*. Já as servidões aparentes, contínuas ou descontínuas, podem ser usucapidas com ou sem justo título, bastando a posse prolongada do titular do prédio dominante, com os demais requisitos estabelecidos em lei. A usucapião é modo não só de adquirir a propriedade, mas também de sanar os vícios de propriedade ou outros direitos reais adquiridos com vícios a título derivado.

Somente são usucapidas as coisas *in commercio*. Os bens públicos, qualquer que seja sua natureza, não são passíveis de usucapião, como expressam os arts. 102 do Código Civil, e 183 e 191 da Constituição de República. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, a Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal já consagrava igual entendimento, apenas positivado no Código Civil de 2002. Exceção a tal regra é a possibilidade de se usucapir terras devolutas rurais, desde que o lapso quinquenal tenha transcorrido anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, pois desde a Constituição de 1934, passando pela Lei n. 6.969/81, havia previsão para usucapião especial rural de terras devolutas. Os arts. 183 e 191 da atual Carta Política passaram a vedar tal possibilidade, mas não retroagem para alcançar períodos aquisitivos anteriores com prazo já consumado. A restrição à usucapião, porém, não alcança os bens pertencentes a empresas públicas e de sociedade de economia mista, pois se regem pelas normas das pessoas jurídicas de direito privado, consoante entendimento reiterado do STJ, salvo se tiverem destinação pública. Isso porque “tratando-se de bens públicos propriamente ditos, de uso especial, integrados no patrimônio do ente político e afetados à execução de um serviço público, são eles inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis” (STJ, REsp n. 242.073/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Os imóveis sem registro, ou com titular não localizado no registro imobiliário, podem ser usucapidos, devendo o poder público provar a propriedade sobre eles. A falta de localização do registro não significa, por si só, que o imóvel seja público.

No que se refere à herança jacente, os arts. 1.829 e 1.844 do atual Código Civil deixam claro que o Estado não é herdeiro, por não se encontrar na ordem de vocação hereditária, mas recebe a herança, na falta ou renúncia dos herdeiros. Não se aplica ao Estado o direito de *saisine*, ou seja, não se torna proprietário e possuidor no momento da morte, havendo necessidade da sentença de vacância dos bens. É esse o entendimento majoritário da jurisprudência (*RSTJ* 94/215, 133/101 e 142/216; *RT* 721/285, 727/131, 755/201, 773/194, 738/236 e 787/207), embora haja precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a sentença de vacância é declaratória e retroage à data na qual o óbito completa cinco anos, sem habilitação de herdeiros (*RTJ* 101/267, *RT* 709/56).

Podem ser usucapidos bens de família, ou gravados com cláusula de inalienabilidade, pois a usucapião é modo originário de aquisição, não ocorrendo transmissão por parte do titular registrário da propriedade. Não se confundem inalienabilidade e a imprescritibilidade, salvo demonstração de fraude à lei, ou seja, de a usucapião ser modo oblíquo de contornar a cláusula restritiva de alienação, na hipótese de usucapião ordinária.

Ainda no que se refere ao objeto, o entendimento dos tribunais é do cabimento da usucapião entre condôminos no condomínio tradicional, desde que seja o condomínio *pro diviso*, ou haja posse exclusiva de um condômino sobre a totalidade da coisa comum. Exige-se, em tal caso, que a posse seja inequívoca, manifestada claramente aos demais condôminos, durante todo o lapso temporal exigido em lei. Deve estar evidenciado aos demais comunheiros que o usucapiente não reconhece a soberania alheia ou a concorrência de direitos sobre a coisa comum.

No que tange à possibilidade de usucapião sobre área comum de condomínio edilício, o entendimento é outro, embora persista divergência nos tribunais. As áreas comuns, por norma cogente, são inalienáveis separadamente da unidade autônoma e não podem ser usadas com exclusividade por um dos condôminos, razão pela qual não podem ser usucapidas por um contra os demais (*RT* 80/851; *RJTJSP* 129/266, 180/43 e 207/15; *RT* 734/343 e 753/236). Em casos excepcionais, admite-se usucapião sobre áreas comuns específicas, especialmente se não houver oposição da parte dos demais condôminos (*RSTJ* 130/367). O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, entendeu que o prolongado uso de área comum de condomínio edilício não gera usucapião, mas a posse deve continuar em poder do condômino, em razão da prolongada inércia do condomínio, gerador de *supressio* (ver jurisprudência a seguir). Nada impede, porém, que tenha a usucapião por objeto a própria unidade autônoma, inclusive garagem, caso em que a propriedade será declarada também sobre a correspondente fração ideal de terreno, determinada na constituição do condomínio edilício. Em tal caso, não há necessidade da citação de todos os demais condôminos, mas apenas do condomínio na pessoa do síndico. A razão da desnecessidade da citação de todos os demais condôminos é simples: recairá a usucapião sobre propriedade plena da unidade autônoma, com a indissociável fração ideal constante da instituição do condomínio edilício. Perderá a propriedade apenas o titular registrário da unidade autônoma, sendo a usucapião indiferente aos demais condôminos, que não verão afetadas as respectivas frações ideais. Não se cogita também da possibilidade de invasão dos imóveis confinantes, levando em conta a natureza peculiar e delimitada da unidade autônoma.

Quanto ao objeto, finalmente, controvertem doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade da usucapião incidir sobre imóveis rurais de área de superfície inferior ao módulo rural, ou sobre imóveis urbanos de área inferior à Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79) ou leis municipais. O melhor entendimento é admitir a usucapião, salvo prova de marcada fraude à lei, levando em conta o modo originário de aquisição e a consolidação de situação jurídica já sedimentada de fato. De igual modo, a ausência da menção à existên-

cia de acessões não impede o registro da sentença, pois a aquisição originária do solo inclui a das construções acessórias. Controverte a doutrina sobre questões atinentes a parcelamentos do solo clandestinos, ocupação de áreas de mananciais e de proteção ambiental, de risco ou inadequadas para moradias. É preciso entender, porém, que eventuais ilegalidades dizem respeito à ocupação do solo, e não à declaração de propriedade. Parece pouco lógico que se negue a usucapião, mas se mantenham as posses sobre imóveis irregulares, perpetuando situação de incerteza. A usucapião não gera a ocupação irregular do solo, mas apenas é o primeiro passo para futura reurbanização.

Requisitos da posse: Dois elementos estão sempre presentes, em qualquer modalidade de usucapião, o tempo e a posse. Não basta a posse normal (*ad interdicta*), exigindo-se posse *ad usucapionem** na qual, além da visibilidade do domínio, deve ter o usucapiente uma posse com qualidades especiais, previstas no art. 1.238 do Código Civil: prazo de quinze anos, sem interrupção (posse contínua), nem oposição (posse pacífica), e ter como seu o imóvel (*animus domini*).

Examinemos os requisitos. O prazo é de quinze anos, contando-se pelo calendário gregoriano e observando-se a regra de contagem de prazos do art. 132 do Código Civil. Por exemplo, posse iniciada em 11.02.2003 consuma usucapião em 11.02.2018, à meia-noite.

A posse deve ser contínua, sem interrupção, que, caso ocorra, faz voltar o prazo ao termo inicial. Exige-se regular sucessão de atos de posse, sem falhas ou com intervalos curtos que não configurem lacunas. Se houver esbulho por parte do titular do registro ou de terceiros, mas o possuidor usar a autodefesa ou mesmo a reintegração de posse, com sucesso, não se considera a posse interrompida. Não se exige contato físico do usucapiente com a coisa, mas somente comportamento similar ao do proprietário, que não só usa como frui e extrai o proveito do que é seu.

A posse deve ser, na dicção da lei, sem oposição, ou pacífica. Pacífica não se opõe à violenta, mas à posse incontestada. A oposição eficaz parte de interessados, em especial do titular da propriedade ou de outros direitos reais, contra quem corre a usucapião. Os atos de oposição praticados por terceiros não favorecem o titular do domínio, se ele permaneceu inerte. Não basta qualquer ato de inconformismo por parte de interessados ou do titular do domínio. Estes atos não podem ser ilegais, como, por exemplo, a retomada violenta, repelida pelo usucapiente por meio da tutela possessória. Mesmo as oposições judiciais devem ser sérias e procedentes. Assim, eventuais ações possessórias ou reivindicatórias somente atingem a pacificidade da posse caso sejam julgadas procedentes. A oposição deve ser feita antes da consumação do lapso prescricional da usucapião. Eventuais atos de defesa da posse, por parte do usucapiente, não retiram o requisito da pacificidade. Recente precedente do STJ assentou que “a posse mansa e pacífica não se interrompe quando o possuidor direto propõe medidas judiciais contra o suposto turbador, especialmente se tais medidas de proteção são declaradas improcedentes” (STJ, AR n. 3.449/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 13.02.2008).

Deve o usucapiente possuir *animus domini*, ou, na dicção da lei, “como seu” o imóvel. Controverte a doutrina sobre o exato sentido do *animus domini** consistente na vontade de tornar-se dono, de ter a coisa como sua, de ter a coisa para si - *animus rem sibi habendi*. Existem autores que entendem que o elemento *animus domini* da usucapião estaria ligado à teoria subjetiva de Savigny. Predomina a corrente, porém, que entende o *animus* estar essencialmente ligado à *causa possessionis*, à razão pela qual se possui, não constituindo elemento meramente subjetivo. Possui a coisa como sua quem não reconhece a supremacia do direito alheio. Ainda que saiba que a coisa pertence a terceiro, o usucapiente se arroga soberano e repele a concorrência ou a superioridade do direito de outrem sobre a coisa.

A parte final do art. 1.238 diz que o usucapiente adquire a propriedade, “independentemente de título e boa-fé”. Dispensa o legislador a existência de uma causa jurídica que justifique a posse *ad usucapionem*, por se fundar a usucapião na posse e não no direito à posse. Mais

ainda, admite-se que o possuidor usucapiente conheça os vícios que acometem sua posse. Disso decorre a posse injusta poder gerar usucapião, ao contrário do que afirma parte da doutrina. Remete-se o leitor aos comentários do art. 1.200 do Código Civil. As posses violenta e clandestina somente nascem quando cessam a violência e a clandestinidade, nos exatos termos do art. 1.208, parte final, do Código Civil. Antes, são elas meras detenções, pois impedem a reação do esbulhado, por este desconhecer o ato ilícito ou o conhecer, mas se ver acuado pelo comportamento violento do detentor. Cessadas a violência e a clandestinidade, nasce, então, posse, mas viciada, porque sua origem é ilícita. Pode o esbulhado reagir contra o ato ilícito, usando da tutela possessória. Caso não o faça, a inércia faz fluir contra si o prazo da usucapião.

No que se refere à posse precária, é ela imprestável para usucapião não por ser injusta, mas por faltar ao possuidor *animus domini** já que reconhece a supremacia do direito de terceiro sobre a coisa. Caso, porém, o precarista inverta a qualidade de sua posse, quer alterando a causa (exemplo, o locatário ou comodatário que adquirem a posse indireta sobre a coisa locada ou emprestada), quer por atos de oposição, que demonstrem ao titular do domínio de modo inequívoco o não reconhecimento do direito alheio, deixando clara a vontade do possuidor de alterar a natureza da posse, inverte-se sua qualidade. Continua injusta, mas o esbulho faz nascer ao esbulhado o direito de retomar a coisa, usando a tutela possessória. Caso permaneça inerte em face do esbulho, passa a fluir daí o prazo da usucapião. A existência somente da vontade não altera o caráter da posse, segundo o art. 1.203 do Código Civil. Ninguém pode, apenas mudando de vontade, transformar uma relação possessória existente. A transformação decorre da inversão do título da posse, que decorre de ato negociai ou de conduta inequívoca do possuidor frente ao esbulhado. São casos comuns o de locatários, ou de comodatários, ou de promitentes compradores inadimplentes, que almejam usucapir os imóveis ocupados. A princípio, não se admite tal prática, pois aludidos possuidores diretos admitem a supremacia da situação dos possuidores indiretos, salvo se inverterem a qualidade da posse por atos ostensivos e inequívocos, deixando claro aos titulares do domínio que não mais os reconhecem como tais, ou que não se curvam à sua posição jurídica.

Usucapião de posse-trabalho: Finalmente, o parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil dispõe que o prazo se reduz a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo. É o que o prof. Miguel Reale denomina posse-trabalho, uma “posse socialmente qualificada, isto é, a posse além do exercício de fato de uma das faculdades inerentes à propriedade” (“Visão geral do projeto de Código Civil”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, junho/1998, v. 752, p. 24). O legislador, em tal caso, encurta o prazo da usucapião, como estímulo à conduta socialmente relevante do possuidor. Os requisitos adicionais da posse-trabalho, consistentes na moradia ou realização de investimentos e serviços de caráter produtivo, são alternativos e não cumulativos. Um ou outro atendem à função social da posse. Note-se que tal modalidade não exige a pessoalidade da posse, de tal modo que se aplicam as figuras da *accessio* e da *successio possessionis*.

Direito intertemporal e a redução dos prazos de usucapião: Os arts. 2.028 e 2.029 das disposições finais do Código Civil de 2002 contêm regras de direito intertemporal sobre prazos prescricionais. O art. 2.028 alude apenas aos prazos prescricionais, mas se aplica também aos prazos alterados das modalidades de usucapião, em atenção ao que contém o art. 1.244 do Código Civil. Se as causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição se aplicam à usucapião, parece razoável que igual extensão incida também sobre as normas de direito intertemporal que disciplinam a redução dos prazos prescricionais.

A defeituosa redação do art. 2.028 merece interpretação criativa, seguindo as seguintes regras: no caso de prazo ampliado, aplica-se a lei nova, computando o prazo já decorrido na vigência da lei antiga; no caso de prazo reduzido, já consumado em mais da metade na vigência da antiga lei, aplica-se o antigo Código Civil; no caso de prazo reduzido com porção igual

ou inferior à metade consumado na antiga lei, aplica-se por inteiro o prazo da lei nova a partir de sua vigência. Em tal hipótese, o prazo menor será aplicado, mas se antes de seu vencimento completar-se o prazo antigo, este prevalecerá.

Além disso, o prazo da usucapião por posse-trabalho, reduzido para dez anos, teve um acréscimo de mais dois anos (portanto, doze anos), nos primeiros dois anos de vigência do Código Civil de 2002, a fim de não surpreender os titulares registrários do domínio em seu poder de reação e retomada da coisa.

Parte da doutrina e da jurisprudência entendeu que a usucapião com posse-trabalho constitui nova modalidade de usucapião, razão pela qual todo o prazo decenal (ou de doze anos, nos primeiros dois anos de vigência do atual CC/2002) somente poderia ser computado a contar de janeiro de 2003. Por essa razão o Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de afirmar que o prazo de usucapião regido pelo parágrafo único do mencionado art. 1.238 só pode ser computado a partir da vigência do Código Civil (TJSP, Ap. c/ revisão n. 449.809-4/1, rel. Des. Testa Marchi, j. 23.09.2008).

Tal visão se mostra equivocada. Em texto recente, ainda não publicado e gentilmente cedido por Hamid Charaf Bdine Júnior, “o fato de se tratar de nova modalidade de usucapião não impedia o legislador de determinar que o prazo que antecedeu o novo diploma legal fosse computado na contagem, como o fez expressamente no referido art. 2.029 do CC, do qual consta que ‘até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior’. Desse modo, é possível concluir que o tempo decorrido na vigência do Código revogado deverá ser computado para os fins dessas novas modalidades de usucapião. Essa contagem, porém, poderia surpreender o proprietário que, no dia seguinte ao da entrada em vigor do Código Civil, em janeiro de 2003, perderia a propriedade, para alguém que exercesse posse originalmente injusta - já que na usucapião em exame o justo título e a boa-fé são dispensados. De fato, se o possuidor tivesse posse do imóvel há doze anos, independentemente de justo título e boa-fé no primeiro dia de vigência do Código Civil, e nele houvesse estabelecido sua moradia habitual ou realizado obras e serviços de natureza produtiva, a propriedade lhe seria conferida por intermédio da usucapião disciplinada no parágrafo único do art. 1.238 do CC, sem mais delongas. Nessa hipótese, note-se, o proprietário perderia o imóvel sem tempo para agir em defesa de seu direito, surpreendido pelo abrupto encurtamento do prazo, o que não se pode admitir, nem era intenção do legislador, que procurou afastar essa possibilidade com a regra do art. 2.029 do Código Civil. Como, porém, o parágrafo único do art. 1.238 do CC contempla uma nova modalidade de usucapião, o encurtamento de prazo permitiria, em uma primeira análise, que a aquisição do domínio pelo possuidor pudesse ocorrer nos primeiros dias de vigência do Código. Assim seria, porque os dois anos acrescidos singelamente ao prazo do art. 1.238, parágrafo único, do CC, autorizaria a usucapião com prazo de doze anos, em qualquer hipótese. Para evitar tal conclusão e impedir que o proprietário seja abruptamente surpreendido, a interpretação do art. 2.029 deve ser feita de modo sistemático, com especial destaque para sua parte final, que prevê o acréscimo de dois anos ‘qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior’. Tal compreensão do texto remete à afirmação de que a usucapião por posse-trabalho só será possível após os dois primeiros anos de vigência do Código Civil, o que assegura proteção ao antigo proprietário, sem desprezar o prazo antigo. Destarte, ainda que a posse tenha sido exercida por doze anos antes do novo Código, para a aplicação adequada do mencionado art. 2.029, o prazo para usucapir só se completaria em 2015. Assim, ‘qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior’ (doze anos no exemplo dado), haverá acréscimo de dois anos, o que impede, em absoluto, que a usucapião surpreenda o proprietário. A favor dessa interpretação, pesa o fato de que a frase do parágrafo anterior seria dispensável, assim como todo o dispositivo seria dispensável, se o prazo de posse anterior à vigência do

Código não pudesse ser computado para fins de incidência do disposto no parágrafo único dos arts. 1.238 e 1.242 do CC. E, como é sabido, não é regra adequada de interpretação concluir pela inaplicabilidade ou pela inutilidade do dispositivo. Acrescente-se que a situação ora em exame não se confunde com as dos arts. 183 e 191 da CF, cuja incidência só foi admitida pela jurisprudência para período posterior à da edição do texto constitucional (STF, AI no Ag. Reg. n. 290.022, rel. Min. Nelson Jobim, j. 20.02.2001), pois, para essas situações não havia regra de transição expressa e o risco de prejuízo aos proprietários acabou sendo a razão determinante para a imediata incidência da regra”.

Em suma, o art. 2.029 contém regra explícita de direito intertemporal que preserva o direito de defesa do proprietário registrário, o qual perderá o imóvel por usucapião. Admite-se a utilização do prazo já decorrido no regime do Código Civil de 1916, desde que o biênio adicional a que alude o art. 2.029 decorra na vigência do Código Civil de 2002, permitindo ao dono evitar a consumação da prescrição aquisitiva.

Jurisprudência: É possível a transformação do caráter originário da posse direta, de não própria para própria. (STJ, REsp n. 220.200/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.09.2003)

Ação reivindicatória. Usucapião alegado como defesa. Admissibilidade. Aplicação da Súmula n. 237 do STF. Desnecessidade de intervenção do Ministério Público, ante a inexistência de interesse público. Improcedência do pedido reivindicatório. Apelação desprovida. 1 - Perfeitamente possível a alegação como defesa, na ação reivindicatória, da posse *ad usucapionem*, conforme texto expresso da Súmula n. 237 do Supremo Tribunal Federal. Tal defesa, entretanto, apenas se presta para demonstrar a falta de um dos requisitos exigíveis ao êxito da pretensão reivindicatória (posse injusta dos réus), sendo que a declaração dominial só poderá se dar através de ação específica de usucapião. 2 - Por tal razão, na ação reivindicatória, o interesse revelado é apenas de ordem particular, restrito às partes litigantes, não exigindo a intervenção do agente ministerial, que só será processualmente necessária, sob pena de nulidade, na ação de usucapião eventualmente promovida. (TJPR, Ap. cível n. 14.795-3, 1ª Câmara Cível, rel. Oto Luiz Sponholz, j. 13.08.1991)

Usucapião extraordinário. Período superior a vinte anos de ocupação. Justo título. Desnecessidade. Boa-fé presumida *ex vi legis* (CC anterior, art. 550). Matéria arguível em defesa. Prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7 do STJ. I - Não padece de nulidade o acórdão que enfrenta as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas com conclusão desfavorável à parte. II - Reconhecimento da prescrição aquisitiva extraordinária, pela ocupação do imóvel por período superior a vinte anos, trazendo presunção legal de boa-fé e dispensando o justo título, a prevalecer sobre a pretensão reivindicatória do autor. III - "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" - Súmula n. 7 do STJ. IV - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 316.453, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.09.2004, DJ 06.12.2004)

Usucapião. A posse que gera usucapião é unicamente a exercida a título de dono. Apenas a detenção da posse, mesmo continuada e pacífica, não autoriza a aquisição do domínio. Não induzem posse *ad usucapionem* atos de mera permissão, tolerância, cessão gratuita ou ocupação consentida pelo proprietário. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 243.224-1, 4ª Câmara de Férias "A" de Direito Privado, rei. Barbosa Pereira, j. 28.02.1996)

Usucapião extraordinário. Comprovação dos requisitos. Mutação da natureza jurídica da posse originária. Possibilidade. O usucapião extraordinário - art. 550, CC - reclama, tão somente: a) posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com *animus domini*, b) o decurso do prazo

de vinte anos; c) presunção *juris et de jure* de boa-fé e justo título, "que não só dispensa a exibição desse documento como também proíbe que se demonstre sua inexistência". E, segundo o ensinamento da melhor doutrina, "nada impede que o caráter originário da posse se modifique", motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força *ad usucapionem*. Precedentes. Ação de usucapião procedente. Recurso especial conhecido, com base na letra c do permissivo constitucional, e provido. (STJ, REsp n. 154.733, 4ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 05.12.2000, DJ 19.03.2001)

Apelação cível. Usucapião de bem imóvel. Ação de usucapião. Aplicação do Código Civil revogado. Por força do art. 2.028 do Código Civil em vigor, aplica-se ao caso dos autos a Lei 3.071/1916. Posse que não configura o usucapião extraordinário (art. 550 do CC/1916), já que inferior a vinte anos; nem ordinário (art. 551 do CC/1916), por inexistente justo título e boa-fé; ou constitucional (art. 183 da CF/1988), uma vez que o imóvel possui área superior a 250 m². Plasmado, já na exordial, que o pedido é juridicamente impossível, impõe-se o indeferimento da inicial e a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, com fulcro no inciso I do art. 267 combinado com o inciso I do art. 295 e parágrafo único, III, do mesmo art. 295, todos do CPC. Recurso improvido. (TJRS, Ap. cível n. 70.007.248.677, 18ª Câ. Cível, rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 20.05.2004)

Usucapião extraordinário. Provada a posse vintenária e o ânimo de dono, a demanda procede. Não se exige, no caso, prova de posse com boa-fé e gerada por justo título. Contrato de compra e venda. Irrelevante para o desdobramento da posse se o contrato não foi adimplido há mais de 25 anos. Sentença confirmada. (TJRS, Ap. cível n. 598.156.511, 17ª Câ. Cível, rel. Luciano Ademir José D'Ávila, j. 13.04.1999)

Usucapião. Enfitese. Bem público. Domínio útil pertencente a particular. Suscetibilidade desse domínio ser usucapido. A lei impede a usucapião do domínio pleno do bem público, mas não do domínio útil, por se tratar de direito real limitado e porque a ação, no caso, não se endereça contra o estado, mas contra o titular do domínio útil. Apelo improvido. (TJRS, Ap. cível n. 587.006.594, 6ª Câ. Cível, rel. Luiz Fernando Koch, j. 26.05.1987)

Usucapião. Posse. Relação de emprego. Alteração dos fatos. Litigância de má-fé. Quem recebe um imóvel, como empregado, para residir com a família, facilitando o desempenho do trabalho, não pode alegar posse apta e de boa-fé, a fim de objetivar o usucapião. Por outro lado, age de má-fé quem altera a verdade dos fatos e datas, para ajustar o pedido usucapiendo a uma possibilidade de sucesso em juízo. Incidência do art. 17, inciso II, do CPC. Apelo desprovido. Recurso adesivo provido. (TJRS, Ap. cível n. 197.217.581, 5ª Câ. Cível, rel. Silvestre Jasson Ayres Torres, j. 16.04.1998)

Recurso especial. Reintegração de posse. Ilhas fluviais. Bens de domínio do estado. Permissão de uso. Esbulho possessório. Usucapião. Impossibilidade. Violação a dispositivos de lei federal e dissídio jurisprudencial não demonstrado. Recurso não conhecido. As ilhas fluviais não pertencentes à União incluem-se entre os bens do estado. Os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião. Ademais, o requerimento para permissão de uso e o pagamento da taxa de ocupação afastam eventuais dúvidas quanto à precariedade da posse por parte daquele que recebera a coisa e se recusa a restituí-la, caracterizando o esbulho. Questionar títulos exibidos como de propriedade, ou a prova da posse ou ainda a validade da permissão, implicaria afronta a Súmula n. 7, deste Superior Tribunal. A configuração do dis-

sídio não basta indicar ementas ou fazer breves transcrições, desacompanhadas do indispensável confronto analítico. (STJ, REsp n. 73.696, 2ª T., rel. Min. Hélio Mosimann, j. 05.02.1996, DJ 11.03.1996)

Usucapião. Sociedade de economia mista. CEB. O bem pertencente à sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião. Precedente. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp n. 120.702, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.06.2001, DJ 20.08.2001)

Usucapião. Bem pertencente à sociedade de economia mista. Possibilidade. *Animus domini*. Matéria de fato. Bens pertencentes à sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião. Dissonância interpretativa insuscetível de configurar-se tocante ao *animus domini* dos usucapiantes em face da situação peculiar de cada caso concreto. Súmula n. 7 do STJ. Recurso especial conhecido, em parte, pela divergência jurisprudencial, mas improvido. (STJ, REsp n. 37.906, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 29.10.1997, DJ 15.12.1997)

Usucapião. Sociedade de Economia Mista. CEB. O bem pertencente a sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião. (STJ, REsp n. 120.702/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.06.2001)

Usucapião. Bem com cláusula de inalienabilidade. Testamento. Art. 1.676 do CC. O bem objeto de legado com cláusula de inalienabilidade pode ser usucapido. Peculiaridade do caso. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 418.945, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.08.2002, DJ 30.09.2002)

Direito civil. Usucapião. Aquisição do imóvel por contrato de promessa de compra e venda. Bem gravado com cláusula de inalienabilidade. Aquisição por usucapião. Possibilidade. Precedentes. Recurso provido. Na linha dos precedentes desta Corte, a existência de cláusula de inalienabilidade não obsta o reconhecimento do usucapião, uma vez tratar-se de modalidade de aquisição originária do domínio. (STJ, REsp n. 207.167, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.06.2001, DJ 03.09.2001)

Usucapião. Aquisição entre condôminos. Possibilidade. Prova da posse *animus domini*. Falta de provas dos requisitos. Conquanto admissível à aquisição por um dos condôminos da coisa comum, o simples fato de residir no imóvel não é prova da posse *animus domini*, já que o condômino tem o direito de usar livremente da coisa (art. 623,1, do CC). A aquisição via usucapião de um condômino contra os demais depende da prova da modificação da posse. Hipótese em que permaneceu um dos condôminos residindo no imóvel com o consentimento dos demais. Falta de prova, também, da ocupação vintenária. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. n. 196.047.682, 9ª Câ. Cível, rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 27.08.1996)

Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *statu quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*suppressio*). Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp n. 214.680, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.08.1999, DJ 16.11.1999)

Condomínio. Ação de reintegração de posse. Alegação do apelante da ocorrência de transcurso do tempo capaz de ensejar a usucapião de área comum do condomínio referente a prédio de apartamentos. Impossibilidade por parte de qualquer condômino. A composesse

sobre as partes de uso comum do edifício de apartamentos é perpétua, no sentido de que não se extinguirá enquanto existir o prédio como entidade econômica e conjunto útil. Sendo o proprietário de apartamento um comunheiro das partes do edifício não constitutivas da propriedade exclusiva de cada um, por mais que dure a ocupação exclusiva jamais se converterá em domínio daquele que dela se assenhoreou a parte comum do edifício. Quanto ao pedido de indenização pelo apelante isso não é possível em face de que, não cabendo ser usucapida a área objeto da ação, não há qualquer direito de se receber quantia referente à ocupação da área comum. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 128.899-4, 6ª Câ. de Direito Privado, rel. Sebastião Amorim, j. 01.08.2002)

Usucapião. Área comum. Não tem amparo legal a pretensão de condômino de usucapir área comum do edifício. Posse, mesmo que prolongada, é sempre dotada de precariedade, revogável a qualquer tempo a autorização de uso, pela massa condominial. Além do mais, as áreas comuns são institucionais, constituindo-se requisitos para a caracterização do condomínio horizontal e não podem ser usucapidas. (TJSP, Ap. cível n. 74.501-4, 3ª Câ. de Direito Privado, rel. Alfredo Migliore, j. 09.02.1999)

É da melhor doutrina deverem ser excluídos da possibilidade de invocar usucapião "os que, temporariamente, exercem posse direta sobre a coisa, em decorrência de obrigação ou direito, tais como o locatário, o comodatário, o usufrutuário e o credor pignoratício. Nenhum deles possui com *animus domini* porque, em virtude da causa da posse, se torna impossível possuírem a coisa como proprietários. Nesse sentido, confirmam-se os arestos sobre comodato publicados em RT542/212,637/162 e 168, bem como o inserto da RJTJESP, Lex, 92/245. Examine-se, ainda, a JTJ, Lex, 155/133" (SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens móveis e imóveis*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 49). Também é cediço que todos aqueles que exercem posse direta decorrente de direito pessoal de uso ou gozo da coisa dispõem de posse subordinada, diversa daquela exercida pelos que, para conferir direitos dessa natureza, entregam a coisa a terceiros, a chamada posse autônoma. Ora, assim "desdobrada, pois, a relação possessória, poderá o possuidor direto promover a defesa pelos interditos, mas, à falta de autonomia da posse, não poderá valer-se de posse *ad usucapionem* para atingir o domínio, já que originada de obrigação, uma vez que o verdadeiro possuidor ostenta a posse indireta sobre a coisa" (RIBFJRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo, Saraiva, v. 1/619, n. 171) (TJSP, Ap. cível n. 14.696-4, rel. J. R. Bedran). (Lex-TJSP206/152,1998)

Usucapião extraordinário. Ação julgada improcedente por falta do requisito temporal. Autor menor, sob o pátrio poder de herdeiro do imóvel. Causa impeditiva da prescrição aquisitiva. Art. 168, II, do Código Civil. Inexistência. Falta de oposição do pai. Prescrição aquisitiva. Instituto de direito patrimonial. Possibilidade do menor exercer posse com *animus domini*. Recurso provido para julgar a ação procedente (TJSP, Ap. cível n. 2.226-4, rel. Cunha Cintra). (Lex-TJSP 200/166,1998)

Condomínio. Ação de Reintegração de Posse. Alegação do apelante da ocorrência de transcurso do tempo capaz de ensejar a usucapião de área comum do condomínio referente a prédio de apartamentos. Impossibilidade por parte de qualquer condômino. A composses sobre as partes de uso comum do edifício de apartamentos é perpétua, no sentido de que não se extinguirá enquanto existir o prédio como entidade econômica e conjunto útil. Sendo o proprietário de apartamento um comunheiro das partes do edifício não constitutivas da propriedade exclusiva de cada um, por mais que dure a ocupação exclusiva jamais se converterá em domínio daquele que dela se assenhoreou a parte comum do edifício. Quanto ao pedido de indenização pelo apelante, isso não é possível em face de que, não cabendo ser usucapida a área obje-

to da ação, não há qualquer direito de se receber quantia referente à ocupação da área comum (TJSP, Ap. cível n. 128.899-4/0-00, rel. Sebastião Amorim). (*Lex-TJSP* 262/219,2003)

Usucapião. Especial urbano. Imóvel inserido em loteamento irregular. Irrelevância. Modo originário de aquisição da propriedade que ignora comportamento anterior. Posse aparentemente antiga e consolidada. Ação proposta pelo adquirente. Hipótese em que não há fraude à Lei federal n. 6.766/79. Facultatividade do litisconsórcio entre diversos outros moradores de lotes vizinhos. Desnecessidade, ademais, da municipalidade figurar no polo passivo da ação a fim de se determinar a regularização do parcelamento e implantação de obras de infraestrutura. Prosseguimento do feito. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 461.907-4/7-OO/Cotia, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Francisco Loureiro, j. 15.03.2007, v.u.)

Embargos infringentes. Condomínio edilício. Vagas indeterminadas de garagem. Último sorteio ocorrido há vinte anos. Pedido de antigo adquirente de unidade autônoma para efetuar novo sorteio, rejeitado pelo voto dos demais condôminos em assembleia. Situação sedimentada, com a qual concordou o autor por mais de dez anos. Boa-fé objetiva e sua função de controle do exercício de direitos. *Supressio* e *venire contra factum* próprio. Voto minoritário no sentido de que cada condômino estacionará seu veículo em local à sua escolha, por ordem de chegada. Foco de conflitos entre condôminos, contrário à função e natureza da própria convenção de condomínio. Embargos infringentes rejeitados. (TJSP, Embargos infringentes n. 304.405.4/3-02, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Francisco Loureiro, j. 12.02.2006)

Civil. Usucapião. Prazo. O tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e a sentença não pode ser computado para o efeito do usucapião. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 30.325/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 16.05.2002)

Usucapião. Pleito julgado improcedente. Ausência de prova de posse pelo período aquisitivo legal de 15 anos. Aplicação do prazo prescricional de 10 anos previsto no parágrafo único do art. 1.238 do CC descabida. Ausência de pedido nesse sentido na peça inicial, ou mesmo de comprovação de seus requisitos no curso do feito. Lapso temporal que, ademais, no caso dos autos deve ser acrescido de 2 anos, por força do disposto no art. 2.029 do mesmo diploma da lei. Apelo desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 439.975.4/0, rel. Des. Galdino Toledo Júnior, j. 11.03.2008)

Usucapião. Apresentação de certidões negativas fiscais e previdenciárias, além de habite-se, como pressuposto para o julgamento da ação. Não cabimento. Sentença meramente declaratória de propriedade, em razão de posse prolongada e qualificada pelos requisitos previstos em lei. Posse sobre acessões que se incluem na usucapião. As averbações posteriores, relativas às acessões erigidas no bem usucapido, devem passar, em tempo e momento oportunos, pelo exame qualificador do oficial do registro de imóveis. Recurso provido, para que a ação seja julgada sem necessidade dos documentos exigidos na decisão agravada. (TJSP, Al n. 610.625.4/0-00, rel. Francisco Loureiro, j. 04.12/2008)

Usucapião. Cohab. Sociedade de economia mista. Sentença que resolveu compromisso de compra e venda de imóvel há mais de dez anos, sem ter sido executada. A posse direta e justa que se converteu em injusta, marcada pelo vício da precariedade, em princípio, não gera usucapião. Possibilidade de demonstrar a inversão da causa da posse, com efetiva demonstração do *animus domni*. Provas dos autos insuficientes à finalidade pretendida pela autora, de inversão da qualidade da posse. Sentença improcedente. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 586.046.4/9-00, rel. Francisco Loureiro, j. 04.06.2009)

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame reproduz integralmente o disposto no art. 191 da Constituição Federal. Na verdade, a Constituição Federal reproduziu o texto do então projeto do Código Civil, elaborado na década de 1970.

A usucapião especial rural, conhecida também como *pro labore*, está inserida no capítulo da política agrícola e fundiária da Constituição Federal e tem nítido escopo de fixar o homem ao campo, conferindo a possibilidade de, em curto espaço de tempo, atribuir propriedade ao possuidor que pessoalmente deu função social à gleba rural, tornando-a produtiva e nela fixando moradia. De um lado, o prazo é exíguo, com o fim de estimular essa modalidade de usucapião. De outro lado, limita-se a categoria destinatária do benefício, mediante a criação de uma série de requisitos objetivos e subjetivos.

A Lei n. 6.969/81 já tratava da usucapião especial rural, embora com alguns requisitos distintos do art. 191 da CF. Assim, a área máxima usucapível, que era de 25, passou a 50 ha. Admitia-se usucapião de terras públicas devolutas, o que hoje é vedado por força de regra expressa no parágrafo único do art. 191 da Constituição. Tal quadro permite concluir que, no tocante à usucapião rural, o quinquídio não se inaugura no ano de 1988, por não se tratar de instituto novo. Somente pode se cogitar de surpresa ao proprietário no que se refere a áreas superiores a 25 e inferiores a 50 ha, medida não contemplada na legislação de 1981.

Como dito, o artigo em exame cria uma série de requisitos especiais subjetivos e objetivos. Tais requisitos somam-se àqueles básicos da usucapião extraordinária, quais sejam: posse contínua, pacífica e com *animus domini*. Quanto aos requisitos subjetivos, somente a pessoa natural pode ser autora desta modalidade de usucapião, porque não se cogita de pessoa jurídica estabelecendo moradia própria ou com sua família na gleba rural.

O usucapiente não pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Tal vedação diz respeito somente ao período do quinquídio aquisitivo. É irrelevante que o usucapiente tenha sido dono antes, ou que passe a ser dono depois de consumir o prazo necessário à usucapião, ainda que antes do ajuizamento da ação, pois a sentença é declaratória e apenas reconhece aquisição originária preexistente. Fala a lei em propriedade, de modo que nada impede o usucapiente ser possuidor, ou titular de direito real de gozo, fruição ou de garantia sobre coisa alheia. A vedação diz respeito à propriedade plena, de modo que não alcança a propriedade fiduciária, que constitui patrimônio de afetação com escopo de garantia, e nem o direito de superfície, que tem por objeto apenas a construção ou plantação temporariamente separada do solo. Em determinadas situações, o condomínio não constitui óbice subjetivo à usucapião rural, quando ficar evidenciado que a fração ideal e a ausência de posse impedem que o usucapiente estabeleça no imóvel comum sua moradia, ou o torne produtivo com seu trabalho. Já se julgou que condômino com posse localizada pode requerer usucapião especial rural da gleba que ocupa com exclusividade (*RJTJSP* 96/249).

O que deseja evitar o legislador é a especulação, mediante extensão indevida da usucapião social a destinatários que tenham condições econômicas de adquirir a gleba a título oneroso. Em tal hipótese, encaixa-se o titular de direito real ou pessoal de compromissário comprador de gleba distinta, já imitado na posse. Trata-se de direito de aquisição, no qual a propriedade remanesce vazia de conteúdo nas mãos do promissário vendedor, apenas com o fim de garantia do recebimento do preço. Não teria sentido admitir que o compromissário

comprador, já titular dos direitos de usar, fruir e mesmo ceder direitos sobre uma gleba, gozasse do favor da usucapião especial sobre gleba distinta.

Não cabe ao usucapiente provar fato negativo, o de não ser proprietário de imóvel distinto. Quando muito, podem-se exigir certidões negativas imobiliárias da comarca na qual se situa o imóvel usucapiendo. O contestante é que prova o fato positivo da propriedade sobre outro imóvel durante o lapso temporal aquisitivo.

No que se refere ao objeto, a gleba usucapiente deve situar-se em zona rural, fora, portanto, do perímetro urbano, não bastando sua destinação rústica. O limite máximo usucapível é de 50 ha. Não cabe ao usucapiente decotar posse sobre gleba maior para obter a usucapião especial, pois tal conduta colheria de surpresa o proprietário registrário. Durante todo o quinquênio deve a posse estar limitada ao teto previsto pelo legislador.

Pode ocorrer da gleba ser inferior ao módulo rural. Há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, mas, se a finalidade de tornar a gleba produtiva for preenchida pelo possuidor, o melhor entendimento é admitir a usucapião, em razão da natureza originária de aquisição (a favor, *RJTJSP* 209/266 e 247/75; *RT* 681/602 e 693/133; contra, *RT* 652/65 e *RJTJSP* 133/148). Ressalva-se a ocorrência de fraude à lei, em especial nos casos nos quais há negócio jurídico de alienação da gleba, pretendendo o adquirente contornar a vedação cogente com o instituto da usucapião, o que se mostra inadmissível.

Exige a lei, ainda, dois outros requisitos objetivos cumulativos, o usucapiente ter tornado a gleba produtiva, com trabalho próprio e de sua família, e nela ter estabelecido sua moradia. Destaca-se o caráter de pessoalidade da posse, exigindo o legislador que a gleba seja produtiva pelo trabalho do possuidor, sem necessidade de demonstrar que antes era a gleba inculta. É preciso que o usucapiente demonstre o desenvolvimento de atividade agrícola, pecuária, extrativa ou agroindustrial no imóvel, que deve já estar produzindo ou, ao menos, apto a produzir. Nada impede a utilização de prepostos ou empregados, desde que somem esforços ao trabalho pessoal do possuidor e de seus familiares. Não basta o trabalho, devendo, também, o possuidor estabelecer na gleba sua moradia.

Note-se, finalmente, que o legislador deliberadamente não estendeu à usucapião especial rural uma das limitações aplicadas somente à usucapião especial urbana, qual seja, a de que o direito não pode ser reconhecido ao possuidor mais de uma vez. Pode, portanto, o possuidor que já se beneficiou anteriormente do instituto e alienou a gleba usucapida, inaugurar um novo período de posse quinquenal sobre outra gleba rural. A regra tem razão de ser, porque há interesse social não somente em proporcionar a aquisição de gleba rural à população carente, mas também tornar novas glebas produtivas.

A questão da possibilidade da soma das posses para fins de usucapião especial rural será examinada nos comentários ao art. 1.243.

Jurisprudência: Apelação cível. Usucapião de bens imóveis. Ação de Usucapião Constitucional Rural. Requisito moradia no imóvel usucapiendo não satisfeito. Pedido improcedente. O usucapião constitucional é previsto no art. 191 da Constituição Federal/88 e exige, para a consubstanciação da prescrição aquisitiva: localização em zona rural; não possuir o prescribente outro imóvel rural ou urbano; a posse mansa e pacífica das terras, com ânimo de dono, por mais de cinco anos; possuir área inferior a 50 hectares; residir no imóvel e torná-lo produtivo por trabalho seu ou de sua família. Caso não seja satisfeito qualquer dos requisitos exigidos pela Carta Constitucional, a propriedade não é adquirida. No caso concreto, restou incontroverso pela prova dos autos que o autor não mora efetivamente na área que pretende usucapir, mas sim em terras contíguas, de propriedade de sua mãe. Desatendido um dos requisitos de consubstanciação do usucapião constitucional, é de se julgar improcedente a ação. Negado provimento ao recurso. (TJRS, Ap. cível n. 70.007.513.310, 18ª Câmara Cível, rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 20.05.2004)

Usucapião especial rural da Lei n. 6.969/81. Ausência de requisitos legais. Falta de comprovação de posse própria, de atividade de típica, produção agrícola. Área, ademais, situada em zona urbana, sem demonstração de destinação especificamente rural e, o que é decisivo, em região de preservação de mananciais da Mata Atlântica (Represa Billings), de inegável interesse ecológico. Improcedência mantida. Apelação não provida. (TJSP, Ap. cível n. 260.622-1, 2ª Câ. de Direito Privado, rel. J. Roberto Bedran, j. 27.08.1996)

Usucapião. Especial. Imóvel rural. Área destinada ao exercício de atividade agrícola. Irrelevância de localizar-se em perímetro urbano. Prosseguimento do processo determinado. Recurso provido. (TJSP, JTJ 121/154)

Usucapião. Extraordinário. Imóvel rural. Área inferior ao módulo regional mínimo. Admissibilidade. Prevalência das regras do Código Civil, em matéria de usucapião, sobre o art. 65 da Lei federal n. 4.504/64. Possibilidade jurídica do pedido e interesse processual existentes. Prosseguimento do feito ordenado. Recurso provido. (TJSP, JTJ 247/75)

Usucapião. Imóvel rural. Área inferior ao módulo. Irrelevância. Observância do sentido social e da defesa da propriedade útil e bem trabalhada. Ação procedente. Recurso não provido. (TJSP, JTJ 190/164)

Usucapião. Imóvel rural. Área inferior ao módulo rural. Irrelevância. Usucapião que visa regularizar e estabilizar o domínio das terras, consumando-se quando o possuidor perfaz o tempo exigido pela lei. Hipótese, ademais, de posse localizada antes do advento do Estatuto da Terra. Carência afastada. Recurso provido para esse fim. (STJ, JTJ 141/194)

Usucapião. Especial rural ou *pro labore*. Prova do efetivo cultivo da terra e de que nela teve sua moradia durante todo o quinquênio. Falta. Impossibilidade jurídica do pedido. Sentença confirmada. (TJSP, JTJ 137/300)

Usucapião especial rural. Lei n. 6.969/81. Não demonstrada a produtividade da área usucapienda, requisito essencial nesse tipo de usucapião. Improcede a ação. Sentença confirmada. Apelação improvida. (TJRS, Ap. cível n. 70.000.860.726, 18ª Câ. Cível, rel. José Francisco Pellegrini, j. 28.02.2002)

Usucapião especial. Lotes de dimensão urbana. Área não destinada à produção rural. Carência de ação. Cuidando-se de lotes de dimensão urbana, utilizados como moradia, sem qualquer destinação rural, que não atendem nem às disposições da Lei n. 6.969/81 e art. 191 da CF, nem do art. 183 da mesma Carta, é de ser decretada a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Em sede de reexame, sentença reformada, decretando-se a carência de ação. (TJRS, Reexame necessário n. 70.001.839.984, 17ª Câ. Cível, rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 12.12.2000)

Usucapião especial *pro labore*. Imóvel rural. Demonstração dos requisitos exigidos pelo art. 191 da Constituição da República. Varão que exerce atividade laborativa em propriedades vizinhas. Irrelevância. "... a Lei Maior não intenta impedir o progresso e a melhoria de vida das pessoas que, com o fruto do empenho laborativo, procuram lograr melhores condições de caráter financeiro. Área inferior ao módulo rural. Irrelevância". "Não obstante aludidos módulos tenham em mira o desdobramento comum de propriedade, não pode funcionar como obstáculo para que um instituto constitucional atinja seu desiderato." Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 269.642-1, rel. Rebouças de Carvalho, j. 19.08.1996)

Usucapião. Especial rural da Lei n. 6.969/81. Ausência de requisitos legais. Falta de comprovação de posse própria, de atividade de típica produção agrícola. Área, ademais, situada em zona urbana, sem demonstração de destinação especificamente rural e, o que é decisivo, em região de preservação de mananciais da Mata Atlântica (Represa Billings), de inegável interesse ecológico. Improcedência mantida. Apelação improvida. (TJSP, Ap. cível n. 260.622-1, rel. J. Roberto Bedran, j. 27.08.1996)

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados» por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame reproduz integralmente o disposto no art. 183 da Constituição. Na verdade, a Constituição Federal é que reproduziu o texto do então projeto do Código Civil, elaborado na década de 1970. A usucapião especial urbana, conhecida por usucapião *pro moradia*, está inserida na Carta Magna no capítulo da política urbana e se volta à regularização fundiária e garantia do direito fundamental à moradia para a população de baixa renda.

O art. 9º do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) também disciplina a usucapião individual especial urbana, em preceito aparentemente semelhante ao ora em comento, mas que guarda algumas diferenças quanto aos requisitos objetivos, com menção à limitação das áreas de terreno e de construção, bem como quanto às regras de transmissão da posse por ato *causa mortis*. Tal artigo, por disciplinar exatamente a mesma situação jurídica, voltada aos mesmos destinatários, encontra-se revogado pelo art. 1.240 do Código Civil, ora em exame, lei posterior que trata da mesma matéria. Em outras palavras, as alterações introduzidas pelo art. 9º do Estatuto da Cidade tiveram vida curta, não sobrevivendo à vigência do Código Civil de 2002. A usucapião coletiva do art. 10 da Lei n. 10.257/2001, porém, que trata de situação diversa, encontra-se em plena vigência e não foi alterada pelo Código Civil de 2002.

O prazo da usucapião especial urbana é de cinco anos e o quinquênio somente se inaugura no ano de 1988, não se computando prazo anterior à Constituição Federal, por se tratar de instituto novo (*RTJ* 166/237, 165/371, 175/352 e 165/348).

De um lado, o prazo é exíguo, com o fim de estimular essa modalidade de usucapião. De outro lado, a categoria destinatária do benefício é limitada mediante uma série de requisitos objetivos e subjetivos. Note-se que os requisitos básicos de todo usucapião estão implícitos no art. 1.240, ou seja, a posse deve ser contínua, pacífica e com *animus domini*.

Quanto aos requisitos subjetivos, somente a pessoa natural pode ser autora desta modalidade de usucapião, pois não se cogita de pessoa jurídica estabelecendo moradia própria ou com sua família no lote urbano. Nada impede que diversos compossuidores, familiares ou não, desde que preencham os demais requisitos previstos no art. 1.240, figurem todos no polo ativo. Não pode o usucapiente ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. A respeito de tal requisito, remete-se o leitor aos comentários ao artigo anterior, aqui se aplicando, em tal ponto, tudo o que lá foi dito.

No que se refere aos requisitos especiais objetivos, deve a área usucapida situar-se em zona urbana. O critério é por localização e não por destinação da área, descabendo usucapião

sobre imóvel situado na zona rural, mas com finalidade urbana. A área de superfície máxima do terreno é de 250 m². Pouco importa que a construção tenha área superior à do terreno, edificada em mais de um pavimento (*RT675/89*). Cabe inclusive a modalidade especial para usucapir unidade autônoma em condomínio edilício, consoante dispõe o Enunciado n. 85 do CEJ: “Para efeitos do art. 1.240, *caput* do novo Código Civil, entende-se por ‘área urbana’ o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios” Em tal caso, é razoável que a área de superfície a ser levada em conta seja a total, a área privativa da unidade autônoma somada à fração ideal do terreno (*RDI12/201*).

Como referido nos comentários ao artigo anterior, não pode o usucapiente manter posse de gleba maior, mas dela decotar a área de superfície de 250 m² apenas para obter usucapião especial. A conduta significaria inegável surpresa ao titular do registro, pois suprimiria o prazo suplementar para as demais modalidades de usucapião. Durante todo o quinquênio, deve a posse obedecer ao limite de área fixado no artigo em exame. Como já visto, nada impede, por outro lado, que a gleba usucapienda seja de dimensões inferiores ao tamanho mínimo de lotes, previsto no art. 4º da Lei n. 6.766/79, ou em legislação municipal.

O § 2º do art. 1.240 do atual Código Civil reza que a usucapião urbana e a concessão especial de uso não serão reconhecidas ao possuidor mais de uma vez. A restrição se limita à usucapião especial urbana, não se estendendo, portanto, à usucapião especial rural, que, como visto, pode ser postulada mais de uma vez pelo usucapiente. Impede o legislador, assim, que o usucapiente se beneficie mais de uma vez da figura protetiva da usucapião especial urbana. Nada impede, portanto, já ter requerido anteriormente outra modalidade de usucapião, desde que não seja proprietário ao tempo no qual corre o prazo quinquenal; ou, ao contrário, que, após usar a prerrogativa do art. 1.240, requeira, em relação a imóvel diverso, usucapião rural, ordinária ou extraordinária.

O § 1º do artigo diz que o título de domínio e a concessão de uso serão concedidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. O que permite o preceito é a pessoa solteira, casada, ou vivendo em regime de união estável, poder ajuizar individualmente a ação de usucapião, sem consentimento do outro cônjuge ou necessidade de que este figure como litisconsorte ativo necessário. A situação tem especial utilidade nos casos de casais separados de fato, permitindo ao possuidor usucapir em nome individual o imóvel e, desde que todo o prazo quinquenal tenha corrido após a separação de fato, o bem se tornará próprio, sem comunicação ao consorte. Caso, porém, o prazo quinquenal para a usucapião tenha corrido na constância de união estável ou do casamento, pode qualquer um dos cônjuges figurar sozinho no polo ativo da demanda, mas a procedência da ação a ambos beneficiará, tornando o imóvel comum.

A alusão da incidência de algumas das regras da usucapião à concessão de uso especial para fins de moradia não deveria constar do Código Civil, que dela não trata no *caput* do preceito, nem em outros dispositivos. A figura da concessão estava prevista nos arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade, os quais, porém, receberam veto do Presidente da República e atualmente é disciplinada pela Medida Provisória n. 2.220/2001.

Jurisprudência: Ação de usucapião ordinário. Inexistência de justo título. Usucapião constitucional. 1 - Entende-se por justo título o documento hábil para transferir o domínio, só não o fazendo por ser portador de falhas ou defeitos. Faltando o justo título, não há falar em usucapião ordinário. 2 - Demonstrado que os autores detêm a posse mansa, pacífica e sem interrupção, de uma área urbana de 255,81 m², há mais de dez anos, não sendo proprietários de outro imóvel urbano ou rural, aplicável se mostra o princípio da função social da propriedade, impondo-se a declaração de domínio com base no art. 183 da CF. 3 - Possibilidade de usucapião de área pouco superior a 250 m², com base na Constituição Federal, insignificância da diferença de metragem, e aplicação, por analogia, do disposto no parágrafo

único do art. 1.136 do Código Civil então vigente. (TJRS, Ap. cível n. 70.007.119.803, 19ª Câmara Cível, rel. Des. José Francisco Pellegrini, j. 13.04.2004)

Usucapião. Especial. Imóvel urbano. Não utilização, pelos autores, como moradia. Ocupação por inquilino. Indeferimento da inicial e extinção do processo sem exame do mérito. Não preenchimento de todos os requisitos exigidos no art. 183 da Carta Magna. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 102.798-4, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Carlos Roberto Gonçalves, j. 02.05.2000)

Usucapião especial urbano. Art. 183 da Constituição Federal. Requisitos não preenchidos. Alegada posse sobre área superior ao limite estabelecido constitucionalmente ao usucapião urbano. Não se mostra passível de usucapião na modalidade especial propriedade com área superior ao parâmetro constitucional, cujo instituto tem por objetivo primordial regularizar a posse sobre pequenas áreas urbanas àqueles que não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. Recurso de apelação improvido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.004.670.550, 18ª Câmara Cível, rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 16.09.2004)

Apelação cível. Ação de usucapião especial urbano. Configuração dos requisitos estabelecidos no art. 183 da CF/1988, indispensáveis ao reconhecimento do direito pleiteado. O objeto do usucapião vem a ser apenas parte do total da área do imóvel em questão, sendo viável reduzir tal área ao limite constitucional de 250 m² com o fim de usucapi-la. Apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.002.229.748, 19ª Câmara Cível, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, j. 26.11.2002)

Usucapião constitucional. Imóvel urbano. Alegação, pela municipalidade, de o imóvel estar localizado em loteamento irregular. Questão administrativa, relativa à aprovação de parcelamento do solo, que não obsta o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Aplicação do art. 183 da Constituição Federal, c/c os arts. 941 e segs., do Código de Processo Civil. Honorários do perito devidos pela contestante. Ação julgada procedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 115.268-4, rel. Zélia Maria Antunes Alves, j. 19.02.2001)

A manutenção de pequeno comércio em imóvel também utilizado para moradia não impede o reconhecimento de usucapião constitucional, previsto no art. 183 da Constituição Federal. (RT74A/361)

Usucapião especial urbano. Ação ajuizada em caráter individual com a finalidade do reconhecimento de domínio exclusivo sobre um cômodo de habitação coletiva. Inadmissibilidade. Situação a viabilizar em tese a ação de usucapião especial urbano coletivo, na qual a legitimidade *ad causam* é deferida a todos os moradores em litisconsórcio necessário ou à associação que os representa. Aplicação das regras dos arts. 9º, 10 e 12 da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Petição inicial indeferida. Recurso do casal autor desprovido (TJSP, Ap. n. 283.033-4/0, rel. Des. Morato de Andrade, j. 27.08.2003). (Lex-TJSP272/182, 2004)

O usucapião especial urbano muito se assemelha a um usucapião extraordinário de prazo reduzido, pois não se exige do prescribente nem justo título nem boa-fé. Reivindicatória. Prova do domínio. Esvaziamento, entretanto, do poder de reivindicar. Exceção de usucapião. Possibilidade. Art. 183 da Constituição da República. Requisitos. Reconhecimento *incidenter tantum*. Acolhimento da exceção, ressaltando necessidade de ação posterior para obtenção do título de domínio. Ação improcedente. Recurso provido (TJSP, Ap. cível n. 281.687-1, rel. Cunha Cintra, j. 08.05.1997). (Lex-TJSP 205/157, 1998)

Usucapião constitucional. Imóvel urbano. Alegação, pela Municipalidade, de o imóvel estar localizado em loteamento irregular. Questão administrativa, relativa à aprovação de parcelamento do solo, que não obsta o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Aplicação do art. 183, da Constituição Federal, c/c os arts. 941 e seguintes, do Código de Processo Civil. Honorários do perito devidos pela contestante. Ação julgada procedente. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 115.268-4, rel. Zélia Maria Antunes Alves, j. 19.02.2001). (*Lex-TJSP* 244/188, 2001)

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

CC/1916: sem correspondente.

Reitera o art. 1.241 o que já dissera o art. 1.238 do Código Civil de 2002: a sentença que reconhece a usucapião tem natureza declaratória, reconhecendo o direito preexistente à propriedade, que se consumou no exato momento no qual o usucapiente preencheu o requisito temporal da posse com as qualidades exigidas em lei.

Não são a sentença e seu registro imobiliário constitutivos da propriedade imóvel, mas meramente regularizadores e publicitários. É óbvia a utilidade de ambos, da sentença por dar ao usucapiente a certeza do reconhecimento judicial da propriedade preexistente, e do registro por dar publicidade à aquisição imobiliária e inaugurar nova cadeia dominial, possibilitando ao usucapiente dispor do imóvel e ao adquirente registrar seu título derivado, preservada a nova continuidade registrária.

A natureza declaratória da sentença produz relevantes efeitos. O principal deles é os requisitos da posse *ad usucapionem* persistirem somente durante o lapso temporal exigido em lei. Escoado o prazo, o possuidor já se converteu em proprietário, faltando apenas a declaração judicial de tal situação jurídica. Logo, a perda da pacificidade, da continuidade, da boa-fé (na usucapião ordinária), a destinação diversa da moradia (nas usucapiões especiais) são irrelevantes para a aquisição já consumada da propriedade. Até mesmo a perda da posse não altera tal quadro, tanto assim que a Súmula n. 263 do Supremo Tribunal Federal reza que “o possuidor deve ser citado, pessoalmente, na ação de usucapião”. O verbete somente tem sentido caso se admita ação de usucapião sem posse atual, fundada em posse pretérita que já se converteu em propriedade pelo decurso do tempo. Admite-se, por isso, que o usucapiente, antes mesmo do ajuizamento da ação de usucapião, desde que consumado o período aquisitivo, possa ajuizar desde logo ação reivindicatória. Claro que deverá provar a ocorrência da posse *ad usucapionem*, com o prazo e requisitos exigidos em lei.

Julguei, uma feita, interessante caso, no qual possuidor com posse *ad usucapionem* teve o imóvel desapropriado para a abertura de via pública. Implantada a avenida, com imissão provisória do expropriante na posse, necessitava o usucapiente de título dominial, para levantamento do preço depositado. A sentença reconheceu o domínio preexistente à desapropriação, embora o lote, no momento do ajuizamento da ação, já tivesse destinação pública.

Tem a sentença efeitos *ex tunc* e diverge a doutrina apenas quanto ao termo inicial da retroação. Alguns autores, como Benedito Silvério Ribeiro, defendem a retroação caminhar apenas até o ponto no qual se consumou o prazo da usucapião, ou seja, na data em que se completou o lapso temporal previsto em lei. Outros autores, como Lenine Nequete e Orlando Gomes, entendem que a retroação vai até o início da posse *ad usucapionem*. A segunda posição, fundada na teoria da aparência, dá fundamento confortável aos seguintes efeitos, socialmente úteis: todos os atos praticados pelo possuidor são válidos; mesmo que a posse

seja de má-fé, não está obrigado a restituir os frutos da coisa, percebidos antes da consumação da usucapião; os atos praticados pelo titular dominial registrário da coisa durante o prazo da usucapião decaem; ao inverso, os atos praticados no mesmo período pelo possuidor consideram-se válidos, se a usucapião se consuma.

Pode a usucapião ser arguida como ação e como exceção, nos termos da Súmula n. 237 do STF, em pleno vigor. Em tal caso, porém, a sentença que acolher a exceção não é título hábil para ingressar no registro de imóveis, pois não participaram da lide litisconsortes necessários, tais como confrontantes, terceiros citados por edital e as Fazendas Públicas, razão pela qual a coisa julgada não atinge terceiros. Caso deseje o usucapiente obter a regularização dominial, deverá ajuizar nova ação de usucapião, citando todos os litisconsortes. O titular do domínio, vencido na anterior exceção, não poderá rediscutir a matéria. Nas modalidades de usucapião especial rural e coletivo, leis especiais, de modo expresso, dispõem que a sentença que acolhe exceção de usucapião é título hábil para ingressar no registro de imóveis. Há entendimento do STJ ¹¹⁰ sentido de que “a prescrição extintiva pode ser arguida em qualquer fase do processo, mas a prescrição aquisitiva somente tem pertinência como matéria de defesa se arguida na contestação, momento próprio para tanto, sob pena de preclusão” (STJ, REsp n. 761.911/PR, rel. Min. Menezes Direito, j. 14.11.2006).

Dispõe o parágrafo único do art. 1.241 que a sentença declaratória da usucapião constitui título hábil para ingresso no registro imobiliário. Deve o título conter a descrição completa do imóvel, com os requisitos do art. 176, II, 3 e 4, da Lei n. 6.015/73, em atenção ao princípio da especialidade. Não há necessidade, todavia, de a descrição ser coincidente com a do registro anterior, pois a usucapião inaugura cadeia dominial. Em consonância com o anteriormente dito sobre a retroatividade da sentença e de acordo com o disposto no art. 945 do Código de Processo Civil, deve haver prova do pagamento do imposto territorial (Imposto Territorial Rural - ITR ou Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU) ao menos dos últimos cinco exercícios, ou a respectiva certidão negativa.

Em vista da natureza originária da aquisição, o título não obedece ao princípio da continuidade registrária, inaugurando nova cadeia dominial. A melhor técnica é a da abertura de nova matrícula para o imóvel usucapiendo, marcando sua desvinculação com o registro anterior, encerrando, ou averbando o desfalque parcial na matrícula ou transcrição de origem.

Jurisprudência: Usucapião. Urbano. Requisitos. Art. 183 da Constituição da República. Autora que, embora tenha cumprido o prazo usucapional, não reside no imóvel atualmente, porque o alugou. Irrelevância. Presunção de boa-fé. Eventual sentença que será apenas declaratória, com efeitos *ex tunc*. Lei fundamental que não pretendeu evitar que os beneficiários, após a aquisição por usucapião, comprassem outro imóvel. Extinção do processo afastada. Recurso provido a fim de que seja proferida nova decisão, com abordagem da questão de fundo. (TJSP, Ap. cível n. 123.441-4/4, 1ª Câ. de Direito Privado, rel. Elliot Akei, j. 28.05.2002)

Registro de imóveis. Dúvida. Registro de sentença declaratória de usucapião sobre imóvel objeto de condomínio. Admissibilidade. Ausência de prejuízo a outros condôminos ou à manutenção do condomínio. Usucapião que é forma originária de aquisição. Desvinculação a registro anterior. Inocorrência do alegado risco de matrícula dupla sobre o imóvel. Título apto ao sistema registrário. Dúvida improcedente. Recurso provido. A sentença declaratória de domínio em favor daquele que figura como *dominus* não é mera redundância ou superfeição, tendo como consequência a divisão parcial ou a extinção do condomínio, ao menos quanto ao quinhão do condômino. Da mesma forma, pode-se pretender extensão a quinhão de outro ou outros condôminos. (TJSP, Ap. cível n. 21.349-0, Olímpia, Conselho Superior de Magistratura, rel. Alves Braga, j. 20.02.1995, v.u.)

Sentença declaratória de usucapião. Autores beneficiários de justiça gratuita, a qual se estende ao ato de registro da sentença no Cartório de Registro de Imóveis (art. 5º, LXXIV, da Constituição da República, e art. 3º, II, da Lei n. 1.060/50). Provimento à apelação (TJSP, Ap. cível n. 235.973-1, rel. Lino Machado, j. 18.06.1996). (*Lex-TJSP* 188/118,1997)

Usucapião. Ordinário. Ajuizamento por adquirente de área, impossibilitado de registrar a escritura, em face da imprecisão na identificação do imóvel. Interesse de agir ocorrente. Extinção do processo afastada. Recurso provido (TJSP, Ap. cível n. 138.130-1, rel. Matheus Fontes, j. 06.06.1991). (*Lex-TJSP* 134/263,1992)

Embargos infringentes. Reivindicatória. Acórdão que manteve juízo de carência. Admissibilidade. Hipótese em que a propositura da reivindicatória é viável sem prova prévia do domínio dos reivindicantes porque alegam usucapião. Carência afastada. Embargos recebidos para esse fim (TJSP, Embargos Infringentes n. 206.026-1, rel. Walter Moraes, j. 05.12.1995). (*Lex-TJSP* 228/241, 2000; na mesma revista e local encontra-se o acórdão embargado, no qual se discute se o usucapiente pode antes da sentença e do registro ajuizar ação reivindicatória, com esplêndida fundamentação)

Partilha. Divórcio. Bem imóvel. Lapso prescricional aquisitivo alcançado antes do casamento, celebrado pelo regime de comunhão parcial. Ajuizamento de ação de usucapião pelo casal, julgada procedente. Irrelevância. Natureza da sentença apenas declaratória, e não constitutiva. Incomunicabilidade. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Embargos rejeitados (TJSP, rel. Guimarães e Souza, j. 09.09.1997). (*Lex-TJSP* 208/232,1998)

Ajuizada ação de usucapião especial urbano posteriormente e contra aquele que já havia deduzido em juízo sua pretensão de reintegração de posse, suspendeu-se este último processo, por prejudicialidade externa, com fundamento no art. 265, IV, a, CPC. Não há prejudicialidade externa que justifique a suspensão da possessória até que se julgue a usucapião. A posse não depende da propriedade e, por conseguinte, a tutela da posse pode se dar mesmo contra a propriedade. (STJ, REsp n. 866.249/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.04.2008)

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

CC/1916: art. 551.

Trata o artigo em questão da usucapião ordinária, cuja posse, além dos requisitos já mencionados nos comentários ao art. 1.238 do Código Civil - continuidade, pacificidade e *animus domini*-, exige dois outros suplementares: justo título e boa-fé. Natural a aposição de dois novos requisitos. O prazo menor da posse exige, em contrapartida, que seja esta mais qualificada.

Em relação ao Código Civil revogado, não mais persiste a questão da duplicidade de prazos da posse, de dez anos entre presentes - moradores do mesmo município - e quinze anos entre ausentes - os que habitam município diverso. Foi agora o prazo unificado em dez anos, para qualquer das hipóteses. Remanesce a questão de direito intertemporal dos casos de usuca-

pião ordinário nos quais parte ou a totalidade do prazo tenha ocorrido entre ausentes na vigência do Código revogado. Pode ser aplicado de imediato o prazo de dez anos, aproveitando-se o período de posse anterior ao atual Código Civil? Remete-se o leitor ao que se disse anteriormente, na parte final do comentário ao art. 1.238, quando se tratou da interpretação do art. 2.028 do Código Civil, no caso de redução de prazos de prescrição extintiva e aquisitiva.

Justo título é aquele potencialmente hábil para a transferência da propriedade ou de outros direitos reais, que, porém, deixa de fazê-lo, por padecer de um vício de natureza substancial ou de natureza formal. O título pode se consubstanciar nos mais diversos negócios jurídicos aptos à transmissão de direitos reais, como a venda e compra, a doação, a dação em pagamento, a arrematação, a adjudicação, entre outros. Em tese, seria tal título suficiente, caso levado ao registro, para a transmissão do direito real. Ocorre, porém, que o título sofre de um vício, quer substancial, quer formal. Tomem-se como exemplos de vícios substanciais a aquisição *a non domino*, os negócios jurídicos nulos e os anuláveis. E como exemplos de vícios formais, o compromisso de venda e compra de um lote, sem prévio parcelamento do solo, ou de títulos em geral que não conseguem ingressar no registro, por ofender os princípios da especialidade ou da continuidade registrárias. O Enunciado n. 86 do CEJ é no mesmo sentido: “A expressão justo título, contida nos arts. 1.242 e 1.260 do CC, abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente do registro”.

O termo *justo título* tem duas acepções no Código Civil. No art. 1.201, parágrafo único, significa uma causa que justifique, que explique a posse. No art. 1.242 tem sentido mais estrito, de título hábil em tese para a transferência da propriedade e de outros direitos reais.

Para efeito do artigo em exame, deve o justo título emanar do titular efetivo ou aparente do direito real que se pretende transferir, podendo ser levado, ou não, ao registro imobiliário. Basta que haja negócio jurídico abstratamente apto a transferir o domínio ou os direitos reais.

Entre os títulos hábeis, destaca-se por sua frequência o compromisso de venda e compra e respectiva cessão de direitos, por instrumento público ou particular, levado ou não ao registro imobiliário, desde que o preço se encontre pago. É título hábil à transferência da propriedade, tanto que se qualifica como direito real de aquisição e dá direito à adjudicação compulsória. Gera ao compromissário comprador mais do que simples posse direta, uma vez que a propriedade remanesce com o promitente vendedor como mera garantia do recebimento do preço. Note-se que o termo inicial de contagem do prazo, pago o preço, retroage à data da imissão do compromissário comprador na posse do imóvel.

Exige, ainda, o artigo em exame o requisito cumulativo da boa-fé do possuidor, qualidade que deve existir não só no momento da aquisição, como persistir durante todo o prazo necessário à consumação da usucapião. Como já visto no comentário ao art. 1.201 do Código Civil, cuida-se da boa-fé subjetiva, consistente no desconhecimento do vício que afeta a posse. O justo título faz presumir a boa-fé, mas os dois requisitos não se confundem. Pode haver justo título sem boa-fé, como no caso em que o possuidor, em determinado momento, toma conhecimento do vício que afeta o título e o torna impróprio para a transferência da propriedade. Pode haver também boa-fé sem justo título, como no caso do possuidor que acredita na força translativa de um negócio entabulado com quem não é proprietário nem real e nem aparente da coisa.

Finalmente, o parágrafo único do art. 1.242 do Código Civil reduz para cinco anos o prazo da usucapião ordinária, desde que se revista a posse de qualidades adicionais, especiais e cumulativas: tratar-se de posse-trabalho, qualificada socialmente pelo estabelecimento de moradia ou realização de investimentos de interesse social e econômico somados a um justo título especial, consistente na aquisição onerosa do imóvel, levada a registro, com posterior cancelamento deste.

No que se refere à posse-trabalho, confere o legislador ao possuidor uma alternativa: ou estabelece no imóvel sua moradia, ou realiza investimentos de interesse social e econômico. Qualquer um dos requisitos deve persistir por todo o período aquisitivo. Note-se que o investimento deve não apenas revestir-se de caráter econômico, como deve cumulativamente atender o interesse social.

No que tange ao justo título, o legislador o limita àqueles de aquisição onerosa, descartando, portanto, as doações, as heranças e legados. Exige, mais, que a aparência de autenticidade do título seja tal que supere ele o exame qualificador do oficial, ingressando no registro imobiliário. Alude o preceito a posterior cancelamento, que pode ocorrer tanto por vício substancial como formal do título, abrangendo casos de anulabilidade, nulidade e, até mesmo, de inexistência, em razão de falso consentimento do alienante, assim como por vícios do próprio mecanismo do registro (art. 214 da Lei dos Registros Públicos).

Óbvio, embora não diga o preceito, que também o título viciado, mas cujo registro ainda não foi cancelado, valha como justo para a usucapião ordinária com prazo de cinco anos. É o que a doutrina denomina usucapião tabular, que serve não para a aquisição do domínio, mas para sanar os vícios originais de aquisição a título derivado. Pode, por exemplo, se alegar exceção de usucapião em demanda que tenha por objeto a anulação, nulidade ou mesmo declaração de inexistência do negócio que deu origem ao registro.

Embora haja controvérsia sobre o tema, não há necessidade de o registro inválido permanecer aparente por cinco anos. O que exige a lei é que a posse dure cinco anos e que o título aquisitivo oneroso tenha ingressado no registro em algum momento, ainda que seu cancelamento se dê antes do quinquênio.

Finalmente, no que se refere à questão de direito intertemporal de redução do prazo, remete-se o leitor ao comentário do parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil, que aqui se aplica inteiramente.

Jurisprudência: Usucapião ordinária. Justo título e sucessão possessória. Via pública. Julga-se procedente a ação de usucapião, em caráter ordinário ou extraordinário, quando comprovados os requisitos comuns às respectivas espécies de usucapião, o exercício de posse vintenária, mansa, pacífica, com ânimo de dono, de boa-fé e com justo título, considerando-se assim a escritura pública não registrada e o instrumento particular de partilha amigável, homologado em juízo, conforme arrolamento de bens do *de cujus*. A alegação, por si só, da existência de via pública no imóvel usucapiendo, não suficientemente esclarecida, não é óbice à procedência da ação de usucapião, e isso sem prejuízo da solução cabível, se necessária, em ação própria. (TJRS, Ap. cível n. 70.010.469.658, 20ª Câm. Cível, rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, j. 23.02.2005)

A jurisprudência do STJ reconhece como justo título, hábil a demonstrar a posse, o instrumento particular de compromisso de venda e compra. O bem de família, sobrevivendo mudança ou abandono, é suscetível de usucapião. (STJ, REsp n. 174.108/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.09.2005)

Usucapião ordinário. Promessa de compra e venda. Justo título. Conceito. Tendo direito a aquisição do imóvel, o promitente comprador pode exigir do promitente vendedor que lhe outorgue a escritura definitiva de compra e venda, bem como pode requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. Segundo a jurisprudência do STJ, não são necessários o registro e o instrumento público, seja para o fim da Súmula n. 84, seja para que se requeira a adjudicação. Podendo dispor de tal eficácia, a promessa de compra e venda, gerando direito a adjudicação, gera direito a aquisição por usucapião ordinário. Inocorrência de ofensa ao art. 551 do Código Civil. Recurso conhecido pela alínea c, mas não provido. (STJ, REsp n. 32.972/SP, rel. Min. Cláudio Santos, j. 19.03.1996)

Ainda que não passível de registro, a jurisprudência do STJ reconhece como justo título hábil a demonstrar a posse o instrumento particular de compromisso de compra e venda. Aplicação da orientação preconizada na Súmula n. 84. II - Se somadas as posses da vendedora com a dos adquirentes e atuais possuidores é atingido lapso superior ao necessário à prescrição aquisitiva do imóvel, improcede a ação reivindicatória do proprietário ajuizada tardiamente. (STJ, REsp n. 171.204/G0, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 26.06.2003)

Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

CC/1916: art. 552.

O artigo disciplina as figuras da *accessio* e da *sucessio possessionis*, fazendo expressa remissão ao art. 1.207 do atual Código Civil, anteriormente comentado. Permite que o possuidor, para perfazer o tempo necessário à consumação da usucapião, some à posse própria a posse de seus antecessores, quer a transmissão se dê a título *inter vivos*, quer se dê a título *causa mortis*. Remete-se o leitor ao comentário ao art. 1.207, para correto entendimento do que se entende por aquisição a título universal e a título singular, e sua interação com as figuras da *accessio* e da *sucessio possessionis*.

Na *sucessio possessionis* a transmissão se opera *ex lege*. A posse é una, de modo que não pode o possuidor atual descartar a posse do transmitente, porque maculada por vícios que não lhe convêm. Em termos diversos, não pode o sucessor inaugurar um novo período possessório, desprezando a posse de seu antecessor. Se a posse do falecido era *ad usucapionem*, tanto melhor para o herdeiro, que poderá aproveitar o período anterior para completar o prazo exigido em lei. Se, porém, a posse era viciada, contamina automaticamente a posse do sucessor, ainda que este esteja de boa-fé, pois o que se transmite é o direito de continuar a posse do autor da herança. Como diz Benedito Silvério Ribeiro, “o tempo do herdeiro carrega os vícios e virtudes da posse do morto” (*Tratado de usucapião*, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 749).

Note-se apenas que não pode um herdeiro, isoladamente, aproveitar o período de posse do autor da herança para completar o lapso temporal da usucapião em detrimento dos demais herdeiros. Em termos diversos, o tempo de posse do falecido deve beneficiar indistintamente a todos seus herdeiros. A ação de usucapião deve ser requerida em litisconsórcio necessário por todos os herdeiros ou pelo espólio, sendo que, neste último caso, o imóvel será levado posteriormente à partilha no inventário. Caso deseje um herdeiro usucapir isoladamente o imóvel, o termo inicial de sua posse exclusiva somente pode ser contado a partir da morte do antecessor comum.

Na *accessio possessionis* o adquirente recebe nova posse, podendo juntá-la ou não à posse anterior. Cuida-se de mera faculdade do possuidor, que pode ou não acrescer o tempo do antecessor, levando em conta suas qualidades e vícios. A situação é diversa da *sucessio possessionis* e exige três requisitos: continuidade, homogeneidade e vínculo jurídico. As posses a serem somadas devem ser contínuas, sem interrupção ou solução; devem ser homogêneas, terem as mesmas qualidades, para gerar os efeitos positivos almejados. Deve haver, finalmente, um vínculo jurídico entre o possuidor atual e o anterior. Esse vínculo pode revestir-se de várias modalidades, como, por exemplo, um negócio jurídico ou uma arrematação em hasta pública.

Quanto à forma do negócio jurídico que envolve *accessio possessionis*, há certa controvérsia sobre o tema, mas como não está a posse no rol do art. 1.225 do Código Civil, não se caracteriza como direito real. É um instituto *sui generis*, um exercício de fato de poderes semelhantes aos do proprietário, que gera efeitos jurídicos. Consequência disso é a possibili-

dade de se afastar a incidência do art. 108 do Código Civil, que diz ser a escritura pública requisito de validade para a alienação de bens imóveis acima da taxa legal. Não há requisito formal para a transmissão da posse, que, assim, pode ser verbal, desde que provada de modo concludente, consoante admitem recentes precedentes de nossos tribunais (*RT* 658/174 e 731/225, *RJTJSP* 155/134).

O art. 1.243 exige a homogeneidade das posses, para o fim de aproveitamento para o tempo da usucapião, dizendo que as posses devem ser contínuas e pacíficas. Embora não diga o legislador, está implícito que também a posse do antecessor deve ser *animus domini*, pois não se cogita de aproveitamento de anterior posse subordinada, como a do locatário, ou do comodatário, para consumação do lapso temporal. A inovação do preceito, de resto lógica, está na exigência de justo título e boa-fé da posse do antecessor, para aproveitamento na usucapião ordinária.

A maior dúvida está no alcance do art. 1.243. Inicia o preceito dispondo que "para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes" admite-se a soma das posses, sem qualquer ressalva quanto às modalidades de usucapião. As usucapiões especiais urbana e rural, todavia, exigem posse pessoal do usucapiente. O art. 1.239 exige que o possuidor torne a gleba "produtiva com o seu trabalho, ou de sua família, tendo nela sua moradia". O art. 1.240 exige posse sobre área urbana, "utilizando-a para sua moradia ou de sua família". Vê-se, portanto, que ambas as modalidades, por sua própria natureza social, exigem atividade pessoal do possuidor, que não pode aproveitar o tempo de moradia alheia nem o trabalho de outrem para tornar a gleba produtiva. A pessoalidade da posse mostra-se incompatível com a *accessio possessionis*, como já reconheciam nossos tribunais antes do advento do Código Civil de 2002 (*RJTJESP* 189/176, rel. Des. J. Roberto Bedran; *RTTJESP* 146/202, rel. Des. Silvério Ribeiro).

Lê-se, portanto, a expressão *artigos antecedentes* como referência àquelas modalidades de usucapião compatíveis com a acessão da posse (ordinária e extraordinária). A exceção a essa regra está no § 1º do art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), que, dado o escopo de reurbanização de áreas degradadas, com nítida função promocional, admite a *accessio possessiones* na usucapião coletiva. Cabe lembrar a inocorrência de qualquer limitação quanto à incidência da *sucessio possessionis* em todas as modalidades de usucapião, inclusive as especiais, pois, como já dito, trata-se da mesma posse transmitida *ex lege* ao herdeiro.

Jurisprudência: Usucapião. Só é possível a soma da posse com a do antecessor se esta dispõe dos requisitos para a aquisição do domínio. Apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 195.182.456, 8ª Câ. Cível, rel. Maria Berenice Dias, j. 05.03.1996)

Usucapião. Não pode o herdeiro contar só para si, para efeito de usucapião, a posse de seu antecessor, excluindo os demais herdeiros. (TJRS, Ap. cível n. 35.344, 4ª Câ. Cível, rel. Oscar Gomes Nunes, j. 25.06.1980)

Usucapião. Extraordinário. Aquisição de direitos possessórios. Prescrição aquisitiva. Soma da posse do antecessor. Admissibilidade. Posse *animus domini*, mansa, pacífica e contínua por mais de trinta anos. Direitos de fruição e de disponibilidade do imóvel por tempo suficiente à consumação do usucapião. Ação procedente. Recurso não provido. (TJSP, *JTJ* 229/192)

Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.

O artigo em exame não alterou, em sua substância, o que continha o art. 553 do Código Civil de 1916. A mudança foi apenas de redação. Determina o preceito que as causas que obstam, suspendem ou interrompem os prazos de prescrição extintiva produzem iguais efeitos nos prazos de posse *ad usucapionem*, também chamado pela doutrina de prescrição aquisitiva.

As aludidas causas se encontram previstas nos arts. 197 a 201 (impeditivas e suspensivas) e 202 a 204 (interruptivas). As causas obstativas ou impeditivas são aquelas que tolhem o início da prescrição, não permitindo passar a fluir seu termo inicial. As causas suspensivas são aquelas posteriores, supervenientes ao termo inicial da prescrição e a paralisam enquanto perduram. As causas interruptivas são aquelas que determinam a cessação da prescrição em curso e, quando desaparecem, acarretam a perda total do prazo já decorrido, de modo que o prazo recomeça a fluir de seu início.

No que se refere às causas obstativas e suspensivas, que contemplam os mesmos casos, na forma dos arts. 197 e 198 do Código Civil, não correm a prescrição e o prazo da usucapião, de modo recíproco, entre cônjuges na constância da sociedade conjugal e, acrescente-se, entre companheiros durante a união estável, entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, entre curadores e curatelados, entre tutores e pupilos, durante a curatela ou tutela. Também não corre contra os absolutamente incapazes, contra os ausentes do Brasil, em serviço público da União, dos Estados e do Município e contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Há controvérsia quanto à compatibilidade das causas suspensivas mencionadas nos arts. 199 e 200 do Código Civil e a suspensão do prazo da usucapião. Alguns casos, porém, se mostram viáveis. Assim, enquanto pende condição suspensiva, ou antes do vencimento do prazo, em compromisso de venda e compra, ou compra e venda com pagamento do preço diferido no tempo, não se inicia a posse útil para usucapião. De igual modo, enquanto pende ação de evicção, não flui o prazo da usucapião, se o possuidor é o réu em tal demanda. Já o art. 200 do Código Civil é de difícil incidência na usucapião, pois a posse não se origina de fato que deva ser apurado na esfera criminal. Mesmo os estigmas da violência e da clandestinidade, que podem originar ações penais de esbulho possessório e furto, enquanto perduram, impedem o nascimento da posse, degradando-a para mera detenção, nos exatos termos do art. 1.208 do Código Civil.

O art. 202 do Código Civil elenca seis causas interruptivas da prescrição, que constituem *numerus clausus* e inutilizam o prazo anteriormente decorrido. O inciso I trata do despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, desde que o interessado a promova no prazo e na forma da lei processual. Não basta citação qualquer feita ao devedor, mas aquela determinada em demanda relacionada à retomada da coisa pelo interessado, contra o possuidor. Mais ainda, não poderá a citação ostentar vício de forma e a ação, ao final, deverá ser julgada procedente, pois não leva à interrupção a ação julgada improcedente, ou extinta sem julgamento do mérito. O inciso II trata do protesto judicial interruptivo da prescrição, com referência expressa ao fim colimado, não bastando qualquer notificação ou interpelação para ressalva de direitos. Já os incisos III, IV e V, que tratam do protesto cambial, apresentação de títulos de crédito em juízo e constituição do devedor em mora não se aplicam à usucapião, em razão de sua incompatibilidade com o instituto. Finalmente, o inciso VI trata de ato de reconhecimento inequívoco de direito do titular do domínio, feito pelo possuidor. O comportamento expresso ou tácito, desde que inequívoco, é do próprio possuidor, que reconhece a supremacia do direito alheio sobre a coisa.

Não custa lembrar que a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, e somente poderá ocorrer uma vez. Óbvio, porém, eventual protesto interruptivo não impedir que a citação na ação reivindicatória obste novamente o prazo prescricional, por se tratar do próprio exercício da pretensão de retomada da coisa.

As causas determinantes do impedimento, suspensão e interrupção da prescrição somente aproveitam os demais titulares do domínio se a obrigação for indivisível. No caso da

prescrição aquisitiva, inviável usucapir-se parte ideal da coisa, salvo na hipótese específica de posses localizadas, de modo que a causa suspensiva que suspende a prescrição em relação a um dos proprietários - por exemplo, incapacidade - aos demais se estende. De igual modo, a citação ou o protesto feitos a um dos possuidores interrompe a posse dos demais, ressalvada a hipótese de existência de posses localizadas.

Jurisprudência: Usucapião extraordinário. Prescrição aquisitiva. Requisito temporal não satisfeito. Período considerado pelos autores que abrange o interregno em que um dos proprietários dos lotes usucapiendos era menor impúbere. Incapacidade absoluta da antecessora da requerida que obstava a contagem do prazo prescricional aquisitivo. Interrupção que aproveita aos demais coproprietários. Arts. 169,1, c, e 553, ambos do Código Civil. Irrelevância do fato de os antecessores não terem exercido a posse. Requeridos que se defendem com fundamento no domínio. Ação improcedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 121.884-4, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Elliot Akel, j. 09.04.2002)

Usucapião urbano. Prescrição aquisitiva. Prazo. Interrupção. Ocorrência com a citação realizada em ação de despejo. Recurso não provido. (TJSP, JTJ 193/9)

Imissão de posse. Procedência. Arrematante, em feito falimentar de imóvel, devidamente registrado. Exceção de usucapião incabível porque inexistente fluência de prazo usucapiendo enquanto pendente arrecadação falimentar. Interrupção do prazo de prescrição aquisitiva, outrossim, pelo protesto específico no art. 172, II, do Código Civil. Ausência de requisitos para caracterização de usucapião. Ação de reivindicação de posse procedente, exceção de usucapião improcedente. Retenção por benfeitorias úteis e necessárias referentes à parte comum. Provimento do apelo. (TJSP, Ap. cível n. 268.959-1, 3ª Câm. de Férias "B" de Direito Privado, rel. Alfredo Migliore, j. 30.07.1996)

I - A contestação na ação de usucapião não pode ser erigida à oposição prevista em lei, não tendo o condão de interromper, só por si, o prazo da prescrição aquisitiva. II - Comprovada a posse desde o ano de 1947, sem que fosse intentada qualquer medida judicial ou extrajudicial para desalojar os possuidores, é de ser reconhecido o direito ao usucapião pretendido (STJ, REsp n. 234.240/SC, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 02.12.2004). (RSTJ 197/260)

Processo civil. Prescrição. Interrupção. Ação de usucapião. Ação *ex empto*. Art. 172, I e IV, CC. Recurso provido. I - A citação válida, realizada em ação cujo pedido restou a final desatendido, sob o argumento de ser a via processual eleita pelo autor imprópria ao reconhecimento do direito reclamado, tem o condão de interromper o lapso prescricional para o ajuizamento da ação própria. Hipótese que não se enquadra nas exceções previstas no art. 175, CC. II - O que releva notar, em tema de prescrição, e se o procedimento adotado pelo titular do direito subjetivo denota, de modo inequívoco e efetivo, a cessação da inércia em relação ao seu exercício. Em outras palavras, se a ação proposta, de modo direto ou virtual, visa a defesa do direito material sujeito a prescrição (STJ, REsp n. 23.751/G0, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15.12.1992). (RSTJ 51/140)

Para reputar-se interrompida a prescrição aquisitiva com a citação, é de rigor que a ação proposta, de modo direto ou virtual, vise à defesa do direito material sujeito à prescrição (STJ, Ação Rescisória n. 386/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 12.09.2001). (RSTJ 157/233)

A ação discriminatória não interfere nas relações entre particulares, vez que se destina a especificar terras devolutas. Não configura a oposição, mencionada no art. 550 do Código

Civil, capaz de interromper o fluxo do prazo de usucapião. (STJ, REsp n. 205.969/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 17.02.2000)

Usucapião. Herança jacente. O bem integrante de herança jacente só é devolvido ao Estado com a sentença de declaração da vacância, podendo, até ali, ser possuído *ad usucapionem*. Precedentes (STJ, REsp n. 253.719/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 26.09.2000). (RT 787/207)

Civil. Usucapião. Citação do possuidor em ação possessória. A ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pelo usucapião. (STJ, REsp n. 10.385/PR, rel. Min. Ari Pargendler, j. 11.05.1999)

Tratando-se de ação indenizatória por desapropriação indireta, o prazo prescricional de vinte anos tem início a partir da ocupação indevida do imóvel, interrompendo a sua contagem o decreto declaratório de utilidade pública, reconhecendo o domínio da área ilegalmente ocupada. (STJ, REsp n. 33.962/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 06.02.1995)

A ação discriminatória ajuizada pelo Estado de São Paulo não tem o condão de interromper o lapso temporal da prescrição aquisitiva, porquanto seu escopo é a especificação de terras devolutas, sem gerar efeitos em relação a terceiros particulares, como já decidiu esta Corte no REsp n. 205.969/SP. (STJ, REsp n. 241.814/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão)

Uma vez julgada improcedente a ação possessória, a citação não tem efeito interruptivo da prescrição aquisitiva. Notificação judicial ou protesto para interromper a prescrição aquisitiva deve ter fim específico e declarado. (STJ, REsp n. 149.186/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves)

Seção II

Da Aquisição pelo Registro do Título

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

CC/1916: art. 531.

O caráter constitutivo do registro: Como mencionado no comentário ao art. 1.227 do Código Civil, ao qual se remete o leitor, o registro imobiliário é constitutivo da propriedade e demais direitos reais sobre coisa imóvel, adquiridos a título derivado e por ato entre vivos, salvo exceções expressamente previstas em lei.

Nas aquisições a título originário - tome-se como exemplo a usucapião - o registro tem efeito meramente regularizador e publicitário. De igual modo, nas aquisições a título *causa mortis* a transmissão da propriedade aos herdeiros, em razão do instituto da *saisme*> dá-se no exato momento da morte.

Os sistemas de aquisição dos direitos reais: Nosso sistema de aquisição da propriedade e de outros direitos reais segue a tradição do Direito romano, exigindo título mais modo, consistente em uma providência suplementar que, somada ao título, provoca a transmissão do direito real. Ao contrário do sistema francês, a propriedade sobre coisas imóveis adquiridas a título derivado não se transmite somente com o contrato (*solo consensu*), mas, ao contrário, exige o registro do título no registro imobiliário. Até o registro, o adquirente é mero credor do alienante. O registro é que converte o título, simples gerador de crédito, em direito real.

Além disso, nosso sistema de aquisição da propriedade é causai. O registro constitui a propriedade imobiliária, mas permanece vinculado ao título que lhe deu origem. Ao contrário do sistema alemão, no qual o registro sofre processo de depuração e se torna abstrato, em nosso sistema jurídico o registro não se desliga do título. Daí se extraem as duas marcas fundamentais do registro no nosso sistema jurídico: é constitutivo da propriedade e de outros direitos reais sobre coisas imóveis adquiridas a título *inter vivos* e derivado e é causai, pois se encontra ligado ao título que lhe deu origem.

Os princípios do registro de imóveis: O registro indica quem, do que e de quanto se é titular sobre a coisa imóvel, até que se prove o contrário. Há necessidade, por consequência, de regular de modo minucioso e dotar o registro de mecanismos de segurança, que impeçam o ingresso de títulos que constituam direitos reais a favor de falsos titulares, ou de direitos de qualidade ou quantidade distintas da realidade.

A Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) regulamenta minuciosamente o registro de imóveis (arts. 167 a 288). Funda-se a Lei n. 6.015/73 no cadastramento do imóvel em matrículas, que contêm sua descrição e características. Nas matrículas são feitas, em ordem cronológica, registros e averbações (art. 167 da Lei n. 6.015/73).

Os mecanismos de segurança e de controle de ingresso dos títulos no registro imobiliário se dão mediante diversos princípios registrários: inscrição; fé-pública ou presunção relativa; publicidade; continuidade; legalidade; prioridade; especialidade.

O princípio da inscrição está positivado no *caput* e no § 1º do artigo em exame. Traduz o caráter constitutivo do registro imobiliário, ou seja, a transmissão e a constituição de direitos reais sobre imóveis por ato entre vivos e derivado somente se dão com o registro, salvo exceções legais, como o casamento pelo regime da comunhão universal de bens. Juntamente ao registro da transmissão devem ser inscritos direitos relativos às condições resolutive, suspensiva e às cláusulas adjetas, que provocam restrição do direito de dispor. Tomem-se como exemplos a cláusula resolutive expressa, o pacto de melhor comprador e a retrovenda, que, caso omitidas, não preveniriam de modo eficaz terceiro adquirente de boa-fé.

Pelo princípio da fé-pública, positivado no § 2º do artigo em exame, se presume pertencer o direito real à pessoa em cujo nome está o registro. O registro, enquanto não for cancelado, produz todos seus efeitos, como reza o art. 252 da Lei n. 6.015/73. Em razão da natureza causai do registro, a presunção é meramente relativa, pois anulado ou resolvido o direito constante do título, cancela-se o registro dele produto. O cancelamento, se não for voluntário, depende de decisão judicial, e, segundo o preceito em estudo, deve ser promovido por meio de ação própria.

O termo *ação própria* deve ser interpretado com cautela, pois em determinados casos, de nulidade absoluta do título, sua invalidade e, por consequência, o cancelamento do registro podem ser reconhecidos de modo incidente em ação judicial. Além disso, o art. 214 da Lei de Registros Públicos, com a redação que lhe deu a recente Lei n. 10.931/2004, dispõe que o cancelamento do registro pode ser feito pelo Juiz Corregedor Permanente independentemente de ação própria, desde que ouvidos os atingidos. Deve, portanto, ser feita importante distinção. Se o vício for do título, atingindo o registro apenas de modo reflexo, exige-se comando de cancelamento na esfera jurisdicional, mediante reconhecimento principal ou incidente em ação judicial. Caso, porém, o vício seja do próprio mecanismo de registro, por ofensa aos

princípios registrários ou erro do exame qualificador do oficial registrador, o cancelamento pode ocorrer na esfera administrativa, perante o Juiz Corregedor Permanente, após oitiva dos atingidos. Os §§ 3º e 4º do art. 214 da Lei de Registros Públicos, acrescentados pela mencionada Lei n. 10.931/2004, positivam jurisprudência administrativa do Estado de São Paulo, admitindo a figura do bloqueio da matrícula na esfera administrativa, com o escopo de prevenir danos a terceiros de boa-fé. O bloqueio impede o ingresso de novos registros ou averbações, mas admite sua prenotação, que ficará prorrogada, com garantia da prioridade, até que se decida pelo cancelamento do registro, ou por sua liberação. O bloqueio, portanto, é medida provisória e temporária adotada pelo Juiz Corregedor Permanente ao se deparar com irregularidades que possam desembocar no cancelamento do registro. Mantém o registro paralisado, evitando dano a terceiro de boa-fé, até que se avalie a possibilidade de seu saneamento, ou se decida pelo cancelamento.

O princípio da publicidade diz que os fatos e atos constantes do registro se presumem conhecidos de todos, não se podendo alegar ignorância de título que consta do registro imobiliário. O princípio tem regra inversa: só se presume conhecido o que consta do registro, pois antes o título gera somente direito de crédito entre as partes.

O princípio da continuidade, também chamado trato sucessivo e trato contínuo, está previsto nos arts. 195 e 237 da Lei n. 6.105/73. Expressa a regra que ninguém pode dispor de direitos que não tem, ou de direitos de qualidade e quantidade diversa dos quais é titular. Diz que, em relação a cada imóvel, deve haver uma cadeia de titularidades, à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Não se encontram sujeitos a tal princípio os títulos que expressam modos originários de aquisição da propriedade, como a usucapião e a desapropriação judicial. Cria-se, em outras palavras, um encadeamento de titularidades, ou cadeia dominial, na qual o transmitente de um direito deve necessariamente constar do registro como seu titular. Funciona o registro imobiliário como os elos de uma corrente, um encadeado no outro, sem saltos nem soluções, de tal modo que toda titularidade sobre o imóvel apareça concatenada com a anterior e a sucessiva. O transmitente de hoje será o adquirente de ontem, e o adquirente de hoje será o transmitente de amanhã. O princípio da continuidade repousa no pressuposto lógico de que “ao exigir-se que todo aquele que dispõe de um direito esteja inscrito como seu titular no registro, impede-se que o não titular dele disponha” (Jose Maria Chico y Ortiz, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 3ª. Edição Marcial Pons, Madrid, 1994, tomo I, p. 394). É o equivalente registrário do aforismo *nemo dat quod non habet*, ou seja, sem que desfrute do direito de disponibilidade, ninguém pode transferir, nem, tampouco, onerá-lo. A continuidade é a pedra de toque da segurança a que se predispõe o registro, permitindo ao adquirente conhecer a titularidade e a história da filiação dominial mediante simples leitura invertida dos registros e averbações lançados na matrícula. Não se encontram sujeitos a tal princípio os títulos que expressam modos originários de aquisição da propriedade, como a usucapião e a desapropriação judicial.

O princípio da legalidade tem estreita ligação com a natureza causal do registro. É o mecanismo que se interpõe entre o título e o registro, assegurando, o quanto possível, a correspondência entre a titularidade presumida e a verdadeira. É o filtro de entrada que segura títulos que rompam a malha da lei, devendo o registrador fazer o exame da obediência do título em seu aspecto formal quanto aos demais princípios registrários e normas cogentes. A essa atividade de verificação da aptidão do título para ingressar no registro dá-se o nome de qualificação do oficial do registrador. Todos os títulos, tanto extrajudiciais, como judiciais, estão sujeitos ao exame qualificador do registrador.

Os títulos judiciais podem ser próprios ou impróprios. São próprios os que provocam uma mutação jurídico-real, substituindo ou fazendo as vezes de negócio jurídico como, por exemplo, os formais de partilha, as cartas de adjudicação e as sentenças de adjudicação compulsória, todos sujeitos à observância estrita dos princípios registrários. Os títulos judiciais

impróprios consistem em comandos ao oficial, que não provocam mutação jurídico-real, como mandados de arresto, penhora ou indisponibilidade de bens. Em tais casos, o registrador não questiona seu conteúdo e sua coerência com os princípios registrários, pois não pode a decisão administrativa se sobrepor à proferida na esfera jurisdicional.

Caso não se conforme o interessado com as exigências formuladas pelo oficial, deve suscitar dúvida ao Juiz Corregedor Permanente, na forma dos arts. 198 e seguintes da Lei de Registros Públicos.

Os princípios da prioridade e da especialidade dos registros serão comentados nos artigos subsequentes, que a eles se referem.

Jurisprudência: Divisão de imóvel. Carta de adjudicação expedida em autos de arrolamento de bens. Registro necessário do título translativo do domínio. Autora que não é proprietária do imóvel por não preencher esse requisito. Pretensão à divisão. Impossibilidade diante do fato de não ser, consequentemente, condômina. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 76.418-4, rel. Guimarães e Souza, j. 06.04.1999)

Registro de imóveis. Mandado de penhora. Título que se submete à qualificação registrária. Bem indisponível por força do art. 36 da Lei n. 6.024/74. Ausência de intimação do cônjuge virago da penhora. Princípios da especialidade e continuidade. Vulneração. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 93.963-0, rel. Luiz Tâmbara, j. 13.09.2002)

Registro de imóveis. Carta de adjudicação extraída de ação de desapropriação. Modo originário de aquisição da propriedade. Inocorrência de ofensa aos princípios registrários da continuidade e da especialidade. Desnecessidade de apresentação da prova do valor venal do imóvel. Base de cálculo dos emolumentos, na espécie, deve ser a do valor econômico do negócio jurídico, ou seja, o montante da indenização fixada pelo juiz. Desnecessidade de juntada do ITBI, do comprovante do ITR e da apresentação de dados do adquirente e de sua sede. Dúvida improcedente. Recurso a que se dá provimento. (TJSP, Ap. cível n. 83.417-0/0, rel. Luís de Macedo, j. 22.11.2001)

Registro de imóveis. Dúvida. Princípios da continuidade e da disponibilidade. Imóvel registrado em nome dos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal. Formal de partilha extraído dos autos de inventário do varão relativo ao imóvel todo, como se ele pertencesse apenas ao *de cujus*. Necessidade de prévio ingresso no álbum imobiliário da separação judicial do casal e da partilha de bens comuns. Dúvida procedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 71.460-0, rel. Luís de Macedo, j. 31.08.2000)

Registro de imóveis. Dúvida. Compromisso de compra e venda. Registro recusado. Aquisição feita a *non domino*. Ofensa aos princípios da disponibilidade, legalidade e continuidade. Atividade que pressupõe ato de outro registro do qual recebe a atestação da existência ou inexistência das pessoas adquirentes de direitos. Recurso não provido. A aferição da disponibilidade no registro imobiliário consiste em verificar se o imóvel alienado ou onerado por ato jurídico unilateral ou bilateral corresponde, no todo ou em parte, ao *jus disponendi* do alienante ou onerante constante do assentamento. Se os disponentes não são titulares de uma determinada situação jurídica, aferível em face de ato registrário, não há como recepcionar o título pelo sistema registrário. (TJSP, Ap. cível n. 23.791-0, rel. Alves Braga, j. 20.02.1995)

Registro de imóveis. Princípio da inscrição. Executado que nunca teve direitos reais. Impossibilidade de se registrar penhora. Se o executado nunca deteve direitos reais, por ausência de registro da promessa de compra e venda de que participou, não se pode conceber que seja leva-

da a registro, no fôlio real, penhora sobre, está visto, direitos inexistentes. (TJRS, Ap. cível n. 70.007.492.614, 18ª Câm. Cível, rel. Des. Armínio José Abreu Lima Da Rosa, j. 30.12.2003)

Registro de imóveis. Dúvida. Penhora. Princípio da continuidade registral. Casamento celebrado pela separação de bens. Bem imóvel adquirido na constância do casamento. Morte do cônjuge. Aplicação da Súmula n. 377 do STF. Inviabilidade jurídica do registro de penhora, haja vista não ter sido apreciada no juízo sucessório a partilha do imóvel, o qual foi adquirido na constância do matrimônio. Comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento. Quebra do princípio da continuidade registral, que decorre da sequencialidade dos registros, cujo correto encadeamento dos atos registrais se assenta a segurança que dispõe o art. 1º da Lei n. 6.015, já que o registro cria a presunção relativa de verdade. Apelo improvido. (TJRS, Ap. cível n. 70.006.565.386, 19ª Câm. Cível, rel. Des. Guinther Spode, j. 16.09.2003)

Registro imobiliário. Cancelamento. Princípio da legalidade. A validade do registro de um título está vinculada à validade do negócio jurídico. Anulado este por sentença transitada em julgado, deve ser cancelado o registro imobiliário respectivo e os registros neste apoiados, em obediência ao princípio da continuidade. Em se tratando de hipoteca, desconstituído o título que lhe serve de suporte, resulta ela extinta. Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 587.002.965, 2ª Câm. Cível, rel. Mário Rocha Lopes, j. 12.08.1987)

Registro de imóveis. Dúvida. Hipoteca judiciária. Mandado judicial de hipoteca judiciária sobre imóveis pertencentes aos sócios da pessoa jurídica vencida na ação. Ausência de pronunciamento judicial impondo aos sócios a responsabilidade pela satisfação da obrigação da sociedade. Inadmissibilidade da personalidade jurídica ser desconsiderada em procedimento administrativo. Ofensa ao princípio registrário da continuidade. Recurso improvido (TJSP, Ap. cível n. 46.730-0, rel. Nigro Conceição). (*Lex-TJSP* 212/338, 1999)

Registro de imóveis. Dúvida julgada improcedente. Pretendido registro de carta de adjudicação, expedida em razão da procedência de ação de adjudicação compulsória. Óbices variados reconhecidos. Inaptidão do título. Potencial violação ao princípio da continuidade. Necessidade da apresentação de certidões negativas de débito previdenciário e fiscal. Registro inviável. Recurso provido (TJSP, Ap. cível n. 79-6/1, rel. Luiz Tâmbara). (*Lex-TJSP* 272/594, 2004)

Registro de imóveis. Servidão administrativa. Prévia abertura de matrícula para o imóvel onde será ela inscrita. Impossibilidade, na hipótese, por ferir os princípios da especialidade e continuidade. Registro vedado. Recurso não provido. Para a inscrição de servidão administrativa essencial à prévia abertura de matrícula para o imóvel onde será ela inscrita. Se a matrícula não pode ser aberta, sob pena de ferir os princípios da especialidade e continuidade, impossível a inscrição (TJSP, Ap. cível n. 15.720-0, rel. Weiss de Andrade). (*Lex-TJSP* 141/461, 1993)

Registro de imóveis. Escritura pública de cessão de direitos possessórios que remonta a aquisição de imóvel com área maior aperfeiçoada no séc. XVIII. Inviabilidade de o título ingressar no fôlio real sem apresentação do antiquíssimo título dominial. Providência necessária à inauguração da cadeia filiatória. Imprestabilidade dos registros paroquiais como prova do domínio. Dúvida julgada procedente. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 66.875-0, rel. Luís de Macedo). (*Lex-TJSP* 226/344, 2000)

Registro de imóveis. Dúvida procedente. Recusa no registro de formal de partilha, tendo em vista diferença na área total constante do título resultante do somatório das partes de cada herdeiro e da transcrição. Respeito aos princípios registrários da especialidade e dispo-

nibilidade. Necessidade de retificação bilateral, ou correção do título nos exatos termos dos assentos imobiliários. Inviabilidade do registro. Recurso a que se nega provimento (TJSP, Ap. cível n. 76.387-6, rel. Luís de Macedo). (*Lex-TJSP* 248/530, 2002)

Registro de imóveis. Dúvida. Ingresso de escritura de compra e venda. Transcrição antiga e lacunosa, que inviabiliza a exata localização geográfica do imóvel e a abertura de matrícula. Necessidade de prévia retificação do registro. Pretensão de registro indeferida. Dúvida procedente. Recurso a que se nega provimento (TJSP, Ap. cível n. 80.799-0, rel. Luís de Macedo). (*Lex-TJSP* 249/512, 2002)

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

CC/1916: art. 534.

O preceito em exame positiva o princípio da prioridade, que, na expressão de Afrânio de Carvalho, significa que “num concurso de direitos reais sobre um mesmo imóvel, estes não ocupam todos o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento” (*Registro de imóveis*. Rio de Janeiro, Forense, 1977).

Vigora a máxima *prius in tempus, melior in ius*, de modo que o título, que traduz simples relação de crédito, converte-se em direito real e ganha eficácia contra terceiros no exato momento no qual é prenotado no registro imobiliário. Entre o protocolo do título e seu efetivo registro decorre certo tempo para que o oficial faça a qualificação, fixado em um máximo de trinta dias no art. 188 da Lei de Registros Públicos. O registro, porém, é feito com a data do protocolo e todos seus efeitos a ela retroagem, pois a eficácia *erga omnes* nasce com a prenotação.

Dispõem os arts. 11 e 12 da Lei de Registros Públicos que todos os títulos ingressados no registro serão protocolados para assegurar a preferência sobre outro eventual direito contraditório. A única exceção a tal regra é a recepção do título para simples exame e cálculo, mediante requerimento expresso do interessado de que não deseja seu registro e tem ciência dos efeitos jurídicos da ausência da prenotação.

Tem o princípio da prioridade o escopo principal de evitar o conflito de títulos contraditórios, ou seja, aqueles que têm por objeto direitos que não podem coexistir, relativos ao mesmo imóvel, cuja força dependa da ordem de ingresso no registro imobiliário (ORLANDI NKTO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo, Oliveira Mendes, 1997, p. 62). Os títulos serão protocolados e prenotados na seqüência rigorosa de sua apresentação, como determina o art. 182 da Lei n. 6.015/73. O art. 186 dispõe que “o número de ordem determinará a prioridade do título e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente”

Caso ingressem dois títulos contraditórios, estabelece-se uma seqüência de prioridades, pois, nos termos do art. 205 da Lei n. 6.015/73, “cessarão automaticamente os efeitos da prenotação, se, decorridos trinta dias do seu lançamento no protocolo, o título não tiver sido registrado por omissão do interessado em atender as exigências legais”. Cancelada a prenotação do primeiro título, o segundo título assume a prioridade e é, então, submetido à qualificação registrária.

A regra geral de que a prioridade é determinada pela ordem de protocolo tem duas exceções, previstas na Lei n. 6.015/73. A primeira está no art. 189 e diz respeito à segunda hipoteca, cujo título, na ausência de registro da primeira hipoteca, aguarda pelo prazo de trinta

dias para que os interessados na primeira hipoteca promovam sua inscrição. A segunda está prevista no art. 192 e diz respeito às escrituras públicas lavradas na mesma data e apresentadas a registro no mesmo dia. Em tal caso, a prioridade é conferida não ao título de protocolo inferior, mas àquele lavrado em primeiro lugar, desde que deles conste taxativamente a hora da lavratura.

Vimos que a prenotação tem prazo de trinta dias, assegurando nesse período a prioridade ao interessado. Em casos excepcionais, pode haver prorrogação do prazo da prenotação, em razão da impossibilidade de se fazer o registro no trintídio. Tomem-se como exemplos a suscitação da dúvida, os registros de loteamento e de bem de família, que dependem da publicação de editais, ou a própria reapresentação do título defeituoso nos últimos dias do trintídio.

Os arts. 188 e 205 da Lei de Registros Públicos encerram certa contradição em termos. Ambos assinam o mesmo prazo de trinta dias, o primeiro para que o oficial proceda ao exame e registro do título e o segundo para que o interessado tenha assegurada a prenotação. Assim, se o oficial devolver o título sem registro no último dia, não teria o interessado como cumprir as exigências formuladas, antes do cancelamento da prenotação. Visando a corrigir tal falha, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo determinou que o prazo para exame e eventual devolução do título pelo registrador é de quinze dias, ficando a segunda quinzena reservada ao interessado, para que atenda eventuais exigências levantadas pelo registrador.

Jurisprudência: Fraude à execução. Penhora. Bem alienado. Compromisso de compra e venda. Registro. CC. Efeitos. Embargos de terceiro. Art. 534. Fraude a execução. Penhora. Alienação do bem. Compromisso de compra e venda. Título apresentado e prenotado no Cartório de Registro de Imóveis antes da constrição. Circunstância que firma a prioridade do título perante outro e representa a antecipação da eficácia da inscrição, valendo antes de ser materialmente escriturada no livro próprio art. 534 do Código Civil. Retroação dos efeitos do registro a data da prenotação ainda que feito em data posterior. Fraude não caracterizada. Embargos de terceiro procedentes. Recurso desprovido. (*JTA* 122/140)

Registro de imóveis. Carta de sentença. Qualificação de título judicial pelo registrador. Indisponibilidade averbada impeditiva de registro. Falta, ademais, de prenotação anterior à quebra e ao termo legal. Ausência de intervenção do síndico e do curador de massas falidas no feito que originou o título. Necessidade de alvará do juízo da falência. Excepcional prescindibilidade, porém, dada a peculiaridade da hipótese, de certidões negativas de débitos federais (fiscais e previdenciários). Dúvida procedente. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 186-6/0, rel. José Mário Antonio Cardinale). (*Lex-TJSP* 284/524, 2005)

Dúvida. Registro de imóveis. Contrato de locação com cláusula de vigência. Indisponibilidade do imóvel decorrente de constrição registrada procedida em executivo fiscal de interesse do INSS que impede o registro da oneração. Recurso desprovido (TJSP, Ap. cível n. 100.237-0/0, rel. Luiz Tâmbara). (*Lex-TJSP* 273/603, 2004)

Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

Vimos que o registro imobiliário, nas aquisições derivadas e *inter vivos*, é constitutivo dos direitos reais e tem presunção relativa de veracidade, até que seja cancelado, por ser causal. Não só constitui propriedade, mas modula sua quantidade e a qualidade. É fundamental, portanto, o registro imobiliário ser sistema seguro e público, devendo espelhar a realidade.

Pode ocorrer, em casos excepcionais, que o registro não reflita a realidade, caso no qual poderá o interessado pleitear sua retificação ou, em casos mais graves, até mesmo seu cancelamento. O erro pode dizer respeito ao direito ou aos fatos constantes do registro. Tome-se como exemplo de erro de direito o registro da escritura de doação, com omissão da reserva de usufruto. Poderá o interessado pleitear ao oficial que proceda ao registro do direito real de usufruto. Já a retificação de fato, no dizer de Narciso Orlandi Neto, “destina-se a corrigir imprecisões relativas às características do imóvel ou à identificação das pessoas envolvidas no registro” (*Retificação do registro de imóveis*. São Paulo, Oliveira Mendes, 1997, p. 81).

O cancelamento do registro, por meio de ação na esfera jurisdicional ou pedido deduzido na esfera administrativa, já foi tratado nos comentários ao art. 1.245 do Código Civil.

Resta a retificação do registro imobiliário, disciplinado nos arts. 212 e 213 da Lei de Registros Públicos, com as profundas alterações introduzidas pela recente Lei n. 10.931/2004. Pode a retificação dar-se em três vias: perante o próprio oficial do registro imobiliário, com ou sem oitiva dos confrontantes; perante o Juiz Corregedor Permanente, ainda na esfera administrativa; nas vias ordinárias, na esfera jurisdicional.

O princípio da especialidade não tolera a imprecisão do registro imobiliário e significa que “toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado” (CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 219). O art. 176, § Iº, II, 3, da Lei de Registros Públicos dispõe que a matrícula deve descrever com precisão o imóvel especializando-o, de modo a torná-lo inconfundível com qualquer outro. Devem constar as características do imóvel como confrontação, localização, área, logradouro e número, se urbano; denominação, se rural, além de sua designação cadastral. O preceito deve ser lido em consonância com o art. 225, § 2º da mesma Lei, que dispõe: “a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior”. Da congruência dos dois artigos, tolera-se a abertura de matrícula com exata coincidência com o registro anterior, em que pese a ausência de descrição completa do imóvel, desde que seja possível sua localização geodésica, com um mínimo de certeza de que não haverá sobreposição a registros vizinhos. O inadmissível é a criação de nova unidade imobiliária, por fusão ou desmembramento, de imóveis que não disponham de todas as medidas e características. Prédio com descrição imprecisa não pode dar origem a prédio com descrição perfeita.

Complementando tal regra, temos que o interessado não pode incluir unilateralmente no registro alteração das características do imóvel. Embora a propriedade imóvel seja direito patrimonial, o registro é público, pois diz respeito à segurança das relações jurídicas. A imperfeição ou omissão do registro, portanto, devem ser objeto de retificação perante o oficial do registro imobiliário, ou Juiz Corregedor Permanente, ou Juiz de Direito, na esfera jurisdicional. Retificar é corrigir, sanear, adequar o registro à realidade.

A Lei n. 10.931/2004, que deu nova redação aos arts. 212 e 213 da Lei dos Registros Públicos, deslocou a retificação do registro da competência do Juiz Corregedor Permanente para a atribuição do oficial do registro imobiliário. A regra é a opção do interessado pela retificação mediante pedido administrativo ao oficial. A exceção, o encaminhamento dos autos ao Juiz Corregedor Permanente.

O art. 213 da Lei de Registros Públicos é bipartido. O inciso I trata das retificações de registro ou de averbações a requerimento da parte ou de ofício, sem necessidade de anuência ou notificação dos confinantes. O princípio da instância - o registro não pode ser alterado sem requerimento do interessado - sofreu novas e importantes exceções, por não ter o interessado direito à manutenção do registro errado. As hipóteses de erro ou omissão evidentes

foram alargadas. Note-se que, para aplicação do preceito sem oitiva dos confinantes, o erro e sua correção devem ser evidentes. Especialmente no referido à alínea *d* do inciso I, que trata da inserção de rumos> ângulos de deflexão e coordenadas georreferenciadas, deverá o oficial verificar a ausência de potencialidade danosa a terceiros, ou seja, a certeza de que não se alterará a figura geodésica do imóvel. Sem tal certeza, exigirá a anuência dos confrontantes, na forma do inciso II do mesmo art. 213.

O inciso II do art. 213 trata das retificações bilaterais, nos casos de inserção ou alteração de medidas perimetrais que resultem, ou não, alteração da área de superfície, a serem postuladas pelos interessados diretamente ao oficial do registro imobiliário, instruídas com planta e memorial descritivo subscritos por profissional habilitado e com anuência dos confrontantes. Por interessado se entende qualquer titular de direito real ou titular de direito pessoal de aquisição - comprador, promissário comprador, donatário - que demonstre a utilidade que lhe trará a retificação. Segundo o § 10 do art. 213, por confrontante se entende todo titular de direito real sobre imóvel contíguo, sendo desnecessária a anuência do cônjuge. Fala a lei em ocupante, termo impróprio, pois na retificação não se altera posse, mas domínio. Desnecessária, assim, a anuência de detentores ou de possuidores diretos. Apenas o possuidor com posse *ad usucapionem* deve anuir. Note-se que pode o oficial registrador, em determinados casos, especialmente em áreas rurais com descrições antigas e imprecisas, não dispor de elementos minimamente confiáveis para saber se as pessoas indicadas pelo interessado são realmente confrontantes, ou se a retificação importará em sobreposição a registros vizinhos. Em tal caso, com ou sem impugnação, remeterá os autos ao juiz corregedor permanente, para que determine esta a realização de prova pericial.

Caso o pedido de retificação não conte com a anuência dos confrontantes, devem ser eles indicados pelo interessado e notificados pelo oficial do registro imobiliário, com prazo de quinze dias para ofertarem impugnação. O silêncio do confrontante significa sua concordância com o pedido, podendo ser averbada a retificação. Se houver impugnação, o oficial do registro imobiliário intimará o requerente para respondê-la e encaminhará os autos ao Juiz Corregedor Permanente. Este, por sua vez, atuando na esfera administrativa, decidirá de plano ou após instrução sumária, desde que não verse a impugnação, na dicção legal, “sobre direito de propriedade”. Não se fala mais em impugnação fundamentada, como fazia a redação original do art. 213, que dizia respeito não à natureza do direito invocado, mas à complexidade da prova a ser produzida. O termo *direito de propriedade*, antes referido, deve ser entendido como questão que não diga respeito a mero erro registrário, mas que encubra pretensão de natureza reivindicatória, demarcatória ou de usucapião, insuscetível, portanto, de ser dirimida na esfera administrativa. As impugnações fundadas em questões possessórias, de inexistência de posse do requerente ou de existência de posse do impugnante, podem ser rejeitadas de plano, porque a retificação de registro visa a apenas corrigir o domínio e não verificar alterações possessórias.

Jurisprudência: Apelação cível. Pedido visando à retificação e unificação de bem imóvel perante o registro imobiliário. Indeferimento em primeiro grau. O recorrente não colima, propriamente, aumentar a área de seu imóvel, mas corrigir um equívoco, um erro dos títulos dominiais e sua pretensão encontra respaldo na legislação vigente, isto é no art. 213 da Lei dos Registros Públicos, e no art. 860 do Código Civil que estabelecem que se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique. Apelação provida. (TJPR, Proc. n. 000000177, 3ª Câm. Cível, rel. Plínio Cachuba, j. 20.04.1982)

Registro de imóveis. Retificação. Perícia determinada antes da citação. Legitimidade da perícia determinada antes da citação. Legitimidade da perícia. Inexistência de cerceamento de defesa. Suspeição do perito não arguida pela forma legal. Recurso não provido. A realização de prova

pericial cabe em qualquer tipo de procedimento, e, mormente, em procedimento de jurisdição voluntária de retificação de inscrição predial, pois o sistema registrário norteia-se precipuamente pelo princípio da segurança, contemplando matéria de interesse público. Corolário do princípio da livre persuasão das provas, compete ao juiz determinar as provas necessárias ao esclarecimento da matéria submetida a julgamento. Por isso sua previsão genérica no art. 130 do Código de Processo Civil. O fato de ser realizada a verificação pericial antes da citação dos interessados não implica em cerceamento de defesa, posto que estes terão melhor visão da pretensão do requerente e poderão oferecer, se for o caso, impugnação mais consistente, que em ocorrendo e sendo fundamentada levará o processo à extinção (§ 4º da Lei n. 6.015/73). E a falta de qualificação do perito por suspeição, para executar o trabalho pericial teria que ser arguida pela forma legal, até porque não objeto da decisão recorrida. (TJSP, AI n. 129.120-4, rel. Ruyter Oliva, j. 29.02.2000)

Registro de imóveis. Dúvida procedente. Recusa no registro de formal de partilha, tendo em vista diferença na área total constante do título resultante do somatório das partes de cada herdeiro e da transcrição. Respeito aos princípios registrários da especialidade e disponibilidade. Necessidade de retificação bilateral, ou correção do título nos exatos termos dos assentos imobiliários. Inviabilidade do registro. Recurso a que se nega provimento (TJSP, Ap. cível n. 76.387-6, rel. Luís de Macedo, j. 16.08.2001). (*Lex-TJSP* 248/530, 2002)

Registro de imóveis. Escritura de venda e compra descrevendo o imóvel em desacordo com os dados tabulares. Necessidade de retificação. Princípio da especialidade. Recurso desprovido (TJSP, Ap. cível n. 92.760-0/6, rel. Luiz Tâmbara, j. 25.06.2002). (*Lex-TJSP* 260/550, 2003)

Registro de imóveis. Mandado de penhora. Registro. Incidência sobre terreno sem benfeitorias. Eventual existência de construção ocupando parte do objeto da matrícula. Averbação dessa circunstância. Desnecessidade. Fato que não obsta o registro pretendido. Elementos estranhos ao título causam que não ofendem o registro-suporte. Observância ao princípio da instância. Dúvida improcedente. Recurso provido (TJSP, Ap. cível n. 51.032-0, rel. Sérgio Augusto Nigro Conceição, j. 05.11.1998). (*Lex-TJSP* 214/353, 1999)

Registros públicos. Retificação de área. Indeferimento. Informação de que o imóvel matriculado constitui parte ideal de gleba maior, destacado de transcrição anterior. Princípio da unitariedade. Matrícula com descrição individualizada do imóvel, aberta há mais de trinta anos. Confrontantes todos citados, sem impugnação. Ausência de prejuízo aos confrontantes, indicativa da inexistência de condomínio. Inicial instruída com levantamento planimétrico e descrição do imóvel. Pedido de retificação deferido. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 412.145.4/5-00, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Francisco Loureiro, j. 08.06.2006)

Registros públicos. Ação de retificação de área. Indeferimento da inicial. Pretensão de retificar e proceder à divisão do imóvel. Parte ideal da requerente indisponível por força de decisão judicial. Inviável, pela via oblíqua da retificação, dividir ou regularizar parcelamento do solo. A regularização do parcelamento do solo exige obediência aos preceitos da Lei n. 6.766/79, se urbano, ou do Decreto-lei n. 58/37, se rural, além da observância das normas de regência da Corregedoria Geral da Justiça e de aprovação junto a órgãos administrativos (Grapohab) e prefeitura municipal. Ação de retificação que pode processar-se na via estritamente administrativa, perante o Oficial do Registro de Imóveis, sem intervenção judicial. Lei n. 10.931/2004, que alterou os arts. 212 a 214 da Lei n. 6.015/73. Possibilidade de desistência de uma das ações cumuladas em um único processo. Ausência de prejuízo aos confrontantes, porque o pedido inicial foi diminuído. Registro lacunoso. Necessidade de adequá-lo ao princípio da especialidade. Prosseguimento do processo como mera retificação de área da

gleba maior, com o fito de descrevê-la com perfeição. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 370.953.4/8-00, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Francisco Loureiro, j. 04.08.2005)

Não se pode impor ao proprietário a demarcação da reserva legal como condição para o deferimento da retificação, alterando-se o procedimento previsto na Lei dos Registros Públicos. (TJSP, AI n. 280.720-4/4-00/Barra Bonita, 3ª Câm. de Direito Privado de Férias Janeiro/2003, rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves, j. 13.05.2003, v.u.)

No mesmo sentido, entre outros, TJSP, AI ns. 139.877-4/5/Paraguaçu Paulista, rel. Cezar Peluso; 87.382-4/Pirassununga, rel. J. Roberto Bedran; e 277.909-4/4, Tatuí, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 04.02.2003, v.u.; e Ap. cível n. 230.133-4/4, Tatuí, rel. Theodoro Guimarães.

Seção III **Da Aquisição por Acessão**

Art. 1.248. A acessão pode dar-se:

I - por formação de ilhas;

II - por aluvião;

III - por avulsão;

IV - por abandono de álveo;

V - por plantações ou construções.

CC/1916: art. 536.

Na precisa lição de Clóvis Bevilacqua, “acessão é modo originário de adquirir, em virtude do qual fica pertencendo ao proprietário tudo quanto se une ou se incorpora ao seu bem” (*Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. I, p. 142).

O terceiro e último modo de aquisição da propriedade imóvel previsto no Código Civil é reflexo do princípio maior de que o acessório segue o principal. A coisa que adere ao solo e dele não pode ser retirada sem dano ou fratura, incorpora-se e passa a pertencer ao dono do prédio, evitando, assim, a criação de desconfortável situação de condomínio. A questão maior é determinar o acessório e o principal, matéria que ganhou relevo no Código Civil de 2002 como adiante veremos, no comentário ao art. 1.255.

Na lição de Serpa Lopes, são requisitos para configuração da acessão: a união entre duas coisas corpóreas distintas; uma das duas coisas ser mais importante do que a outra, utilizando-se o critério econômico; as coisas se encontrarem unidas por um laço material, uma incorporação, por força natural ou do homem; as duas coisas pertencerem a proprietários diversos (*Curso de direito civil* > 4. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. VI, p. 488).

Pode a acessão dar-se por fato natural, quando provém exclusivamente da natureza, ou artificial, quando provém de esforço do homem, com ou sem concurso da natureza. Pode, ainda, dar-se pela união de imóvel a imóvel, ou de móvel a imóvel. O artigo em exame elenca as cinco modalidades de aquisição por acessão, destacando sua natureza originária, que não deriva de negócio jurídico causai com o ex-proprietário, mas de fato jurídico, ou comportamento ao qual a lei empresta efeitos de aquisição da propriedade. Disso decorre que a aquisição da coisa por acessão independe de seu ingresso no registro imobiliário, que tem efeito apenas publicitário e regularizatório, como se dá, por exemplo, com a averbação de construções.

Jurisprudência: Registro de imóveis. Retificação de área. Possibilidade de cumulação dos pedidos de retificação e unificação de matrículas. Impugnação rejeitada. Negócio jurídico, ante-

rior ao novo Código Civil, que convencionou que as acessões pertencem ao alienante, produzem efeitos meramente obrigacionais e não configuram condomínio. Inexistência de questão de alta indagação que impeça a retificação do registro. Retificação deferida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 311.661.4/3-00, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Francisco Loureiro, j. 15.12.2005)

Subseção I Das Ilhas

Art. 1.249. As ilhas que se formarem em correntes comuns ou particulares pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros» observadas as regras seguintes:

I - as que se formarem no meio do rio consideram-se acréscimos sobrevindos aos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais;

II - as que se formarem entre a referida linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado;

III - as que se formarem pelo desdobramento de um novo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se constituíram.

CC/1916: art. 537.

Dispõe o art. 20, III, da Constituição Federal, que são bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água que banhem mais de um estado, sirvam de limite com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais. O art. 26 da Carta Política, por seu turno, reza que são bens dos Estados Federados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, bem como as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União.

Vê-se, portanto, a restrita aplicação do artigo em exame, uma vez que a Constituição Federal não mais contempla, ao contrário do que ocorria com o Decreto n. 24.643/34 - Código de Águas correntes navegáveis públicas e não navegáveis particulares. Como agora públicas são as correntes, públicas serão as ilhas fluviais que nela se formarem. A única exceção se encontra no inciso III, ou seja, as ilhas que se formarem pelo desdobramento de um novo braço de rio, às custas de terras particulares, continuam a pertencer aos proprietários originários.

Abstraindo a natureza pública das correntes fluviais, pode-se interpretar o preceito sobre novas ilhas, na leitura estrita do Código Civil, de acordo com a precisa lição de Caio Mário da Silva Pereira: “as que se formarem no meio do rio distribuem-se na proporção das testadas dos terrenos ribeirinhos, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais; as que se formarem entre a linha mediana e uma das margens, consideram-se acréscimos dos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado e, obviamente, nada lucram os proprietários situados do lado oposto” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, p. 128).

Jurisprudência: Ação de usucapião extraordinário. Imóvel localizado em ilha fluvial. Propriedade exercida por particulares. Possibilidade jurídica do pedido. 1 - O pedido é juridicamente possível quando a pretensão deduzida na inicial é admitida pelo ordenamento jurídico, onde se inclui a ação de usucapião. 2 - Imóvel localizado em ilha fluvial e titularizado em favor de particular é passível de usucapião, vez que, ao que consta, já pertencia ao patrimônio privado no momento em que o ordenamento jurídico transferiu aos Estados o domínio de ilhas. 3 - Tendo o autor comprovado os requisitos autorizadores do usucapião extraordinário, previsto no art. 550 do Código Civil então vigente, impõe-se a procedência da ação. Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.006.601.165, 19ª Câm. Cível, rel. Des. José Francisco Pellegrini, j. 30.09.2003)

Subseção II Da Aluvião

Art. 1.250. Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização.

Parágrafo único. O terreno aluvial, que se formar em frente de prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem.

CC/1916: arts. 538 e 540.

O artigo em exame deu definição e contornos mais precisos à figura da aluvião, que nada mais é do que “todo o acréscimo, sucessivo e imperceptível de terras que o rio anexa naturalmente às suas margens” (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. VII, p. 366). Equipara-se ao acréscimo gradativo de sedimentos a aluvião imprópria, consistente no desvio natural das águas dos rios, descobrindo terrenos abandonados.

Exige o preceito que o acréscimo seja lento, paulatino e que ocorra de modo natural ao longo das correntes. Não constituem aluvião, por consequência, os aterros artificiais, feitos pela mão do homem, que conforma de modo proposital os contornos de sua propriedade.

Não veda o Código Civil de 2002, como fazia o art. 539 do Código Civil de 1916, a aluvião por retração das águas dormentes de tanques e lagos, que alguns autores denominam de imprópria. O atual diploma é omissivo a respeito, aplicando-se, por consequência, o disposto no art. 16 do Código de Águas, que admite como aluvião “a parte do álveo que se descobrir pelo afastamento das águas”

Note-se que o art. 16, § 1º, do Código de Águas (Decreto n. 24.643/34), em exata consonância com os arts. 20 e 26 da Constituição Federal, reza que os “acréscimos por aluvião, ou artificialmente, se produzirem nas águas públicas ou particulares, são públicos dominiais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou se por algum título legítimo não forem do domínio particular”. O que foi dito no comentário ao artigo anterior sobre a formação de ilhas serve para a aluvião, que somente será modo de aquisição da propriedade particular caso se admitam correntes particulares.

Admitindo-se a aluvião como modo de aquisição da propriedade particular, aproveita aos proprietários dos terrenos ribeirinhos, na proporção das respectivas testadas de seus prédios, sem obrigação de indenizar quem quer que seja.

Subseção III Da Avulsão

Art. 1.251. Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado.

Parágrafo único. Recusando-se ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá aquiescer a que se remova a parte acrescida.

CC/1916: arts. 541 e 542.

Na lição de Nelson Rosenvald, avulsão “é o desprendimento, por força natural, violenta e abrupta, de uma porção de terra que vai se juntar ao terreno de outro proprietário, ocorrendo a consolidação de duas coisas em uma” (*Direitos reais, teoria e questões*, 2. ed. Niterói, Impetus, 2003, p. 90).

O Código Civil de 2002 disciplina de modo claro o direito potestativo do proprietário do prédio acrescido, de optar entre indenizar o proprietário do prédio desfalcado, ou aquiescer que se remova a porção acrescida. A obrigação de indenizar visa a evitar o enriquecimento sem causa do proprietário do prédio beneficiado, às custas do desfalque de prédio alheio.

O proprietário do prédio desfalcado pode apenas pleitear indenização no prazo decadencial de um ano, e apenas no caso de recusa do beneficiado nasce a prerrogativa de pedir a remoção da porção acrescida, retornando as partes ao estado anterior. Decorrido o prazo decadencial sem manifestação do prejudicado, a porção de terra se incorpora definitivamente no prédio acrescido, sem qualquer indenização.

Não disciplina a lei hipótese inversa da avulsão causar danos ao prédio acrescido. Não havendo ato imputável ao dono do prédio desfalcado, nenhuma indenização será devida a tal título.

Subseção IV Do Álveo Abandonado

Art. 1.252.0 álveo abandonado de corrente pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham indenização os donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo.

CC/1916: art. 544.

Álveo é a superfície que as águas cobrem sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto (art. 9º do Código de Águas - Decreto n. 24.643/34). Segue a propriedade do álveo a natureza das águas, públicas ou particulares. Torna-se abandonado quando a corrente seca ou se desvia por fenômeno natural.

Disciplina o artigo em exame dois efeitos da mudança do leito das correntes: a quem pertence o álveo abandonado e se o proprietário por onde passa o novo curso do rio faz *jus* à indenização.

O álveo abandonado pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, até o seu eixo médio e na proporção das testadas dos respectivos prédios. Aplica-se o que foi dito no comentário ao art. 1.249, sobre a formação de ilhas. Note-se que não faz o art. 1.252 qualquer distinção entre correntes públicas ou particulares; ao contrário, o art. 26 do Código de Águas explicita que o álveo abandonado de corrente pública pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens. Tratando-se de águas públicas, público será o novo álveo, sem qualquer indenização aos proprietários particulares, mas, em compensação, perde o Poder Público o antigo álveo para os proprietários ribeirinhos.

Os proprietários dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso, por seu turno, não fazem jus a qualquer indenização, por se tratar de fato natural não imputável a terceiros. Diferente, todavia, é a solução se a mudança de curso da corrente decorreu de obra de utilidade pública, caso no qual, nos termos do art. 27 do Código de Águas, o prédio ocupado pelo novo álveo deve ser indenizado; mas, em contrapartida, o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante.

Nesse sentido decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça que “no caso de mudança de corrente pública pela força das águas ou da natureza, o álveo abandonado é regi-

do pelo art. 26 do Código de Águas. Mas, no caso de mudança da corrente pública por obra do homem, o leito velho, ou álveo abandonado, pertence ao órgão público. Atribui-se a propriedade do leito velho à entidade que, autorizada por lei, abriu o rio para um leito novo. Em tal caso de desvio artificial do leito, a acessão independe de prévio pagamento de indenização. Não é premissa dessa aquisição que o Poder Público indenize previamente o proprietário do novo álveo” (STJ, REsp n. 20.762/SP, rel. Min. Nilson Naves).

Jurisprudência: Possessória. Reintegração de posse. Prescrição. Bem móvel. Possessória. Reintegração de posse. Divisão dos imóveis confinantes por um córrego. Alteração do curso do álveo. Circunstância que não acarreta qualquer modificação nos limites dos imóveis. Inexistência de avulsão, aluvião ou assoreamento. Hipótese em que a alteração do curso d'água ocorreu há mais de cinco anos. Irrelevância. Possibilidade do ajuizamento da ação possessória até o decurso do prazo prescricional. Procedência. Sentença mantida. (*JTA* 122/140)

Possessório. Manutenção de posse. Reintegração de posse. Boletim. Área resultante de obra de utilidade pública efetuada para mudança da corrente do córrego. Álveo abandonado que passa a pertencer ao poder público, sendo insuscetível de posse por particular. Ação improcedente, sendo procedente a reintegração pela municipalidade. (*PTAC*, Boletim 120)

Processo civil. Agravo no recurso especial. Ação de divisão. Desvio do curso do rio. Utilidade pública. Álveo abandonado. Propriedade do Estado. Código de Águas, art. 27. Litigância de má-fé. Atentado à verdade dos fatos. Reexame de prova. Prova do prejuízo e julgamento *extra petita*. Prequestionamento. Ausência. Se o rio teve seu curso alterado por ingerência do Poder Público, e não por fato exclusivo da natureza, pertence ao expropriante a fração de terra correspondente ao álveo abandonado. É inadmissível o recurso especial na parte em que dependa de reexame de prova e se não houve o prequestionamento do direito tido por violado. Agravo no recurso especial a que se nega provimento. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 431.698, 3ª T., rel. Nancy Andrichi, *DJ* 30.09.2002)

Registro de imóveis. Retificação. Inadmissibilidade. Englobamento de álveo abandonado. Típica forma de aquisição de domínio. Impugnação pela municipalidade. Art. 27 do Código de Águas. Ouestion de alta indagação. Incompatibilidade com o procedimento especial. Necessidade de exame pelas vias ordinárias. Recurso não provido. Surgindo fundada controvérsia em matéria de tão alta indagação, indispensável e corretamente imposta, com a consequente rejeição do pedido retificatório, a utilização das vias ordinárias, na conformidade do disposto no art. 213, § 4º, da Lei de Registros Públicos. (TJSP, Ap. cível n. 206.066-1, rel. Roberto Bedran, j. 05.04.1994)

Reintegração de posse. Retomada de área resultante de álveo abandonado e servidão lindeira. Novo traçado do Rio Tietê providenciado pela Municipalidade de São Paulo. Propriedade do álveo abandonado e da servidão lindeira em favor desta. Sentença de procedência reformada. Reexame e recurso da municipalidade providos. Se a Municipalidade de São Paulo providenciou o novo traçado do Rio Tietê, o álveo abandonado e a servidão lindeira passam a ser de sua propriedade na forma do art. 27 do Código de Águas (TJSP, Ap. cível n. 159.869-5, rel. Luis Ganzerla, j. 08.05.2001). (*Lex-TJSP* 248/188, 2002)

Abertura de rua. Regularização. Impugnação da municipalidade desprovida de fundamentação idônea. Pretensão à remessa dos interessados às vias ordinárias. Descabimento. Causa exaustivamente debatida. Oportunidade para manifestação das partes. Ampla dilação probatória. Área pública não abrangida pelo espaço geográfico ocupado pelo remanescente.

Hipótese em que o curso de água do córrego em seu traçado primitivo não era navegável ou fluviável. Não configuração, por isso, de águas públicas. Inteligência do art. 2º, *b*, do Código de Águas. Leito abandonado que, portanto, não constitui área pública. Inocorrência, ademais, de desapropriação da faixa de terra ocupada pelo novo álveo resultante da retificação e canalização do córrego. Leito abandonado presentemente desfigurado e destinado à utilização particular que passou a pertencer aos proprietários ribeirinhos das duas margens. Art. 26 do Decreto n. 24.643/34. Chanfro exigido pela municipalidade na formação do canto do imóvel na esquina onde situado que se trata de mera restrição ao direito de construir. Inoperância de qualquer mutação subjetiva da propriedade. Desnecessidade de sua exclusão da área particular. Recurso improvido (TJSP, Ap. cível n. 146.217-4/0-00, rel. Luiz Antonio de Godoy, j. 04.05.2004). (*Lex-TJSP* 284/150, 2005)

Subseção V Das Construções e Plantações

Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

CC/1916: art. 545.

A subseção em estudo trata da acessão de móvel a imóvel, abrangendo acréscimos naturais ou decorrentes de obra humana. Alude o preceito a construção ou plantação, que são acessões, não se confundindo com benfeitorias. Benfeitorias são obras ou despesas feitas na coisa, com o propósito de conservá-la, embelezá-la ou melhorá-la. São os acréscimos sobre- vindos ao bem em virtude de esforço humano. Já as acessões, ora estudadas, são obras novas, criam coisas distintas que aderem ao bem anteriormente existente.

A regra maior que rege a matéria é a propriedade do solo compreender a da superfície e as das coisas que a ela acedem - *superfícies solo cedit*. Cria o preceito em estudo duas presunções: as construções e plantações terem sido feitas pelo dono do solo, e construídas e plantadas às custas do dono do solo. As presunções são relativas - *juris tantum* - e seguem regra de senso comum, de normalmente o proprietário construir e plantar no que é seu e às próprias expensas. Basta, assim, ao dono do solo, fazer prova da propriedade, para presumir a origem das acessões. Cabe ao adversário destruir a presunção, por qualquer meio de prova, documental ou testemunhai.

Na lição de Clóvis, “para que alguém possa alegar direito sobre o que se encontre edificado ou plantado em terreno alheio, há de exigir título hábil” (BKVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. I, p. 148). A demonstração da existência de uma razão jurídica, de um título que justifique a posse sobre coisa alheia, constitui valioso meio de prova da origem das acessões. Mesmo sem título, pode o possuidor usar de qualquer outro meio para demonstrar que edificou ou plantou em terreno alheio. Note-se que não basta demonstrar quem fez a acessão, mas também quem arcou com seu custo, para pleitear eventual indenização em face do dono do solo.

Art. 1.254. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé.

CC/1916: art. 546.

O artigo em exame nada inovou, em substância, o que continha o art. 546 do Código Civil de 1916. Trata da hipótese do dono do solo plantar ou edificar em terreno próprio, mas utilizando-se de materiais ou plantas alheias. A solução adotada pelo legislador está na aquisição, pelo dono do solo, da propriedade da construção e da plantação, atendendo o princípio *superficies solo cedit* e na impossibilidade de se devolver os materiais ou plantas alheios sem fratura ou dano.

De outro lado, o proprietário do solo, e agora também das acessões a ele incorporadas, indeniza o valor dos materiais e plantas alheios, para evitar o enriquecimento sem causa. O valor a ser indenizado, segundo Carvalho Santos, é o que os materiais e sementes tinham quando passaram a ser propriedade do dono do solo, ou seja, o momento no qual foram plantados ou empregados na construção, devidamente atualizados, para evitar a depreciação da moeda (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. VII, p. 404). Não se indeniza, portanto, o valor da obra concluída, nem o da plantação em fase de colheita, mas apenas o que perdeu efetivamente o ex-dono dos materiais e sementes, sem incluir a mais valia que acrescentaram ao dono do solo. É irrelevante, de outro lado, se a construção foi demolida, ou se a plantação se perdeu, pois o risco da perda ou deterioração é do dono da acessão (*res perit domino*).

Se o dono do solo agir de má-fé, pagará também as perdas e danos causados ao dono dos materiais e sementes, cabendo a este último, porém, o ônus de provar os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes do ato ilícito.

Finalmente, não mais persiste acesa discussão na doutrina, sobre casos em que ao dono dos materiais era admitida a reivindicação, em vez de singela indenização. Tomem-se como exemplo os casos das sementes e materiais ainda não incorporados ao solo, ou das coisas consideradas imóveis por acessão intelectual, como espelhos, quadros, eletrodomésticos e outros bens móveis intencionalmente destinados à exploração, aformoseamento ou comodidade de um prédio. A figura das pertenças, expressa no art. 93 do Código Civil de 2002, de um lado cria uma unidade econômico-social com a coisa a que elas servem, mas, de outro, garante a possibilidade de destaque do bem principal, podendo ser objeto de relações jurídicas próprias. Parece claro, portanto, que as pertenças, antigas acessões intelectuais, podem ser reivindicadas por seus proprietários, não se incorporando ao prédio, nem constituindo acessões.

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

CC/1916: art. 547.

O artigo em exame, especialmente seu parágrafo único, introduz relevante novidade em nosso ordenamento jurídico, consagrando exceção ao princípio *superficies solo cedit*. Trata-se, sem dúvida, da mais importante alteração introduzida no capítulo das acessões, como adiante veremos.

O *caput* do artigo trata do caso daquele que edifica ou planta em terreno alheio, com materiais ou sementes próprias. Hipótese diversa, portanto, da estudada no art. 1.254, no qual havia construção feita em terreno próprio, mas com materiais ou sementes alheios. Traça o legislador a regra geral de o construtor ou plantador perder o que plantou ou construiu a favor do proprietário do solo, mas ter direito à indenização, se agiu de boa-fé. Visa a

reparação a evitar o enriquecimento sem causa do proprietário do solo, que terá incorporadas as acessões, em desfavor do construtor ou plantador, que as perderá.

É intuitivo que para construir ou plantar em terreno alheio deve-se ter a posse do prédio. O preceito alcança todas as classificações da posse, desde que cumpra o requisito da boa-fé subjetiva, entendida como ignorância ou desconhecimento do vício que a afeta. Assim, terá direito à indenização o possuidor direto, com posse *ad interdicta* ou *ad usucapionem** e até mesmo o possuidor com posse injusta, desde que desconheça o vício.

Não diz a lei, mas por analogia se aplicam as regras relativas à indenização das benfeitorias úteis, de modo que, além da indenização, terá o construtor ou plantador de boa-fé direito de retenção, permanecendo com a coisa até o recebimento do crédito, consoante tranqüilo entendimento dos nossos tribunais. Nesse sentido o Enunciado n. 81 do Conselho de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: “O direito de retenção previsto no art. 1.219 do Código Civil, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações), nas mesmas circunstâncias”. No que se refere à oportunidade e modo de exercício do direito de retenção, se remete o leitor ao comentário ao art. 1.219 do Código Civil, que aqui se aplica.

Diz a parte final do *caput* do art. 1.255 que o construtor e plantador de boa-fé terão direito à indenização pelas acessões perdidas para o dono do solo, mas não quantifica seu valor. Aplica-se o disposto na parte final do art. 1.222 do Código Civil de 2002, que assegura ao possuidor de boa-fé a indenização pelo “valor atual”. Repete-se o que foi dito no comentário àquele artigo. Indeniza-se o valor das acessões, no estado em que se encontram, no momento da devolução do prédio. Leva-se em conta, portanto, o desgaste e a depreciação da acessão, assim como o decréscimo de sua utilidade, para aferir seu valor atual, pouco importando se o possuidor gastou mais ou menos para fazê-las. A regra tem lógica: de um lado, não deve o dono do solo pagar mais do que recebeu; de outro lado, porém, se o custo para fazer a benfeitoria ou acessão foi inferior a seu valor atual, é justo receber o construtor/plantador de boa-fé a diferença, pois corresponde àquilo que enriqueceu o dono do solo. É relevante saber o exato momento em que cessou a boa-fé do construtor/plantador, marco divisor do direito à percepção de indenização das acessões erigidas até aquela data. Não é relevante o fato da acessão ser regular ou irregular, na esfera administrativa. Ainda que não aprovada por autoridade administrativa, tem a construção valor, embora sofra alguma depreciação. Assim, ainda que o art. 34, parágrafo único, da Lei n. 6.766/89, reze que nos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis loteados não serão indenizadas as benfeitorias (caso se estenda o preceito às acessões), mesmo feitas em desconformidade com o contrato ou com a lei, não significa que obras não aprovadas sejam perdidas sem qualquer indenização.

O construtor/plantador de má-fé, além de perder a construção ou plantação a favor do dono do solo, não tem direito à indenização. Embora não repita o atual art. 1.255 o contido na parte final do art. 547 do revogado Código Civil, está claro que também responde por eventuais perdas e danos, além de ser obrigado a repor o prédio no estado anterior, se assim desejar o dono do solo, em vez de se apropriar da construção ou plantação.

A principal novidade do preceito se encontra no parágrafo único do art. 1.255, que inverte um paradigma milenar, de o solo ser o principal e a construção/plantação o acessório. Atende a regra à cláusula geral da função social da propriedade, conferindo ao construtor/plantador de boa-fé, que deu destinação econômica e social ao prédio, sobre ele consolidar a propriedade, indenizando o dono do solo, que permaneceu inerte, não utilizando o que era seu. O direito assegurado ao construtor/plantador está subordinado a dois requisitos cumulativos: a boa-fé e o valor consideravelmente superior da construção/plantação, em relação ao solo.

Na expressão de Nelson Rosendal, trata-se de acessão inversa, na qual a construção ou plantação são os bens principais e o solo é acessório (*Direitos reais, teoria e questões** 2. ed. Niterói, Impetus, 2003, p. 93). O critério é econômico e exige que o valor da acessão supere

consideravelmente o valor do terreno. Usou o legislador propositalmente termo indeterminado - *consideravelmente* - conferindo maior poder ao juiz, para, no caso concreto, aferir a disparidade de valores entre o solo e a acessão. Deve-se levar em conta, dentro do parâmetro econômico primário fixado pelo legislador, a natureza da utilização do imóvel, a relevância dos investimentos e a função social que o construtor/plantador deu ao prédio.

Na falta de consenso entre as partes, será fixada a indenização pelo juiz, levando em conta, como é óbvio, o valor do solo sem as acessões erigidas por terceiro de boa-fé. O direito potestativo do construtor/plantador pode ser agitado em ação própria ou como exceção em demanda reivindicatória ou possessória. Contra o pagamento do valor fixado judicialmente, será o imóvel transferido ao construtor/plantador, servindo a sentença como título derivado para o registro imobiliário. Cuida-se de mais uma modalidade de alienação compulsória do proprietário que deixou de dar função social à propriedade, ao possuidor que a deu, tal como previsto no art. 1.228, § 4º, do Código Civil de 2002.

Embora não preveja a lei, também o proprietário do solo, onde foi construída a acessão inversa de boa-fé, tem o direito de postular a aquisição compulsória do terreno pelo construtor ou plantador. Basta lembrar a hipótese do valor das acessões de boa-fé, com direito de retenção, superar em muito o valor do terreno, e o proprietário não dispuser de recursos para a indenização. Parece sensato que para resolver o impasse, em vez de indenizar as acessões, prefira perder o terreno e receber o seu valor correspondente em dinheiro.

A figura da acessão inversa se aplica exclusivamente à propriedade privada, pois a propriedade pública, para efeito de alienação, deve ser previamente desafetada.

Jurisprudência: Locação. Despejo. Competência. Vínculo empregatício. Cerceamento de defesa. Benfeitorias. Acessão. Indenização. A retomada do imóvel locado prescinde de qualquer reconhecimento prévio acerca da existência, ou não, de vínculo empregatício entre as partes ou da tramitação de demanda laboral. Desnecessária renovação de perícia se realizada em processo idêntico anterior anulado por questão formal não relacionada à prova. Benfeitorias voluptuárias são as realizadas para mero deleite, divertimento ou despesas desnecessárias. Não se caracterizam como tais construção de local adequado para servir de residência e destinada para proporcionar um mínimo de condições dignas de moradia. A presunção de que toda a construção ou plantação existente em um terreno foi realizada pelo proprietário e a sua custa (art. 545) e *juris tantum*, admitindo prova em contrário. A edificação de apartamento em terreno alheio aproveitando a estrutura e características do imóvel existente configura acessão, caso em que ocorre a incorporação de um bem pelo outro, pois "aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito a indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos" (art. 547 do CC). A necessidade da realização da obra, o intuito de nele morar, o longo período em que lá esteve estabelecido e, sobretudo, as condições, compartilhando camarins destinados a artistas de espetáculos noturnos, além do fato da obra ter sido realizada na presença dos proprietários e sem impugnação, comprova a boa-fé e outorga direito à indenização. (TJRS, Ap. cível n. 70.005.733.589, 2ª Câmara Cível, rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, j. 24.04.2003)

Arrendamento rural. Benfeitoria. Plantação e construção. Não reconhecimento. Plantações e construções, sendo coisas novas que se agregam às já existentes, são consideradas acessões e não benfeitorias, pois estas constituem obras ou despesas efetuadas na coisa para conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la. (JTA, RT83/304)

Embora as construções não sejam benfeitorias, a disposição do art. 516 do Código Civil, pela sua finalidade, abrange umas e outras. Portanto, afirmada a boa-fé do possuidor, tem

ele direito à retenção até que seja ressarcido do valor da construção (TJSP, Ap. cível n. 211.637-2, rel. Laerte Nordi, j. 24.06.1993). (*Lex-TJSP* 146/79,1993)

As construções novas, que constituem acessões, introduzidas pelo inquilino no imóvel locado, e que aderiram ao anteriormente existente, não caracterizam benfeitorias. Diversamente das benfeitorias, a indenização por acessões não pode ser pedida na ação de despejo nem possibilita a retenção do imóvel pelo locatário, devendo ser pleiteada pela via processual própria (TJSP, AI n. 891.949-0/8, rel. Orlando Pistoiresi, j. 12.05.2005). (*Lex-TJSP* 292/401,2005)

Indenização. Ação reivindicatória. Imóvel. Procedência. Construção em terreno alheio vizinho. Perda em favor do proprietário vindicante. Casa que, depois da sua divisão e da separação física dos terrenos, se tornará inútil do ponto de vista jurídico-funcional. Perda de valor econômico. Verba não devida. Improvimento aos recursos principais. Inteligência do art. 547, 1ª alínea, do Código Civil. Quem edifica em terreno alheio vizinho, perde, em proveito do proprietário, mas sem direito a indenização, as construções, se estas, depois de divididas e separados os terrenos, já não guardem valor econômico (TJSP, Ap. cível n. 59.912-4, rel. Cezar Peluso, j. 09.02.1999). (*Lex-TJSP* 217/73,1999)

Possuidor. Construções. Indenização. Retenção. O direito a ressarcimento por construções, que se reconheceu ao possuidor, garante-se com a retenção. Inexistência de razão para tratamento diferenciado de acessões e benfeitorias, quanto ao ponto. Tanto mais que o Código Civil nem sempre empregou os termos no sentido rigorosamente técnico, como se depreende de seu art. 548 (STJ, REsp n. 28.489/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 19.10.1993). (*RSTJ* 53/183)

É possível equiparar as acessões artificiais às benfeitorias necessárias, porquanto podem representar instrumento adequado para a conservação da coisa, evitando que se deteriore. (STJ, REsp n. 565.483/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.11.2005)

Conforme entendimento do STJ, é possível a retenção do imóvel, pelo possuidor de boa-fé, até que seja indenizado pelas acessões nele realizadas. (STJ, REsp n. 805.522/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07.12.2006)

1 - Esta Corte firmou compreensão no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios. 2 - Não é nula a cláusula em que se renuncia ao direito de indenização nas hipóteses de acessão em terreno locado, prestigiando o princípio da autonomia das vontades (STJ, REsp n. 439.797/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 19.11.2002). (*RSTJ* 175/586)

De acordo com os arts. 63, 66, 490, 515 a 519, 535, 536, V, e 545, do Código Civil Brasileiro, a construção realizada não pode ser considerada benfeitoria, e sim como acessão (art. 536, V, CC), não cabendo, por tal razão, indenização pela construção irregularmente erguida. O direito à indenização só se admite nos casos em que há boa-fé do possuidor e seu fundamento sustenta-se na proibição do ordenamento jurídico ao enriquecimento sem causa do proprietário, em prejuízo do possuidor de boa-fé. 3 - No presente caso, tem-se como clandestina a construção, a qual está em logradouro público, além do fato de que a sua demolição não vai trazer nenhum benefício direto ou indireto para o município que caracterize eventual enriquecimento. 4 - Não se pode interpretar como de boa-fé uma atividade ilícita. A construção foi erguida sem qualquer aprovação de projeto arquitetônico e iniciada sem a prévia licença de construção, fato bastante para caracterizar a má-fé da recorrente. 5 - "A construção clandestina, assim considerada a obra realizada sem licença, é uma atividade ilí-

cita, por contrária à norma edilícia que condiciona a edificação à licença prévia da prefeitura. Quem a executa sem projeto regularmente aprovado, ou dele se afasta na execução dos trabalhos, sujeita-se à sanção administrativa correspondente." (Hely Lopes Meirelles, em sua clássica obra *Direito de Construir*, 7. ed. São Paulo, Malheiros, p. 251). (STJ, REsp n. 401.287/PE, rel. Min. José Delgado, j. 26.03.2002)

Na ação reivindicatória, quando, como na hipótese, o direito de retenção não foi discutido na fase de conhecimento, os embargos de retenção por benfeitorias podem ser opostos na execução da sentença que a julgou procedente. Tal aceitação não importa em ofensa à autoridade da coisa julgada e se afeiçoa ao princípio da economia processual (STJ, REsp n. 111.968/SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 17.08.2000). (RSTJ 140/415)

Enquanto perdurar o comodato, não corre prescrição para pleitear indenização pelas acessões efetuadas pelo comodatário, que delas se utiliza. (STJ, REsp n. 13.337/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.04.1992)

Acessão inversa. Art. 1.255, parágrafo único, do NCC. Pretendida aquisição da propriedade mediante pagamento de indenização pela realização de construção. Pretensão exercível a partir da vigência do NCC. Ausência de boa-fé do construtor. Ação improcedente. Recurso improvido. (TJSP, AC n. 471.869-4/0-00, rel. Des. Piva Rodrigues, j. 19.07.2007)

Acessão inversa. Acessões de valor muito superior ao do terreno, construídas de boa-fé pelos últimos adquirentes da cadeia de alienações. Possibilidade de acessão inversa, dado o descompasso entre o valor do terreno cru e aquele do imóvel edificado, diante da concordância da autora. Realização de nova perícia, em liquidação por arbitramento, para apuração do valor atual do terreno. Consolidação da propriedade em favor dos últimos adquirentes, uma vez pago o valor do terreno em favor do verdadeiro proprietário do solo. Ação parcialmente procedente, para reconhecer a nulidade do primeiro negócio, mas manter todos os registros da cadeia, convalidados pela acessão inversa da herança jacente em favor dos últimos adquirentes. Manutenção das verbas de sucumbência. (TJSP, Ap. cível n. 427.382.4/0-00, 4ª. Câm. Dir. Privado, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 14.05.2009)

O art. 1.255 do CC, que prevê a indenização por construções, dispõe, em seu parágrafo único, que o possuidor poderá adquirir a propriedade do imóvel se "a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno". O dispositivo deixa cristalina a inaplicabilidade do instituto aos bens da coletividade, já que o direito público não se coaduna com prerrogativas de aquisição por particulares, exceto quando atendidos os requisitos legais (desafetação, licitação etc.). (STJ, REsp n. 945.055/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.06.2009)

Art. 1.256. Se de ambas as partes houve má-fé» adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões.

Parágrafo único. Presume-se má-fé no proprietário, quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua.

CC/1916: art. 548.

O Código Civil de 1916 tinha regra similar no art. 548. Foi a redação do preceito aperfeiçoada, substituindo-se o termo "valor das benfeitorias" por "valor das acessões", eliminando qualquer dúvida a respeito do objeto da indenização.

O artigo anterior disciplinou hipóteses nas quais o dono do solo está de boa-fé, variando apenas a boa-fé ou a má-fé do construtor/plantador. Agora trata o legislador do caso em que tanto o construtor/plantador como o dono do solo estão de má-fé, de modo que não há razão para tutelar o interesse de qualquer deles, em detrimento do outro.

A solução dada foi a do dono do solo se apropriar das acessões, que se incorporam ao prédio, mas em contrapartida indenizar o seu valor ao construtor/plantador, evitando, assim, o enriquecimento sem causa de qualquer das partes. No que se refere ao valor da indenização, aplica-se por analogia o disposto na parte final do art. 1.222 do Código Civil de 2002: a indenização se faz pelo valor atual da acessão, evitando vantagem a qualquer das partes maliciosas.

O parágrafo único do artigo em exame trata da presunção de má-fé do proprietário do solo, quando a construção ou plantação se fez em sua presença e sem impugnação. Na lição de Carvalho Santos, “não precisa o construtor ou o plantador provar a má-fé do *dominus soli*, bastando que ele prove: a) que o proprietário estivera presente ao serviço de plantação ou construção; b) que a ele não fez oposição” (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. VII, p. 422). Nada impede, porém, que o construtor/plantador faça a seu cargo prova por outros meios de que o dono do solo tinha ciência do levantamento das acessões e a elas não se opôs, apesar de não se achar presente. A presunção de má-fé que emana da presença do dono do solo é relativa e pode ser elidida por circunstâncias e provas em sentido contrário, como, por exemplo, convenção entre as partes de que as acessões não seriam indenizadas, ou de que o seu custo já se achava embutido na equação econômica do contrato.

Finalmente, a presunção de má-fé do dono do solo presente exige também o requisito da falta de impugnação, pois, se reclamou, o risco passa a ser inteiramente do construtor/plantador. A impugnação pode ser judicial ou extrajudicial, comprovável por documentos, notificações ou testemunhas.

Jurisprudência: Possessória. Reintegração de posse. Construção sobre terreno alheio. Boa-fé do construtor. Construção e acessão. Quem edifica em terreno alheio perde o prédio em favor do proprietário deste e, se agiu de boa-fé, tem direito a indenização, que deve ser paga observado o valor atual do chalé. A boa-fé é presumida, e só pode ser afastada pela demonstração do fato do dono da obra ter efetivo conhecimento de estar edificando em terreno que não era o seu, ou por indícios suficientemente fortes capazes de induzir convencimento em tal sentido. O fato de não ter sido elaborada planta, nem submetida à aprovação do órgão municipal e nem tampouco a construção ter sido precedida de licença, não é capaz de induzir má-fé quanto ao dono da obra, posto sabido que em pequenas cidades do interior e para construções de pequeno porte, costumemente isso não é observado. O pagamento de um locativo ou valor a título de indenização pela ocupação indevida do terreno, pressupõe a má-fé do ocupante. Indemonstrada a má-fé deste e presumida a sua boa-fé, não cabe o pedido. Improvimento. Voto vencido. (TJRS, Ap. cível n. 189.085.475, 6ª Câ. Cível, rel. Paulo Antônio Kretzmann, j. 07.12.1989)

Art. 1.257. O disposto no artigo antecedente aplica-se ao caso de não pertencerem as sementes, plantas ou materiais a quem de boa-fé os empregou em solo alheio.

Parágrafo único. O proprietário das sementes, plantas ou materiais poderá cobrar do proprietário do solo a indenização devida, quando não puder havê-la do plantador ou construtor.

CC/1916: art. 549.

Manteve o legislador em substância o que continha o art. 549 do Código de 1916, alterando apenas a redação do dispositivo. Trata-se, segundo Carvalho Santos, do caso “em que

alguém faz plantações ou edifica em terreno alheio, pertencendo as sementes, plantas e materiais a um terceiro, não a ele, plantador ou construtor” (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. VII, p. 424). Segundo o mesmo autor, criam-se, em tal caso, relações jurídicas de três ordens, entre os diversos interessados: entre o proprietário do solo e o construtor/plantador; entre o construtor/plantador e o proprietário do material; entre o proprietário do solo e o dono do material (op. cit., p. 424).

Inicia o artigo regulando a primeira das relações mencionadas e dispõe que o dono do solo adquire a propriedade das acessões (aplica-se o que contém o artigo anterior), mas indeniza o construtor/plantador por seu valor atual, ainda que o material empregado na obra seja alheio. A indenização a que faz jus o construtor/plantador, portanto, é pela totalidade da acessão e não apenas pelo valor da mão de obra. Tal solução se impõe, por dever o construtor/plantador indenizar o dono do material ou das sementes empregados na acessão. Em termos diversos, o construtor/plantador recebe a indenização do dono do solo, que se beneficiou com a aquisição da acessão, mas repassa o valor do material a seu proprietário.

O dono do solo, a princípio, não tem relação jurídica direta com o dono do material. Logo, a responsabilidade primária será do construtor/plantador indenizar o dono do material. Caso isso não ocorra, nasce, então, a responsabilidade subsidiária do dono do solo, que se beneficiou com a incorporação da acessão, frente ao dono do material, como reza o parágrafo único do art. 549 do Código Civil. Como, porém, alerta Carvalho Santos, este último nada poderá receber se o proprietário do solo já pagou a indenização completa ao construtor/plantador. O preceito visa a evitar o enriquecimento sem causa indireto, que ocorre quando existem duas transmissões sucessivas de valor econômico; primeiro, do patrimônio do empobrecido para o de um intermediário e, depois, do intermediário para o beneficiário final. É por isso que, ao contrário do entendimento da doutrina tradicional, se o construtor/plantador nada tiver a receber, por estar de má-fé, ainda assim pode o proprietário do material pedir indenização de seu valor ao dono do solo, que se beneficiou da acessão.

Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tinha correspondência no Código Civil de 1916, embora códigos estrangeiros, como, por exemplo, o italiano (art. 938), já adotassem providência similar.

O *caput* do art. 1.258 é desdobramento do que contém o parágrafo único do art. 1.255, anteriormente comentado; ou seja, constitui exceção ao princípio *superficies solo cedit*, permitindo ao construtor de boa-fé que construiu em pequena faixa do imóvel vizinho se tornar dono dela, indenizando o proprietário. Cuida-se, novamente, de direito potestativo, assegurando ao esbulhado a alienação compulsória de parte do imóvel invadido. Mais uma vez, procura o legislador tutelar a função econômica e social da propriedade imóvel, evitando a demolição da construção feita de boa-fé, com regra especial para a invasão de pequena monta. A solução legal, de resto, já era adotada pelos tribunais, na vigência do Código Civil de 1916 (RT493/107,517/201).

Como diz Marco Aurélio S. Viana, são requisitos cumulativos da incidência da regra: “a) a construção se tenha feito parcialmente em solo próprio, mas havendo invasão de solo alheio; b) a invasão do solo alheio não pode ser superior à vigésima parte deste; c) a boa-fé do construtor; d) o valor da construção deve exceder o da parte invadida; d) o construtor indenizará o dono do terreno invadido, pagando-lhe o valor da área perdida e a desvalorização do remanescente” (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 162).

Note-se que restringe o legislador a incidência da regra à construção, não abrangendo, portanto, as acessões por plantação. A construção deve estar parcialmente em solo próprio e parcialmente em solo alheio, não se aplicando a regra à construção feita inteiramente em pequena porção do imóvel vizinho. A invasão não pode ser superior à vigésima parte do imóvel vizinho e deve ser erigida de boa-fé pelo construtor, sendo, por consequência, determinante o momento no qual tomou esta ciência de que construía em terreno alheio, pois incidirá na regra do parágrafo único do artigo em exame, com efeitos distintos. O valor da construção deve exceder o da porção de solo invadido do prédio vizinho, com a ressalva de que não utiliza o legislador, aqui, a qualificação “consideravelmente”, como fez no parágrafo único do art. 1.255. Logo, basta, utilizando critério econômico, que o valor da construção supere o valor da faixa invadida, sem importar a proporção.

Finalmente, determina o legislador a indenização da faixa invadida, por se tratar, como dito, de direito potestativo do construtor à aquisição compulsória, ainda que contra a vontade do vizinho. A indenização engloba o valor da faixa perdida e a desvalorização do remanescente. No referente à faixa perdida, não se computa na indenização, como é evidente, o valor da acessão feita pelo adquirente. O valor é o do solo, contemporâneo à época do pagamento.

Para a desvalorização do remanescente, deve ser calculada a diminuição de seu potencial de utilização, levando em conta normas urbanísticas, gabaritos e coeficientes de aproveitamento. Muitas vezes, o remanescente já não tem a mesma utilidade do todo, ou sua desvalorização é desproporcional à faixa perdida, correspondendo tal déficit ao valor complementar a ser indenizado. Pode ocorrer, finalmente, como alerta Marco Aurélio S. Viana (op. cit., p. 163), de o remanescente ficar inaproveitável, caso no qual haverá direito de acrescer, abrangendo a indenização a totalidade do imóvel vizinho, que se transferirá por inteiro ao construtor. O desmembramento do imóvel é feito contra a vontade de seu proprietário, por acessão inversa - modo originário de aquisição da propriedade de maneira que o remanescente poderá ter medidas inferiores às exigidas pela Lei n. 6.766/79 ou legislações municipais, sem que tal fato impeça o registro imobiliário. A faixa invadida, por seu turno, será unificada ao prédio vizinho.

O parágrafo único do artigo em exame trata da construção feita de má-fé, que invade faixa de até 1/20 da área total do imóvel vizinho. Em caráter excepcional e cercada de requisitos especialíssimos, admite-se a acessão inversa, mediante alienação compulsória da faixa invadida ao construtor. Lida o preceito com dois vetores opostos: de um lado, manter a unidade econômica do imóvel do construtor, evitando a demolição de parte da construção, que comprometa o restante da edificação e a própria função social do prédio; de outro lado, punir o comportamento malicioso do construtor, que erigiu em faixa do imóvel vizinho, ciente de tal circunstância.

Da congruência dos dois fatores, extraem-se os requisitos para a acessão inversa ao construtor de má-fé:

- a faixa invadida não pode superar a vigésima parte do imóvel vizinho;
- o valor da construção supera consideravelmente o valor da faixa invadida. Note-se que voltou o legislador a qualificar o excesso, tal como fez no parágrafo único do art. 1.255, exigindo desproporção entre os dois valores. Leva-se em conta, para interpretar o termo aberto *consideravelmente*, o critério econômico primário e os critérios subsidiários do grau de malícia do construtor e da função social dada ao imóvel;

- a porção invasora não puder ser demolida, sem grave prejuízo para a construção. Leva em conta o preceito critério utilitário de que a perda da porção invasora não comprometa, de modo grave, o restante da construção. Devem-se analisar as circunstâncias do caso concreto, levando em conta a natureza e características da porção invasora e sua conexão com o restante da construção. Claro que algum prejuízo sempre haverá, mas exige o legislador que seja ele grave, ou seja, que impossibilite a utilização ou provoque desvalorização desproporcional do restante, em sacrifício que não seria razoável exigir, mesmo do construtor de má-fé;

- o pagamento do décuplo das perdas e danos referidas no *caput* do art. 1.258. Visa a multa a desestimular o comportamento malicioso do construtor, impondo-lhe pesado ônus.

Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

CC/1916: sem correspondente.

Cuida-se, novamente, de variante do parágrafo único do art. 1.255, permitindo a acessão inversa no caso de invasão parcial decorrente de construção no imóvel vizinho. A peculiaridade, aqui, está na dimensão da invasão, que supera a vigésima parte do imóvel vizinho, comportando soluções diversas daquelas previstas no artigo anterior. Note-se que a construção deve situar-se parte em terreno do próprio construtor e parte no terreno vizinho. Duas situações são possíveis: a construção de boa-fé e a construção de má-fé que invadem parcialmente o terreno vizinho.

No caso da construção de boa-fé, embora não diga expressamente a lei, está implícito dever a acessão exceder o valor da faixa invadida, para que se inverta o princípio da gravitação jurídica, passando o solo a ser acessório da construção. Não se exige, porém, que o excesso seja considerável, diante da falta de qualificação do legislador. A boa-fé, como frisado no comentário ao artigo anterior, deve persistir durante todo o período no qual se erigiu a construção, pois no exato momento em que se converte em má-fé, como se verá, a solução é inversa.

A acessão inversa, do dono do solo ao construtor, está subordinada, ainda, ao pagamento de indenização cabal, que abrange o valor da faixa perdida, a desvalorização do remanescente e a sobrevalia da construção. A última verba constitui a peculiaridade do preceito. A aquisição da propriedade da faixa invadida pode, em determinados casos, provocar uma valorização desproporcional do imóvel do construtor, potencializando sua utilização. Em tal caso, esse *plus* integra a indenização, como mecanismo destinado a evitar o enriquecimento sem causa do construtor. O que foi dito sobre o modo de exercício do direito potestativo e do ingresso do título no registro imobiliário no comentário ao artigo anterior aqui se aplica.

No caso de construção de má-fé no terreno vizinho, a solução é diametralmente inversa e se assemelha à da parte final do *caput* do art. 1.255 do Código Civil, já comentado. Diante da maior porção do imóvel vizinho invadido, já não mais há porque exigir sacrifício do dono do solo em proveito do construtor malicioso, ainda que este tenha dado aproveitamento econômico à faixa apossada. Diz a lei que o vizinho esbulhado pode pedir a retomada da posse da porção invadida, e demolir - se quiser - o que nela se construiu, arcando o invasor com seu custo, além de perdas e danos, que serão devidos em dobro.

Claro que pode o dono do solo ficar com a acessão, nada pagando por ela, em solução semelhante à do art. 1.255 do Código Civil, diante da má-fé do construtor. A peculiaridade da sanção imposta ao construtor está no pagamento das perdas e danos em dobro, pena não pre-

vista pelo legislador no caso de invasão total do imóvel vizinho. Há uma nítida incongruência da lei: aquele que constrói de má-fé na totalidade do imóvel vizinho paga perdas e danos simples» mas o que o faz parcialmente paga em dobro. É, porém, a solução adotada de modo explícito pelo legislador, talvez imaginando que a invasão parcial dificilmente permitirá ao dono do solo aproveitar a acessão ligada funcionalmente ao imóvel vizinho do invasor.

CAPÍTULO III DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE MÓVEL

Seção f **Da Usucapião**

Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

CC/1916: art. 618.

A usucapião é o primeiro modo de aquisição de coisa móvel previsto no Código Civil de 1916. Em sua substância, o artigo em exame reproduz o que continha o art. 618 e seu parágrafo do Código Civil de 1916, embora com aprimoramento da redação.

O objeto da usucapião é coisa móvel, bem corpóreo, de modo que não há usucapião de propriedade imaterial, marca ou patente, na impossibilidade da prática de atos possessórios sobre direitos e créditos. Embora haja quem defenda posição contrária, a jurisprudência majoritária nega a possibilidade de se usucapir bens imateriais, tais como ações de uma sociedade anônima (*RJTJESP69/166*) ou direito de marca e nome industrial (*TJTJESP 99/197*).

Inicia o legislador - ao contrário do que ocorre na usucapião sobre coisa imóvel por tratar da usucapião na modalidade ordinária, com prazo reduzido de três anos, para disciplinar, no artigo subsequente, a usucapião extraordinária. Não se cogita das modalidades de usucapião especial urbano, rural ou coletivo sobre coisas móveis.

Os requisitos da usucapião ordinária são rigorosamente os mesmos, salvo no tocante ao prazo, da usucapião sobre bens imóveis, ou seja: coisa hábil, posse contínua, sem oposição, com *animus domini*-» justo título e boa-fé. A única alteração dos requisitos se refere ao prazo da usucapião, que se reduz de dez para três anos. Remete-se o leitor ao comentário ao art. 1.242 do Código Civil, em que se analisou cada um dos requisitos da posse *ad usucapionem*.

Podem ser usucapidos semoventes e coisas inanimadas. Os casos mais frequentes de usucapião sobre coisas móveis recaem sobre direitos de uso de linha telefônica e veículos. Em relação ao primeiro caso, depois de certo titubeio, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 193, do seguinte teor: “O direito de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião”. Talvez a solução encontrada pelo pretório não seja a de maior rigor técnico, pois não se pode falar propriamente em posse sobre a linha, mas apenas em direito de uso do assinante em relação a serviço de concessão pública. O entendimento do tribunal, porém, serviu para acomodar e dar solução confortável à situação jurídica na qual o adquirente dos direitos de uso não conseguia formalizar a transferência formal da assinatura para seu nome.

Em relação ao segundo caso, cabe, em tese, usucapião ordinária ao terceiro de boa-fé que adquire veículo irregular, ainda que proveniente de furto, desde que tenha posse pelo prazo de três anos, contínua e sem oposição, com ânimo de dono. O justo título se consubstancia no negócio de aquisição do veículo, muitas vezes merecedor de registro no departamento de trânsito, ou seja, potencialmente hábil à transferência da propriedade, mas que padece de vício substancial. Em sentido contrário, porém, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, enten-

dendo que o veículo objeto de furto não pode ser possuído “como próprio” em razão da precariedade da posse (REsp n. 247.345/MG, rel. Min. Nancy Andrighi). Não parece, contudo, ser precária a posse do terceiro adquirente de boa-fé, diante da falta de relação jurídica preexistente com o dono da coisa. Ademais, na *accessio possessionis* pode o possuidor aproveitar ou descartar a posse do antecessor, de modo que a posse violenta ou clandestina do furtador não contamina necessariamente a do terceiro adquirente de boa-fé.

Diversa, porém, é a solução no caso do próprio ladrão ou do receptador doloso requererem a usucapião. Embora Nelson Rosendal alerte que a usucapião extraordinária não exige boa-fé e que a violência cessa quando adquire o furtador a soberania sobre a coisa (*Direitos reais, teoria e questões*, 2. ed. Niterói, Impetus, 2003, p. 101), na verdade, no caso nem posse há, mas mera detenção. Enquanto o ladrão não dá a conhecer ao esbulhado onde se encontra a coisa, impedindo sua reação e recuperação da *res*, persiste a clandestinidade, que, na forma da parte final do art. 1.208, antes comentado, impede o nascimento da posse.

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Veículo furtado. Ocorrência de alienações sucessivas. Possibilidade do usucapião, mesmo em se tratando de possuidor desprovido de justo título e boa-fé, se a posse do bem móvel prolongar-se por cinco anos. Art. 619 do CC. Apreensão do bem pela polícia, com a recomposição da perda pela autora em favor do último proprietário. Caracterização como responsabilidade indevidamente assumida, por inexistir direito de regresso. Indenizatória improcedente. Recursos providos para esse fim. (I TACSP, AI n. 792437-6, rel. José Marcos Marrone)

Usucapião. Bem móvel. Motocicleta. Veículo apreendido por autoridade policial. Bem, contudo, depositado em mãos do recorrente, por referida autoridade. Ajuizamento de ação buscando o autor a declaração de usucapião sobre o bem alegando posse mansa e pacífica há mais de cinco anos. Atos de mera permissão ou tolerância que não induzem posse, não ostentando o apelante *animus domini*. Arts. 497 e 492, do Código Civil. Ação improcedente. Recurso improvido. (I TACSP, AI n. 782379-6, rel. Beretta da Silveira)

Ilegitimidade *ad causam*. Usucapião. Bem móvel. Automóvel. Posse exercida em razão de liberalidade da autoridade policial. Posterior apreensão do mesmo transformando o apelante em mero depositário. Circunstância que não configura a hipótese do art. 497 do Código Civil e não com o condão de anular o período aquisitivo anterior. Aplicação do art. 619 do Código Civil. Legitimidade ativa reconhecida. Extinção do processo afastada. Recurso provido. (I TACSP, RE-REsp n. 620.594-5, rel. Jorge Farah)

Usucapião. Bem móvel (veículo automotor). Justo título e boa-fé. Posse mansa e pacífica por mais de três anos. Suspeita de procedência ilícita superada. Período de depósito judicial computado. Requisitos do art. 618 do CC/1916 (1.260 do CC/2002) satisfeitos. Procedência do pedido. Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.005.014.295, 14ª Câ. Cível, rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 27.06.2003)

Competência. Usucapião de coisa móvel. Incidência do art. 94 do CPC. Competência firmada tendo em vista o domicílio do réu. (STJ, REsp n. 31.204/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 21.09.1993)

Usucapião de bem móvel. Veículo automotor adquirido há mais de cinco anos de boa-fé e a título oneroso. Dúvida fundada sobre a origem do veículo e da regularidade de sua documentação. Usucapião como modo não só de adquirir a propriedade, mas de sanar os vícios de propriedade defeituosa adquirida a título derivado. Possibilidade jurídica do pedido. Inci-

dência do art. 515, § 3º, do CPC. Ação procedente. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 396.052.4/6-00, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Francisco Loureiro, j. 22.09.2005)

O fato do autor ostentar registro em seu nome no órgão de trânsito como proprietário do veículo não lhe retira o interesse em ver declarado o domínio pelo usucapião, máxime quando a autoridade policial efetuou sua apreensão pela divergência do número gravado no chassi com aquele do fabricante. Ainda que possível enquadramento futuro do veículo como sendo produto de crime, invoca o autor sua condição de terceiro de boa-fé e o usucapião é meio aquisitivo da propriedade. (TJSP, Ap. com revisão n. 1085883-0/0, rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 28.06.2007)

Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

CC/1916: art. 619.

O artigo em exame reproduz o que continha o art. 619 do Código Civil de 1916, apenas corrigindo antigo defeito de redação, que falava em “título de boa-fé” agora transformado, de modo adequado, em “título ou boa-fé”.

Os requisitos da usucapião extraordinária - posse contínua, sem oposição e com *animus domini* - foram analisados no comentário ao art. 1.238 do Código Civil, ao qual se remete o leitor. Note-se, como lá acentuado, que não exige a lei a posse ser justa. Ao contrário, ao dispensar a boa-fé dos requisitos desta modalidade de usucapião, admite implicitamente a existência de vícios conhecidos do possuidor. Ressalte-se, porém, que a posse violenta e a posse clandestina são aquelas adquiridas de modo ilícito, cuja causa ofende o ordenamento, mas a clandestinidade e a violência são pretéritas e não mais persistem. Enquanto perdurarem, não nasce a posse, nos exatos termos da parte final do art. 1.208 do Código Civil.

Tudo o que se afirmou no comentário ao art. 1.238 do Código Civil aqui se aplica, com exceção do tempo da posse, que é de apenas cinco anos. No que se refere ao objeto da usucapião sobre bens móveis, em especial a possibilidade de recair sobre veículos objeto de furto, remete-se o leitor ao artigo anterior.

Jurisprudência: Ações transferidas há mais de cinco anos. Prescrição aquisitiva. Art. 619, do CPC. Impossibilidade. Empresas familiares constituídas para este fim. Nulidade declarada e confirmada em grau de recurso. A invalidade atinge todos os atos subsequentes e terceiros de boa-fé. Recurso improvido. I - Não se adquire por usucapião bens que, além de não estarem no comércio, foram transferidos pelos herdeiros a empresas por eles constituídas, de caráter familiar, visando extirpar o vício de origem da aquisição de propriedade. II - O usucapião, meio aquisitivo da propriedade, não se confunde com a exceção processual da prescrição extintiva. (TJPR, Ap. cível n. 94.592-6, 4ª Câm. Cível, rel. Paulo Roberto Hapner, j. 13.08.2003)

Um veículo que passa, pela tradição, por vários possuidores, inclusive com anterior e respectivo registro no nome de um deles, na repartição de trânsito, e depois, adquirido pelo autor, este ao providenciar em levá-lo para outra vistoria com objetivo de transferência, se vê frente a uma apreensão por adulteração do número do chassi, tal ato não tem a consistência para descaracterizar a pretensão usucapienda, interrompendo o prazo prescricional que deve ser visto em favor do adquirente que é terceiro de boa-fé e pode somar as posses porque amparado no direito. (TJRS, Ap. cível n. 196.096.911, 5ª Câm. Cível, rel. Silvestre Jasson Ayres Torres, j. 29.08.1996)

A posse de bem por contrato de alienação fiduciária em garantia não pode levar a usucapião, seja pelo adquirente, seja por cessionário deste, porque essa posse remonta ao fiduciante, que é a financiadora, a qual, no ato do financiamento, adquire a propriedade do bem, cuja posse direta passa ao comprador fiduciário, conservando a posse indireta (lhering) e restando essa posse como resolúvel por todo o tempo, até que o financiamento seja pago. (STJ, REsp n. 844.098/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.11.2008)

Art. 1.262. Aplica-se à usucapião das coisas móveis o disposto nos arts. 1.243 e 1.244.

CC/1916: art. 619, parágrafo único.

Manteve o legislador tratamento unitário, tal como já fazia o Código Civil de 1916, quanto ao regime do aproveitamento da posse do possuidor anterior (art. 1.243) e da incidência das causas obstativas, suspensivas e interruptivas da prescrição (art. 1.244), ao prazo da usucapião sobre coisas imóveis e móveis. Remete-se o leitor aos comentários aos aludidos arts. 1.243 e 1.244 aplicando-se inteiramente o que lá se disse à usucapião sobre coisas móveis.

Em resumo, estendeu o legislador o regime jurídico da usucapião sobre coisas imóveis - salvo no tocante ao prazo - à usucapião sobre coisas móveis. No que se refere a aspectos processuais, algumas distinções persistem. Assim, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que se aplica o art. 94 do Código de Processo Civil à usucapião sobre coisa móvel, cuja competência é a do foro do domicílio do réu (REsp n. 31.204-1-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro). A reforma processual excluiu do rito sumário a ação de usucapião sobre coisa móvel que, assim, se regula pelo rito ordinário do procedimento comum. Não se aplicam as regras do procedimento especial dos arts. 941 e seguintes do Código de Processo Civil, expressamente circunscrito à ação de usucapião sobre coisa imóvel, com peculiaridades como a citação de confrontantes e cientificação das Fazendas Públicas incompatíveis com a coisa móvel.

Jurisprudência: Usucapião extraordinário. Bem móvel. Improcedência. Irresignação. Desacolhimento. Suspensão da prescrição aquisitiva. Há suspensão do período da prescrição aquisitiva quando um dos herdeiros é menor de idade, na forma do art. 169,1, e art. 5º, I, ambos do Código Civil. Posse do bem. Não se configura o *animus domini* daquele que pretende usucapir bem quanto ao qual usufrui com mera liberalidade do dono. Apelação improvida. (TJRS, Ap. cível n. 70.002.184.737, 13ª Câmara Cível, rel. Juíza Laís Rogéria Alves Barbosa, j. 20.02.2003)

Usucapião. Não corre a prescrição entre concubinos por aplicação analógica do inciso I, do art. 168 do CC. Apelo improvido. (TJRS, Ap. cível n. 195.003.355, 8ª Câmara Cível, rel. Maria Berenice Dias, j. 23.05.1995)

Usucapião. Bem móvel. Veículo. Apreensão policial do mesmo em razão de suposto furto e adulteração de chassi. Depósito judicial na guarda do autor. Posse precária a partir de então que retira o *animus domini* exigido para o usucapião. Demanda ajuizada posteriormente. Não apresentação de qualquer recibo de aquisição do veículo. Esclarecimentos não prestados com clareza quanto à aquisição dos documentos do veículo juntados à inicial. Certificado de propriedade do veículo que consta como proprietário pessoa diferente da apontada como vendedora. Autorização para transferência assinada pelo proprietário e pelo autor sem reconhecimento da autenticidade das assinaturas. Ação improcedente. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 1.048.855-O/Mogi das Cruzes, 21ª Câmara de Direito Privado, rel. Antonio Marson, j. 16.11.2005, v.u.)

Seção II

Da Ocupação

Art. 1.263. Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei.

CC/1916: art. 592.

O artigo em exame mantém o conteúdo do art. 592 do Código Civil de 1916, com nítida melhoria em sua redação. Condensou em único e breve período que a coisa móvel sem dono torna-se propriedade de quem dela se apoderar, desde que não haja vedação legal. Eliminou o Código Civil de 2002 do instituto da ocupação o rol das coisas passíveis de apropriação, como de modo infeliz fazia o art. 593 do Código Civil revogado, pois daquele catálogo constavam hipóteses reguladas de modo diverso por leis especiais.

O instituto da ocupação se circunscreve aos bens móveis, uma vez que os imóveis ou são públicos ou são particulares, não se cogitando de prédios sem titularidade dominial (cf. art. 1.276 do CC). A apropriação de coisas imóveis, portanto, somente gera aquisição da propriedade pela usucapião, antes estudada.

A ocupação é modo originário de aquisição da propriedade móvel, por não ler a coisa dono, de tal modo que inviável é o estabelecimento de relação jurídica com anterior proprietário. No dizer de Caio Mário da Silva Pereira, a essência da ocupação “reside, pois, na apropriação da coisa sem dono pelo simples fato, acrescentando-se, de apreendê-la, possuindo-a como própria” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense» v. IV, p. 159).

A coisa sem dono pode sê-lo por duas razões: porque nunca teve dono (*res nullius*)\ ou teve dono, mas foi abandonada (*res derelicta*). Para caracterização do abandono, não basta a falta de posse do dono> que deve ser somada ao elemento psíquico, consistente na intenção de renunciar à propriedade da coisa (*animus abandonandi*). Tal animo não se presume, mas também não exige declaração expressa, podendo tal propósito se inferir do comportamento concludente do dono da coisa.

Os casos mais freqüentes, como alerta Caio Mário da Silva Pereira, são aqueles “constantes de cláusulas adjetas a talões de empresas de serviços (lavanderia, sapataria, transportadora), consignando que se consideram abandonados os objetos não procurados num prazo determinado” (op. cit.> p. 160). Não é razoável presumir a renúncia daquele que deixa objeto para reparo, pelo singelo fato de deixar de buscá-lo dentro de certo prazo estipulado unilateralmente em tabuleta ou impresso no cupom. Ainda que se estipule expressamente e com destaque tal cláusula, no regime das relações de consumo será ela abusiva, se houver descompasso entre o valor da coisa abandonada e o ressarcimento dos custos do fornecedor, valor do reparo, ou da guarda do objeto.

A parte final do artigo destaca que o instituto da ocupação somente é admitido se não for proibido por lei. A regra, portanto, é a possibilidade de apropriação das coisas sem dono, salvo os casos de vedação legal.

Seção III

Do Achado do Tesouro

Art. 1.264. O depósito antigo de coisas preciosas, oculto e de cujo dono não haja memória, será dividido por igual entre o proprietário do prédio e o que achar o tesouro casualmente.

CC/1916: art. 607.

O achado do tesouro é instituto de escassa aplicação, mantido no Código Civil de 2002 com o mesmo conteúdo do art. 607 do Código Civil de 1916, apenas com redação mais clara.

O próprio preceito dá a definição de tesouro, consistente em depósito antigo de coisa móvel preciosa, oculta e de cujo dono não se tem memória. Eliminou o Código Civil de 2002 as expressões *moeda* e *enterrado* existentes no Código Civil revogado, contentando-se em mencionar o gênero coisas preciosas e ocultas, no qual se compreendem moedas e coisas enterradas.

Como alerta Marco Aurélio S. Viana, o tesouro pode estar oculto em um imóvel ou mesmo em uma coisa móvel, como, por exemplo, uma mobília antiga. O termo tesouro não se restringe a dinheiro ou metais preciosos, mas abrange antiguidades em geral, que tenham valor econômico, com a ressalva de que as jazidas de metais preciosos e os sítios arqueológicos e pré-históricos constituem bens da União.

A regra do art. 1.264 diz que o tesouro é dividido por igual entre o proprietário do prédio e aquele que casualmente o encontra. A descoberta deve ser casual, pois, se decorrente de pesquisa prévia, a regra é a do artigo seguinte, ou do contrato firmado entre os interessados.

Art. 1.265.0 tesouro pertencerá por inteiro ao proprietário do prédio, se for achado por ele, ou em pesquisa que ordenou, ou por terceiro não autorizado.

CC/1916: art. 608.

O artigo em exame, semelhante em conteúdo ao que continha o art. 608 do Código Civil de 1916, trata da descoberta não casual do tesouro, contemplando três hipóteses distintas.

A primeira delas é a do próprio dono do terreno encontrar o tesouro, que por óbvio lhe pertencerá. A segunda é a do tesouro achado por terceiro, em pesquisa ordenada pelo dono do terreno, caso no qual o tesouro a este último pertencerá, salvo disposição convencional em sentido contrário. A terceira e última hipótese é a do tesouro encontrado por terceiro não autorizado, que o perde em favor do dono do terreno sem previsão de qualquer indenização. Visa a parte final do artigo a evitar que terceiros, conhecedores da possibilidade de existência de um tesouro em imóvel alheio, pratiquem esbulho para indenização futura.

Art. 1.266. Achando-se em terreno aforado, o tesouro será dividido por igual entre o descobridor e o enfiteuta, ou será deste por inteiro quando ele mesmo seja o descobridor.

CC/1916: art. 609.

O caso em exame trata de hipótese ainda mais rara, de tesouro encontrado em imóvel enfiteutico, lembrando que o direito real de enfiteuse não mais pode ser criado na vigência do Código Civil de 2002. A solução do legislador foi equiparar o enfiteuta ao dono, em razão da amplitude de seu direito real, que lhe confere o domínio útil, com as prerrogativas de usar, fruir e mesmo dispor de modo perpétuo da coisa, remanescendo ao proprietário direto, em termos resumidos, a prerrogativa de cobrar o foro e o laudêmio.

Assim, aplica-se ao enfiteuta - e não ao titular do domínio direto - as regras previstas nos artigos anteriores, em relação ao achado do tesouro.

Seção IV

Da Tradição

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

CC/1916: arts. 620 e 621.

Na definição de Clóvis, “tradição é o ato, em virtude do qual o direito pessoal, resultante do ato jurídico entre vivos, se transforma em direito real, e consiste na entrega da coisa a quem a adquiriu” (BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. I, p. 225).

O artigo em questão guarda estreita relação com o art. 1.226 do Código Civil, já comentado e ao qual se remete o leitor, bem como frisa as principais características da tradição em nosso ordenamento: é constitutiva da propriedade sobre coisas móveis adquiridas a título *inter vivos* e derivado; é causai, pois se encontra ligada ao título que lhe deu origem, não se cogitando, portanto, de tradição em caráter abstrato. Desfeito o título, desfaz-se a tradição que nele teve causa, salvo exceções previstas em lei, em especial a da parte final do art. 1.268, adiante examinada.

A aquisição é modo derivado de aquisição da propriedade móvel, pois pressupõe negócio jurídico de alienação com o antigo proprietário. É constitutiva, por converter o simples direito de crédito do adquirente em direito real de propriedade. Antes da tradição, o adquirente é mero credor do alienante, dispondo de ação de execução de dar, ou conversão da prestação em perdas e danos, sem, no entanto, investir-se de seqüela, perseguindo a coisa em poder de terceiro adquirente de boa-fé. Em termos diversos, tem direito à prestação de entrega da coisa, mas não vínculo direto com a *res (iura in re)*. Remete-se o leitor ao comentário ao art. 1.226, no qual há a explanação sobre os modos originários e derivados de aquisição da propriedade.

A assertiva contida no artigo em estudo, de a propriedade das coisas móveis não se transferir pelos negócios jurídicos antes da tradição, comporta algumas observações e exceções. A primeira observação é o negócio jurídico a que alude a lei ser o *inter vivos*, pois em relação ao testamento, negócio unilateral *causa mortis*, a transmissão dos bens que compõem a herança se dá pela morte, em razão da *saísine*, como, de resto, também ocorre na sucessão legítima. Mesmo em relação aos negócios jurídicos *inter vivos*, pode a lei criar exceções à exigência da tradição, como, por exemplo, o casamento pelo regime da comunhão universal de bens.

Note-se que não é qualquer entrega de coisa móvel que caracteriza a tradição, mas somente a em execução de negócio jurídico de alienação, como a venda e compra, troca, doação ou dação em pagamento. Não é por isso correto afirmar a entrega da coisa locada ao locatário, ou emprestada ao comodatário, ou em garantia ao credor pignoratício configurar tradição, uma vez que se transfere apenas a posse direta da coisa, remanescendo a propriedade e a posse indireta em poder do proprietário transmitente. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, “não basta que o *tradens* entregue a coisa ao *accipiens*, mas é mister que o faça a título de transferência” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, p. 179).

A tradição pode ser real, simbólica e *ficta*, também chamada consensual. Na tradição real, há entrega material da coisa do alienante ao adquirente, por si ou por seus prepostos. Na tradição simbólica, embora não exista entrega física da coisa, o comportamento concludente das par-

tes, valorado pelos usos e costumes, produz o mesmo efeito. É o caso, por exemplo, da entrega das chaves de um veículo. Finalmente, a tradição *ficta*, ou consensual, resulta de convenção entre as partes, sem conduta ou sinais exteriores fáticos indicativos da transmissão de propriedade.

O parágrafo único do art. 1.267 elenca três casos de tradição *ficta*. O primeiro é o constituto possessório, pelo qual o possuidor de uma coisa em nome próprio passa a possuí-la em nome alheio. Exemplo clássico é o verificado quando o alienante conserva a coisa em seu poder, mediante cláusula contratual, denominada *cláusula constituti*. O adquirente, assim, recebe a coisa por mera convenção, sem posse física. No segundo caso, o transmitente cede ao adquirente apenas a posse indireta e o correlato direito de reaver a posse da coisa que se encontra em poder de terceiro. O último caso de tradição *ficta* é a *traditio brevi manu** na qual o adquirente já se acha na posse da coisa antes do negócio jurídico de aquisição. Era possuidor de uma coisa em nome alheio (detentor - fâmulos, ato de permissão ou tolerância), ou com mera posse direta (locatário, comodatário, usufrutuário etc.) e passa a possuir em nome próprio, em decorrência da aquisição da propriedade, sem necessidade de se promover ato físico de entrega da coisa.

Certos bens móveis, como veículos automotores, estão sujeitos a registro em departamento de trânsito, ou no oficial de registro de títulos e documentos. Em tais casos, a publicidade conferida ao contrato confere-lhe eficácia perante terceiros, permitindo ao adquirente perseguir a coisa que se ache em poder de outrem. A Súmula n. 489 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte verbete: “A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiro de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no registro de títulos e documentos”. Embora ganhe o contrato eficácia em relação a terceiros, persiste a natureza constitutiva da tradição, como modo de aquisição da propriedade. Assim, entendem os tribunais que a responsabilidade civil pelo fato da coisa por acidente com veículo automotor é do proprietário desde a data da tradição, cabendo, porém, àquele em cujo nome consta o registro administrativo do veículo a prova de que efetivamente alienou o bem (*RTJ* 121/1.124, *RT* 601/270, 664/104 e 678/122). Nesse sentido a Súmula n. 132 do Superior Tribunal de Justiça: “A ausência de registro de transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário por dano que envolva o veículo alienado”.

Jurisprudência: Conquanto a transferência de bem móvel, caso de veículo, se opere pela tradição, é pelo registro no competente órgão de trânsito que dá notícia a terceiros sobre seu proprietário, de sorte que se o alienante vendeu o automóvel a alguém que não efetuou o assentamento cabível e obrigatório, em caso de ser-lhe movida ação indenizatória por força de acidente, ele, uma vez excluído da lide, não fará jus ao recebimento de verba sucumbencial, eis que indiretamente, por omissão, induziu o autor em erro na indicação da parte ré. (STJ, REsp n. 328.636/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.03.2002)

Ação de depósito. Bem dado em garantia de dívida. Penhor mercantil. Tradição simbólica. A entrega simbólica do bem e a circunstância de ser o depositário o dono da coisa depositada não desfiguram o contrato de depósito. Precedentes do STF e do STJ. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 330.316, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 06.02.2003, DJ 04.08.2003)

Recurso de apelação. Embargos de terceiro senhor e possuidor julgados procedentes. Alegação de que a doação não se efetivou. Bens móveis. Necessidade da tradição, além de escrito particular. Provas documental e testemunhai que não demonstram a ocorrência da tradição. Recurso desprovido. Em nosso direito a doação não transfere, por si só, o domínio, é mister se lhe siga um fato revestido deste poder que é a tradição real para os móveis, e a transcrição para os imóveis. Verificado o fato de que a tradição dos bens em questão não se efetivou, não se operando a transmissão dos mesmos, eis que permaneceram o tempo todo na posse e propriedade do embargante, não merece acolhida a tese recursal que afirma ter ocorrido doação. (TJPR, Ap. cível n. 59.064-5, 6ª Câmara Cível, rel. Cunha Ribas, j. 26.11.1997)

Embargos de terceiro. Execução fiscal. Penhora. Bens. Incidência sobre os adquiridos por arrematação pelo embargante. Tradição *ficta* caracterizada pela aquisição da posse indireta. Art. 621 do Código Civil. Embargos procedentes. Recurso provido (TJSP, Ap. cível n. 178.641-2, rel. Mello Junqueira). (*Lex-TJSP* 134/77)

Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigure dono.

§ 1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição.

§ 2º Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo.

CC/1916: art. 622.

O artigo em exame reproduz, em sua parte inicial, o que já constava do art. 622 do Código Civil de 1916, ou seja, a regra de somente ter legitimação para efetuar a tradição o proprietário da coisa. É corolário do princípio geral de direito que ninguém pode transferir mais direitos, ou direitos diversos, dos que tem. Se não é dono, não pode alienar o que não tem, razão pela qual a tradição, de natureza causai, não transfere a propriedade. É regra lógica, inteiramente ajustada ao sistema jurídico e à natureza causai da tradição.

A grande novidade do art. 1.268 está em sua segunda parte, que traça exceção à regra geral. Diz o preceito que a aquisição a *non domino* transfere a propriedade em casos excepcionais, quando a coisa é oferecida ao público em leilão ou estabelecimento comercial, em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé como a qualquer pessoa, o alienante se afigure dono. A regra, inteiramente afinada com o direito contemporâneo, tutela a teoria da aparência e a segurança das relações negociais. Prestigia a confiança que determinadas condutas despertam no público em geral e, por consequência, desloca o risco da perda da coisa, que era do adquirente, para o proprietário, que não mais terá direito à reivindicação, mas apenas a reaver o equivalente em dinheiro mais perdas e danos do alienante.

Cercou o legislador a excepcional eficácia da aquisição a *non domino* de múltiplos requisitos, tanto objetivos quanto subjetivos. Assim, a alienação deve ser cercada de circunstâncias especialíssimas e cumulativas. A coisa deve ser oferecida ao público em geral, ou ao menos a determinado segmento de interessados. Não se aplica a exceção, portanto, a alienações feitas entre particulares, sem possibilidade de aquisição por terceiros. A oferta deve ser feita em leilão - não necessariamente judicial - ou estabelecimento comercial. O termo estabelecimento comercial tem sentido amplo, abrangendo também ofertas encaminhadas por vias postal e eletrônica, ou por qualquer outro meio de comunicação, desde que abertas ao público. O adquirente deve estar de boa-fé, não conhecendo e não podendo conhecer o vício de origem. O legislador explicitou que a boa-fé subjetiva do adquirente segue a corrente ética, exige-se não só a ignorância do vício, como também a impossibilidade de conhecê-lo, comparando sua conduta com a de "qualquer pessoa" na mesma situação. A culpa do adquirente, portanto, impede a eficácia da aquisição. Por último, o alienante deve ter a aparência de dono da coisa, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

A exigência de múltiplos requisitos cumulativos tem o propósito de evitar o sacrifício do proprietário da coisa em prol do adquirente desidioso. Não basta o desconhecimento do vício e a aquisição em estabelecimento comercial, por parte do adquirente. As circunstâncias do caso concreto, a natureza da coisa alienada, se nova ou usada, o preço pago, o local onde se

concluiu o negócio, tudo deverá ser levado em conta para aferir o comportamento cuidadoso do adquirente, comparando-o com o proceder de outras pessoas, diante do mesmo quadro. Serão valiosos os usos e costumes, como, por exemplo, o de verificar a documentação e numeração de chassis de veículos usados, a exigência de nota fiscal na aquisição de eletrodomésticos, a própria reputação do alienante e de estabelecimentos similares ao seu, em determinadas condições de espaço e tempo.

Preenchidos os requisitos cumulativos mencionados, a aquisição será válida e eficaz. O legislador deslocou o sacrifício da perda da coisa, que no sistema do velho Código Civil era do adquirente, para o verdadeiro proprietário da coisa alienada, que deverá buscar do falso alienante indenização equivalente ao preço da coisa, acrescido de perdas e danos.

O § 1º do art. 1.688 reproduz o que continha o segundo período do art. 622 do Código Civil de 1916. A tradição feita por quem não é dono, afora a exceção anteriormente examinada, não transfere a propriedade ao adquirente. Falta legitimidade ao alienante, acarretando a ineficácia da aquisição frente ao verdadeiro dono. Note-se que o negócio jurídico entre o falso proprietário e o adquirente não é nulo, mas ineficaz, consistindo promessa de fato de terceiro, em atenção ao que contém o art. 439 do Código Civil. No dizer de Pontes de Miranda, “o negócio jurídico obrigacional entra no mundo jurídico, posto que ineficaz para a prestação da coisa prometida” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, t. XV, p. 254). Por isso, a aquisição posterior da propriedade, por parte do alienante, confere eficácia plena ao negócio, com efeitos *ex tunc*. O Código Civil de 2002, ao contrário do diploma revogado, não mais fala em revalidação, mas em concessão de efeitos. O exemplo mais lembrado é o do filho que vende bem móvel pertencente ao pai, que vem a falecer posteriormente, transmitindo a herança ao alienante. Ressalva o preceito que a posterior concessão de efeitos à aquisição a *non domino* está sujeita a duplo requisito, tanto objetivo como subjetivo: a posterior aquisição da coisa pelo alienante e a boa-fé do adquirente.

Finalmente, o § 2º do artigo em estudo explicita que não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio nulo, cujas hipóteses estão elencadas no art. 166 do Código Civil. A tradição é causai e permanece ligada ao título que lhe deu origem. Nulo o título, a tradição se desfaz. Também o negócio anulável (art. 171) pode levar ao desfazimento da tradição, desde que não confirmado pelas partes e que seja a ação ajuizada no prazo decadencial previsto em lei. O § 2º em estudo deve ser compatibilizado com a exceção prevista no *caput* do artigo, de validade e eficácia da aquisição a *non domino* de proprietário aparente.

Jurisprudência: Nas hipóteses de furto ou roubo não se dá a transmissão da propriedade, nem se transfere legitimamente a posse. Portanto, não perde o titular o direito de seqüela, de seguir a coisa e obtê-la de quem a detenha ou possua. Ao terceiro de boa-fé cabe o direito de regresso contra quem lhe transferiu o bem. (STJ, RMS n. 1.710-2/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 31.08.1994)

Reivindicatória de coisa móvel, precedida de cautelar de busca e apreensão. Automóvel pago através de cheque sem fundos. Bem objeto de sucessivas alienações posteriores. Resguardo dos adquirentes de boa-fé. Carece de pretensão reivindicatória quem afirma ter vendido automóvel, com imediata tradição do objeto, com o pagamento do preço se tendo dado através de cheque sem provisão de fundos; acertadas as partes quanto ao "objeto" e quanto ao "preço", tem-se por operado o contrato de compra e venda (art. 1.126, primeira parte, do CC), e enquanto não desconstituído pelas vias apropriadas se o tem por "existente, válido e eficaz", afastada, por se cuidar de posse justa por parte do comprador e dos sucessivos compradores, pretensão exercitável através de reivindicatória. Carecedor da pretensão reivindicatória, a extinção da ação se impunha. Sendo o veículo objeto de posteriores e sucessivas vendas, preciso também resguardar-se os adquirentes de "boa-fé" e que confiaram na

aparência do bom direito quanto aos alienantes. O “domínio” de coisa móvel se transmite pela simples “tradição” (art. 620, primeira parte, do CC). O registro de veículo na repartição de trânsito não tem eficácia translativa de propriedade, servindo apenas a finalidade do controle administrativo e da circulação de veículos. Extinta a ação reivindicatória, rotulada de principal, tal se opera também em relação à medida cautelar que lhe era preparatória. Apelação improvida. (TJRS, Ap. cível n. 191.006.931, 6ª Câmara Cível, rel. Moacir Adiers, j. 11.04.1991)

Contrato de compra e venda de coisa móvel, válido e perfeitamente acabado, inexistindo cláusula de reserva de domínio ou resolutiva, inclusive com tradição do bem ao comprador, não comporta nulidade por falta de pagamento do preço. A inadimplência gera obrigação contratual pessoal, cuja apuração do crédito deve ser manifestada contra o patrimônio do devedor. O atual proprietário não responde com seu patrimônio para garantir dívida do comprador primitivo, não podendo ser arrestados bens adquiridos como terceiro de boa-fé. Recurso improvido. (TJRS, Ap. cível n. 70.000.116.715, 16ª Câmara Cível, rel. Claudir Fidélis Facenda, j. 01.12.1999)

Seção V

Da Especificação

Art. 1.269. Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior.

CC/1916: art. 611.

Especificação, na lição de Caio iVlário, “é a transformação definitiva da matéria-prima em espécie nova, mediante trabalho ou indústria do especificador” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, p. 166).

Exige a figura da especificação dois requisitos: a transformação de matéria-prima em coisa nova, substancialmente distinta da anterior, não bastando singela modificação; e que essa transformação seja resultante de trabalho ou indústria humana do especificador, não podendo resultar de mero fato accidental.

A regra do preceito, que reproduz em substância o que continha art. 611 do Código Civil de 1916, apenas melhorando a redação, é simples: prevalece o trabalho, o labor, sobre o material. A coisa nova criada pela especificação pertence ao transformador, ainda que a matéria-prima pertença em parte a outrem. O dono da matéria-prima, todavia, é indenizado por seu valor, evitando, assim, o enriquecimento sem causa do transformador.

Jurisprudência: Especificação. A especificação e modo de adquirir em decorrência da indústria no trabalho criador de espécie nova, que exsurge da matéria-prima trabalhada pelo homem. Espécie. Não se pode considerar nova a transformação accidental da matéria, estranha ao trabalho do especificador. Aplicação dos arts. 611 e 612 do CC. (TJRS, Ap. cível n. 39.540, 1ª Câmara Cível, rel. Cristiano Graeff Júnior, j. 15.12.1981)

Art. 1.270. Se toda a matéria for alheia, e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova.

§ 1º Sendo praticável a redução, ou quando impraticável, se a espécie nova se obtiver de má-fé, pertencerá ao dono da matéria-prima.

§ 2º Em qualquer caso, inclusive o da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima.

CC/1916: art. 612.

O artigo em exame reproduz o conteúdo do art. 612 do Código Civil de 1916, fazendo apenas alterações pontuais de redação em seus dois parágrafos.

Traça regra no caso do material ser inteiramente alheio, em vez de parcialmente alheio, disciplinado no artigo anterior. Novamente prevalece o labor sobre o material, acrescentando-se, porém, dois requisitos suplementares, um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva. Assim, para que adquira o transformador a propriedade da coisa nova, concorrem os seguintes requisitos cumulativos: a transformação de matéria-prima em coisa nova, substancialmente distinta da anterior, não bastando singela modificação; impossibilidade de se reduzir a nova coisa à forma primitiva; a transformação resultar de trabalho ou indústria humana do especificador, não podendo resultar de mero fato accidental; e boa-fé do transformador, consistente na ignorância, no desconhecimento de que a matéria-prima pertence a outrem, ou de que a utiliza indevidamente. O especificador, mais uma vez, adquire a propriedade da coisa nova, mas indeniza o dono do material por seu valor.

O § 1º traça exceção à regra de que o trabalho prevalece sobre o material inteiramente alheio, ocorrendo uma das hipóteses alternativas: possibilidade de redução da coisa à forma anterior, caso em que se desfaz a coisa nova, tornando a matéria-prima, em seu estado bruto, às mãos de seu dono; ou má-fé do especificador, caso em que perde este a favor do dono da matéria-prima a coisa nova, sem direito à indenização pelo trabalho feito.

Finalmente, o § 2º disciplina casos nos quais o valor do trabalho supera consideravelmente o valor da matéria-prima. Ainda que possível a redução ao estado anterior, havendo ou não má-fé do especificador, a coisa nova a este pertence, em detrimento do dono da matéria-prima. Independentemente da malícia do transformador, optou o legislador por prestigiar a função social do trabalho e da nova coisa criada, escolha já trilhada em casos semelhantes, como o do art. 1.258 do Código Civil. O legislador exemplificou casos típicos em que o valor do trabalho supera de modo significativo o da matéria-prima, como o da pintura em relação à tela, o da escultura, escritura ou qualquer outro trabalho gráfico em relação ao material usado. É importante lembrar que o especificador, ainda que de má-fé, adquire a propriedade da coisa nova, mas indeniza o dono do material por seu valor, acrescido de perdas e danos.

Art. 1.271. Aos prejudicados, nas hipóteses dos arts. 1.269 e 1.270, se ressarcirá o dano que sofrerem, menos ao especificador de má-fé, no caso do § 1º do artigo antecedente, quando irreduzível a especificação.

CC/1916: art. 613.

O artigo em exame traça a regra final sobre o instituto da especificação, determinando o prejudicado ter direito ao ressarcimento das perdas e danos, salvo o especificador de má-fé, quando irreduzível a especificação. Assim, o dono parcial ou integral da matéria-prima a perde em favor do especificador de boa-fé, mas tem direito à indenização de seu valor, para que não haja o enriquecimento sem causa deste último.

De igual modo, o especificador de má-fé que adquirir a propriedade da coisa nova, em razão da disparidade de valores entre a matéria bruta e a mão de obra, na hipótese do § 2º do artigo anterior, deve indenizar cabalmente o dono da matéria-prima, compondo perdas e danos.

Somente não faz jus à indenização o especificador de má-fé, quando perde a coisa nova irredutível para o dono da matéria-prima. Não deseja o legislador, em tal caso, premiar a malícia do especificador, estimulando sua conduta ilícita com a remuneração do trabalho.

Seção VI **Da Confusão, da Comissão e da Adjunção**

Art. 1.272. As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração.

§ 1º Não sendo possível a separação das coisas, ou exigindo dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa com que entrou para a mistura ou agregado.

§ 2º Se uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros.

CC/1916: art. 615.

O artigo em exame mantém, na substância, o que continha o art. 615 do Código Civil de 1916, apenas tornando mais clara sua redação. A curiosidade é o legislador ter grafado de modo equivocado o termo *comistão*, do latim *comniüstione*, substituindo-o por *comissão*.

As três figuras tratam de mescla involuntária de coisas de donos diversos. A confusão é a mistura de coisas líquidas ou liquêfeitas; a comistão é a mistura de coisas sólidas; e a adjunção é a justaposição de uma coisa à outra. Não há acessão de móvel a móvel, pois não há coisa acessória e coisa principal, há união sem acessão.

A regra primária, contida no *caput* do art. 1.272, é a propriedade das coisas confundidas, misturadas ou adjuntadas continuar a pertencer a seus respectivos donos, sendo possível separá-las sem deterioração. Em termos diversos, sendo reversível a união, retornam os donos dos ingredientes ao estado anterior.

O § 1º traça a regra de situação jurídica distinta, a impossibilidade da separação em razão de fatores naturais ou econômicos. Será o todo indiviso quando não comportar fracionamento natural, sem deterioração das partes, ou quando a separação exigir dispêndio excessivo, desproporcional ao valor das partes, exigindo sacrifício não razoável. Em tal caso, cria-se condomínio da coisa mesclada, na proporção dos valores dos ingredientes que entraram na mistura.

O § 2º disciplina a hipótese de uma das coisas ser principal e as demais acessórias. Ocorre, então, acessão de móvel a móvel e a regra é diversa. O proprietário da coisa principal tornar-se-á dono do todo, indenizando, porém, os donos das partes acessórias, pelos valores dos respectivos ingredientes.

Em relação ao artigo em estudo, há duas observações: a primeira é a de que a mistura deve ser involuntária, ou, na dicção da lei, “sem consentimento”, pois se há negócio jurídico entre os donos das partes, valem as cláusulas pactuadas; a segunda é os donos das partes deverem estar de boa-fé, porque o art. 1.273 do Código Civil traça regra diversa para a conduta maliciosa.

Art. 1.273. Se a confusão, comissão ou adjunção se operou de má-fé, à outra parte caberá escolher entre adquirir a propriedade do todo, pagando o que não for seu, abatida a indenização que lhe for devida, ou renunciar ao que lhe pertencer, caso em que será indenizado.

CC/1916: art. 616.

O artigo reproduz, na essência, o que continha o art. 616 do Código Civil de 1916, apenas substituindo o termo *mistura* pelo termo *comissão*, na realidade *comistão*.

Disciplina o legislador a hipótese da mescla de coisas de donos diversos ocorrer por conduta de má-fé de um deles, ciente de que os ingredientes não lhe pertenciam. Em tal caso, cria o legislador opções para a parte inocente. De duas, uma: escolhe ficar com a propriedade do todo, pagando o ingrediente que não for seu, compensado o valor com os danos que sofreu em decorrência da conduta maliciosa da outra parte; ou renuncia à parte que lhe pertence, mas exige indenização correspondente a seu valor, acrescida de perdas e danos.

Como alerta Marco Aurélio S. Viana, “nesse particular o diploma civil é contraditório, porque, antes, ao dispor a respeito do especificador de má-fé, estabeleceu-lhe a perda em favor do dono, sem direito à indenização. Já no caso de confusão, comissão ou adjunção, impõe ao dono da coisa o dever de indenizar” (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 195).

Art. 1.274. Se da união de matérias de natureza diversa se formar espécie nova, à confusão, comissão ou adjunção aplicam-se as normas dos arts. 1.272 e 1.273.

CC/1916: art. 617.

Há novamente dois equívocos formais do legislador. O primeiro é mais uma vez grafar *comissão* o instituto da *comistão*. O segundo é a remissão aos arts. 1.272 e 1.273, quando, na verdade, o pretendido é a aplicação das regras da especificação, previstas nos arts. 1.269 a 1.271, anteriormente comentados. É óbvio que o equívoco formal do legislador não impede a correta aplicação da lei pelo intérprete, pois a criação de coisa nova pela confusão, *comistão* ou adjunção caracteriza a figura da especificação, disciplinada por regras próprias.

Difere a especificação da mescla de coisas (*comistão*, *confusão* e *adjunção*) exatamente pela criação de coisa nova, produto da indústria ou trabalho do especificador. Coisa nova, portanto, é aquela que tem individualidade própria, com utilidade distinta das partes e valor agregado pela mistura. Como exemplifica Carvalho Santos, a simples mistura de água e vinho não cria espécie nova, por falta de utilidade e valor econômico agregado. Já a mistura de vários ingredientes, criando uma bebida nova vendável, ou de vários componentes, criando droga ou medicamento com potencial diferenciado de utilização, caracteriza o instituto da especificação (*Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. VIII, p. 270).

Se há coisa nova, as regras aplicáveis são as da figura da especificação, apesar do erro formal do legislador ao fazer a remissão a artigos de lei. Ressalve-se a posição de Marco Aurélio S. Viana, para quem optou o legislador deliberadamente pela mudança do regime jurídico da hipótese em exame, que agora passa a ser regida pelas regras da mistura (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 197).

CAPÍTULO IV DA PERDA DA PROPRIEDADE

Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

- I - por alienação;
- II - pela renúncia;
- III - por abandono;
- IV - por perecimento da coisa;
- V - por desapropriação.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.

CC/1916: art. 589.

O artigo em exame trouxe relevantes novidades, em relação ao art. 589 do Código Civil de 1916. A primeira delas está na abrangência do preceito, que traz os modos de perda da propriedade em geral, tanto móvel como imóvel, enquanto no velho Código Civil a regra se restringia à propriedade imóvel. A segunda está na eliminação do termo *extinção da propriedade imóvel*, que as mais modernas legislações reservam apenas aos casos de perda absoluta, ou seja, supressão do direito do mundo jurídico, como ocorre com o perecimento da coisa. Já a perda relativa não extingue o direito, apenas provoca a alteração de sua titularidade, como ocorre, por exemplo, na alienação.

Ressalva o *caput* que, além do rol previsto nos cinco incisos, perde-se a propriedade por outras causas previstas neste Código. Diga-se, aliás, melhor faria o legislador se mencionasse apenas que pode o proprietário sofrer perda absoluta ou relativa da propriedade, em vez de tentar relacionar as causas. No que se refere às outras causas previstas no próprio Código Civil, tomem-se como exemplo o casamento pelo regime da comunhão universal de bens, a morte natural, a ausência, a acessão e a usucapião, todas perdas relativas, pois provocam simultaneamente a perda para um e a aquisição da propriedade para outro titular.

O inciso I diz que se perde a propriedade pela alienação, que, no dizer clássico de Carvalho Santos, “é o ato pelo qual desfalcamos nosso patrimônio, transferindo a um outro determinado bem” (*Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. VIII, p. 201). Normalmente, a alienação se faz por negócio jurídico, como a venda e compra, a troca, a doação e a dação em pagamento. Pode ocorrer, todavia, por ato independente de vontade, como o implemento de condição resolutiva no resgate da retrovenda, a arrematação ou a adjudicação em hasta pública, a alienação forçada do proprietário ao possuidor, prevista no § 4º do art. 1.228, já comentado; ou, ainda, a alienação judicial de coisa comum, para extinção do condomínio sobre coisa indivisível.

O inciso II alude à renúncia, que, segundo Nelson Rosenvald, é “o ato unilateral pelo qual o proprietário declara formal e explicitamente o propósito de despojar-se do direito de propriedade” (*Direitos reais, teoria e questões** 2. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2003, p. 108). Não é a declaração de vontade receptícia, independentemente, portanto, da aceitação de terceiros. Caso incida sobre coisa imóvel, deve ser instrumentalizada em obediência ao requisito formal do art. 108 do Código Civil e levada ao registro imobiliário, tornando-se a coisa sem dono (*res nullius*).

O inciso III trata do abandono, que difere da renúncia, pois não exige declaração expressa, mas se deduz de comportamento concludente do proprietário. O abandono exige requisito objetivo, a conduta de quem despreza o que é seu, somado a requisito subjetivo, a intenção de abdicar da coisa - *animus abandonandi*. A figura será tratada com mais profundidade no comentário ao artigo subsequente.

O inciso IV trata do perecimento da coisa. Se a coisa perece em sentido material, perde-se o direito de propriedade que sobre ela incide. É o caso do imóvel definitivamente inundado, da construção consumida por incêndio ou que rui em razão de alguma catástrofe. Também o caso de coisas móveis, que são destruídas ou ficam em local inacessível. Se a coisa perdida estiver segurada, os direitos reais, inclusive os de garantia, sub-rogam-se sobre o valor da indenização.

Finalmente, o inciso V trata da desapropriação, que se define como a transferência compulsória de bens pertencentes a particulares para o Estado, mediante pagamento de prévia indenização em dinheiro. É modo originário de aquisição da propriedade, não se vinculando

ao título dominial anterior e nem transmitindo ao poder expropriante eventuais vícios ou ônus que incidiam sobre a coisa expropriada. Pode dar-se a desapropriação por interesse público (Decreto-lei n. 3.365/41), por interesse social (Lei n. 4.132/62) ou sanção (art. 182, § 4º, da CF e art. 8º da Lei n. 10.257/2001), esta última com pagamento em títulos da dívida pública.

O parágrafo único do artigo em exame reza que os casos dos incisos I e II - alienação e renúncia - somente produzem efeito de perda da propriedade no momento no qual o título ingressa no registro imobiliário. O registro, como já visto, tem caráter constitutivo da propriedade e outros direitos reais sobre coisa imóvel adquiridos a título derivado e *inter vivos* e gera presunção relativa de veracidade, até que seja cancelado. Por isso, o título da alienação gera direito de crédito, que, levado a registro, converte-se em direito real, provocando a transferência da propriedade imóvel. Embora não diga a lei, também a alienação de bens móveis somente provoca a perda da propriedade no momento da tradição.

Jurisprudência: Condomínio. Coisa comum. Ex-companheiro. Renúncia da metade ideal. Inexigibilidade de escritura pública. Necessidade, no entanto, de instrumento em condições de ser averbado no Registro de Imóveis. Inadmissibilidade, como renúncia, da mera declaração em Juizado Informal de Conciliação. Inteligência dos arts. 134, II, e 589 do Código Civil. Perda do direito de propriedade incorrente. Rescisória procedente. (JTJ 251/396)

Desapropriação. Desistência. Devolução do imóvel em situação diversa da existente quando da imissão da ré na posse. Perda parcial da propriedade, consistente no perecimento da posse direta, por culpa do expropriante. Indenização devida pelo valor integral do imóvel. Art. 984 e § 1º do Código Civil. Recurso provido. (JTJ 115/40)

Indenização. Perda da propriedade. Perecimento de imóvel por perda das qualidades essenciais em virtude de fato alheio à vontade do dono. Bem objeto de desapropriação. Desistência desta. Expropriante já imitida na posse. Não devolução porque transformado em favela. Responsabilidade da devedora pelo valor integral do bem. Aplicação dos arts. 78,1,79, 589, IV, e 884 e § 1º do CC. (TJSP, RT 629/128)

Herança jacente. Usucapião. Se a sentença de declaração de vacância foi proferida depois de completado o prazo da prescrição aquisitiva em favor das autoras da ação de usucapião, não procede a alegação de que o bem não poderia ser usucapido porque do domínio público, uma vez que deste somente se poderia cogitar depois da sentença que declarou vagos os bens jacentes (arts. 1.593 e 1.594 do CC). A arrecadação dos bens (art. 1.591 do CC) não interrompe, só por si, a posse que as autoras exerciam e continuaram exercendo sobre o imóvel. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 209.967, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06.12.1999, DJ 21.02.2000)

Art. 1.276.0 imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§ 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§ 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

O artigo em exame, em especial seu § 2º, consagra uma das mais relevantes inovações do Código Civil, derrubando um dos dogmas do direito privado: a propriedade não se perder pelo não uso.

Começamos pelo exame do *caput* do art. 1.276 que, embora reduzindo de modo significativo o prazo de abandono do imóvel urbano, de dez para três anos, manteve os requisitos objetivo e subjetivo do instituto, o comportamento do proprietário de abdicar da coisa e a intenção de fazê-lo - *animus abandonandi*. A prova do elemento subjetivo sempre foi tormentosa, pois a simples ausência de utilização de um imóvel não significava, necessariamente, a intenção de abdicar dele. Por isso a figura do abandono sempre foi de uso escasso, diante da quase impossível prova do estado anímico do dono. A dificuldade foi superada pelo legislador no § 2º do preceito, adiante comentado.

O *caput* do art. 1.276, embora preservando os requisitos tradicionais do abandono, introduz, desde logo, duas novidades. A primeira, já mencionada, diz respeito ao prazo, que caiu de dez para três anos para o imóvel urbano, com termo inicial na data da arrecadação do imóvel pelo Poder Público. Note-se, portanto, que o abandono é a causa, mas a transferência da propriedade somente ocorre com o escoamento do triênio, contado da lavratura do auto de arrecadação. A segunda novidade é somente ocorrerem os efeitos jurídicos do abandono caso o imóvel não esteja na posse de outrem. Trata-se de manifesta valorização da função social da posse, evitando que se torne público o imóvel e, com isso, impedindo a consumação da usucapião por terceiro possuidor. Logo, somente pode ser arrecadado imóvel que não esteja sob a posse de terceiro, quer essa posse de terceiro seja dependente ou não, justa ou injusta.

A arrecadação está subordinada à prévia citação do proprietário em procedimento ordinário, para que ele se defenda e elida a prova do abandono, sob pena de se ferir o princípio constitucional do devido processo legal. Segundo o Enunciado n. 242 da III Jornada de Direito Civil, em 2004: “A aplicação do art. 1.276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não cessação da posse” Mesmo depois da arrecadação, o imóvel ainda não integra o patrimônio público, de tal modo que, no triênio subsequente, poderá o proprietário evitar a perda, manifestando comportamento incompatível com o abandono, especialmente praticando atos possessórios, dando ao prédio sua natural destinação social e econômica e pagando os tributos sobre ele incidentes.

Terá legitimidade para requerer a arrecadação do imóvel urbano o beneficiário do abandono, ou seja, a municipalidade onde ele se localizar, ou o Distrito Federal, se no respectivo território.

O § 1º traça regra simétrica para o imóvel rural. Dispõe deva estar ele “abandonado nas mesmas condições”, com comportamento do proprietário indicativo do abandono somado à intenção de abandonar, assim como não estar em posse de terceiro. O prazo é o mesmo, de três anos com termo inicial na data em que for o imóvel arrecadado. A única distinção é o destinatário do abandono e, portanto, da legitimidade para requerer a arrecadação, deslocando-se para a União Federal, qualquer que seja a localização do prédio. A situação do imóvel - urbano ou rural - é determinada por sua localização e não por sua destinação, tal como ocorre nas usucapiões especiais urbana e rural.

Como dito, a grande novidade está no § 2º do art. 1.276, que supera a tradicional dificuldade de demonstrar o *animus abandonandi* do proprietário. Diz o preceito que determinado comportamento - cessação dos atos de posse e inadimplemento dos ônus fiscais - cria presunção absoluta, *iure et iure*, da intenção de abandonar, não cabendo, por consequência, prova em sentido contrário do dono. O que fez o legislador foi qualificar certa conduta concludente, dela extraíndo o elemento subjetivo. Note-se a utilização do aditivo e, ou seja, não basta a cessação dos atos de posse e o imóvel não se encontrar de posse de terceiros; deve se somar, também, a falta de pagamento de tributos incidentes sobre o prédio. Os dois requisitos somados, cumulativos, é que criam a presunção absoluta de abandono.

No que se refere à cessação dos atos de posse, não mais cabe a clássica noção de que o não uso é uma prerrogativa do proprietário e, portanto, a inércia é uma das facetas da possível conduta do dono. A doutrina clássica dizia que a “simples negligência em reclamar a coisa ou qualquer outro ato negativo não importa no abandono, que exige sempre um ato positivo do proprietário, que abandona voluntariamente a posse da coisa, com intenção de deixar que outro adquira” (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. VIII, p. 201). A moderna noção de função social da propriedade, e também da posse, exige conduta positiva circunstanciada do possuidor, dando à coisa sua natural finalidade econômica e social. A conduta negativa somente se admite em casos excepcionais, quando revestida de interesse social, por exemplo, a não exploração de áreas de proteção ambiental. Em termos diversos, o legislador sancionou a falta de atos possessórios positivos, extraindo da conduta omissiva, aliada ao inadimplemento fiscal, o efeito jurídico de *animus abandonandi*.

Nada impede que comportamento diverso do dono ou a presença de apenas uma das circunstâncias previstas gerem a perda da coisa por abandono, cabendo, porém, em tal caso, ao Poder Público a difícil prova do *animus abandonandi*. Como consta do Enunciado n. 243 da III Jornada de Direito Civil, em 2004: “A presunção de que trata o § 2º do art. 1.276 não pode ser interpretada de modo a contrariar a norma-princípio do art. 150, IV, da Constituição da República”.

A grande lacuna do preceito é não fixar a duração que se exige de comportamento concludente do dono - falta de posse e inadimplemento fiscal - para que possa ser feita a arrecadação do imóvel. Lembre-se de que o prazo de três anos, referido no *caput* no § 1º do artigo em exame, medeia entre a arrecadação e a incorporação definitiva e irreversível da coisa ao patrimônio público.

O tempo entre o início da inércia do proprietário e a arrecadação não é previsto em lei. É óbvio que a inércia do dono, ainda que somada ao inadimplemento fiscal por prazo reduzido, não basta para configurar o abandono. O juiz, caso a caso, sopesando a natureza do imóvel, sua localização e as condições pessoais do dono, verificará se da conduta omissiva prolongada e contínua se extrai a presunção absoluta do elemento subjetivo, franqueando, então, o prédio à arrecadação.

Sublinhe-se, ainda, que, mesmo após a arrecadação, não ingressa o imóvel no patrimônio público e, tal como os bens do ausente, é permitido que o proprietário impeça a perda, adotando no triênio subsequente conduta contrária àquela punida pelo legislador.

Finalmente, não há como afirmar a inconstitucionalidade do preceito, que não cria nova modalidade de desapropriação ou perda da propriedade à margem da Carta Política, mas apenas dá significação ao *animus abandonandi*, amoldando-o a determinada conduta do proprietário. É mais uma das faces da concreção do princípio da função social da propriedade.

CAPÍTULO V DOS DIREITOS DE VIZINHANÇA

Seção I **Do Uso Anormal da Propriedade**

Art. 1.277.0 proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Os conflitos de vizinhança, no dizer de San Tiago Dantas, constituem o momento crítico, ou a crise da teoria da propriedade, porque revelam o antagonismo entre direitos opostos. A propriedade apresenta dois aspectos fundamentais; um interno, que é a prerrogativa, concedida ao proprietário, de promover sobre a coisa objeto de seu direito qualquer atividade lícita; e um externo, que é a faculdade concedida ao titular de repelir os atos de terceiro, capazes de restringir as vantagens que a coisa proporciona, ou de admitir a elas um estranho (*Conflito de vizinhança e sua composição*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 20). O conflito se revela sempre que um ato praticado pelo dono ou morador de um prédio, ou o estado de coisas por ele mantido, vá exercer seus efeitos sobre o prédio vizinho, causando prejuízo ao imóvel ou incômodo ao morador. Nasce daí uma contradição entre direitos de propriedade opostos, pondo em contraste o aspecto interno de um com o aspecto externo de outro.

A composição dos conflitos de vizinhança passa pela adoção de critérios diversos, que aferem a normalidade do uso do imóvel, a gravidade dos incômodos e a supremacia do interesse público. Da sua aplicação conjunta, verifica-se a existência do direito de fazer cessar as interferências prejudiciais a que se refere o art. 1.277 do Código Civil, que, na opinião de parte da doutrina, tem a natureza de obrigação *propter rem*.

As restrições decorrentes do direito de vizinhança recebem de parte da doutrina, inclusive estrangeira, o nome de servidões legais. Não se confundem, todavia, com as restrições decorrentes do direito real de servidão, por várias razões: a) quanto à fonte, as servidões legais decorrem da lei e o direito real de servidão, da convenção ou da usucapião; b) por decorrerem da lei, as servidões legais não necessitam do registro imobiliário, ao passo que o direito real de servidão é constituído, salvo no caso da usucapião, pelo registro imobiliário; c) as servidões legais geram restrições e direitos recíprocos entre vizinhos, ao passo que o direito real de servidão gera vantagens para o prédio dominante e restrições para o prédio serviente; d) as servidões legais são gerais e atendem ao interesse público de coexistência e pacificação das relações de vizinhança, ao passo que o direito real de servidão atende ao interesse e à conveniência das partes.

O Código Civil de 2002 introduziu profundas alterações na matéria, em comparação com o Código Civil revogado. Não se fala mais em uso nocivo, ou mau uso da propriedade, como fazia o art. 554 do Código de 1916, eliminando, assim, qualquer vínculo com a noção de ato jurídico ilícito em sentido estrito. A responsabilidade decorrente do direito de vizinhança, para gerar o dever de cessar a interferência prejudicial ou de indenizar, é objetiva e independe de culpa ou dolo do proprietário ou possuidor. É óbvio que o ato culposos é coibido, mas não só. O exercício abusivo do direito de propriedade, de modo que exceda manifestamente a sua função social e econômica, ou a boa-fé objetiva, nos moldes dos arts. 187 e 1.228, § 2º, do Código Civil, gera responsabilidade do proprietário. Também a atividade lícita e autorizada pela Administração pode ser coibida pelas normas do direito de vizinhança. Para Hely Lopes Meirelles, “a existência de alvará ou licença administrativa para a realização da obra ou o exercício da atividade lesiva ao vizinho não impede que o ofendido exija a paralisação da construção ou a cessação dos trabalhos ou atividades danosas para o vizinho” (*Direito de construir*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 17).

O artigo inicia conferindo ao proprietário ou ao possuidor de um prédio a legitimidade para reclamar o direito de vizinhança. O legislador corrigiu imprecisão do Código Civil revogado, que falava em *proprietário* ou *locatário*. Os possuidores diretos ou indiretos, em geral, com posse justa ou injusta, de boa-fé ou de má-fé, tem direito de exigir que cessem as interferências prejudiciais do imóvel vizinho. É suficiente que tenha posse *ad interdicta*, ainda que seja injusta e de má-fé. Basta imaginar a hipótese de comodatário que não devolveu ao comodante o imóvel na data aprazada. A posse é injusta - precária - e de má-fé apenas em relação ao comodante, em razão da relatividade dos vícios. Disso decorre o direito, enquanto permanecer no prédio, de reclamar dos vizinhos, contra os quais não se praticou esbulho, a cessação da atividade prejudicial.

Prossegue o art. 1.277 dizendo que o proprietário ou o possuidor tem o direito de *fazer cessar* as interferências prejudiciais. A expressão é ampla e, para sua consecução, cabe ao vizinho ofendido um largo leque de medidas, desde a execução de obrigação de não fazer, como cessar a emissão de ruídos, fumaça ou gases, como também execução de obrigação de fazer, como a demolição de imóvel em ruína que ameace a segurança dos prédios vizinhos, tudo com tutela específica e meios previstos no art. 461 do Código de Processo Civil. Além disso, o pedido cominatório pode ser adequado para reprimir o comportamento do vizinho, sem prejuízo da indenização decorrente de danos morais e materiais.

O art. 1.277 trata ainda de prédios vizinhos. O termo *prédio*, usado pelo legislador, não se limita às construções e acessões, mas abrange imóveis em geral, com ou sem construções, urbanos ou rurais. O termo *vizinhança* não se limita a imóveis confinantes ou contíguos; vai além. A vizinhança se estende até onde se propagam as interferências prejudiciais entre imóveis. Vê-se, portanto, que, de acordo com a natureza e a intensidade da interferência, a vizinhança pode ser mais ou menos ampla. A fábrica que emite gases ou odores prejudiciais à saúde ou segurança lem como vizinhos todos os imóveis alcançados por seus efeitos, ainda que em um raio de alguns quilômetros.

Como se extrai do texto do art. 1.277 do Código Civil, o direito de um vizinho reclamar do outro a cessação de certa conduta está subordinado a dois requisitos cumulativos, a saber:

a) a existência de interferência prejudicial que atinja certos interesses previstos em lei; b) que essa interferência decorra de uso anormal do imóvel.

No que se refere ao primeiro requisito, o próprio art. 1.277 circunscreve os interesses que podem ser prejudicados pelas interferências: a segurança, a saúde e o sossego. A segurança diz respeito à atividade ou à inatividade que produza um dano efetivo ou crie situação de perigo para o prédio vizinho, incluindo pessoas e bens. Estão nessa categoria todos os trabalhos que produzam ou possam causar o risco concreto de abalos na estrutura, infiltrações, trepidações perigosas, explosões violentas, emanções venenosas, existência de árvores que ameacem tombar e tudo que venha a prejudicar fisicamente o prédio e seus moradores. Um aspecto importante, que reflete na segurança e no sossego, é a conduta inconveniente ou permissiva do vizinho que tolera ou se mostra conivente com o ajuntamento de malfeitores, viciados em entorpecentes, ébrios, ou com qualquer outra situação que possa pôr em risco a incolumidade dos demais moradores dos arredores. Quanto à saúde, garante-se aos vizinhos não só a higidez física, mas também a psíquica. Pode a saúde ser atingida por agentes diversos, físicos, químicos, biológicos ou até mesmo por fatores psicológicos de desassossego ou inquietação. São diversos os casos possíveis: manutenção de água empoçada no quintal ou de animais em condições inadequadas, com a possibilidade de propagar doenças pelo bairro. São ofensas ao sossego as interferências por agentes diversos que causem impressões sensitivas, como o som, a luz, o cheiro, as sensações térmicas e as imagens. Pontes de Miranda afirma que o sossego não é perturbável apenas pelo som. Também o é pela luz, pelo cheiro, por apreensões e choques psíquicos ou outros motivos de inquietação (*Tratado das ações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, v. V, p. 279). A diminuição de outras utilidades de um imóvel, ou de vantagens accidentais, como a vista de uma certa paisagem, a regularidade do estilo das fachadas das casas de um certo bairro ou a instalação de uma casa onde se pratica a prostituição, ofende outros interesses e valores, não tutelados pelo direito de vizinhança.

Além disso, não basta saber se a interferência vulnerou os interesses tutelados pelo legislador. O dano decorrente dessa interferência, como afirma a parte final do parágrafo único do art. 1.277, deve ultrapassar “os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”. No dizer de Caio Mário, “se este se contém no limite do tolerável, à vista das circunstâncias do caso, não é de se impor ao proprietário a restrição do uso de seus bens, uma vez que a convivência social, por si mesma, cria a necessidade de cada um sofrer um pouco” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. IV, p. 211). Como

ensina San Tiago Dantas, “quando o juiz quer saber se os incômodos são ou não excessivos, não é para a pessoa do proprietário que se volta, mas para o proprietário do imóvel como um personagem algébrico, formado pela superposição de quantos se encontram naquela coletividade” (op. cit., p. 278). Não se tutela, portanto, a excessiva sensibilidade de um vizinho nem se levam em conta suas circunstâncias pessoais, mas sim as da média dos moradores da vizinhança.

Essa interferência intolerável deve decorrer do segundo requisito, qual seja, a utilização anormal de um prédio. A grande novidade do Código Civil foi a de estabelecer, no parágrafo único do art. 1.277, parâmetros e balizas para o juiz aferir a normalidade do uso e da interferência entre vizinhos. Na dicção da lei, devem se considerar a natureza da utilização e a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas. O barulho que produz a utilização normal de um imóvel residencial é inferior ao que produz a utilização normal de um imóvel industrial. Em certas porções da cidade, com zoneamento permitido, o ruído que produz a atividade normal de uma casa noturna seria anormal em zona estritamente residencial. Aquele que adquire imóvel em zona rural ou estritamente residencial tem a justa expectativa de ouvir menos ruído que aquele que vive em zona comercial ou industrial. A ideia do legislador, amparado na doutrina de San Tiago Dantas, é a da aplicação do princípio da coexistência dos direitos, cotejando o cerceamento dos direitos do proprietário e os incômodos que a falta desse cerceamento causa ao vizinho. Afere-se a normalidade do uso e a tolerabilidade do incômodo para verificar qual dos direitos deve prevalecer.

Não adotou o legislador o critério da pré-ocupação como determinante para a invocação do direito de vizinhança, de modo que aquele que já se encontra estabelecido em determinado local não tem salvo-conduto para interferir prejudicialmente sobre os imóveis de novos vizinhos que para ali se mudem posteriormente.

Um terceiro critério, determinante para a cessação ou não da atividade do proprietário, é o do interesse público na manutenção da atividade lesiva ao interesse do vizinho, examinado no artigo seguinte.

Jurisprudência: Direito de vizinhança. Estabelecimento fabril. Marteleles. Ruídos. Barulho. Danos a prédios. Ação procedente. Apelação provida em parte. (RT 533/72)

Ilegitimidade de parte. Ativa. Inocorrência. Ação proposta por condomínio, representado pelo administrador, em defesa do direito de vizinhança. Art. 12, IX, do Código de Processo Civil. Preliminar rejeitada. (JTJ 119/127;

Em ação cominatória decorrente das relações de vizinhança e fundada em perturbações sonoras, pode o Magistrado determinar ao réu a abstenção de produzir poluição sonora, além de impor obrigação de fazer obras necessárias tendentes a impedir a dispersão de sons e ruídos como forma de assegurar o resultado prático da obrigação de não fazer, sob pena de multa. (II TACSP, Ap. com revisão n. 836.061-00/7, 11ª Câ., rel. Juiz Egidio Giacoia, j. 23.08.2004)

A ação de nunciação de obra nova à disposição do proprietário ou do possuidor tem por escopo evitar que a obra em construção prejudique o prédio já existente. Esse prejuízo, que constitui o fundamento maior da referida demanda, pode se dar tanto pelo descumprimento das normas do direito da vizinhança quanto das normas municipais de uso e ocupação do solo urbano, haja vista a inexistência de restrição no inciso I do art. 934 do Código de Processo Civil. (STJ, REsp n. 126.281/PB, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.09.1998)

O uso nocivo da propriedade (CC, art. 554) não se acha condicionado aos limites estabelecidos em lei local. Agravo desprovido. 3 - Inexistindo interesse público na manutenção da atividade, anormal nas circunstâncias, é de se acolher o pedido de sua cessação, porque

perturba o sossego do vizinho (CC, art. 554). 4 - Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 597.053.941, 5ª Câm. Cível, rel. Araken de Assis, j. 08.05.1997)

Direito de vizinhança. O proprietário é parte legítima passiva *ad causam* na ação de reparação de danos causados por construção em prédio vizinho. A sua responsabilidade independe da culpa, decorrendo do próprio direito de vizinhança. Denúnciação a lide do empreiteiro improcedente, porque os danos não foram por ele produzidos, mas por obras anteriores a empreitada. Apelações desprovidas. (TJRS, Ap. cível n. 190.003.418, 4ª Câm. Cível, rel. Ernani Graeff, j. 26.04.1990)

Núnciação de obra nova. Demolitória. Construção que ultrapassa a altura máxima e o número de pavimentos permitidos, interferindo na área de iluminação, ventilação e insolação do condomínio vizinho. Normas de construção que não se limitam aos estabelecidos no Código Civil. Descumprimento de posturas municipais que autoriza o pedido judicial de demolição, independentemente das providências ou da inércia da administração pública. Desnecessidade de citação do cônjuge em matéria relativa a direito subjetivo de vizinhança. Ação procedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 110.407-4, rel. Elliot Akel, j. 19.12.2000)

Fere o direito de vizinhança e caracteriza o uso nocivo da propriedade a manutenção de inúmeros animais em precárias condições de higiene e cuidados, que causam aos vizinhos perturbações de toda ordem, especialmente em razão da sujeira, do mau cheiro, do barulho e das invasões na propriedade alheia, mormente em se considerando o acordo - não cumprido - de remoção de alguns dos animais feito perante o Ministério Público. (TJSP, AI n. 900.075-0/4, rel. Luis de Carvalho, j. 01.06.2005)

Estabelecimento comercial. Alvará de licença para minimpadaria e com horário não excedente às 20 horas em 1998. Em 2001 e 2002, alvará para lanchonete e mercearia, com funcionamento, em horário especial, até 4:00 horas de domingo e, nos demais dias da semana, até às 24:00 horas. Transformação em bar, com venda de bebida alcoólica e aglomeração de clientes na rua. Reconhecimento de exploração abusiva da atividade comercial. Vizinhança composta por pessoas idosas e com saúde precária. Bairro residencial. Ameaças, palavras de baixo calão, agressões verbais, bloqueio de garagens, danos aos jardins, com plantas arrancadas e exalações fétidas, bem como, e sobretudo, barulho pela noite adentro. Lavratura de 8 (oito) Boletins de Ocorrência. Em área mista, residencial e de comércio, a residência prefere à utilização comercial e a pré-ocupação residencial é fator ponderável nos conflitos de vizinhança, porque quem vem a se instalar em determinada zona já deve prever e sopesar as vantagens e inconvenientes anteriores do bairro, ou seja, tratando-se de zona mista, a pré-ocupação atua como agravante dos encargos a serem suportados pelos novos vizinhos, como o agravado. Os ruídos, até às 4:00 na madrugada de domingo e até às 24:00 todos os demais dias da semana, mostram-se anormais e lesivos aos direitos de vizinhança, mesmo porque, à noite, o trabalho ruidoso e incômodo para a vizinhança apresenta-se como ato anti-jurídico e ofensivo do direito ao descanso, irrecusável a todos que labutam durante o dia. Irrelevância de o estabelecimento ter autorização do Poder Público para funcionar, fato que não o desobriga de conter a atividade dentro de condições de normalidade própria e específica da região. Ademais, o Código Civil (art. 554) se sobrepõe à legislação municipal (TJSP, AI n. 750.624-00/0, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 12.09.2002). (*Lex-TACSP* 198/412, 2003)

Direito de vizinhança. Uso nocivo da propriedade. O direito a que se refere o art. 554 do Código Civil pode, também, ser exercido pelo possuidor do prédio (STJ, REsp n. 46.163/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 08.08.1994, DJ 26.09.1994, p. 25.648). (*RSTJ* 73/343)

O direito de vizinhança cria para o proprietário o dever de arcar, solidariamente, com a responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício nefasto da propriedade. A indenização por eventuais danos sofridos por vizinhos, nessa cadência, se dá pelo sistema de responsabilidade objetiva, dispensando a indagação sobre a ocorrência de culpa ou dolo por parte do proprietário (II TACSP, Ap. com revisão n. 650.424-00/1, rel. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 02.04.2003). (*Lex-TACSP* 200/442, 2003)

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tem similar no Código Civil de 1916 e constitui importante inovação no capítulo do direito de vizinhança, positivando entendimento dos tribunais e consagrando a doutrina de San Tiago Dantas (*O conflito de vizinhança esua composição*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1972).

Preenchidos os requisitos comentados no artigo anterior - existência de interferência prejudicial e que esta seja decorrente do uso anormal da propriedade uma terceira circunstância accidental será aferida, para legitimar a imposição de cessação da atividade danosa. É a existência - ou não - de interesse público na manutenção dessa atividade. Como explica San Tiago Dantas, “verificando, porém, que os incômodos são excessivos por ser anormal o uso da propriedade que lhes dá origem, o juiz indagará se a supremacia do interesse público legitima este uso excepcional; se legitima, e se a ofensa à saúde, segurança ou sossego não é de molde a inutilizar o imóvel prejudicado, o juiz manterá os incômodos inevitáveis e, pela expropriação que assim inflige ao proprietário incomodado, ordenará que se lhe faça cabal indenização (direito oneroso de vizinhança)” (op. cit., p. 280).

Em resumo, constatada ocorrência de interferências prejudiciais à saúde, ao sossego e segurança dos vizinhos, decorrente de uso anormal da propriedade, ainda assim a necessidade da manutenção dessa atividade poderá atender ao interesse público. Em tal caso, se mantém a atividade prejudicial, mas os vizinhos são cabalmente indenizados. Não se cogita o pagamento de indenização, todavia, quando não são preenchidos os requisitos básicos, ou seja, quando as interferências são toleráveis ou decorrentes do uso normal do imóvel.

O preceito limita o leque de medidas judiciais disponíveis ao vizinho prejudicado, excluindo a cessação da atividade e os provimentos correlatos, como a fixação de multa diária. Circunscreve a reação do vizinho ofendido à indenização cabal dos prejuízos sofridos, persistindo, porém, a atividade prejudicial, em razão do interesse público na sua manutenção. A responsabilidade é objetiva, desde que preenchidos os requisitos cumulativos da interferência prejudicial e do uso anormal da propriedade, anteriormente analisados. Pouco importa que a atividade tenha sido autorizada por licença ou alvará administrativo, porque não se cogita de ato ilícito em sentido estrito. A atividade autorizada não é automaticamente lícita em relação aos interesses dos vizinhos. A indenização é cabal, vale dizer, abrange todos os danos materiais sofridos pelos proprietários e possuidores dos imóveis vizinhos. Tais danos abrangem a desvalorização do prédio, os investimentos feitos pelos vizinhos para minorar as interferências e a diminuição de eventual rendimento de aluguéis, além dos prejuízos pessoais dos moradores, por ofensa à sua saúde ou incolumidade física. Também são indenizáveis os danos morais por ofensa a direitos da personalidade, como o sossego e a incolumidade física e emocional dos moradores vizinhos.

Embora não diga de modo claro o preceito, está implícito que o que veda o legislador é apenas a *cessação* da atividade lesiva, cujo prosseguimento atende a interesse público. Em termos diversos, somente deve ser mantida a atividade incômoda quando os seus inconvenien-

tes sejam *irredutíveis*. Podem os vizinhos, porém, quando for o caso, exigir que os incômodos sejam reduzidos ao inevitável, mediante ação de obrigação de fazer. Tome-se como exemplo um hospital instalado em zona residencial, que provoca interferências lesivas aos vizinhos. Cabe ação de obrigação de fazer para reduzir ao mínimo as interferências, como a instalação de filtros ou de equipamentos que diminuam os ruídos, cumulada com indenização pelas interferências remanescentes inevitáveis.

Outro ponto que merece atenção está no grau de interferência nos imóveis vizinhos. O que permite a lei é o sacrifício de vizinhos, que devem tolerar certas interferências em nome do interesse público. Não, porém, a utilização da propriedade que torne absolutamente inabitáveis os prédios adjacentes. “Aí não haveria de fato uma simples agravação dos encargos de vizinhança, nada que se parecesse com a instituição judicial de uma servidão *immitendi*; haveria verdadeira expropriação, que a lei não autoriza seja feita em benefício de um particular. Torna-se inabitável um prédio de muitos modos, especialmente quando a salubridade ou insegurança reinantes põem em perigo a vida dos moradores” (DANTAS, San Tiago. Op. cit., p. 278).

Finalmente, deve-se ter cautela ao interpretar o significado de interesse público. Nem toda atividade empresarial, por gerar riquezas e movimentar a economia, tem interesse público, que, ao contrário, reclama claro benefício à comunidade. Deve ser feito juízo de ponderação entre a natureza e o grau de sacrifício que se exige dos vizinhos e os efetivos ganhos da sociedade na persistência de determinada atividade.

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Obras do metrô. Danos materiais. Perda do valor econômico do imóvel residencial, ocasionada pelas vibrações causadas pelos trens na passagem no túnel sob a moradia da autora. Danos individuais. Prejuízo permanente e anormal representado por incômodos e desvantagens das obras de melhoria viária. Aplicação do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Compensações devidas. Desatendimento da estimativa da autora no ressarcimento dos danos individuais. Demanda parcialmente procedente. Sucumbência do metrô. Aplicação do art. 20, § 3º, do CPC. Provimento parcial do apelo da autora. Negado ao do réu (TJSP, Ap. cível n. 203.078-5/3-00, j. 30.09.2002, rel. Jovino de Sylos). (*Lex-TJSP* 261/166, 2003)

Consta do corpo do julgado: Mesmo resultante de atividade administrativa lícita, necessária, que objetiva o interesse da coletividade, interesse presumido e ínsito ao tipo de conglomerado humano constituído no grande centro, aplica-se o ressarcimento porque houve o dano de permanente desconforto pelas vibrações, trepidações ainda hoje não eliminadas e resultantes da ação administrativa (nexo causai), representando, segundo Renato Alessi, citado por Yussef Said Cahali, "verdadeiro e próprio sacrifício concreto, e não uma simples limitação, de caráter geral, de um direito". Saliente-se que nesta hipótese o dano é também anormal, excedendo os incômodos provenientes da vida em sociedade. Posta desse modo a questão, a responsabilidade objetiva do Estado, com suporte no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa da vítima, neste feito à evidência inócua, subsiste de maneira ampla, mesmo porque não se afigura razoável que, oprimido pelo crescimento desordenado da metrópole, o seu morador deve suportar docilmente os incômodos e desvantagens das obras de melhoria viária, ainda a custo da perda de todo sossego de sua moradia. Ou seja, em nome da necessidade ou do simples interesse social, ele não deve sucumbir sem nenhuma compensação (TJSP, 8ª Câmara, rel. Des. Fonseca Tavares). (*RJTSP* 101/319)

Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.

O artigo em exame não tinha correspondente no Código Civil de 1916 e, mais uma vez, acolhe doutrina de San Tiago Dantas acerca da possibilidade de redução ou eliminação dos incômodos, posterior à sentença que fixou indenização a favor do vizinho prejudicado, mantendo, porém, a atividade danosa, em razão da existência de interesse público.

Como visto no comentário ao artigo antecedente, um dos pressupostos da manutenção da atividade de interesse público prejudicial aos vizinhos é a *irredutibiliáade* das interferências, razão pela qual, se estas puderem ser minoradas ou eliminadas, cabe ação de obrigação de fazer, sem prejuízo da indenização pelos danos inevitáveis.

Pode ocorrer, porém, como alerta San Tiago Dantas, “que o proprietário de uma fábrica seja obrigado a indenizar aos seus vizinhos a desvalorização que aos respectivos prédios acarretam os incômodos industriais. Suponhamos que a indenização é calculada e paga de uma só vez e, decorrido algum tempo, os progressos técnicos revelam meios de evitar os danos tidos como inevitáveis, no momento da indenização. Tem o proprietário prejudicado o direito de pedir que doravante os incômodos sejam prevenidos? Pensamos que sim. O paralelo com o direito de passagem nos é de suficiente no caso, dada a analogia das duas situações. Assim como nos termos do art. 709, II, do CC/1916 (atual art. 1.388, II, do CC), cessado o encravamento, cessa o direito de passar pelas terras do vizinho, assim, a nosso ver, cessada a inevitabilidade do incômodo, desaparece o dever de suportá-lo” (*O conflito de vizinhança e sua composição*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 281).

Verifica-se, portanto, que a sentença que, reconhecendo o interesse público na persistência da atividade prejudicial, fixa indenização cabal ao vizinho, está sujeita à *cláusula rebus*. Em outros termos, o pagamento da indenização cabal não forra o proprietário do dever de reduzir ou eliminar as interferências prejudiciais que eram inevitáveis e posteriormente se tornam evitáveis. Não há coisa julgada material da sentença anterior, porque os fatos são novos - interferências evitáveis - e a lide será outra. A única questão que remanesce é a da indenização já recebida pelo vizinho, especialmente se abranger projeção do dano por período futuro, alcançado na nova ação de redução da interferência. O valor correspondente ao período em que a interferência foi reduzida ou eliminada deve ser devolvido pelo vizinho, em atenção ao que dispõe o art. 884 do atual Código Civil, que consagra a cláusula geral de vedação do enriquecimento sem causa.

Art. 1.280. O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.

CC/1916: art. 555.

O artigo em exame corresponde ao art. 555 do Código Civil de 1916, com aperfeiçoamento da antiga redação. Não mais alude somente ao proprietário, mas estende também ao possuidor o direito de reclamar a reparação ou demolição do prédio vizinho que ameace ruína, consolidando entendimento da doutrina e dos tribunais. A inovação procede, porque não teria razão de ser que o art. 1.277 garantisse aos proprietários e possuidores de imóveis vizinhos a tutela contra interferências prejudiciais mas limitasse ao proprietário a ação de dano infecto.

O preceito, já sedimentado pela doutrina do Código Civil de 1916, merece interpretação construtiva e ampliativa. O direito de exigir a demolição é subsidiário, exigível apenas caso não faça o proprietário os reparos necessários no prédio. Deve haver probabilidade concreta de ruína, aferível por prova pericial, não bastando possibilidade eventual e remota. O interesse que a lei visa a tutelar não se restringe ao desabamento da construção, mas se estende a

hipóteses análogas, que coloquem em risco a incolumidade ou o patrimônio dos vizinhos, como incêndio, inundação ou desmoronamento.

O artigo encerra conferindo outro direito ao vizinho, qual seja o de exigir garantia real ou fidejussória do proprietário, até que este repare ou promova a demolição do prédio, fazendo cessar os riscos aos prédios próximos.

Art. 1.281. O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual.

CC/1916: art. 529.

O artigo em comento corresponde ao art. 529 do Código Civil de 1916, que se encontrava deslocado na parte geral do direito de propriedade. Ganhou o preceito redação mais técnica, trocando o termo *inquilino* pelo gênero possuidor. Além disso, não se fala mais em segurança, mas corretamente em garantia contra prejuízo eventual.

O Código Civil, em diversas passagens, confere ao vizinho o direito de realizar certos atos e obra em prédio alheio. Tomem-se como exemplos a abertura de passagens de pessoas e de tubulação de coisas, ou mesmo para reparação, construção, reconstrução e limpeza da casa e do muro divisório, nos termos do art. 1.313, adiante comentado.

Essas obras feitas no imóvel alheio, que o proprietário é obrigado a suportar por disposição de lei, podem acarretar risco de dano iminente. Embora não diga a lei, tal como no artigo anterior o dano deve ter um elevado grau de probabilidade de se concretizar em futuro próximo. Presente tal circunstância, o proprietário pode exigir que o vizinho que realiza a obra preste caução real ou fidejussória contra o prejuízo eventual. Anos atrás tive contato com interessante caso, em que o proprietário de um imóvel pretendia instalar uma piscina de fibra de grande porte em sua residência. O pesado objeto deveria passar, içado por guindaste, sobre o prédio vizinho, com o que não concordou o dono. A solução foi a obtenção de ordem judicial, mediante prestação de garantia contra eventuais prejuízos, que, afinal, não ocorreram.

Seção II

Das Árvores Limítrofes

Art. 1.282. A árvore, cujo tronco estiver na linha divisória, presume-se pertencer em comum aos donos dos prédios confinantes.

CC/1916: art. 556.

O artigo em comento reproduz integralmente o que continha o art. 556 do Código Civil de 1916. A regra é simples e define a propriedade da árvore pela posição de seu tronco, desprezando, portanto, tanto as raízes como a copa, que podem se estender para um dos prédios. Abrange tanto as árvores nativas como as plantadas propositalmente na linha divisória. Cria-se um condomínio dos vizinhos sobre a árvore, aplicando-se, portanto, as regras dos arts. 1.314 e seguintes do atual Código Civil, que disciplinam as relações, os direitos e os deveres dos condôminos.

Como diz Carvalho Santos, “a árvore pertence ao dono do prédio onde tem o tronco” (*Código Civil brasileiro interpretado*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, v. VIII, p. 19). A presunção é relativa, mas dada a natureza imóvel da acessão deve ser desfeita pela prova de que a linha divisória é outra.

Podem as árvores causar prejuízos aos imóveis vizinhos, sendo necessária a sua remoção no interesse de qualquer um dos condôminos. Os danos causados pela queda da árvore, de seus ramos ou de seus frutos se regem pela regra do art. 937 do Código Civil, que constitui o preceito básico da responsabilidade pelo fato da coisa. É importante lembrar, porém, que a Constituição Federal, em seu art. 225, reza que o meio ambiente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Cabe a sua defesa à coletividade e ao poder público. A Lei n. 9.605/98 disciplina as regras relativas ao meio ambiente, de modo que a supressão de árvore, limítrofe ou não, exige autorização da autoridade competente, ultrapassando a mera autonomia privada e o interesse patrimonial dos condôminos.

Jurisprudência: Vizinhança. Árvores limítrofes. Uso nocivo do prédio vizinho. Não caracterização. Art. 558 do CC. O reconhecimento do gigantismo de uma árvore que, em face da perícia, não precisa ser destruída, mas merece permanente cuidado, não pode ser considerado como mau uso da propriedade. (TJRJ, Ap. cível n. 1999.001.00500, rel. Walter Dagostino, j. 04.05.1999)

Direito de vizinhança. Propriedade de árvore limítrofe. Para os efeitos do art. 556, do CC, o "tronco" é o ponto onde o caule emerge do solo, e a divisa entre os prédios é a linha superficial, não o plano vertical de que ela faz parte. Assim, a árvore que tem seu ponto de emergência inteiramente situado em um dos imóveis pertence exclusivamente ao dono deste, não importando que uma inclinação ou distorção do caule o faça invadir, alguns metros acima do solo, o espaço aéreo correspondente ao prédio vizinho. O art. 558, do mesmo código, nenhuma relação guarda com o direito de propriedade sobre as árvores, assegurando simples direito prestativo ao corte de ramificações que ultrapassem o plano vertical, acima ou abaixo da superfície. Sentença confirmada. (TJRS, Ap. cível n. 25.503, 2ª Câmara Cível, rel. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 18.08.1981)

Direito de vizinhança. Reparação de danos. Deve o proprietário do imóvel indenizar os prejuízos decorrentes da expansão da raiz de árvore existente em seu terreno, que vem a causar danos na propriedade limdeira. Assistência judiciária gratuita que se mantém. Recursos improvidos. (TJRS, Ap. cível n. 195.043.815, 8ª Câmara Cível, rel. Alcindo Gomes Bittencourt, j. 09.05.1995)

É do dono e não do vizinho-vítima, o risco pela queda da árvore de grande porte plantada na divisa dos imóveis, ante a previsibilidade do desabamento, em decorrência de tempestade, sobre o imóvel limítrofe, e a inevitabilidade da ocorrência com prévio corte e, assim, era possível evitar ou impedir os efeitos do caso fortuito ou força maior, nos termos do parágrafo único, do art. 1.058, do Código Civil (II TACSP, Ap. sem revisão n. 628.510-00/7, rel. Felipe Ferreira, j. 22.04.2002). (*Lex-TACSP* 194/560, 2002)

Ação de indenização. Danos causados em prédio vizinho, por infiltração de água decorrente do entupimento do cano escoador das águas vindas do telhado, tendo como causa da obstrução a queda de galhos e folhas de árvore existente sobre o terreno contíguo. Corte da árvore. Obrigação do proprietário da árvore em indenizar. Art. 558 do CC. Correta interpretação. Ação julgada em parte procedente em instância inicial. Sentença que se confirma. (TJRS, Ap. cível n. 598.189.488, 6ª Câmara Cível, rel. Osvaldo Stefanello, j. 17.03.1999)

Art. 1.283. As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.

O artigo em questão reproduz integralmente o art. 558 do Código Civil de 1916 e contém regra que dispensa maiores explicações, dada a sua simplicidade.

O direito de cortar ramos e raízes se estende até o plano vertical divisório entre os imóveis e independe de prova do prejuízo. Pode ser exercido diretamente pelo vizinho, independentemente de qualquer autorização ou concordância do proprietário da árvore. Como se trata de direito potestativo, não está sujeito à prescrição nem o dono da árvore pode reclamar qualquer indenização (CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, v. VIII, p. 24-5).

A norma comporta apenas uma ressalva: tal como observado no comentário ao artigo anterior, a preservação da cobertura vegetal protege o meio ambiente, valor de interesse público e coletivo. Assim, a supressão de parte de uma árvore, especialmente quando ponha em risco a própria sobrevivência desta, está subordinada à prévia autorização administrativa e ao respeito às normas ambientais, não valendo o princípio da autonomia privada.

Art. 1.284. Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular.

CC/1916: art. 557.

O artigo em exame reproduz com exatidão o art. 557 do Código Civil de 1916, elidindo o princípio de que os frutos caídos pertencem ao dono da árvore. Pertencerão ao vizinho se caírem em seu terreno.

O propósito da regra é evitar litígios entre vizinhos, que fatalmente ocorreriam se um ingressasse no imóvel do outro para apanhar frutos que lá se encontram. Note-se que a regra somente vale para frutos caídos e não para os frutos pendentes, bem como exige que o terreno vizinho, onde caírem os frutos, seja particular e não público.

Seção 111

Da Passagem Forçada

Art. 1.285.0 dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.

§ 1º Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem.

§ 2º Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso a via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo antecedente ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra.

CC/1916: arts. 559 e 560.

O artigo em exame corresponde ao art. 559 do Código Civil de 1916, contendo, porém, significativas alterações, especialmente em seus três parágrafos, que agora indicam e disciplinam qual dos vizinhos será constrangido a dar a passagem.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, a “passagem forçada é restrição ao direito de propriedade, decorrente das relações de vizinhança. Não é servidão predial, cujos fundamentos e

pressupostos são outros. A passagem forçada é uma imposição da solidariedade entre vizinhos e resulta da consideração de que não pode um prédio perder a sua finalidade e valor econômico, por falta de acesso à via pública, fonte ou porto» permanecendo confinado entre propriedades que o circundam, limítrofes ou não. Quando tal situação ocorre, permite a lei que o prédio rural ou urbano, assim, encerrado, obtenha dos vizinhos o acesso necessário” (*Direito de construir*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 58). Cuida-se de direito potestativo - por isso não sujeito à prescrição - de um vizinho exigir do outro o acesso à via pública, porto ou nascente, mediante indenização.

Cuida-se de servidão legal que não se confunde, como acima visto no comentário ao art. 1.277, com direito real de servidão. Isso porque: a) decorre da lei e não do negócio jurídico; b) não se constitui pelo registro imobiliário, ao contrário do direito real de servidão; c) funda-se na necessidade e não na mera conveniência.

Afirma a doutrina tradicional que a passagem forçada está subordinada aos seguintes requisitos cumulativos: a) o encravamento deve ser absoluto, ou seja, não há acesso possível a via pública, nascente ou porto; b) o encravamento deve ser natural, ou seja, não provocado pelo próprio requerente; c) a passagem é onerosa e somente é exercida mediante pagamento de indenização cabal ao vizinho prejudicado.

A doutrina diverge no que se refere ao primeiro requisito. Afirmam alguns autores (Hely Lopes Meirelles, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Marco Aurélio S. Viana) que, se o vizinho dispõe de acesso, por mais penoso ou difícil que se apresente, inexistente o direito de passagem forçada, porque se trata de restrição ao direito de propriedade, que não comporta interpretação analógica ou ampliativa. Corrente mais progressista e afinada com a função social da propriedade e o espírito do Código Civil de 2002, porém, afirma que cabível é a passagem forçada quando o acesso não é seguro ou praticável, exigindo do vizinho gastos ou sacrifício irrazoáveis (Carvalho Santos, Nelson Rosenvald e Arnaldo Rizzardo). O Enunciado n. 88 da Comissão de Estudos Judiciários (CEJ) adotou a segunda corrente: “O direito de passagem forçada previsto no art. 1.285 do Código Civil também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas inclusive as necessidades de exploração econômica”. A jurisprudência reflete essa divergência, ora exigindo o encravamento total do imóvel ora se contentando com a excessiva dificuldade ou onerosidade de acesso já existente à via pública.

De qualquer modo, o juízo é sempre de necessidade e não de mera comodidade ou conforto. Não basta, assim, que o acesso existente à via pública seja mais longo, ou tenha obstáculos superáveis, para se exigir do vizinho passagem forçada. Os obstáculos e as dificuldades deverão ser de tal monta que exijam esforço ou despesas desproporcionais do proprietário, ou seja, que configurem um juízo de necessidade.

Diz-se que o encravamento deve ser natural, porque, se provocado pelo proprietário, em razão de sucessivas alienações parciais, este não pode exigir do vizinho que tolere a passagem forçada. O atual Código Civil deu excelente solução ao problema ao dispor, em seu § 2º, que no caso de alienação parcial do imóvel a passagem será exigível do comprador ou permutante sobre o prédio correspondente à parte alienada, evitando, assim, a oneração de outros imóveis vizinhos e estranhos à alienação. O § 3º complementa a regra ao dispor que eventual passagem forçada já existente sobre imóvel vizinho se mantém no caso de alienação parcial, não sendo exigível que lhe conceda outro caminho.

Dispõe o artigo em exame que o dono do prédio encravado pode constranger o vizinho a lhe dar passagem. A passagem, se não houver consenso entre as partes, é fixada judicialmente, ainda que a ela se oponha o vizinho. O rumo é estabelecido pelo juiz na falta de acordo, sempre levando em conta, para fixação de trajeto e largura, a menor oneração possível do prédio vizinho e a finalidade do caminho. Essa passagem pode atravessar não somente o prédio contíguo, mas outros que estejam na direção da via pública, nascente ou porto. O § 1º do artigo em

estudo positivou regra que já era utilizada pelos tribunais ao estabelecer uma escala de prioridade de escolha, fundada no critério da maior facilidade do acesso, levando em conta a localização e as características naturais dos prédios vizinhos. Logo, cabe exceção ao vizinho demandado, alegando que outro prédio proporciona maior facilidade de acesso ao imóvel encravado.

Finalmente, diz o preceito que a passagem forçada é servidão legal onerosa, ou seja, o início de seu exercício está subordinado ao prévio pagamento de indenização cabal, a ser fixada judicialmente se não houver consenso entre as partes. A indenização se qualifica como cabal, abrangendo não somente todos os transtornos e incômodos decorrentes da passagem como também obras e cercas que se façam necessárias para assegurar a incolumidade do remanescente. Computam-se danos emergentes e lucros cessantes em razão da não utilização da faixa de passagem, inclusive eventual desvalorização do remanescente. O proveito que a passagem traz para o imóvel encravado não é fator relevante, mas sim o dano que esta acarreta para o imóvel vizinho.

Cessa a passagem forçada quando desaparece a sua causa, ou seja, quando o prédio deixa de ser encravado. Em tal caso, se a indenização se projetou para o futuro e o ônus não mais persiste, necessária se faz a sua redução e a sua devolução parcial, evitando o enriquecimento sem causa.

Jurisprudência: Onerosidade excessiva. Entre duas alternativas, com acesso mais longo, em terreno acidentado (morros) e com obstáculos naturais, exigindo obras de terraplanagem e outra com trajeto mais curto e em terreno sem acidentes e obstáculos naturais, prefere-se esta, visto que, aquela impunha onerosidade excessiva ao imóvel dominante, tornando, nas circunstâncias, economicamente desinteressante a atividade nele desenvolvida. Uma vez definido o trajeto no imóvel serviente, a passagem dar-se-á de modo a causar-lhe o menor ônus e embaraço possíveis, com direito à indenização prévia. (TJRS, Ap. cível n. 197.036.700, rel. Des. Irineu Mariani, j. 30.04.1998)

Havendo saída, e embora insuficiente ou incômoda, o prédio não é encravado e não há direito de obter passagem forçada, que só se constitui quando os prédios não tivessem comunicação alguma com caminhos públicos. Havendo comunicação, ainda que com trajeto longo ou incômodo, não podem ser obrigados os donos dos prédios vizinhos a prestar-lhes a passagem, certo que somente a necessidade e não a maior comodidade justifica o ônus (TAC-Guanabara, 3ª Câmara Cível, rel. Renato Maneschy, j. 29.06.1972, v.u.). (RF 243/148)

Cuidando-se de litígio envolvendo interesses privados, a prefeitura municipal é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, observando-se que as relações envolvendo direito de vizinhança cingem-se ao âmbito do direito privado e são reguladas pelo Código Civil. Necessária é a instituição da passagem forçada, em imóvel localizado nos fundos do terreno, bem como outros ali localizados e encravados. Inobstante o fato de os recorridos possuírem outro bem que dá acesso à via pública, este não pode servir de intersecção entre a rua e o terreno encravado, o que torna legítima a servidão de passagem existente. (II TACSP, Ap. sem revisão n. 642.907-00/6, 2ª Câmara, rel. Juiz Andreatta Rizzo, j. 04.11.2002)

O vizinho que não contribuiu para a obstrução do acesso local de que dispunha o autor não pode suportar o ônus de não poder cercar seu imóvel. (II TACSP, AI n. 811.762-00/2, 10ª Câmara, rel. Juíza Rosa Maria de Andrade Nery, j. 17.09.2003)

Não pode o proprietário de um terreno erigir muro obstruindo a passagem dos proprietários de imóveis lindeiros por faixa que constitui servidão antiga, de mais de vinte anos, embora não titulada, e que se apresenta, de fato, como prolongamento de via pública. Mais

se reforça a impossibilidade do fechamento quando se verifica que se trata de passagem forçada para acesso a um dos imóveis, que é encravado. (II TACSP, Ap. com revisão n. 530.036-00/9, 5ª Câ., rel. Juiz Dyrceu Cintra, j. 07.04.1999)

Apelação cível. Bens imóveis. Ação de Reintegração de Posse. Não comprovado que o imóvel dos demandados estava encravado, eis que existente passagem através de outra estrada pública. Não é caso de passagem forçada, mas de abertura recente de acesso à rodovia estadual por mera comodidade dos réus. A servidão de passagem só merece proteção possessória quando o prédio que dela se serve encontra-se efetivamente encravado. Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.009.043.514, 17ª Câ. Cível, rel. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. 31.08.2004)

Servidão de passagem. Conceituação. Diferenciação de passagem forçada. Hipótese de limitação ao exercício dos direitos de propriedade, representando direito e obrigação correlatos. Pretensão do autor à passagem sem propor qualquer indenização ao lindeiro. Existência, ademais, de acesso de seu imóvel para a via pública. Inadmissibilidade da concessão reivindicada. Recurso desprovido (RE/REsp n. 38.725-8, rel. Alexandre Germano). (MF150/108 SCF/JLA)

Ilegitimidade *ad causam*. Servidão de passagem. Passagem forçada. Propositura por comodatária. Impossibilidade. Pretensão inerente ao domínio. Agravo retido provido para extinguir o processo sem julgamento do mérito, prejudicado o exame da apelação. Regina/ENM. (I TACSP, RE no REsp n. 664.208-2, rel. Roberto Bedaque)

Numa era em que a técnica da engenharia dominou a natureza, a noção de imóvel encravado já não existe em termos absolutos e deve ser inspirada pela motivação do instituto da passagem forçada, que deita raízes na supremacia do interesse público; juridicamente, encravado é o imóvel cujo acesso por meios terrestres exige do respectivo proprietário despesas excessivas para que cumpra a função social sem inutilizar o terreno do vizinho, que em qualquer caso será indenizado pela só limitação do domínio. Recurso especial conhecido e provido em parte (STJ, REsp n. 316.336/MS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.08.2005, DJ 19.09.2005, p. 316). (Lex-STJ 194/92, RT 845/195)

Seção IV

Da Passagem de Cabos e Tubulações

Art. 1.286. Mediante recebimento de indenização que atenda, também, à desvalorização da área remanescente, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa.

Parágrafo único. O proprietário prejudicado pode exigir que a instalação seja feita de modo menos gravoso ao prédio onerado, bem como, depois, seja removida, à sua custa, para outro local do imóvel.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não encontra correspondente no Código Civil de 1916 e vem atender às necessidades da vida moderna, de amplo acesso aos equipamentos de serviços públicos, que garantem direito ao conforto e à informação.

Assegura agora a lei não somente a passagem forçada de pessoas como também a de cabos, tubulações e condutos subterrâneos que permitam chegar ao vizinho serviços úteis e indispensáveis à vida contemporânea, como água, telefone, luz, gás, cabos de televisão ou óticos.

O objeto da passagem são cabos condutores de fiação de qualquer natureza, tubulações e condutos, desde que sejam todos subterrâneos, porque, na lição de Marco Aurélio Viana, “a restrição que se impõe ao vizinho não envolve o espaço aéreo ou a superfície do terreno” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários do Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 146). Lembre-se, todavia, de que o art. 1.294, adiante comentado, estende a passagem forçada ao direito de archeduto. Os equipamentos subterrâneos têm finalidade certa, qual seja a de garantir o acesso do vizinho a serviços de utilidade pública. Não se trata de servidão administrativa, porque os serviços são públicos, mas o interesse de acesso é particular.

Não se exige o encravamento do imóvel beneficiário, mas apenas que o acesso a tais utilidades não seja excessivamente oneroso por outro modo, ou seja, que demande do vizinho sacrifício desmedido, desproporcional ao custo normal dos mesmos serviços. Deve haver, aqui, juízo de ponderação, sempre presente nos conflitos de vizinhança, sopesando a comodidade que terá o imóvel beneficiado e a restrição que se impõe ao prédio onerado. Como diz Marco Aurélio Viana, “o valor excessivo que se imponha ao interessado muitas vezes deve ser suportado, quando o menor custo implique em um custo em termos de conforto e tranqüilidade para o vizinho” (op. cit., p. 249). Se a própria depreciação do prédio onerado supera o valor do acesso aos serviços que o dono do prédio beneficiado teria pelas vias normais, também não tem sentido a imposição da passagem.

A indenização ao exercício da passagem deve ser prévia e cabal, abrangendo não somente a depreciação da faixa comprometida pelos equipamentos subterrâneos como também a depreciação do remanescente, caso se constate a redução do potencial do imóvel como unidade jurídica e não apenas física (FACI HIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil* coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 1.286). Também se incluem no valor da indenização eventuais interferências prejudiciais ao prédio vizinho que decorram da passagem, como a produção de ruídos ou emissão de gases provindos das tubulações. Evidente que as obras de implementação dos equipamentos subterrâneos, assim como aquelas de isolamento e contorno, ficam todas a cargo do proprietário do prédio beneficiário da passagem.

Embora não diga expressamente a lei, cessa o direito de passagem quando desaparece a sua causa, ou seja, quando os mesmos equipamentos podem chegar ao prédio beneficiado por trajeto distinto, sem ônus ao prédio onerado. A indenização já paga pela depreciação futura deve ser proporcionalmente repetida, para evitar o enriquecimento sem causa de qualquer dos vizinhos.

A passagem é forçada, pois decorre de direito potestativo de vizinhança, não se sujeitando, por consequência, a prazo prescricional. Incide, por analogia, a regra do artigo anterior, qual seja a de que existe uma escala de prioridade de escolha do vizinho onerado, fundada no critério da maior facilidade do acesso, levando em conta a localização e as características naturais dos prédios vizinhos. Logo, cabe exceção ao vizinho demandado, alegando-se que outro prédio proporciona maior facilidade ou menor custo de acesso de equipamentos ao imóvel beneficiado. A passagem é forçada, vale dizer, na falta de consenso; é imposta judicialmente, estabelecendo o rumo menos gravoso para o imóvel onerado. A mesma decisão que impõe a passagem fixa o valor da indenização a ser paga antes do seu exercício. Não se trata de direito real, mas de restrição decorrente do direito de vizinhança, de modo que o registro não tem efeito constitutivo.

O parágrafo único do art. 1.286 contempla duas prerrogativas asseguradas ao dono do prédio onerado: a primeira, de exigir que a passagem seja instalada de modo menos oneroso, evitando, por exemplo, o seccionamento do prédio e o trajeto próximo às divisas quando possível ou, ainda, não prejudicando projeto ou obra já feita; a segunda, de alteração do rumo já estabelecido, desde que as obras de remanejamento sejam inteiramente feitas às expensas do dono do prédio onerado.

Art. 1.287. Se as instalações oferecerem grave risco, será facultado ao proprietário do prédio onerado exigir a realização de obras de segurança.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame, que complementa o anterior e não tem correspondente no Código Civil de 1916, assegura ao proprietário do prédio onerado o direito de exigir a realização de obras de segurança, se a passagem acarretar graves riscos.

Os riscos se qualificam como graves se ameaçam de modo efetivo a incolumidade física ou mental das pessoas que ocupam o prédio onerado, vulnerando os interesses de saúde, segurança e sossego tutelados pelo direito de vizinhança. Abrangem também as ameaças ao patrimônio do vizinho, em especial ofensas à segurança e à solidez do prédio onerado.

Cabe ao prejudicado exigir obrigação de fazer as obras de segurança indispensáveis. Pode, ainda, fazer pessoalmente as obras e cobrar seu custo do beneficiário da passagem, como também dele exigir caução de dano iminente.

Seção V **Das Águas**

Art. 1.288.0 dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embarcem o seu fluxo; porém a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior.

CC/1916: art. 563.

Toda a seção em estudo, que trata do regime jurídico das águas nas relações de vizinhança, também é disciplinada pelo Decreto n. 24.643/34 - Código de Águas. A primeira tarefa do intérprete é saber se o Código Civil de 2002 ab-rogou, derogou ou manteve incólumes os preceitos da legislação especial anterior.

O Código de Águas tem objeto mais amplo, não se limitando às relações de vizinhança, mas sobretudo disciplinando o domínio e o controle do Poder Público sobre as águas de interesse da coletividade. Assim, foram revogados apenas e tão somente os preceitos da lei especial que regulam os efeitos das águas sobre o direito de vizinhança e se mostram incompatíveis com as regras da lei posterior ao Código Civil de 2002. Embora se trate de lei geral, revoga o Código Civil leis especiais anteriores, quando haja incompatibilidade entre os dois diplomas, ou seja, inexistia situação jurídica específica, ou grupo peculiar a proteger, que justifique o *discrímen* de aplicação de norma especial em detrimento da geral. Em suma, houve derrogação do Código de Águas no que se refere aos preceitos relativos às relações entre vizinhos incompatíveis com artigos do Código Civil.

O artigo em exame corresponde aos arts. 563 do Código Civil de 1916 e 69 do Código de Águas. Recebeu redação aperfeiçoada e mais completa, vedando não somente a hipótese do dono ou possuidor do prédio superior realizar obras danosas como também o inverso, ou seja, o dono ou possuidor do prédio inferior realizar obras que embarcem o fluxo natural das águas. O preceito alcança tanto os proprietários como os possuidores dos prédios vizinhos, não necessariamente contíguos, públicos ou privados, abrangendo, portanto, comodatários, locatários e outros possuidores diretos.

No dizer de autores clássicos, o artigo nada mais faz do que sancionar juridicamente um decreto da natureza, o de que as águas correm dos prédios mais elevados para os mais bai-

xos. O preceito se aplica, porém, somente aos casos em que as águas corram por força da natureza, em duplo sentido: quanto ao modo que brotam e quanto ao modo de serem conduzidas ou escoadas, abrangendo tanto as águas pluviais como as nascentes (CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, v. VIII, p. 50). Não se aplica, por consequência, às águas tiradas artificialmente, como poços, bombas ou reservatórios, ainda que de modo accidental, como as que brotam em sondagens ou escavações de uma construção, ou mesmo escoadas artificialmente, como as que correm de telhados ou paredes, que são disciplinadas no artigo seguinte.

A regra contém dois comandos potestativos, vale dizer, não sujeitos à prescrição, com uma única finalidade: a de permitir o escoamento natural das águas. O primeiro comando é para o dono ou possuidor do prédio inferior, no sentido de que se abstenha de construir qualquer obra que embarace o fluxo natural. De outro lado, não está compelido a fazer obras que facilitem o escoamento nem a conservar as já existentes, ficando tal ônus a cargo do titular do prédio superior. O segundo comando é para o proprietário ou possuidor do prédio superior, no sentido de que se abstenha de realizar qualquer obra que agrave a situação do prédio inferior. Note-se que não se proíbe a realização de obras, aliás comuns para conduzir as águas em um só ponto, desde que não prejudiquem o vizinho. Se o escoamento é natural, não cabe qualquer indenização ou reclamação do prédio inferior, inclusive no que se refere a sedimentos trazidos pelas águas.

A questão da retenção das águas naturais pelo prédio superior está disciplinada nos artigos seguintes. O preceito em exame trata apenas do escoamento e não da retenção.

Cabem ações possessórias e de obrigação de fazer ou de não fazer para assegurar o cumprimento do preceito, sem prejuízo da composição de perdas e danos. Pouco importa que as obras danosas já estivessem feitas quando da aquisição do prédio, porque se trata de obrigação *propter rem*, que acompanha a coisa, obrigando o titular do direito real.

Jurisprudência: Os prédios inferiores são obrigados a receber as águas que correm naturalmente dos prédios superiores; se o dono do prédio superior fizer obras de arte, para facilitar o escoamento, procederá de modo que não piore a condição natural e anterior do outro. Encontrando-se o imóvel dos autores em posição inferior ao dos réus e, não havendo, por isso, como evitar que águas pluviais escoem para sua propriedade, já que a lei não impõe ao réu a obrigação de realizar obras de escoamento ou canalização de águas de chuva, não há que se falar em obrigação de fazer do réu (II TACSP, rel. René Ricupero). (RT790/314)

Processual civil e civil. Antecipação de tutela. Águas particulares. Aproveitamento pelo proprietário do prédio inferior. Obra nova. Inadmissibilidade. 1 - Cabível se mostra à concessão de liminar para impedir que o proprietário do prédio superior, que não aproveitava suas nascentes, obste o fluxo natural das águas para o prédio inferior, por obra nova, conforme fato deixado incontroverso na contestação. Inteligência dos arts. 461 e 302 do CPC e arts. 8º, 69, 70, 71, 89 e 90 do Código de Águas. 2 - Agravo provido. (TJRS, AI n. 596.145.243, 5ª Câmara, rel. Araken de Assis, j. 15.05.1997)

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Dano decorrente de obras de captação e escoamento de águas pluviais. Não cabimento. Propriedade do autor situada em plano inferior ao da obra. Não demonstração do agravamento da condição natural do terreno. Entendimento do art. 563 do CC. Verba não devida. Sentença reformada. Recurso oficial provido. (JTJ 236/86)

Prédio inferior só tem obrigação de receber águas correntes e pluviais provenientes do superior, não estando obrigado a dar passagem para água de esgoto e servida. Sendo a rede antiga, construída com a colaboração financeira de alguns proprietários de terrenos superior-

res, que se destinava a receber exclusivamente águas pluviais, tendo sua finalidade desvirtuada pela utilização de escoamento de esgoto e água servida devido à modificação da situação original dos lotes, com o surgimento de novas construções, de modo a ampliar a demanda de escoamento, a rede tornou-se obsoleta e incapaz de suportar a descarga de águas, devendo ser elaborada uma obra definitiva para solucionar o problema (II TACSP, Ap. com revisão n. 677.962-00/9, rel. Cesar Lacerda, j. 21.10.2004). (*Lex-TACSP* 210/443, 2005)

Art. 1.289. Quando as águas, artificialmente levadas ao prédio superior, ou aí colhidas, correrem dele para o inferior, poderá o dono deste reclamar que se desviem, ou se lhe indenize o prejuízo que sofrer.

Parágrafo único. Da indenização será deduzido o valor do benefício obtido.

CC/1916: art. 564.

O artigo em exame corresponde ao art. 564 do Código Civil de 1916, recebendo apenas leve aperfeiçoamento em sua redação. O preceito agora refere não somente às águas artificialmente levadas ao prédio superior mas também às águas lá colhidas do mesmo modo. O art. 92 do Código de Águas (Decreto n. 24.643/34), por seu turno, reza que “mediante indenização, os donos dos prédios inferiores, de acordo com as normas da servidão legal de escoamento, são obrigados a receber as águas das nascentes artificiais”.

Constata-se, assim, o contraste entre a regra do Código de Águas, que prevê apenas a possibilidade de indenização, e a do atual Código Civil, que prevê não somente indenização mas também o desvio das águas artificiais escoadas para o prédio inferior. As águas artificiais abrangem não só aquelas que brotam do solo em poços, bombas ou escavações como também as águas pluviais captadas ou escoadas por indústria humana, provenientes de telhados e construções.

Note-se a diferença de tratamento entre as águas naturais e artificiais. O escoamento das primeiras é ônus do prédio inferior, porque decorre de lei natural. O escoamento das segundas pode ser evitado, ou indenizado, porque nesse caso o dano tem causa na conduta do titular do prédio superior.

O direito do dono ou possuidor do prédio inferior desdobra-se em duas vertentes: exigir a realização de obras de desvio das águas e requerer indenização por perdas e danos. Nada impede, ainda, que cumule os pedidos, o de obrigação de fazer com o de indenização pelos danos já causados pelo escoamento artificial das águas. O parágrafo único do artigo positiva cláusula geral que veda o enriquecimento sem causa, determinando se compensem perdas e danos com eventuais benefícios auferidos pelo titular do prédio inferior com o escoamento das águas, em especial para fins de irrigação.

Art. 1.290.0 proprietário de nascente, ou do solo onde caem águas pluviais, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir, ou desviar o curso natural das águas remanescentes pelos prédios inferiores.

CC/1916: art. 565.

O artigo em estudo amplia o que continha o art. 565 do Código Civil de 1916, passando agora a abranger as nascentes e as águas pluviais captadas e não captadas. Também os arts.

89 a 95 e 102 a 108 do Código de Águas (Decreto n. 24.643/34), disciplinam, respectivamente, a utilização e a destinação das nascentes e das águas pluviais, de modo que devem ser compatibilizados com o Código Civil de 2002.

O que disciplina o presente artigo, ao contrário dos anteriores, não é a obrigação da realização de obras de escoamento das águas, mas, em vez disso, o direito à utilização das águas, de acordo com as necessidades de seu consumo pelo dono ou possuidor do imóvel onde brotam as nascentes, e o correlato dever de deixar as águas remanescentes escoarem naturalmente para os prédios inferiores.

A definição de nascente está no art. 89 do Código de Águas: “Consideram-se nascentes, para efeito deste Código, as águas que surgem naturalmente ou por indústria humana, e correm dentro de um só prédio particular, e ainda que o transponham, quando elas não tenham sido abandonadas pelo proprietário do mesmo”. Já a definição de águas pluviais está no art. 102 do Código de Águas: “Consideram-se águas pluviais as que procedem imediatamente da chuva”. Em outros termos, a captação de água por atividade do homem, em poços ou escavações, também configura nascente para efeitos legais e faz incidir a regra do art. 1.290. Como acima dito, o artigo agora se estende à captação de águas pluviais, quer por fato natural, quer por indústria do dono ou possuidor.

A obrigação que a lei atribui ao dono do prédio superior é a de deixar escoar as águas remanescentes ao imóvel inferior. Tal dever abrange as obrigações negativas de não impedir e de não desviar as águas de seu curso natural. Caso o dono ou possuidor do prédio superior faça alguma obra para melhor aproveitar as águas nascentes ou pluviais, as sobras deverão seguir seu curso natural, vale dizer, aquele original e anterior às obras. Não mais persiste em nosso Código Civil a distinção entre águas naturais e captadas, como fazia o Código Civil de 1916. Também é incompatível com a nova legislação a regra do art. 94 do Código de Águas, que diz que o proprietário de uma nascente não pode desviar-lhe o curso quando da mesma se abasteça uma população. Agora a obrigação de não fazer - não desviar o curso - abrange todo e qualquer vizinho, haja ou não o interesse de uma população em jogo. De igual modo, o art. 103 do Código de Águas não é compatível com o Código Civil de 2002, uma vez que o dono ou o possuidor do imóvel onde caem as águas pluviais não mais pode dispor delas à vontade, mas, ao contrário, está sujeito às limitações do art. 1.290 em estudo.

A utilização das águas pelo dono ou possuidor do prédio onde nascem ou caem, segundo o art. 1.290, está limitada “às necessidades de seu consumo”. Não se tolera desperdício, uma vez que o exercício do direito de usar bem precioso, essencial e gradualmente mais raro, como a água, está em nítida conexão com o art. 187 do Código Civil. Haverá ato ilícito sempre que a utilização da água, independentemente de culpa do agente, foi feita de modo a exceder manifestamente seus fins econômicos e sociais, a boa-fé e os bons costumes. O critério é objetivo e finalístico, levando em conta, caso a caso, os interesses em jogo e as necessidades de cada um dos vizinhos.

Jurisprudência: Civil. Passagem de água. Nascente em imóvel vizinho. Interrupção no fornecimento pelo proprietário da mina. Inexistência de servidão. Água da fonte toda consumida na propriedade onde se localiza. Ausência de excedente para abastecer a propriedade lindeira. Aplicação do art. 90 do Código de Águas. Sentença mantida. Apelação improvida. Se a água da nascente é toda utilizada no prédio onde se localiza, não existe para o proprietário do imóvel vizinho o direito de receber uma parte dessa água, como se infere do art. 90 do Decreto n. 24.643/34 (Código de Águas). (TJPR, Ap. cível n. 117.825-0, 4ª Câm. Cível, rel. Miguel Kfoury Neto, j. 26.06.2002)

Art. 1.291. O possuidor do imóvel superior não poderá poluir as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores; as demais, que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que estes sofrerem, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas.

O artigo em estudo não tem equivalente no Código Civil de 1916 e conflita, ao menos em parte, com o disposto no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não tem sentido, portanto, que o art. 1.291 crie obrigação de não fazer - não poluir - apenas às águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores.

O dever de não poluir as águas - dispensáveis ou indispensáveis às necessidades básicas de outrem - está consagrado não somente no art. 225 da Constituição Federal, como também constitui crime, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.605/98. O vetusto Código de Águas, nos arts. 109 a 116, ainda em vigor, porque afinados com a Constituição Federal, já previa que “a ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros” (art. 109).

Logo, a leitura do preceito em consonância com a Lei Maior deve ser a de que o possuidor não pode poluir as águas, quer venham de nascentes ou sejam águas pluviais, sem distinção de origem. E, se assim o fizer, por indispensável a sua atividade, deverá recuperá-las, sem prejuízo de indenizar os danos individuais causados aos vizinhos e os danos gerais ao meio ambiente.

A primeira e primária obrigação, portanto, é de não poluir. Se poluir, nasce obrigação de reparar o dano *in natura*, recuperando as águas atingidas, sem prejuízo da composição de perdas e danos, quer no caso de impossibilidade de recuperação, quer no caso da recuperação tardia causar algum prejuízo aos vizinhos. O desvio do curso artificial das águas poluídas, mencionado na parte final do art. 1.291, pode ser sanção lateral, que não elimina os deveres básicos de recuperar e de indenizar.

Jurisprudência: Poluição. Poço. Água potável. Fossas abertas por vizinho. Contaminação. Indenização. Ação procedente. Recurso provido. (RT 536/116)

Art. 1.292. O proprietário tem direito de construir barragens, açudes, ou outras obras para represamento de água em seu prédio; se as águas represadas invadirem prédio alheio, será o seu proprietário indenizado pelo dano sofrido, deduzido o valor do benefício obtido.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tinha precedente no Código Civil de 1916. Assegura ao proprietário - e, embora a lei não explicita, também ao possuidor - o direito de represar águas em seu prédio, mediante a construção, por exemplo, de obras como barragens e açudes. Note-se, porém, que o potencial de energia hidráulica constitui bem público e não integra a propriedade do solo, a teor do art. 1.230 do Código Civil, já comentado.

O preceito deve ser lido em consonância com o que dispõem os arts. 1.288 e 1.289, já comentados. O represamento, por se tratar de obra artificial, não pode agravar a situação do imóvel inferior, no que se refere à recepção das águas. De igual modo, vale o que foi dito no comentário ao art. 1.290: o titular do imóvel superior pode reter as águas necessárias a seu uso, mas deve deixar escoar o remanescente, não privando o prédio inferior do bem. Assim sendo, o represamento deve ser feito gradualmente, de modo a não privar o vizinho de água durante lapso temporal expressivo.

Os riscos de rompimento de açudes ou represas é do titular do prédio onde se localizam. A invasão do prédio alheio por águas represadas confere ao vizinho prejudicado direito à indenização, independentemente de culpa do titular do prédio superior. A responsabilidade é objetiva, bastando ao ofendido demonstrar o evento, o dano e o nexo de causalidade.

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Rompimento de barragem. Danos suportados pela ferrovia. Culpa, dano e nexo de causalidade provados. Responsabilidade do proprietário do imóvel pelo ressarcimento dos prejuízos suportados pela Fepasa. Utilização de técnica e material inadequado na construção da represa que não suportou o volume de água armazenada. Indenização devida. Cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 87.117-4, 7ª Câm. de Direito Privado, rel. Júlio Vidal, j. 23.02.2000)

Art. 1.293. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas superfúas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos.

§ 1º Ao proprietário prejudicado, em tal caso, também assiste direito a ressarcimento pelos danos que de futuro lhe advenham da infiltração ou irrupção das águas, bem como da deterioração das obras destinadas a canalizá-las.

§ 2º O proprietário prejudicado poderá exigir que seja subterrânea a canalização que atravessa áreas edificadas, pátios, hortas, jardins ou quintais.

§ 3º O aqueduto será construído de maneira que cause o menor prejuízo aos proprietários dos imóveis vizinhos, e a expensas do seu dono, a quem incumbem também as despesas de conservação.

CC/1916: art. 567.

O artigo em comento corresponde ao art. 567 do CC/1916, que, por sua vez, já fora revogado pelos arts. 117 a 138 do Código de Águas, que regula minuciosamente o direito de aqueduto.

Não resta dúvida que a lei especial disciplina de modo mais completo o tema do que o Código Civil de 2002. Assim sendo, o art. 1.293 revoga o Código de Águas (Decreto n. 24.643/34) em tudo aquilo que for com ele incompatível, aplicando-se de modo residual, porém, as demais regras da lei especial que se conciliam e completam o novo regime jurídico do aqueduto.

Da lição clássica de Carvalho Santos, servidão de aqueduto ^{Mé} a faculdade que tem alguém de conduzir água por prédio alheio, ou de prédio alheio para o seu prédio, em benefício ou utilidade próprios” (*Código Civil brasileiro interpretado*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, v. VIII, p. 93). Embora a doutrina use a expressão “servidão”, não custa lembrar que se trata de servidão legal decorrente do direito de vizinhança e não de direito real de servidão, de modo que é direito potestativo, podendo ser exigido judicialmente contra o vizinho renitente. Além disso, o registro não tem natureza constitutiva. O artigo em exame não disciplina, de outro lado, a desapropriação para a implantação dos canais ou outros equipamentos de condução de água, promovida pelo Poder Público. Limita-se às restrições do direito de vizinhança, entre particulares.

Usa a lei expressão larga - a quem quer que seja - facultando não só ao proprietário como ao possuidor, a qualquer título, exigir a passagem de aqueduto.

Está o direito de aqueduto sujeito a alguns requisitos cumulativos, a saber:

- primeiro, é oneroso, de modo que o titular do prédio serviente faz jus à prévia indenização, a ser paga antes do início do exercício da passagem. A indenização abrange a desvalorização do prédio serviente decorrente da passagem e do recuo necessário a sua manutenção e será judicialmente fixada, se não houver consenso entre as partes. O § 1º do artigo em exame diz que a indenização abrange a deterioração causada pelas obras de implantação da canalização;

- segundo, somente cabe para receber as águas a que tenha direito, a qualquer título, desde que indispensáveis para as primeiras necessidades da vida ou para o escoamento das águas superfúas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos. Note-se que a atual redação restringiu sobremaneira as hipóteses do art. 117 do Código de Águas, que referia também à necessidade para os serviços de agricultura ou indústria. Parece razoável, porém, que a utilização econômica do prédio dominante preencha o requisito da necessidade econômica básica e especialmente da função social da propriedade, de modo que continua implícito no Código Civil de 2002;

- terceiro, que a servidão de aqueduto não cause prejuízo considerável à agricultura e à indústria do prédio serviente. Não deseja o legislador que o benefício concedido a um vizinho seja causa da ruína econômica de outro. Claro está, embora não diga o legislador, que também a passagem que afete de modo severo ou impossibilite as condições de moradia ou utilização do prédio serviente é incompatível com a imposição da servidão. Note-se a alteração em relação ao que dispõe o art. 118 do Código de Águas, que excluía da condição de imóvel serviente as casas de habitação, os quintais e as alamedas a ela contíguas. Agora a vedação exige prova do prejuízo ou ônus excessivo causado ao prédio serviente, não mais persistindo a avaliação *a priori* do legislador. O que admite a lei em seu § 2º é que o dono ou possuidor do prédio serviente exija que a canalização seja subterrânea quando atravesse pátios, hortas, jardins e quintais.

O § 1º do artigo desloca o risco dos danos futuros que advenham da infiltração ou irrupção de águas para o titular do prédio beneficiário, ou dominante, independentemente de culpa. A responsabilidade pela construção e conservação das obras do aqueduto é do titular do prédio dominante. Claro está que o pressuposto para a cobrança da indenização é a prévia ocorrência do dano, de modo que sua fixação não pode ser feita no momento da constituição da passagem. Não proíbe o Código Civil e admite o art. 121 do Código de Águas que, no caso de razoável probabilidade da ocorrência de danos, o titular ou possuidor do prédio dominante preste caução.

A regra geral é a de que o rumo do aqueduto deve ser traçado de modo a causar o menor prejuízo aos imóveis servientes, podendo a passagem ser cercada ou murada, desde que não se impeça o acesso para as obras de conservação.

Art. 1.294. Aplica-se ao direito de aqueduto o disposto nos arts. 1.286 e 1.287.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil de 1916 não continha regra similar. Tudo o que foi dito acerca da passagem forçada de cabos e tubulações, a que se remete o leitor, aplica-se à passagem de aqueduto, em vista da similitude de situações.

Algumas conseqüências advêm de extensão do regime jurídico. A primeira delas diz respeito ao cálculo da indenização, que deve ser cabal, abrangendo não somente a desvalia da passagem do canal como também a desvalorização do remanescente; a segunda, ao direito do titular do prédio onerado exigir caução no caso de risco plausível decorrente das obras; a terceira afirma que desaparece a servidão legal se não mais persistir sua causa; a quarta, que pode o titular do prédio onerado remanejar a suas expensas a passagem, desde que não cause prejuízo ao prédio beneficiário, que já pagou por ela.

Art. 1.295. O aqueduto não impedirá que os proprietários cerquem os imóveis e construam sobre ele, sem prejuízo para a sua segurança e conservação; os proprietários dos imóveis poderão usar das águas do aqueduto para as primeiras necessidades da vida.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não encontra correspondente no Código Civil de 1916. Reproduz e condensa parcialmente o que contêm os arts. 130 e 134 do Código de Águas.

O dono ou possuidor do prédio serviente pode cercar ou construir ao redor ou sobre o aqueduto, desde que de modo compatível com sua segurança e conservação. O Código de Águas, mais minucioso, reza que há a favor do prédio dominante o direito de trânsito pelas margens do aqueduto, para seu exclusivo serviço. No caso de cercas ou construções, o acesso e as reparações necessárias não podem ser impedidos, sendo que, em tais casos, o dominante avisará previamente o serviente (art. 130, parágrafo único).

A segunda parte do artigo reproduz o que contém o art. 134, § 2º, do Código de Águas, assegurando ao dono ou possuidor do prédio onerado o direito de também utilizar a água canalizada, desde que limitada às primeiras necessidades da vida, ou seja, para uso estritamente pessoal e doméstico. Note-se que não se trata de águas supérfluas, cuja utilização mais ampla e onerosa é tratada no artigo seguinte.

Art. 1.296. Havendo no aqueduto águas supérfluas, outros poderão canalizá-las, para os fins previstos no art. 1.293, mediante pagamento de indenização aos proprietários prejudicados e ao dono do aqueduto, de importância equivalente às despesas que então seriam necessárias para a condução das águas até o ponto de derivação.

Parágrafo único. Têm preferência os proprietários dos imóveis atravessados pelo aqueduto.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não encontra correspondente no Código Civil de 1916 e reproduz, com algumas inovações, o preceito do art. 134 do Código de Águas (Decreto n. 24.643/34).

O objeto da norma são as águas supérfluas, vale dizer, aquelas que sobram, o remanescente da utilização pelo titular do prédio dominante. Como não se tolera o desperdício nem o abuso de direito, podem os interessados, proprietários ou possuidores vizinhos constituir novo aqueduto, para os fins do art. 1.293, anteriormente comentado.

O novo aqueduto é oneroso. Paga-se indenização ao dono ou possuidor do prédio serviente em razão de eventual agravamento de sua situação, não coberta pela indenização original. Paga-se, ainda, indenização ao dono do aqueduto, de importância equivalente ao custo de condução da água até o ponto de derivação. Cumpre apenas notar que essa indenização é proporcional, uma vez que a passagem beneficiará ambos os titulares, como refere o art. 134 do Código de Águas, evitando o enriquecimento sem causa de qualquer das partes interessadas.

O artigo termina, em seu parágrafo único, estabelecendo critério de preferência entre os vizinhos interessados na utilização das sobras da água canalizada. Tem preferência, como é natural, o dono ou possuidor do prédio onerado, em relação a estranhos.

Seção VI

Dos Limites entre Prédios e do Direito de Tapagem

Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, vaiar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

§ 1º Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.

§ 2º As sebes vivas, as árvores, ou plantas quaisquer, que servem de marco divisório, só podem ser cortadas, ou arrancadas, de comum acordo entre proprietários.

§ 3º A construção de tapumes especiais para impedir a passagem de animais de pequeno porte, ou para outro fim, pode ser exigida de quem provocou a necessidade deles, pelo proprietário, que não está obrigado a concorrer para as despesas.

CC/1916: arts. 569 e 588.

O artigo em exame condensa os preceitos dos arts. 588 e 569 do Código Civil de 1916. O primeiro período do *caput* trata do direito de tapagem, ao passo que o segundo período disciplina o direito de demarcação.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, o “direito de tapar é, para o proprietário do imóvel, o direito de garantir ou tornar efetiva a exclusividade de seu domínio por meio de ato material tendente a impedir acesso de estranhos à coisa” (“Demarcação, divisão, tapumes” In: *Terras particulares*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 15). Constitui uma das facetas da propriedade, qual seja, a exclusividade, que se materializa pelo termo “tapumes”, que abrange todos os anteparos e obras que se destinam a separar, vedar, proteger o imóvel. A menção do legislador a cercas, muros, valas, sebes e banquetas é exemplificativa e desnecessária, porque nada mais são do que espécies do gênero “tapume”, que se define como tudo quanto serve para cercar e separar um terreno de outro, segundo os costumes locais. A construção de tapumes é prerrogativa do dono, mas está sujeita à observância de restrições administrativas e mesmo convencionais em loteamentos no que se refere à altura, localização e materiais utilizados.

Diz expressamente a lei que o proprietário tem o direito de tapar, por ser essa uma decorrência da exclusividade do direito real. Nada impede, porém, que titulares de direitos reais sobre coisa alheia, como o usufrutuário, o superficiário e especialmente o promitente comprador com título registrado tenham o mesmo direito de cercar o prédio, impedindo o acesso de terceiros. Embora não diga o legislador, é razoável e lícito que os possuidores, com o fito de preservar a segurança, o sossego e a privacidade, também exerçam o direito de tapagem, cercando e protegendo o prédio que ocupam.

Os três parágrafos do art. 1.297 se referem ao direito de tapagem. O § 1º cria presunção relativa de condomínio entre vizinhos do tapume de divisa. Cuida-se de condomínio necessário e a presunção cede diante de prova contrária de que não se encontra o tapume sobre a linha divisória, ou de que apenas um vizinho concorreu para sua construção. Deve o preceito ser lido juntamente com o disposto no art. 1.328 do Código Civil, que subordina a aquisição da meação sobre o muro divisório à prévia indenização de metade do valor da obra e do terreno por ele ocupado. A obrigação do vizinho não é de edificar, mas de pagar metade das despesas com a construção e manutenção do muro divisório. A edificação é ato unilateral do vizinho interessado no tapume, que cobra do outro a parte correspondente das despesas.

Embora aluda a lei a partes iguais, em certos casos deve haver proporcionalidade aos interesses das partes e aos usos e costumes do local onde se constrói. Como ressalta Nelson Rosenvald, “se um dos vizinhos pretende edificar tapagem suntuosa em local de residência de comunidade de poucos recursos econômicos, deverá arcar com os custos que excedem o valor do tapume usualmente adotado pelos moradores da região” (*Direitos reais, teoria e questões*. Niterói, Impetus, 2004, p. 172). O § 3º do art. 1.297, em consonância com o exposto anteriormente, disciplina a construção de tapumes especiais, destinados a impedir a passagem de animais de pequeno porte, cujo diferencial atende às necessidades de um dos vizinhos, que arca com a despesa correspondente.

O entendimento mais moderno dos tribunais é no sentido de que o direito de o titular obrigar o vizinho a contribuir com parte das despesas para a construção do tapume não está subordinado a prévio ajuste entre as partes ou, em sua falta, a sentença judicial. Cumpre apenas ao proprietário ou possuidor que as fez demonstrar que eram necessárias no montante e no modo em que erigidas (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 210; THEODORO JR., Humberto. “Demarcação, divisão, tapumes”. In: *Terras particulares*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 508).

O § 2º do art. 1.297 traz regra intuitiva, qual seja a de que árvores, sebes ou plantas que sirvam de marco divisório somente podem ser cortadas por consenso dos vizinhos.

A segunda parte do art. 1.297 refere-se ao direito de demarcar. Demarcação, segundo a melhor doutrina, “é a operação pela qual se fixa (ou define) a linha divisória entre dois terrenos, assinalando-a, em seguida, com elementos materiais sobre o solo” (THEODORO JR. Op. cit., p. 28).

É expressa a lei, com a concordância da doutrina e da jurisprudência, de que a ação demarcatória é corolário do direito de propriedade, cabendo a qualquer condômino, sem necessidade da anuência dos demais. É de natureza petitória e imprescritível, perdendo-se com a propriedade. Razão não há, porém, para privar outros titulares de direitos reais, como o usufrutuário, o usuário, o enfiteuta, o superficiário e o compromitente comprador com título registrado, do direito de extremar suas divisas, prevenindo litígios entre vizinhos.

Cabe a ação demarcatória, segundo o Código Civil, em três situações jurídicas: a) levantar linha divisória, em prédios onde nunca foram antes fixadas; b) aviventação de rumos apagados; c) renovação de marcos destruídos. O art. 946 do Código de Processo Civil alude apenas a duas hipóteses - fixação de novos limites e aviventação dos já apagados - compreendendo-se na última delas a renovação de marcos. Em resumo, cabe a demarcação no caso de indefinição da linha divisória, quer porque nunca foi fixada, quer porque havia limites, cujos sinais se deterioraram ou foram destruídos. Pressupõe sempre a incerteza nos limites entre prédios particulares, porque, se o confinante é o Poder Público, a ação correta é a discriminatória.

Admite-se a cumulação de ação demarcatória com pedido reivindicatório (art. 951 do CPC) ou mesmo divisório (art. 947 do CPC). Note-se, porém, que na ação reivindicatória as divisas são certas, mas o proprietário se encontra despojado da posse daquilo que é seu, ao passo que na demarcatória as divisas são incertas e, após sua fixação, cabe pedido sucessivo de entrega da posse sobre coisa alheia. A jurisprudência vacila sobre a possibilidade de se considerar implícito o pedido reivindicatório na ação demarcatória, sem necessidade de pleito expresso.

O efeito da ação demarcatória é tornar visível a linha divisória de duas propriedades. Pode a sentença ser levada ao registro imobiliário, adequando o prédio ao princípio da especialidade registrária.

As despesas com a demarcação são rateadas proporcionalmente entre os proprietários vizinhos. Não diz a lei qual é o critério de proporcionalidade, presumindo-se seja a testada de cada um dos prédios vizinhos em relação à linha divisória demarcanda.

Jurisprudência: É pressuposto essencial para a propositura da ação demarcatória que seja o autor proprietário do imóvel demarcado. (STJ, REsp n. 20.529-7/AL, 4ª T., rel. Min. Dias Trindade, j. 30.08.1993)

Ação demarcatória. Existência de marcos divisórios. Falta de correspondência com os títulos. Se a linha divisória existente não corresponde aos títulos e não há outros limites, devidamente aferidos no terreno, cabível é a demarcatória. A reivindicatória pressupõe a perfeita individualização da coisa, e para tanto é adequado o pedido de demarcar. (RSTJ 13/399)

Não cabe demarcatória para extremar terras particulares de terras públicas. (RTFR 143/55)

A ação demarcatória é competente para fixar, no solo, as linhas de separação, quando inexistentes ou apagadas pelo dano do tempo. Se, porém, tais linhas existem, e são conhecidas dos confrontantes há tempos, competente deixa de ser a ação aludida, para reprimir invasão de terras, que faça um dos confrontantes contra outro. (RJTJESP 51/148)

Não há necessidade de cumular a demarcação com a reivindicação, pois ambas as ações conduzem ao mesmo resultado e a segunda se contém, implicitamente, na primeira. (RT 625/53, JTJ 165/56)

Direito civil. Direito de Tapagem. Arts. 588, § 1º, e 571, ambos do CC. Obrigação *propter rem*. Cerca divisória entre imóveis rurais. Meação de Tapumes Divisórios Comuns. Cobrança de despesas efetuadas pelo proprietário lindeiro. Diversidade de atividades rurais dos vizinhos confinantes. Reflorestamento e criação de gado. Substituição de cerca antiga, que impescindia de recuperação, para impedir passagem do gado. Legalidade. São comuns os tapumes que impedem a passagem de animais de grande porte, como o gado vacuum, cavalos e muros (art. 588, § 2º, CC), sendo obrigados a concorrer para sua construção e conservação os proprietários de imóveis confinantes (art. 588, § 1º, CC), ainda que algum deles não se destine a atividade pecuária, mas a reflorestamento. Apenas na obrigação de cercar imóveis, com a construção de tapumes especiais - estes considerados como próprios para deter aves domésticas e animais como cabritos, porcos e carneiros, em seus limites -, é que seria indevida a meação do valor gasto com os reparos neles realizados (art. 588, § 3º, CC). (STJ, REsp n. 238.559, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.04.2000)

Ação demarcatória. Cunho reivindicatório. Descabimento. A ação demarcatória serve para fixar ao solo a linha de separação, quando inexistentes ou apagadas pelo tempo. No caso a linha divisória não é incerta, ela existe e é respeitada de longa data. O objetivo final da presente ação é a recuperação da área a menor encontrada na propriedade dos requeridos, a ação não é a adequada, a ação correta seria a reivindicatória. (TJRS, Ap. cível n. 591.056.049, 5ª Câmara Cível, rel. Leonello Pedro Paludo, j. 28.11.1991)

Demarcatória. Requisitos. Desnecessidade de posse. Recurso improvido. E admitida a demarcatória, quando estiverem apagados ou então não existirem os sinais que limitam o terreno, equivalendo dizer, que a ação de demarcação tem cabimento quando incerta a linha divisória. Ao autor da ação demarcatória não é necessário que tenha posse do imóvel a demarcar para poder ingressar em juízo, uma vez que o art. 950 do CPC diz que a inicial será instruída com os títulos de propriedade. (TJPR, Ap. cível n. 35.507-0, 3ª Câmara Cível, rel. Luiz Perrotti, j. 03.04.1990)

A ação demarcatória tem por fim resguardar o direito de demarcação de prédios confinantes, aviventar rumos apagados e renovar marcos destruídos ou arruinados, tendo natureza real, pois tem como fundamentos a propriedade e o direito de vizinhança. 2 - Em se tratando de demanda sobre direitos reais, o art. 10, I, do CPC, determina que "ambos os cônjuges serão necessariamente citados". 3 - Constatada a falta de litisconsórcio necessário no polo passivo da demanda, deve o juiz determinar aos autores o cumprimento do art. 47, parágrafo único, do CPC, sob pena de extinção do processo. (TJPR, Ap. cível n. 137.435-2, 7ª Câmara Cível, rel. Mario Helton Jorge, j. 17.11.2004)

Art. 1.298. Sendo confusos, os limites, em falta de outro meio, se determinarão de conformidade com a posse justa; e, não se achando ela provada, o terreno contestado

se dividirá por partes iguais entre os prédios, ou, não sendo possível a divisão cômoda, se adjudicará a um deles, mediante indenização ao outro.

CC/1916: art. 570.

O artigo em exame corresponde ao art. 570 do Código Civil de 1916, com pequenas alterações. Traça, em resumo, os critérios sucessivos para o estabelecimento da linha divisória entre os imóveis.

O critério primário são os títulos dominiais e documentos complementares, como mapas, registros de imóveis vizinhos e plantas de loteamento, passíveis de indicar o traçado da linha divisória.

O primeiro critério subsidiário, na falta de títulos ou documentos suficientes, é a existência de posse justa, vale dizer, não maculada pelos vícios da violência, clandestinidade e precariedade. Não custa lembrar, como já feito nos comentários ao art. 1.200 do Código Civil, que os vícios da posse são relativos, ou seja, a posse somente é injusta em relação àquele contra quem foi praticado o ato ilícito. Logo, o argumento de que a posse de um dos vizinhos é injusta somente pode ser usado pelo esbulhado, aquele que perdeu a posse em razão de ato ilícito praticado por outrem.

O segundo critério subsidiário, somente usado na falta do primeiro, é a partilha da faixa contestada em porções iguais entre os vizinhos. A novidade do Código Civil é que a partilha não mais segue regra proporcional, como determinava o diploma revogado, sem, no entanto, dizer a que se atrelava a proporção. Diante de tal lacuna, tomou o legislador posição e adotou a doutrina clássica de Clóvis Bevilacqua, criando critério objetivo de divisão em partes iguais.

O critério residual, somente utilizado na falta ou insuficiência dos antecedentes, determina a adjudicação da faixa contestada a um dos confinantes, mediante indenização do outro, embora não decline critério para dizer qual deles ficará com a terra e qual deles com o valor de metade em dinheiro. Utiliza-se critério de equidade, lembrado por Lopes da Costa: “entre, por exemplo, dois prédios, um muito grande e outro muito pequeno, este deverá ser preferido. Entre dois terrenos, dos quais um ficará sem aguada se o terreno litigioso for adjudicado ao outro, ao primeiro deve ser feita a adjudicação” (Digesto *apud* THEODORO JR., Humberto. “Demarcação, divisão, tapumes”. In: *Terras particulares*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 233).

Jurisprudência: Demanda divisória. Forma de divisão. Laudo e observância a critérios técnicos e legais. Tendo o trabalho apresentado por perito e agrimensores, com base nas diretrizes fixadas em lei e na técnica, apresentado a melhor forma de divisão possível da área *sub judice*, não apresentando os réus fundamentos suficientes para infirmar as conclusões obtidas, merecem observância os termos em que posto o fracionamento da área, apenas admitindo-se a adoção de linha divisória reta quanto duas porções, visto que assim pretendem ambos os interessados, o que em nada prejudica as demais definições tomadas. (TJRS, Ap. cível n. 70.009.661.943, 20ª Câm. Cível, rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 22.09.2004)

Seção VII

Do Direito de Construir

Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

CC/1916: art. 572.

O artigo em exame corresponde ao art. 572 do Código Civil de 1916, sem qualquer alteração. Consagra o exercício de dois direitos inerentes ao domínio, quais sejam, os de o dono usar e fruir o imóvel de sua propriedade, dele extraindo seu proveito. O princípio, portanto, é o da liberdade de construir, subordinado, porém, a duas amplas exceções, previstas pelo legislador: a) às restrições previstas no próprio Código Civil, no presente capítulo das relações de vizinhança; b) à observância das normas e dos regulamentos administrativos, que impõem exigências técnicas, sanitárias e estéticas. Note-se que o Poder Público pode não somente fiscalizar e coibir construções que ofendam normas administrativas como também impor a edificação sobre imóvel subutilizado, como prevê o art. 5º do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001).

As limitações administrativas, ao contrário das servidões administrativas e desapropriação, não geram para o proprietário direito à indenização. Na lição de Hely Lopes Meirelles, “limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social” (*Direito de construir*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 68). Podem ser editadas pela União, Estados e Municípios, nos limites de sua competência prevista na Constituição Federal. Podem ter natureza urbanística, ambiental, de segurança e de higiene, ou mesmo militar.

Além das limitações explicitadas no art. 1.299, não resta dúvida de que as construções estão, como o exercício de qualquer dos outros poderes do proprietário, sujeitas às cláusulas gerais da função social e do abuso de direito, previstas, respectivamente, nos arts. 1.228, § 1º, e 187 do Código Civil.

Além disso, restrições convencionais mais gravosas do que as previstas no capítulo do direito de vizinhança e nas normas administrativas podem ser pactuadas entre as partes. São freqüentes em loteamentos e condomínios edilícios, criando limitações quanto à destinação do lote, impossibilidade de reparcelamento, recuo da via pública ou dos prédios vizinhos, percentual máximo ou mínimo de ocupação, ou até mesmo características construtivas. Têm natureza de normas urbanísticas complementares e devem integrar o contrato para vincular os adquirentes com especial destaque, caso se trate de relação de consumo. No caso de revenda do lote ou unidade autônoma a terceiro adquirente de boa-fé, essas cláusulas restritivas convencionais devem ingressar no registro imobiliário, para irradiar efeitos *erga omnes*. Esse ingresso pode se dar tanto no registro da convenção de condomínio edilício quanto no registro do loteamento. Nesse último caso, é conveniente que se reproduzam as restrições nas matrículas de cada lote, facilitando sua ciência por parte de terceiros. Essas limitações, como normas urbanísticas suplementares, não são derogadas por simples alvará ou autorização administrativa, uma vez que foram aceitas pela própria Administração Pública quando da aprovação do loteamento. Não sobrevivem, porém, a novas leis que, como restrições legais, “têm supremacia sobre as convencionais e as derogam quando o interesse público exigir, alterando as condições originais do loteamento, quer para aumentar as limitações originárias, quer para liberalizar as construções e usos até então proibidos” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 116).

Corolário das limitações, qualquer que seja sua origem, é prerrogativa dos vizinhos prejudicados embargarem a construção ou exigirem sua demolição se outra sanção não for cominada pelo legislador. Note-se que prevalecem as limitações administrativas ou convencionais, se forem mais gravosas do que as decorrentes do direito de vizinhança. Ao contrário, se forem mais liberais, pode o vizinho prejudicado invocar então as regras do direito de vizinhança para embargar ou demolir a construção ilícita.

Jurisprudência: Ação demolitória. Direito de construir. Demolição. Loteamento. Restrição convencional imposta pelo loteador. Obrigação *propter rem*. Projeto aprovado observando tais restrições. Obrigação comum assumida pelo proprietário de executar a obra segundo o projeto aprovado. Descumprimento da obrigação. Irrelevância da concessão do

"habite-se" pela Prefeitura Municipal, em decorrência de lei de anistia das construções irregulares. Ato jurídico perfeito e acabado, que está incólume aos efeitos da lei (art. 5º, XXXVI, da CF). Recurso provido. Segundo o nosso direito, a regra é a liberdade de construir, mas as restrições e limitações a esse direito formam as exceções, e somente são admitidas quando expressamente previstas em lei, regulamento ou contrato. Quando previstas em Regulamento do Loteamento, e consignadas do título traslativo da propriedade, constituem obrigação *propter rem*, isto é, obrigação daquele que é o titular da propriedade. Daí que a concessão do "habite-se" pela Prefeitura Municipal por força de lei que concedeu anistia às construções irregulares não elide a obrigação do devedor, em face da proteção outorgada pela Carta Magna ao ato jurídico perfeito e acabado (art. 5º, XXXVI). Não estando a edificação de acordo com as restrições negociais, e nem com o projeto aprovado segundo a obediência dessas restrições, impõe-se a correção das irregularidades, demolindo-se a parte da construção em desacordo com tais restrições. (TJSP, Ap. cível n. 63.745-4, rel. Ruyter Oliva, j. 21.10.1997)

Direito de vizinhança. Ação cominatória c/c reparação de danos. Incidência do art. 572 do CC/1916 (art. 1.299 do CC/2002). Aterro de imóvel sem a construção das obras para represamento da água pluvial. Danos aos imóveis lindeiros. Responsabilidade objetiva do proprietário. Dever de indenizar. Indenização condizente com a extensão dos danos. Sentença mantida. Recurso desprovido. "1 - Conforme enuncia o art. 572 do CC/1916 (art. 1.299 do CC/2002), o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, resguardando, entretanto, o direito dos vizinhos contra quaisquer danos decorrentes do prédio vizinho". 2 - "A responsabilidade pelos danos de vizinhança resultante de construção é objetiva: nasce do só ato ou fato lesivo da obra ou seus trabalhos preparatórios. Nem se exige, para a reparação, qualquer culpa, nem mesmo voluntariedade do agente da ação lesiva" (mli-rl.es, Hely Lopes. *Direito de construir*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 291). (TJPR, Ap. cível n. 158.897-2, 6ª Câm. Cível, rel. Airvaldo Stela Alves, j. 20.10.2004)

Civil. Loteamento. Lei municipal superveniente que, sem determinar modificações no loteamento originário, admite o uso do solo além dos limites previstos pelas restrições convencionais. Diferença entre alteração urbanística ditada pelo interesse público e licença para construir no interesse do proprietário. O loteador está sujeito às restrições que impôs aos adquirentes de lotes, não podendo dar aos remanescentes destinação diversa daquela prevista no memorial descritivo, pouco importando que a lei municipal superveniente permita a alteração pretendida; as leis urbanísticas só se sobrepõem aos ajustes particulares quando já não toleram o *status quo*. Hipótese de que não se trata na espécie, onde tanto o loteamento originário quanto sua pretendida alteração estão conformados às posturas municipais. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 226.858/RJ, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.06.2000)

Direito de vizinhança. Nunciação de obra nova. Lícito se determine que, em lugar de ser a obra demolida, se proceda aos reparos para eliminar o que contravenha as normas que regulam as relações de vizinhança. Regulamentos administrativos. Podem ser invocados pelo particular, na medida em que de sua contrariedade lhe resulte algum dano. Não lhe é dado, entretanto, substituir-se à administração, apenas porque houve a infração, de que não derivou prejuízo para si, salvo, eventualmente, em ação popular, acaso cabível (STJ, REsp n. 85.806/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 25.05.2000, DJ 05.03.2001, p. 152). (J6CC189/152, *RJTAMG* 86/377)

A ação de nunciação de obra nova à disposição do proprietário ou do possuidor tem por escopo evitar que a obra em construção prejudique o prédio já existente. Esse prejuízo, que constitui o fundamento maior da referida demanda, pode se dar tanto pelo descumprimento das normas do direito da vizinhança quanto das normas municipais de uso e ocupação do

solo urbano, haja vista a inexistência de restrição no inciso I do art. 934 do Código de Processo Civil. (STJ, REsp n. 126.281/PB, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.09.1998)

Art. 1.300. O proprietário construirá de maneira que o seu prédio não despeje águas, diretamente, sobre o prédio vizinho.

CC/1916: art. 575.

O artigo em exame aperfeiçoa a regra detalhada que continha o art. 575 do Código Civil de 1916, que restringia o lançamento de águas a beirais de telhados e impunha uma distância mínima de 10 centímetros da linha divisória. Revogado se encontra, também, o art. 105 do Código de Águas (Decreto n. 24.643/34), que aludia à distância de 18 centímetros entre o beirai e a linha divisória.

Mais sábia é a redação atual, que evitou casuísmos e impediu, em sentido amplo, o lançamento direto de águas sobre o imóvel vizinho, de qualquer modo: por goteiras, filetes ou correntes. Abrange a regra não somente beirais, como também calhas ou qualquer outra técnica construtiva de escoamento de águas pluviais.

Eliminou-se a referência à distância de 10 centímetros, bastando, agora, a observância das posturas administrativas e a finalidade da norma, que é o prejuízo ao imóvel vizinho.

Jurisprudência: Ação de indenização. Perdas e danos. Consultório dentário inundado por águas pluviais. Culpa do vizinho que abandonando seu prédio permitiu que grande quantidade de folhas e galhos fossem carregados pela enxurrada, obstruindo o bueiro e o condutor, provocando a inundação. Desnecessidade da prova de propriedade. Fato previsível, não fortuito. Culpa por negligência. Reparação devida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 21.528-4, rel. Lineu Carvalho, j. 08.04.1997)

Art. 1.301. É defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho.

§ 1º As janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros.

§ 2º As disposições deste artigo não abrangem as aberturas para luz ou ventilação, não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso.

CC/1916: art. 573.

O artigo em exame corresponde ao art. 573 do Código Civil de 1916, mas sofreu alterações significativas. O *caput* teve a redação aperfeiçoada, eliminando a menção a goteiras, matéria estranha à abertura de janelas e terraços, aqui disciplinada. A principal mudança, porém, se encontra no § 1º, que tornou sem efeito antiga súmula do STF, adiante examinada.

Visa o preceito a preservar o direito à privacidade, hoje garantido no capítulo dos direitos da personalidade e no art. 5º da Constituição Federal. Para tanto, proíbe a abertura de janelas, eirado, terraço ou varanda a menos de 1,5 metro do terreno vizinho. Conta-se a medida tomando como início a janela, ou o gradil do terraço ou eirado, ainda que estes se encontrem recuados ou embutidos em uma parede. A medida final é a linha divisória entre os imóveis e não a janela do vizinho. Caso haja tapume ou muro sobre a linha divisória, até a sua metade.

O § 1º consagra relevante novidade, qual seja, a de que a janela perpendicular ou oblíqua, desde que a visão não incida sobre a linha divisória, pode ser aberta a não menos do que 75 centímetros da linha divisória. Embora não diga a lei de modo expresso, a mesma regra vale para terraços, eirados e varandas, desde que o bem que se visa tutelar - a privacidade - não seja vulnerado por tais obras. Não mais persiste, portanto, a Súmula n. 414 do STF, do seguinte teor: “Não se distingue a visão direta da oblíqua, na proibição de abrir janela, ou fazer terraço, eirado, ou varanda, a menos de metro e meio do prédio de outrem”. A regra, agora, pode ser enunciada de modo diverso: sempre que a visão não incida sobre a linha divisória, a restrição cai para 75 centímetros.

De outro lado, afinada com o Código Civil de 2002 está a Súmula n. 120 do STF: “Parede de tijolos de vidro translúcido pode ser levantada a menos de metro e meio do prédio vizinho, não importando servidão sobre ele” Apenas se ressalva que os tijolos translúcidos devem preservar a finalidade explicitada pelo legislador, qual seja, impedir a visão direta e a invasão da privacidade alheia.

Finalmente, o § 2º do artigo em exame esclarece, com mais precisão do que o fazia o § 1º do art. 573 do Código Civil de 1916, que a restrição não alcança simples aberturas para luz e ventilação. Impõe requisitos objetivos para tais aberturas, que não podem exceder 10 centímetros de largura sobre 20 de comprimento e devem ser construídas a mais de 2 metros de altura de cada piso. Parece claro, embora não o diga o legislador, como deveria, que se a abertura for em altura tal que resguarde a privacidade do vizinho não há óbice a sua construção, porque estará preservado o valor eleito pela lei.

Claro que havendo concordância do vizinho prejudicado, podem janelas ou terraços ser abertos junto à linha divisória. Por outro lado, se restrições administrativas impuserem recuo superior ao previsto no Código Civil, prevalecem sobre o interesse privado e devem ser observadas pelos proprietários.

A sanção ao comportamento proibido pelo legislador abre ao vizinho ofendido a possibilidade de ajuizar execução de obrigação de fazer, mediante desfazimento da obra ou pedido cominatório, ou, ainda, de erguer contramuro para evitar o devassamento, nos prazos e hipóteses previstos no artigo seguinte.

Jurisprudência: A jurisprudência mais afinada com a lei é a que acolhe a proibição, atenta unicamente à distância entre a janela ou o terraço e a divisa do terreno, sem levar em consideração se há muro de permeio, se há visão oblíqua ou direta, se há abertura alta ou baixa, se há devassamento efetivo ou potencial (I TACSP, rel. Juiz Elliot Ackel). (RT680/120)

Nunciação de obra nova. Abertura de janela. Não se opondo o proprietário, no prazo de ano e dia, à abertura de janela sobre seu prédio, ficará impossibilitado de exigir o desfazimento da obra, mas daí não resulta seja obrigado ao recuo de metro e meio ao edificar nos limites de sua propriedade. (STJ, REsp n. 229.164,3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.10.1999)

Direitos de vizinhança. Arts. 573, § 2º, e 576 do Código Civil. Vencido o prazo de ano e dia estipulado no art. 576 do Código Civil, o confinante prejudicado não pode exigir que se desfaça a janela, sacada, terraço ou goteira, mas não fica impedido de construir no seu terreno com distancia menor do que metro e meio, ainda que a construção prejudique ou vede a claridade do prédio vizinho (STJ, REsp n. 34.864/SP, rel. Min. Antonio Torreão Braz, j. 13.09.1993, DJ 04.10.1993, p. 20.557). (Lex-STJ 54/302, RDC 75/158)

Art. 1.302. O proprietário pode, no lapso de ano e dia após a conclusão da obra, exigir que se desfaça janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio; escoado o

prazo, não poderá, por sua vez, edificar sem atender ao disposto no artigo antecedente, nem impedir, ou dificultar, o escoamento das águas da goteira, com prejuízo para o prédio vizinho.

Parágrafo único. Em se tratando de vãos, ou aberturas para luz, seja qual for a quantidade, altura e disposição, o vizinho poderá, a todo tempo, levantar a sua edificação, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade.

CC/1916: arts. 573, § 2º, e 576.

O *caput* do artigo em exame corresponde ao art. 576 do Código Civil revogado. Já o parágrafo único corresponde ao § 2º do art. 573 do Código Civil de 1916.

Disciplina o preceito algumas das medidas cabíveis ao proprietário prejudicado por obras de vizinhos que ofendam as regras dos arts. 1.300 (goteiras) e 1.301 (janelas, eirados, terraços e varandas). Durante a construção, cabe a nunciação de obra nova, nos moldes dos arts. 934 a 940 do Código de Processo Civil. É possível o embargo, para que fique suspensa a obra e, afinal, sua demolição, reconstrução ou modificação daquilo que se apresente irregular. O entendimento dos tribunais, no entanto, é no sentido de que, concluída, ou em fase de acabamento, não mais cabe a nunciação com suspensão da obra, mas apenas pedido demolitório (*RT* 490/68 e 501/113, *JTJ* 189/125).

Concluída a obra, a partir da data da expedição do “habite-se” pela autoridade administrativa, e não da abertura da janela ou terraço, passa a fluir o prazo decadencial de ano e dia para o ajuizamento de ação demolitória pelo vizinho prejudicado. Esse prazo se conta na forma do art. 132 do Código Civil, excluindo-se o *dies ad quo* e computando-se o *dies ad quem*. Escoado o prazo decadencial, não mais cabe o pleito demolitório - obrigação de fazer - nem a possibilidade de o ofendido impedir ou dificultar o escoamento de águas. Mais ainda: também não pode abrir janelas, terraços, varandas ou eirados a menos de 1,5 metro da linha divisória, sob a alegação de que o vizinho também não observou tal regra.

Cabe ao proprietário prejudicado apenas o direito - observadas as restrições do art. 1.301 do Código Civil - de levantar sua edificação ou contramuro, ainda que tal obra vede a iluminação ou ventilação do prédio vizinho. É uma espécie de defesa que se faculta ao ofendido, como meio de resguardar sua privacidade em face do ato ilícito do vizinho, contra o qual não mais cabe ação demolitória. Em termos diversos, o prazo decadencial obsta a pretensão de desfazimento da obra irregular, mas não cria um dever de “não construir” licitamente em seu terreno, para não prejudicar a claridade que de modo ilícito obteve o vizinho (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, t. XIII, § 1.547, p. 398).

O parágrafo único do art. 1.302 do Código Civil alude à prerrogativa de o proprietário edificar ou levantar contramuro a qualquer tempo, ainda que tais obras vedem a claridade de aberturas e vãos abertos licitamente, com observância do que contém o art. 1.301 do Código Civil. Isso porque se tais aberturas, de um lado, preservam a privacidade alheia, não podem criar ônus de não construir ao proprietário vizinho. Se tal faculdade persiste em face de abertura ou fresta lícita, com maior dose de razão se aplica a janelas, terraços ou varandas abertas de modo ilícito, com inobservância da distância legal de 1,5 metro da linha divisória. Posição diversa têm Washington de Barros Monteiro e Marco Aurélio Viana, para quem a inércia do lesado na defesa de seus direitos faz nascer ao infrator servidão de luz, de modo que o ofendido não mais poderá levantar construção em seu terreno que vede tais aberturas.

Jurisprudência: Ação demolitória. Contra a construção do terraço a menos de metro e meio do terreno vizinho, cabia ação de nunciação de obra nova até o momento de sua conclusão, entendendo-se como tal aquela a que faltem apenas trabalhos secundários. Uma vez con-

cluída a obra (faltava apenas a pintura), cabível a ação demolitória, com prazo decadencial de ano e dia, que se iniciou a partir da conclusão e não se interrompeu com a notificação administrativa (STJ, REsp n. 311.507/AL, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.09.2001). (RT795/238)

Escoado o prazo de ano e dia, o proprietário de prédio vizinho àquele em que se construiu janela não poderá exigir do dono deste que a desfaça; não nasce, porém, servidão de luz por usucapião a prazo reduzido, razão por que aquele poderá construir junto à divisa, ainda que a construção vede a claridade. (RJ 160/96, rel. Des. Fernandes Filho)

Abertas janelas a menos de metro e meio do terreno vizinho e decorrido inutilmente o prazo do art. 576 do CC, opera-se a decadência da pretensão de desfazimento. Tal fato não gera, porém, servidão de luz a favor do dono das janelas, podendo o vizinho, a todo tempo, levantar sua casa ou muro, nos termos do art. 573, § 2º, ainda que a construção vede a claridade daquelas. (RT 693/118, rel. Des. Cezar Peluso; veja também RT 633/105)

Escoado o prazo de ano e dia a que alude o art. 576 do CC, o proprietário do prédio vizinho ao que se construiu janela, sacada ou terraço sobre o seu não poderá exigir do dono deste que se desfaça; não nasce, porém, para este servidão de luz por usucapião a prazo reduzido, razão pela qual poderá aquele construir junto à divisa, nos termos do art. 573, § 2º, ainda que a construção vede a claridade (STF, Tribunal Pleno, RE n. 86.054, rel. Min. Moreira Alves, j. 05.05.1977). (RTJ 83/559)

Ação de nunciação de obra nova convertida em demolitória. Janelas abertas a menos de metro e meio da divisa dos terrenos. Sentença que reconhece a decadência do direito dos autores nos termos do art. 576 do CC. Decisão correta. Obra acabada. Desnecessidade do "habite-se" para comprovar a conclusão da obra. Prazo decadencial que se inicia da data da conclusão das obras, particularmente, que estão violando o direito de vizinhança, no caso da abertura das janelas obras destacáveis do todo da construção. Prazo de ano e dia não respeitado decisão mantida. Recurso de apelação desprovido. 1 - se a obra se encontra materialmente acabada, há de ser considerada, ainda que lhe falte o "habite-se", obra concluída. 2 - quer parecer-nos que a intenção do legislador foi referir-se, em particular, a obra que constitui violação ao direito do proprietário do prédio vizinho, e, portanto, a construção da janela, sacado, terraço ou goteira, e não a obra toda da construção do prédio. (TJPR, Ap. cível n. 135.969-5, 7ª Câm. Cível, rel. Mario Rau, j. 28.04.2003)

Não se opondo o proprietário, no prazo de ano e dia, a abertura de janela sobre seu prédio, ficara impossibilitado de exigir o desfazimento da obra, mas daí não resulta em servidão. (STJ, REsp n. 37.897, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 01.04.1997)

Art. 1.303. Na zona rural, não será permitido levantar edificações a menos de três metros do terreno vizinho.

CC/1916: art. 577.

O artigo em exame corresponde ao art. 577 do Código Civil revogado, com significativa alteração. A distância entre a edificação e a linha divisória, em imóvel situado na zona rural, não pode agora ser inferior a 3 metros, em vez de 1,5 metro, como previa a legislação revogada.

A regra é clara e dispensa maiores comentários. Lembre-se de que a lei fala em imóvel situado na zona rural e não em imóvel com destinação rural. O critério, portanto, é o de loca-

lização e não o de utilização. O termo “edificação” envolve qualquer construção, inclusive as de natureza tipicamente rural, como estrebarias, silos e assemelhados. Embora a lei não explicita, como se trata de interesse privado entre vizinhos nada impede, na omissão de limitações administrativas, que o proprietário potencialmente lesado anua à construção sem o necessário recuo.

Art 1.304. Nas cidades, vilas e povoados cuja edificação estiver adstrita a alinhamento, o dono de um terreno pode nele edificar, madeirando na parede divisória do prédio contíguo, se ela suportar a nova construção; mas terá de embolsar ao vizinho metade do valor da parede e do chão correspondentes.

CC/1916: art. 579.

O artigo em comento pouco alterou seu correspondente - art. 579 - do Código Civil de 1916. Apenas eliminou, corretamente, a expressão “imóvel vago”, estendendo o preceito a imóveis que já tenham construções e sofram reformas, ou ampliações, encostando-as à parede de divisa.

Regula o artigo a utilização das paredes divisórias, que não se confundem com os muros divisórios. As paredes estão na linha de divisa, mas integram a estrutura do edifício. É o caso clássico das casas geminadas, com parede comum sobre ou rente à linha de divisa. Na lição de Hely Lopes iVleirelles, o muro veda, a parede sustenta (*Direito de construir*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 41).

O artigo regula ainda a servidão legal de “meter trave”, expressão que engloba não somente madeirar como também furar ou fazer as obras necessárias para encostar e escorar a construção na parede já existente.

Do teor do artigo extraem-se os seguintes requisitos da servidão de meter trave: a) que os imóveis sejam contíguos; b) que os imóveis estejam localizados em zona urbana; c) que haja alinhamento obrigatório, ou necessidade de encostar a nova construção à parede, não havendo possibilidade de fazê-la à frente, ou atrás do terreno; d) que a parede preexistente aguente a nova construção, sem causar dano ao vizinho.

A restrição gera alguns efeitos jurídicos. O primeiro consiste no dever de indenizar o dono da parede por metade do valor da construção e do espaço do chão que ela ocupa. Em relação ao valor do chão, somente se aplica a norma se a parede estiver não sobre a linha de divisa, mas rente a ela, dentro da propriedade do vizinho que sofre a restrição. Além disso, todos os custos, inclusive obras de reforço, bem como reposição da parede ao estado em que se encontrava, com obras de acabamento, cabem ao titular da servidão legal. De igual modo, ele suporta todos os riscos da construção e danos que porventura causar ao vizinho onerado, independentemente de culpa.

Art. 1.305. O confinante, que primeiro construir, pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, sem perder por isso o direito a haver meio valor dela se o vizinho a travejar, caso em que o primeiro fixará a largura e a profundidade do alicerce.

Parágrafo único. Se a parede divisória pertencer a um dos vizinhos, e não tiver capacidade para ser travejada pelo outro, não poderá este fazer-lhe alicerce ao pé sem prestar caução àquele, pelo risco a que expõe a construção anterior.

CC/1916: art. 580.

O artigo em exame reproduz o conteúdo do art. 580 do Código Civil de 1916, fazendo apenas alterações formais mínimas. Assegura o direito do vizinho que primeiro construir de assentar a metade da parede divisória no terreno contíguo, ficando a outra metade no próprio terreno.

Aquele que construiu a parede divisória faz jus à indenização por metade do valor da construção, caso o proprietário do prédio vizinho posteriormente a traveje, para escorar nova construção. A indenização, todavia, ao contrário do disposto no artigo anterior, abrange tão somente o valor da construção e não do chão em que ela se encontra, porque assentada sobre a linha de divisa.

O preceito assegura àquele que primeiro construiu a parede o direito de fixar suas características, em especial a espessura e profundidade do alicerce. O vizinho que posteriormente construir ou travejar deverá atentar para tais características, evitando obras ou alicerces que exponham a parede preexistente a riscos.

O preceito alcança apenas prédios urbanos porque, em relação aos rústicos, não se pode construir a menos de 1,5 metro da linha divisória.

Jurisprudência: Cabe pedido de indenização, conforme acordo judicialmente homologado, em caso de verificação que a obra realizada pelo autor permaneceu nos limites estabelecidos em sentença, sendo cediço que o confinante que primeiro construir pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, inclusive fixando largura para o alicerce. Incidência do art. 580 do CCB. Apelo desprovido. Unânime. (TJRS, Ap. cível n. 70.008.478.463, 18ª Câm. Cível, rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. 26.08.2004)

Ação demolitória. Parede divisória. Invasão inferior a 5 centímetros e já existente desde 1928. Improcedência. Descabe pedido de demolição por antiga invasão de 5 centímetros no terreno lindeiro, cediço que o confinante que primeiro construir pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, inclusive fixando largura para o alicerce. Incidência do art. 580 do CCB. Apelo desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.002.203.263, 17ª Câm. Cível, rel. Des. Fernando Braf Henning Júnior, j. 12.06.2001)

Art. 1.306. O condômino da parede-meia pode utilizá-la até ao meio da espessura, não pondo em risco a segurança ou a separação dos dois prédios, e avisando previamente o outro condômino das obras que ali tenciona fazer; não pode sem consentimento do outro, fazer, na parede-meia, armários, ou obras semelhantes, correspondendo a outras, da mesma natureza, já feitas do lado oposto.

CC/1916: art. 581.

O artigo em exame reproduz integralmente o conteúdo do art. 581 do Código Civil de 1916, e disciplina a utilização da parede comum pelos vizinhos, que dela são condôminos.

A regra contida no período inicial assegura a utilização da parede comum de divisa pelos vizinhos condôminos até a metade de sua espessura. Foge, portanto, do regime do condomínio tradicional do Código Civil, uma vez que, dada a natureza da coisa comum, o uso é exclusivo de parte certa - metade - da espessura da parede.

Está o uso exclusivo da metade, porém, subordinado ao pressuposto de não causar dano ou risco à segurança ou separação dos dois prédios, podendo o lesado, em tais casos, embargar a obra durante sua realização ou exigir que o vizinho a desfaça. Ressalte-se que o legislador destacou a preservação de uma das finalidades da parede, qual seja a de servir como divisa entre os dois imóveis contíguos.

A segunda parte do preceito diz que deve o vizinho ser previamente comunicado da utilização, ainda que lícita, da meia-parede. Não se exige o consenso, muito menos a anuência do vizinho, mas apenas a comunicação, para que este possa remover móveis e objetos apoiados à parede, bem como constatar o respeito às regras estabelecidas na primeira parte do artigo.

Finalmente, veda o artigo que o vizinho escave a parede para a instalação de armários ou equipamentos similares, como cofres, se já houver escavações semelhantes do lado oposto. Isso porque as duas escavações se encontrariam, comprometendo a finalidade de vedação da parede e inaugurando novo acesso aos prédios. Não persiste a vedação se o escopo da norma - preservação da divisa - não for afetado pela obra, ou seja, se inexistir escavações de ambos os lados da parede comum. Note-se que cai a vedação, mas não a comunicação prévia da obra ao outro vizinho.

Art. 1.307. Qualquer dos confinantes pode altear a parede divisória, se necessário reconstruindo-a, para suportar o alteamento; arcará com todas as despesas, inclusive de conservação, ou com metade, se o vizinho adquirir meação também na parte aumentada.

CC/1916: sem correspondente.

Consagra a regra de que “a parede divisória não está marcada pela imutabilidade” (FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil* coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 154). Pode qualquer dos confinantes alteá-la, ou seja, aumentá-la em sua altura, desde que assuma os custos e riscos decorrentes da obra.

Na expressão da lei, deverá o confinante adotar todas as providências para que o alteamento seja feito sem risco ou dano ao vizinho. Se for o caso, deverá reconstruir a parede ou, então, reforçar alicerces e estruturas para suportar a nova situação. A inobservância do preceito gera ao lesado o direito de embargar ou exigir o desfazimento da obra, sem prejuízo da composição de perdas e danos.

Não somente os riscos, mas também os custos, são de responsabilidade exclusiva do confinante que deseja alterar, por necessidade ou conveniência, a altura da parede divisória. Exceção a essa regra é o interesse do outro vizinho de se tornar condômino da parte acrescida, caso em que arcará com metade das despesas.

Art. 1.308. Não é lícito encostar à parede divisória chaminés, fogões, fornos ou quaisquer aparelhos ou depósitos suscetíveis de produzir infiltrações ou interferências prejudiciais ao vizinho.

Parágrafo único. A disposição anterior não abrange as chaminés ordinárias e os fogões de cozinha.

CC/1916: art. 583.

O artigo em exame corresponde ao que continha o art. 583 do Código Civil de 1916. Sua redação foi aperfeiçoada, eliminando, em parte, a referência exemplificativa a obras e equipamentos passíveis de causar imissões prejudiciais aos moradores do prédio vizinho.

Poderia o preceito referir apenas à vedação de se encostar à parede divisória qualquer equipamento ou depósito que cause interferências prejudiciais ao imóvel vizinho. A regra reconduz ao princípio geral consagrado no art. 1.277, já examinado.

Note-se que a atual redação não traça mais distinção entre paredes própria, comum ou alheia. A vedação se mantém em qualquer hipótese, desde que os equipamentos encostados à parede de divisa causem dano ao prédio vizinho. O que se preserva são os valores já referidos no art. 1.277, ou seja, a segurança, o sossego e a saúde contra atividades anormais do vizinho. Toma a lei como anormal a conduta de encostar fornos, fogões ou depósitos capazes de levar imissões danosas ao prédio contíguo. Não persistirá a vedação, todavia, se aquele que constrói reverter a presunção que contra si milita, demonstrando que os valores tutelados pela lei se encontram resguardados e que as construções e os equipamentos, apesar de encostados à parede divisória, não trazem prejuízo ou risco ao confinante.

O parágrafo ressalva que as chaminés ordinárias e os fogões de cozinha podem ser encostados à parede divisória, porque consistem em uso normal da propriedade. Aqui a presunção se inverte, presumindo-se lícito o comportamento do construtor. Evidente, porém, que tal conduta deverá ser cercada de cautelas e obras necessárias para reduzir ao mínimo as interferências ao prédio vizinho.

Tem o lesado direito de embargar a obra durante a construção ou, após seu término, exigir seu desfazimento, sem prejuízo da composição de perdas e danos.

Jurisprudência: Tendo o condomínio demandado realizado obra onde feito aterro adicional em altura superior à anteriormente existente e daí decorrendo problemas de infiltração no prédio vizinho, deve responder pelos danos causados, bem assim realizar as obras necessárias à solução do problema verificado. Havendo, contudo, concorrente defeito de impermeabilização no prédio da autora, a reparação dos danos deve estar limitada à metade dos valores orçados, assim como deve a parte demandante promover as obras relativas à impermeabilização da parede do prédio onde reside. Recurso parcialmente provido. (TJRS, Ap. cível n. 71.000.484.030, 1ª T., JEC, rel. Juiz Clóvis Moacyr Mattana Ramos, j. 13.05.2004)

Art. 1.309. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes.

CC/1916: art. 584.

O artigo em exame corresponde ao que continha o art. 584 do Código Civil de 1916, apenas substituindo o termo “fonte” por nascente, sem alterar, porém, o conteúdo do preceito.

O alcance do artigo é amplo, abrangendo todo e qualquer tipo de construção e não apenas em prédios contíguos, mas também em prédios vizinhos, entendidos como aqueles de onde pode provir a causa da poluição de água alheia.

A expressão “uso ordinário” também é larga, incluindo todas as hipóteses de utilização da água pelo vizinho lesado, tanto para fins pessoais como industriais ou rurais.

Restringe a lei a incidência da norma às nascentes e aos poços preexistentes à construção. Dizendo de outro modo, o construtor não pode ser responsabilizado por eventual interferência em posteriores poços ou outras formas de captação de águas dos vizinhos.

A norma em estudo deve se adequar ao disposto no artigo da Constituição Federal, que elege o meio ambiente saudável, aí incluída a água não poluída, como direito social fundamental.

Art. 1.310. Não é permitido fazer escavações ou quaisquer obras que tirem ao poço ou à nascente de outrem a água indispensável às suas necessidades normais.

CC/1916: art. 585.

O artigo em estudo corresponde ao art. 585 do Código Civil de 1916. Também o art. 96 do Código de Águas (Decreto n. 24.643/34) continha disposição semelhante. Sofreu o preceito, porém, notável alteração em seu conteúdo, como a seguir se verá.

Disciplina o artigo a utilização das águas do subsolo, abaixo da superfície do prédio. Vedam-se escavações em sentido amplo, de perfurações a alicerces, se tais obras implicarem tirar do poço ou nascente alheia a água indispensável às necessidades normais dos vizinhos. O Código Civil de 2002 acrescentou o adjetivo “normais” às necessidades, significando que se admite em razão de obras a diminuição do aproveitamento ou vazão do poço ou nascente, desde que preservado volume indispensável às necessidades ordinárias.

Não mais persiste a previsão do art. 585 do antigo Código Civil de que a restrição somente alcança as escavações mais profundas que a nascente ou poço, em relação ao nível do lençol d'água. Todas as escavações, portanto, estão sujeitas às limitações do preceito.

Art. 1.311. Não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias.

Parágrafo único. O proprietário do prédio vizinho tem direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em estudo não tem correspondente no Código Civil de 1916 e preencheu importante lacuna, atendendo a freqüentes situações das obras e construções de grande porte e as interferências que provocam nos prédios vizinhos.

O texto da lei confere exatas balizas às restrições legais que se impõem ao construtor. O valor tutelado pela lei é a segurança do prédio vizinho, em sentido amplo, com especial destaque, em caráter exemplificativo, para o desmoronamento e o deslocamento de terras. Alcança também trepidações que provoquem rachaduras, escavações ou aterros, que de algum modo afetem a estabilidade e a solidez das construções próximas. Como ensina Marco Aurélio S. Viana, “aqui entram todos os trabalhos que danifiquem a estrutura do prédio, abalo no solo, infiltrações, envolvam explosões violentas, trepidações perigosas, tido, enfim, que possa fisicamente o prédio, ou seus moradores. A tutela é ampla” (VIANA, Marco Aurélio S. In: *Comentários ao Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 316). O conceito de segurança vai além do risco de ruína do prédio vizinho, abrangendo, também, sua habitabilidade, como infiltrações e rachaduras. De outro lado, não se tutelam, aqui, interesses diversos, como o direito à vista, à insolação ou ao sossego, perdidos ou diminuídos em razão da nova construção.

Note-se que não se limita o preceito a prédios confinantes, mas sim a vizinhos, vale dizer, até onde se propagam as interferências lesivas de um imóvel sobre outro.

Não exige o artigo que o dano se consume, mas, em vez disso, subordina o início de construções potencialmente perigosas à prévia realização de obras acautelatórias, sem o que pode o vizinho em risco embargá-la. Caso o risco se consuma e se converta em dano, independentemente da realização de medidas preventivas por parte do construtor, nasce o dever de indenizar, independentemente de culpa, bastando ao lesado demonstrar o nexo entre a construção e o dano.

Jurisprudência: A responsabilidade do dono do imóvel onde foram feitas obras é objetiva e decorre do mau uso da propriedade. Ainda que se trate de ato excessivo e não abusivo, isto é, com finalidade legítima, se causar dano ao prédio vizinho surge a obrigação de indenizar independentemente de culpa (I TACSP, rel. Juiz Roberto Bedaque). (/?7"705/132)

Art. 1.312. Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta Seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos.

CC/1916: art. 586.

O artigo em exame corresponde ao art. 586 do Código Civil de 1916. Recebeu, porém, maior alcance, abrangendo toda a seção que regula o direito de construir.

No dizer de Edson Luiz Fachin, o artigo traça “a imposição do dever de desfazer o que não podia ser feito, mais reparar perdas e danos que sofrer o vizinho” (*Comentários ao CPC*, coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 161). Claro está que, em determinados casos (art. 1.302 do CC), a pretensão está sujeita a prazo decadencial, após o que se admite apenas que se erga contramuro.

A obrigação de fazer - demolir - é *propter rem*, de modo que abrange não somente aqueles que pessoalmente violaram proibições do direito de construir como também os que adquirirem o imóvel em situação irregular. Ao lado da tutela específica, regulada na esfera processual pelo art. 461 do Código de Processo Civil, admite-se formulação de pedido cominatório ou a cumulação com perdas e danos. A responsabilidade é objetiva, ou seja, independente de culpa do construtor. Isso, porém, não exime o vizinho prejudicado de demonstrar o prejuízo que lhe causa a construção, assim como o nexo causal.

Como alerta Fachin, nem sempre a demolição será a solução mais adequada para a composição de interesses no caso concreto. A utilização de outros meios que levem à restituição do equilíbrio rompido pela obra irregular sem demolição é possível, desde que traduzam o mesmo resultado ao lesado (op. cit., p. 161).

Por uma simples razão não se aplicam aqui as regras relativas à indenização do possuidor e do construtor de boa-fé por certas categorias de benfeitorias e acessões feitas em prédio alheio: as construções no artigo em comento foram feitas em prédio próprio, apenas em desrespeito às limitações do direito de vizinhança, de modo que em nada acrescerão ao patrimônio do vizinho lesado que justifique o pagamento das obras.

Jurisprudência: Se a irregularidade da obra é prejudicial ao vizinho ao devassá-la lateralmente, desnecessária é a sua demolição se o fechamento integral da lateral elimina o problema. (*JTAC-Lex* 181/377)

O pedido formulado em ação demolitória contém em si a postulação da modificação parcial da obra irregular, não incorrendo em julgamento *extra petita* o julgado que determina apenas a realização de reparos para eliminar o que contravenha as normas que regulam as relações de vizinhança. (STJ, REsp n. 524.963/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 02.09.2003)

Como já decidiu esta 3ª Turma, o "direito à indenização pelos danos causados a um prédio subsiste ainda que o proprietário transmita o respectivo domínio a terceiro - conclusão que se justifica, tenham os danos sido reparados, ou não", e, ainda, que se o prédio "for alienado sem a reparação dos danos, o respectivo preço será evidentemente depreciado, com a consequência de que o proprietário receberá por ele menos do que obteria se estivesse em bom estado; se, ao contrário, for vendido depois da reparação dos danos, o preço, para o proprietário, será o montante recebido menos o que gastou para repor o imóvel ao *status quo ante*". (STJ, REsp n. 97.548/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 10.04.2000, *DJ* 08.05.2000)

Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:

I - dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório;

II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes e ao aparo de cerca viva.

§ 2º Na hipótese do inciso II, uma vez entregues as coisas buscadas pelo vizinho, poderá ser impedida a sua entrada no imóvel.

§ 3º Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito a ressarcimento.

CC/1916: art. 587.

O artigo em estudo corresponde ao art. 587 do Código Civil de 1916. A redação foi aperfeiçoada, separando as diversas hipóteses contempladas na lei em incisos distintos. Além disso, criou-se nova possibilidade de ingresso no imóvel vizinho para buscar coisas, inclusive animais, que lá se encontrem.

O preceito foi corretamente estendido ao possuidor, a qualquer título, ainda que não seja proprietário. Também o detentor, que representa terceiro na posse, está adstrito a tolerar o ingresso do vizinho no prédio nas hipóteses contempladas no artigo em exame. Fala a lei em “vizinho”, mas é óbvio que o termo também abrange seus empregados e prepostos, que irão realizar a construção ou a reparação, assim como os materiais a elas necessários.

A regra se aplica e tem especial utilidade no condomínio edilício para ingresso em unidade autônoma de onde provêm vazamentos ou infiltrações. Embora o capítulo específico não tenha previsão expressa, parece claro que a expressão “imóveis vizinhos” alcança o regime jurídico do condomínio especial.

A restrição, o dever de tolerar, tem fundamento na solidariedade e na função social da propriedade. Não seria razoável que vizinho deixasse de construir ou de reparar seu imóvel apenas porque não pode ingressar em prédio alheio. A ponderação entre os valores em jogo justifica a restrição temporária para permitir a exploração e a utilização da propriedade imobiliária.

Note-se que a restrição é sempre temporária e perdura somente enquanto estritamente necessária para a realização das obras ou reparos. Cessada a causa prevista em lei, nasce automaticamente o dever de se retirar do imóvel alheio e a permanência configura turbção ou esbulho. Além disso, deve o vizinho beneficiário agir de molde a provocar mínimo incômodo ao vizinho onerado.

Exige a lei que o ingresso se dê mediante prévio aviso. Há comunicação, não consenso. Em termos diversos, não se exige a anuência do vizinho onerado, mas apenas sua prévia ciência, para que possa preparar-se e tomar as providências necessárias a seu alcance para evitar eventuais danos. Tomem-se como exemplo a remoção de veículos ou a proteção de móveis e utensílios que se encontrem na proximidade da divisa onde será feita a obra. A negativa injustificada abre ao vizinho prejudicado o direito de reclamar o acesso forçado judicialmente, não se admitindo, todavia, a autotutela, porque diverso é o caso em relação àquele previsto no § 1º do art. 1.210 do Código Civil. Comporta o caso tutela específica, com as providências alvitadas no art. 461 do Código de Processo Civil, sem prejuízo de postulação de perdas e danos ou fixação de multa diária em razão da renitência do vizinho em obedecer a restrição que lhe impõe a lei.

Os dois incisos do artigo em comento explicitam os casos em que se permite o ingresso no imóvel vizinho: a) para reparação, reconstrução ou limpeza de sua casa ou muro divisório, aí

incluídos os casos de limpeza e reparação de esgotos, goteiras, aparelho higiênico, poços, nascentes e aparo de cerca viva; b) apoderar-se de coisas, inclusive animais, que se encontrem casualmente em prédio alheio, desde que o vizinho não se disponha a buscá-los e entregá-los ao dono.

Menciona a lei, é certo, que o ingresso somente se admite quando indispensável para a realização das obras ou reparos. A melhor leitura que se faz do termo “indispensável” é semelhante à que se fez da passagem forçada de imóvel encravado. O sacrifício pouco razoável, a excessiva oneração para que as obras ou reparos se façam por local diverso justificam o acesso compulsório a prédio alheio, em homenagem à ponderação dos valores em jogo e da função social da propriedade.

Finalmente, o § 3º dispõe que a contrapartida ao direito de ingressar do imóvel vizinho é a obrigação de reparar eventuais danos a ele causados. Mais uma vez, a responsabilidade é objetiva e os riscos são deslocados para o beneficiário, de modo que não se cogita de conduta culposa. O vizinho lesado prova apenas a ação, o dano e o nexo causai.

Jurisprudência: *Astreinte*. Cabível é sua imposição para compelir o vizinho renitente a tolerar a entrada em seu terreno do construtor de muro divisório, na medida em que essa providência seja estritamente necessária a realização da obra. Assistência judiciária. Não cabe sua revogação sem prova séria de ausência dos correspondentes requisitos de concessão. Apelação provida em parte. (TJRS, Ap. cível n. 587.034.984, 6ª Câmara Cível, rel. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 01.09.1987)

CAPÍTULO VI DO CONDOMÍNIO GERAL

Seção I **Do Condomínio Voluntário**

Subseção I Dos Direitos e Deveres dos Condôminos

Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros.

CC/1916: arts. 623, 624, 628 e 633.

Definição: O artigo em estudo, que inaugura o capítulo do condomínio, disciplina em sua cabeça os direitos dos condôminos e, em seu parágrafo único, um de seus deveres. Os arts. 623 e 624 do Código Civil de 1916 foram condensados, embora tenha sido mantida a sua substância.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, “dá-se o condomínio quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes” (*Instituições de direito civil* 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. IV, p. 175).

Duas são as características básicas do condomínio. A primeira é a cotitularidade domínial sobre uma mesma coisa. A segunda é o regime jurídico de cotas ou partes ideais sobre a coisa, cabendo a cada condômino uma fração ou percentagem sobre o todo, sem que o direi-

to incida sobre uma parte fisicamente determinada. Os direitos dos condôminos, assim, são qualitativamente iguais, porque incidem em partes ideais sobre a totalidade da coisa, embora possam ser quantitativamente distintos, proporcionais à força de seus quinhões.

Classificação: Comporta o condomínio algumas classificações. Quanto à origem, pode ser convencional (ou voluntário) quando se assenta no contrato. É incidente (ou eventual) quando nasce de um fato jurídico, como a sucessão hereditária, sem a manifestação de vontade dos condôminos. Pode ser legal (ou forçado) quando provém da lei, como os muros de divisa. Quanto à forma, ou modo de ser, pode o condomínio ser *pro diviso* ou *pro indiviso*. Será *pro diviso* quando “a comunhão existe de direito, mas não de fato, uma vez que cada condômino já se localiza numa parte certa e determinada da coisa” (MONTKIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 37. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. III, p. 206). Será *pro indiviso* quando a situação de condomínio coincide com a composses, ou seja, a situação jurídica e a fática são de partes ideais, sem localização da posse dos condôminos. O condomínio *pro diviso* poderá gerar usucapião entre condôminos, desde que a posse seja inequívoca, tema já visto no comentário ao art. 1.238, ao qual se remete o leitor.

Distingue-se o condomínio da comunhão em sentido estrito, porque nesta “a titularidade se exerce por todos os coproprietários, ao mesmo tempo, sobre a totalidade da coisa, sem que, *a priori*, seja cogitada uma fração ideal. Somente quando da dissolução da comunhão pode ser apurada a parte cabível a cada coproprietário” (FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil* São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 170). Assim, a comunhão envolve um patrimônio, um conjunto de bens, em que não há cotas autônomas, passíveis de alienação em separado. Os comunheiros não podem dispor de sua parte nem onerá-la enquanto não se dissolver a comunhão. Tome-se como exemplo a comunhão decorrente do regime de bens do casamento e lembre-se que o capítulo em foco disciplina somente o condomínio.

Direitos dos condôminos: A propriedade enfeixa quatro poderes básicos sobre a coisa, como se extrai do art. 1.228 do Código Civil: usar, fruir, dispor e reivindicar a coisa em poder de quem injustamente a detenha ou possua. As mesmas prerrogativas têm os condôminos, mas afinadas e limitadas, em decorrência da situação de copropriedade.

O primeiro dos direitos é usar a coisa, conforme a sua destinação. Eliminou a lei a expressão “livremente”, explicitando que o uso se faz de acordo com a destinação do objeto. Essa destinação pode ser tanto convencional, deliberada pela votação da maioria absoluta dos quinhões, como natural, determinada pela natureza da coisa comum. Assim, se a maioria delibera que um imóvel será locado para fins comerciais, não pode um condômino nele residir, gratuita ou onerosamente. Além da obediência à destinação, deve o condômino usar a coisa comum de modo a não excluir igual direito dos demais comunheiros, ou seja, deve esse direito ser compatível com o estado de indivisão. Caso utilize com exclusividade a coisa, em detrimento dos demais condôminos, podem estes exigir o pagamento de indenização em valor correspondente ao uso de suas cotas partes, para evitar o enriquecimento sem causa. Embora não explicita a lei tal situação, é admitida de longa data pela doutrina e jurisprudência (CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, v. VIII, p. 307; MONTKIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 208; *JTJ* 122/87 e 206/27). Parte da jurisprudência denomina aludida indenização de aluguel, embora não seja a relação jurídica regida pela Lei do Inquilinato. O Superior Tribunal de Justiça assentou que especialmente nas relações entre ex-cônjuges, nas quais um deles ocupa com exclusividade imóvel comum, o termo inicial da indenização é a data da notificação ou citação, pois no período anterior existe comodato tácito entre as partes. Tal entendimento, porém, não se estende aos demais casos de uso exclusivo da coisa comum, pois não se presume o negócio benéfico de comodato e o uso gratuito da coisa geraria enriquecimento sem causa de um condômino em relação aos demais, de modo que a indenização deve incidir desde a data da ocupação, com prescrição ordinária. Remete-se o leitor aos comentários e jurisprudência do art. 1.319.

Correlato ao direito acima referido é o dever do condômino de não alterar a destinação da coisa comum, nem dar a sua posse, uso ou gozo a terceiros, sem o consenso dos demais coproprietários. O consentimento não exige forma sacramental e pode ser demonstrado por todos os meios de prova. É natural que, se o condômino não pode usar com exclusividade a coisa, também não pode ceder inteiramente o seu uso ou posse a terceiros. Claro que pode locar ou dar em comodato parte ideal, desde que não altere a destinação deliberada pela maioria.

O segundo dos direitos é perceber os frutos líquidos da coisa comum, em montante proporcional ao seu quinhão, se disposição diversa não foi ajustada entre os coproprietários.

O terceiro dos direitos é dispor ou, na dicção da lei, “alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la”. A alienação ou oneração da parte ideal independe do consentimento dos demais condôminos. A alienação do todo por um dos condôminos é ineficaz quanto aos demais que não consentiram. Questão freqüente é a alienação pelo condômino de parte localizada no prédio maior, descrevendo-a como coisa certa e determinada. A alienação é ineficaz diante dos demais condôminos que a ela não anuíram e somente prevalecerá se em eventual ação divisória o quinhão certo for atribuído ao condômino alienante.

O Código Civil de 1916, embora admitisse a livre alienação, de modo contraditório exigia a anuência dos demais condôminos para a hipoteca da parte ideal. Tal regra não mais prevalece, diante do disposto no art. 1.420, § 2º, adiante comentado, podendo a parte ideal ser livremente hipotecada. A venda de parte ideal de coisa indivisível deve respeitar a preferência assegurada aos demais condôminos, de acordo com o que dispõe o art. 504 do Código Civil. A venda é válida, mas ineficaz quanto ao condômino preterido, que pode, no prazo decadencial de seis meses contados do registro ou da ciência do negócio, o que primeiro ocorrer, depositar judicialmente o preço e haver a coisa para si. O STJ, em suas Turmas, mantém posicionamentos conflitantes sobre o tema. Há julgados no sentido de que a preferência do condômino somente incide quando a coisa objeto do condomínio é indivisível. Existe posicionamento diverso, de que também há preferência quando a coisa é divisível, mas o condomínio é pró-indiviso. Embora a primeira corrente se atenha ao texto da lei, sem dúvida a segunda corrente tem a vantagem de evitar o ingresso de estranho à situação de condomínio indiviso, sempre conflituosa.

Também é livre a constituição pelo condômino de direitos reais sobre coisa alheia, como o usufruto, o uso e a superfície, gravando a sua parte ideal. Exceção a tal regra é a constituição do direito real de servidão, que deve ser consentida pela unanimidade dos coproprietários do prédio serviente, em razão de sua indivisibilidade e da impossibilidade de gravar apenas parte ideal do prédio. Nos casos dos direitos que importem a cessão da posse direta, tais como usufruto, uso, habitação e superfície, parece claro que o titular de direito real sobre coisa alheia não poderá ter mais direitos do que tinha o condômino, de modo que terão apenas composses sobre a coisa comum, sem direito ao uso exclusivo ou localizado, salvo concordância dos demais condôminos.

Finalmente, o último dos direitos do condômino é reivindicar a coisa comum de terceiros. Decorre do direito de seqüela, de perseguir a coisa em poder de quem injustamente se encontra. Em relação a terceiros, o condômino age como se fosse proprietário pleno. Pode ajuizar ações petitórias em geral contra terceiros, tanto reivindicatória como imissão de posse ou publicianas, todas fundadas no *ius possidendi*, independentemente da anuência dos demais coproprietários. O pedido não se limita à devolução da parte ideal do autor da demanda, mas da coisa por inteiro, em benefício próprio e dos demais condôminos.

A lei destaca a prerrogativa de o condômino reivindicar, mas de terceiro. Segundo doutrina tradicional, não cabe a reivindicatória contra outro condômino, por razão singela. É a reivindicatória ação do proprietário sem posse diante de possuidor sem propriedade e no condomínio autor e réu são donos, com poderes qualitativamente iguais (MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 33). O Superior Tribunal de Justiça,

porém, já admitiu a reivindicatória de um condômino contra outro, desde que o condomínio seja *pro diviso*. Parece melhor tal posição, uma vez que em situações diversas poderá ocorrer de o condômino, ou adquirente de parte ideal, embora localizada no solo, não ter posse anterior para fundamentar ação possessória, mas pleitear que o outro coproprietário que tomou posse exclusiva sobre a totalidade da coisa comum, ou indevidamente se apoderou de quinhão localizado do alienante, restitua-a em proveito de todos os titulares, ou de um deles.

Também pode o condômino defender a posse contra ataques ilícitos de terceiros ou mesmo de outros coproprietários. A tutela é exercida individualmente, sem necessitar da anuência dos demais coproprietários, e a todos aproveita, porque o terceiro esbulhador deve restituir a coisa na sua totalidade e não somente a parte ideal do autor da demanda. Note-se que a lei, ao contrário do que ocorre com a ação reivindicatória, não limita a ação do condômino apenas contra terceiros. Disso decorre que um condômino, desde que tenha posse anterior, pode invocar a tutela possessória - ea autotutela - contra outro comunheiro, com o objetivo de limitar sua conduta, permitindo a utilização da coisa comum por toda a comunidade de coproprietários. Cabem as ações possessórias típicas (reintegração, manutenção e interdito proibitório) assim como a nunciação de obra nova e os embargos de terceiro. Cabe a cada condômino, isoladamente, o direito de defender a coisa comum perante afrontas de proprietários de prédios vizinhos às restrições do capítulo do direito de vizinhança, anteriormente estudado.

Jurisprudência: Na propriedade comum, quem ocupa integralmente imóvel de que é coproprietário deve pagar aluguel aos demais condôminos, aos quais são assegurados os direitos inerentes ao domínio, e perceber os frutos produzidos pela coisa comum. (JSTJ 101/177)

A comunhão de bens originada do casamento, chamada de mãos juntas, do tipo germânico, difere da comunhão por quotas, de tipo romano, como é o caso do condomínio, porque, diferente deste, cuja possibilidade de alienação da parte ideal é de sua essência, naquele não pode o marido, assim como a mulher, dispor de sua parte sobre os bens comuns, de modo a criar comunhão, pela dissolução do casamento, uma vez que subsiste o patrimônio comum enquanto não operada a partilha. Em sendo assim, é inadequada a ação visando a extinção de um condomínio inexistente. (TJSP, Ap. cível n. 80.513, rel. Des. Ruitier Oliva)

Ação declaratória. Instituição de servidão de passagem. Improcedência. Pretensão de estabelecer-se a servidão de passagem sobre imóvel em condomínio por partes ideais. Direito real só passível de implantação em imóveis diversos. Encravamento dependente de subdivisão não ocorrida. Ato voluntário do doador levaria ao confinamento do imóvel, se viesse a ocorrer a subdivisão anunciada em contrato de compra e venda. Improvido recurso de apelação dos autores. Sentença integralmente confirmada. (TJPR, Ap. cível n. 110.826-9, 6ª Câmara Cível, rel. Ramos Braga, j. 20.02.2002)

O condomínio *pro diviso* pressupõe posse exclusiva dos condôminos sobre área certa e determinada, em que cada possuidor exerce, nos limites da posse, um poder jurídico absoluto com a exclusão dos demais, auferindo os frutos e a renda produzida pela respectiva área possuída, podendo fazer inovações e benfeitorias na área, inclusive instituindo servidões em benefício de outros prédios* Os condôminos réus, e o usufrutuário da respectiva área destes, na área da qual têm posse exclusiva construíram uma estrada que, embora venha a constituir uma servidão em benefício de outros prédios, representa uma comodidade para o escoamento da produção, se afeta a área de posse do autor, que se localiza muito distante dali. Desse modo, não tem o autor interesse processual para obstar a construção dessa. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 37.016-4, rel. Ruitier Oliva, j. 09.03.1999)

Ação reivindicatória. Condomínio. Cabimento. Sentença de primeiro grau que julgou o autor carecedor da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, descabendo ação reivindicatória de condômino contra condômino. Embora, em princípio, a tese encontre amparo na doutrina e na jurisprudência, vem sendo mitigada. Desde que localizada a área dentro de condomínio, área *pro diviso*, impende-se que se supere a questão. (TJRS, Ap. cível n. 592.017.057, 5ª Câ. Cível, rel. Lio Cezar Schmitt, j. 02.04.1992)

Ação de divisão. Comunhão *pro diviso*. Admissível ao condomínio o direito de usucapir o imóvel objeto da comunhão. Alegação de usucapião em defesa tem o condão apenas de afastar o imóvel da ação de divisão. Não tem efeito *erga omnes* e não vale para registro. Procedência do pedido para excluir da ação de divisão a área objeto dos embargos. Sentença confirmada em grau de recurso. (TJPR, Ap. cível n. 6.523-2, 2ª Câ. Cível, rel. Carlos Raitani, j. 12.12.1990)

I - O art. 1.139 do Código Civil incumbe o condômino que deseja alhear seu quinhão do imóvel indiviso de promover a comunicação prévia aos demais, sem determinar o prazo que lhes deve ser concedido para o exercício da preferência. II - Assentado nas instâncias ordinárias ter havido essa comunicação, e nem afirmada má-fé da alienante pelas instâncias ordinárias, não há que invocar violação do art. 1.139 do CC. (STJ, REsp n. 88.408, 3ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.09.1998)

Ação reivindicatória. Um condômino contra o outro. Cabimento, pelas peculiaridades da espécie. O cabimento ou não da ação reivindicatória de um condômino contra o outro não pode resultar de dogma inflexível, mas será dependente do exame das circunstâncias de cada caso. Hipótese em que se registrou que a parte da área reivindicada já está determinada e que os réus não possuem dúvidas quanto à área pretendida; que o limite a ser fixado exige apenas o traçado de uma linha divisória; e que a posse dos réus é injusta, tudo conduzindo para ter, pelas peculiaridades da espécie, por admissível a ação reivindicatória proposta (STJ, REsp n. 134.814/RS, 4ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 29.10.1998). (*RSTJ* 120/348)

Indenização. Desapropriação indireta. Condomínio. Participação de todos os condôminos na ação. Desnecessidade. Art. 623, II, do Código Civil. Recurso não provido. O condômino que não quiser não pode ser obrigado a pleitear indenização (TJSP, Ap. cível n. 248.936-2, rel. Ricardo Brancato). (*Lex-TJSP* 169/79, 1995)

Na hipótese de o bem se encontrar em estado de indivisão, seja ele divisível ou indivisível, o condômino que desejar alienar sua fração ideal do condomínio deve obrigatoriamente notificar os demais condôminos para que possam exercer o direito de preferência na aquisição, nos termos do art. 1.139 do CC/1916. (STJ, REsp n. 489.860/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.10.2004)

Civil. Condomínio. Direito de preferência. A regra do art. 1.139 do Código Civil tem aplicação restrita às coisas indivisíveis, não sendo por ela abrangidas as simplesmente indivisas. (STJ, REsp n. 109.787/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 17.08.1999)

Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.

Parágrafo único. Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos.

O *caput* do artigo reproduz, na sua essência, o art. 624, e o parágrafo único, o art. 639 do Código Civil de 1916. As alterações foram de pouca monta e não alteraram a substância dos preceitos.

Na lição de Washington de Barros Monteiro, é “manifestamente justa a razão da cabeça do artigo. As despesas de conservação aproveitam a todos e, por isso, todos devem suportá-las, proporcionalmente ao valor de seus quinhões. Incivil seria que apenas um ou alguns viessem a sofrer tais gastos locupletando-se ilicitamente os demais” (*Curso de direito civil*, 37. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. III, p. 211). Igual critério orienta as despesas com a divisão da coisa, sendo razoável que aquele que recebe quinhão de maior valor arque com as despesas proporcionalmente superiores. A regra é dispositiva, de modo que apenas se aplica no silêncio do título constitutivo do condomínio ou de convenção unânime entre os condôminos. Não se admite, porém, que por voto da maioria se altere o critério legal de rateio, contra a vontade da minoria, salvo se houver causa objetiva para tanto. O quinhão de cada condômino responde pelo inadimplemento da obrigação de ratear as despesas, como crédito preferencial, dotado de privilégio sobre os demais credores, por se tratar de despesas com a manutenção e conservação da própria coisa. Cuida-se de obrigação *propter rem*, ou seja, devedor é o titular da copropriedade sobre a coisa. O adquirente da parte ideal, assim, passa a ser devedor pelo só fato de ter se tornado condômino.

A parte final do *caput* reza que cada condômino é obrigado a suportar, na força de seu quinhão, o ônus real a que a coisa estiver sujeita. A regra se aplica somente aos casos em que o ônus recai sobre a totalidade da coisa e não sobre a fração ideal de um ou de alguns condôminos. Tomem-se como exemplos a servidão, o usufruto, o uso e a hipoteca, quando recaem sobre toda a coisa e gravam a fração ideal de cada coproprietário. A regra não se aplica, ao contrário, se o ônus for divisível e recair somente sobre a parte ideal do condômino.

O parágrafo único cria presunção relativa de igualdade de quinhões. É relativa porque se elide por prova em sentido contrário, a cargo de quem sustenta a desigualdade. No caso de imóveis, o próprio registro indica as partes ideais de cada proprietário e, no silêncio, prevalece a presunção de igualdade. As partes ideais são indicadas em frações, ou percentagens. Títulos e registros antigos costumam indicar as partes ideais em valores, o que acarreta, diante de sucessivas transmissões e alterações da moeda, alguma dificuldade para o cálculo. Devem ser retificados, convertendo-se valores em frações. De igual modo, caso o registro não reflita a força dos quinhões contida nos títulos, deve ser retificado, em razão de sua natureza causai. Em relação às coisas móveis, a presunção pode ser elidida por prova da contribuição e do ânimo de cada condômino, para aquisição da coisa comum.

Jurisprudência: É inadmissível a pretensão de condômina que ocupa imóvel comum, gratuita e exclusivamente, de cobrar valores despendidos com benfeitorias; também é inaceitável que os outros condôminos pretendam cobrar aluguéis referentes a tal período, pois o interregno que media a instituição do condomínio e a citação, dando notícia da ação, é considerado comodato, porquanto empréstimo gratuito de coisa infungível, não incidindo nenhuma cobrança retroativa por qualquer uma das partes (TJSP, rel. Des. Ruy Camilo). (ff7'792/218)

Oportuno lembrar que, embora seja cada condômino obrigado a concorrer, na proporção de sua parte, para as despesas de conservação ou divisão da coisa e suportar na mesma razão os ônus a que estiver sujeita, é evidente que essas despesas devem ser cumpridamente demonstradas e provadas, sob pena de não ser acolhidas ou, conforme a situação, ensejando a solução que o art. 625, parágrafo único, do Código Civil, expressamente prevê. (TJSP, Ap. cível n. 69.826-4, rel. Olavo Silveira, j. 28.01.1999)

Condomínio. Edifício em construção em condomínio. Deliberações de assembleia geral, por maioria de votos, tomadas por condôminos inadimplentes que revogam procuração outor-

gada pela comissão de representantes em nome do condomínio para o ajuizamento da ação de cobrança. Deliberação de condôminos em maioria isentando determinados condôminos do pagamento de despesas de serviços prestados em favor do condomínio. Deliberação autorizadora de imissão na posse das unidades em favor de condôminos inadimplentes. Nulidade de tais deliberações. A maioria da assembleia geral não pode decidir de modo a desrespeitar os direitos individuais dos condôminos em minoria. Princípio da proporcionalidade no rateio das contribuições para a construção do prédio. Ação procedente para decretar a nulidade das assembleias e das deliberações impugnadas. Sentença mantida. Apelo parcialmente provido apenas para que a nulidade atinja as deliberações impugnadas, observado os limites do pedido inicial (TJSP, Ap. cível n. 265.594-2, rel. Pereira Calças). (*Lex-TJSP* 178/31,1996)

Separação. Imóvel partilhado à razão de metade para cada um dos cônjuges. Alienação judicial. Despesas com construção, prestações do terreno e Imposto Predial e Territorial Urbano. IPTU, efetuadas antes da partilha. Dedução descabida. Recurso provido, em parte, para que se faça a dedução e reembolso da apelante, apenas com relação a despesas tributárias efetuadas após a partilha (TJSP, Ap. cível n. 225.135-1, rel. Antônio Villen). (*Lex-TJSPM4/M* 1995)

Art. 1.316. Pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal.

§ 1º Se os demais condôminos assumem as despesas e as dívidas, a renúncia lhes aproveita, adquirindo a parte ideal de quem renunciou, na proporção dos pagamentos que fizerem.

§ 2º Se não há condômino que faça os pagamentos, a coisa comum será dividida.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em estudo constitui inovação no ordenamento.

Vimos, no comentário ao art. 1.276, II, do Código Civil, que um dos modos de perda da propriedade é a renúncia, consistente em ato unilateral pelo qual o proprietário declara formal e explicitamente o propósito de despojar-se do direito de propriedade. Se cabe a renúncia à propriedade alodial ou plena, cabe também à parte ideal da propriedade em condomínio.

A peculiaridade da renúncia em estudo está na possibilidade de os demais condôminos adquirirem a parte do renunciante, desde que paguem as despesas e dívidas em aberto. Em relação ao renunciante, a abdicação tem o condão de eximi-lo do pagamento das despesas da coisa comum vencidas e vincendas, desde que outro condômino as assuma. Em relação aos demais condôminos, abre-se a possibilidade de aquisição da parte ideal do renunciante, mediante assunção das dívidas e despesas vencidas e futuras.

Na lição de Edson Luiz Fachin, “opera-se forma especial de sub-rogação, pois, quando os demais condôminos avocam o passivo, a renúncia lhes dá vantagem, adquirindo eles a quota ideal de quem renunciou, na proporção dos estipêndios que fizerem” (*Comentários ao Código Civil* São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 183). Arremata o autor que “a proporção dos pagamentos realizados pelos condôminos é a medida da fração ideal por eles adquirida” (op. cit., p. 186).

Pode ocorrer, porém, de nenhum dos demais condôminos efetuar o pagamento, como prevê o § 2º. Em tal caso, grave razão torna inviável a persistência do condomínio, que será extinto pela divisão ou alienação da coisa comum, ainda que não vencido o prazo convencional de indivisibilidade (art. 1.220, § 3º). O que ocorre, então, em relação à parte do renunciante e, em especial, quanto à sua responsabilidade pelas despesas? Diz Edson Luiz Fachin que a renúncia se resolve pelo implemento de condição resolutiva imprópria (op. cit., p. 186). Parece melhor afirmar que a renúncia, como negócio unilateral e não receptício, já está aper-

feioada. Uma de suas conseqüências, que é a exoneração da responsabilidade, é que pode se tornar ineficaz diante de credores ou dos demais condôminos, desde que o quinhão do renunciante não baste para cobrir as despesas de conservação e de divisão da coisa comum.

Finalmente, a renúncia, ao contrário do abandono, não deflui de comportamento do dono nem admite a forma tácita. O condômino renunciante deve explicitamente abdicar da coisa comum e, se for esla imóvel, instrumentalizar a renúncia por escritura pública, se acima do valor legal, assim como levá-la ao registro imobiliário.

Art. 1.317. Quando a dívida houver sido contraída por todos os condôminos, sem se discriminar a parte de cada um na obrigação, nem se estipular solidariedade, entende-se que cada qual se obrigou proporcionalmente ao seu quinhão na coisa comum.

CC/1916: art. 626.

O artigo em estudo recebeu apenas alteração mínima em sua redação, preservando, porém, a substância da regra anterior.

A regra é clara e não suscita maior dúvida. Trata da dívida contraída por todos os condôminos, sem discriminação da responsabilidade de cada um deles nem cláusula expressa de solidariedade. Em tal caso, a responsabilidade de cada condômino será proporcional ao seu respectivo quinhão. Note-se que não se divide *per capita* o montante da dívida, mas de modo proporcional às quotas.

Nada impede, dada a natureza dispositiva da norma, que as partes convençionem com o credor de modo diverso, ou que estabeleçam por convenção cláusula de solidariedade. Em determinadas situações jurídicas, a solidariedade decorrerá diretamente da lei, como no caso de locações prediais urbanas.

Art. 1.318. As dívidas contraídas por um dos condôminos em proveito da comunhão, e durante ela, obrigam o contratante; mas terá este ação regressiva contra os demais.

CC/1916: art. 625, *caput*

O preceito é similar ao do Código Civil de 1916, apenas com supressão do parágrafo único então existente.

Versa a norma sobre hipótese inversa à do artigo antecedente, ou seja, a dívida contraída por apenas um ou alguns dos condôminos, mas em proveito de todos e durante a comunhão. Nasce daí duas relações jurídicas distintas, uma externa e outra interna.

A primeira, do condômino que se obrigou diante de terceiro credor. Não tem o credor, a princípio, direito contra os demais condôminos, que não se obrigaram. Caso, porém, o condômino que se obrigou seja insolvente, nasce a obrigação dos demais, tendo como fonte o enriquecimento indireto sem causa.

A segunda, de regresso do condômino que pagou perante os demais, que se beneficiaram com a dívida, na proporção dos respectivos quinhões. O regresso, todavia, está sujeito a duplo requisito: o proveito comum, decorrente da obrigação assumida, e que a obrigação nasça na persistência da comunhão. A situação se assemelha à gestão de negócio, de modo que somente a necessidade ou utilidade em proveito geral é que geram direito de regresso. Assim, dívidas contraídas por coproprietário para fazer frente a benfeitorias úteis ou necessárias permitem voltar-se contra os demais comunheiros. O mesmo, porém, não ocorre em relação às benfeitorias voluptuárias, salvo se os demais condôminos com ela assenliram.

Art. 1.319. Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou.

CC/1916: art. 627.

O artigo em estudo disciplina dois aspectos ligados ao condomínio: o rateio dos frutos recebidos e a reparação dos danos causados por um dos condôminos à coisa comum.

Quanto ao primeiro aspecto, vimos, no comentário ao art. 1.316, que uma das faculdades do dono - e também do condômino - é tirar da coisa o seu proveito, extrair dela os frutos. Caso um dos condôminos receba com exclusividade os frutos da coisa comum, responde perante os outros pela quota-parte proporcional aos quinhões dos comunheiros. De igual modo, se um dos condôminos usa com exclusividade a coisa comum, deve indenizar os demais comunheiros pelos frutos que a eles a coisa geraria, abatida a porção cabente ao próprio usuário.

Como acentua Marco Aurélio S. Viana, porém, o condômino que utiliza com exclusividade o imóvel, em detrimento dos demais, “não está ali na condição de locatário, mas de proprietário, razão pela qual não se lhe aplica a legislação locatícia” (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 340). Podem os demais condôminos ajuizar ação possessória para garantir a utilização geral da coisa, ou, então, pedir ao juiz a fixação de retribuição pelo indevido uso integral da coisa comum por um dos coproprietários. O tema já foi tratado no comentário ao art. 1.314, supra, ao qual se remete o leitor.

A regra, todavia, de natureza dispositiva, incide somente sobre o condomínio *pro indiviso*. No caso de condomínio *pro diviso*, em que localizaram as partes a sua posse no solo por mútuo consenso, não tem sentido o rateio dos frutos produzidos ou a fixação de aluguel pela porção de ocupação exclusiva.

A parte final do artigo dispõe que responde o condômino perante os outros pelos danos que causou à coisa comum, também na medida de suas frações ideais. Esses danos podem ser causados pela utilização exclusiva, em detrimento dos demais, ou pela própria deterioração ou perda culposa da coisa comum. Também o administrador da coisa comum responde aos demais coproprietários não somente pelos frutos recebidos com exclusividade como também por aqueles que culposamente deixou de perceber.

Jurisprudência: Separação judicial. Bem de casal. Ocupação do imóvel pelo cônjuge varão. Cobrança de aluguel pela mulher. Cada consorte responde aos outros pelos frutos da coisa comum (art. 627 do CC). Na propriedade em comum, não se pode usá-la em detrimento dos demais condôminos. (STJ, REsp n. 130.605/DF, 3ª T., rel. Min. Paulo Costa Leite, j. 22.09.1998, DJ 01.03.1999)

Condomínio. Coisa comum. Ex-cônjuges. Uso exclusivo por um deles. Indenização devida ao outro. Irrelevância no fato de não se encontrar o bem comum produzindo lucro ou rendimento. Procedência. Sentença mantida. Agravo retido e apelação improvidos. Mostra-se irrelevante o fato de o imóvel comum não estar produzindo rendimento; o condômino responde perante os demais pelos frutos colhidos e também pelos que deixou de perceber por sua culpa (arts. 513 e 627 do CC). A indenização será devida mesmo incorrente a renda, mas em caso de uso exclusivo por parte de um dos condôminos. Então, o que disciplina essa situação jurídica formada são as regras comuns da copropriedade. "Usando a coisa sozinho ou percebendo por inteiro os seus frutos, ele responderá perante os demais, com o que se estabelece a harmonia entre o art. 623,1, e 627" (/?7449/144; RJTJESP-Lex74/565, 81/88,115/53 e 126/72; RT 538/130, 544/100 e 746/196). (TJSP, Ap. cível n. 127.401-4, rel. Octávio Helene, j. 13.04.2000)

Coisa comum. Arbitramento de aluguel. Termo inicial que é o da citação da condômina que usufrui da coisa com exclusividade, uma vez que o período anterior ao reclamo tem natureza equiparada ao "comodato". Responsabilidade dos condôminos pelo pagamento de taxas e impostos que recaem sobre a coisa comum, devida por força do art. 624 do Código Civil. Coisa comum. Pretendida recobrança de valores havidos para manutenção do bem comum, por condômina que o ocupa a título gratuito e exclusivamente. Inadmissibilidade diante do reconhecimento de que o período anterior ao reclamo constitui "comodato" e, assim, por força do art. 1.254 do Código Civil, é indevida a cobrança que, ademais, haveria que seguir a via própria do art. 275, II, *b*, do Código de Processo Civil. Recursos dos autores-reconvindos parcialmente providos, improvido o da requerida-reconvinte (TJSP, Ap. cível n. 145.479-4/8-00, rel. Ruy Camilo, j. 08.05.2001). (*Lex-TJSP* 259/38, 2002)

Na indenização devida por condômino, em razão da utilização exclusiva de coisa comum, é ininvocável a legislação do inquilinato, para fins de atualização monetária, uma vez que não há relação *ex locato* e o valor locativo é adotado apenas como parâmetro do valor indenizatório (TJSP. Ap. cível n. 196.306-2, rel. Ruy Camilo). (*Lex-TJSP* 142/159, 1993)

Condomínio. Ação de arbitramento de aluguel. Legitimidade ativa *ad causam* dos herdeiros de uma das proprietárias, enquanto pendente a sucessão, resultante do direito de *saisine*. Irrelevância da não alteração do registro imobiliário. Inteligência dos art. 1.572 e 1.580, parágrafo único, do CC/1916, e 1.791, parágrafo único, e 1.784 do CC em vigor. Preliminar rejeitada. Condomínio. Legitimidade passiva *ad causam* dos ocupantes para responderem, solidariamente, com os coproprietários que lhes autorizaram o ingresso em imóvel comum, sem o consentimento dos demais condôminos, pelo ressarcimento dos danos daí resultantes. Inteligência dos arts. 159, 623, II, e 633 do CC/1916 e 189, e 1.314, *caput*, e seu parágrafo único, do CC/2002. Preliminar rejeitada (TJSP, AI n. 375.153-4/3, rel. Waldemar Nogueira Filho). (*Lex-TJSP* 291/410, 2005)

Condomínio. Separação judicial do casal. Posterior acordo tácito no sentido de que o varão teria o uso exclusivo do imóvel comum, mediante o pagamento de indenização mensal. Pedido de revisão do aluguel ou indenização inicialmente avençada, cumulado com condenação ao pagamento das diferenças durante todo o período pretérito. Carência da ação afastada, ante o inequívoco interesse processual na modificação de cláusula de acordo entre as partes. Afastamento da preliminar de prescrição da ação, pois não se trata de cobrança de aluguel, mas sim de revisão de cláusula que estipulou indenização. Impossibilidade, porém, de se cobrar indenização majorada, com efeito *ex tunc*. Termo inicial do valor majorado a contar da citação, quando o réu desocupou voluntariamente o imóvel. Ação improcedente, sob fundamento diverso. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 502.724.4/9-00, rel. Francisco Loureiro, j. 08.11.2007)

Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão.

§ 1º Podem os condôminos acordar que fique indivisa a coisa comum por prazo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior.

§ 2º Não poderá exceder de cinco anos a indivisão estabelecida pelo doador ou pelo testador.

§ 3º A requerimento de qualquer interessado e se graves razões o aconselharem, pode o juiz determinar a divisão da coisa comum antes do prazo.

O artigo em exame condensa os arts. 629 e 630 do Código Civil de 1916. O art. 630 deu origem ao § 2º do artigo em comento. As inovações foram apenas de redação, preservando-se a essência dos preceitos.

A grande novidade está no § 3º do atual art. 1.320, que prevê a possibilidade de se afastar o prazo convencional de indivisibilidade da coisa comum, desde que haja grave razão para tanto.

Diziam os romanos que a comunhão é a mãe da discórdia. Não resta dúvida de que constitui fonte permanente de conflitos e tensão, daí ser considerada forma anormal de propriedade, de caráter transitório. Consequência disso é a regra enunciada na cabeça do artigo em estudo, seguindo antigo aforismo romano: ninguém pode ser compelido a permanecer em condomínio contra a sua vontade. Enunciando a regra de modo inverso, a persistência do condomínio exige o assentimento unânime de todos os condôminos.

A tendência dos tribunais é facilitar a extinção do condomínio. A jurisprudência afirma que mesmo quando o condomínio ocorre entre particular e o Poder Público cabe sua extinção, independentemente de autorização legislativa. Também quando a parte ideal se encontra gravada por cláusula de inalienabilidade se admite a extinção, hipótese em que a restrição se sub-rogará sobre o quinhão atribuído ao condômino, ou sobre o respectivo preço, se houver alienação judicial. De igual modo, quando parte ideal é gravada por usufruto, a extinção é possível, e apenas acarretará a sub-rogação do gravame da parte ideal de coisa maior, para parte certa de coisa menor. De outro lado, porém, nega o Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de extinção do condomínio, se a coisa comum é gravada por direito real de habitação decorrente da lei, em favor do viúvo. Tal limitação criada pela jurisprudência, todavia, não se justifica, pois para garantia do viúvo basta que se preserve o direito real sobre a coisa, que continuará a onerar cada um dos quinhões, no caso de divisão, ou o próprio imóvel se houver alienação judicial da coisa comum indivisível.

Todo condômino está obrigado a se sujeitar à divisão, arcando com as despesas proporcionais ao seu quinhão. Pode a divisão, ou a alienação judicial da coisa comum, ser requerida por qualquer condômino, ainda que minoritário, não se aplicando, portanto, a regra que rege a administração da coisa comum, por deliberação da maioria. Ressalva a lei que a faculdade (ou melhor, o direito potestativo) pode ser exercida a qualquer tempo, de modo que não está sujeita à prescrição ou decadência, nem está sujeita à renúncia por tempo indeterminado, por se tratar de norma de ordem pública. É claro, porém, que se a coisa é adquirida por usucapião (prescrição aquisitiva), por terceiro ou por um dos condôminos em detrimento dos demais (matéria tratada no comentário ao art. 1.238 do CC), termina a copropriedade e a prerrogativa de pleitear a divisão.

A extinção do condomínio opera-se de modo diverso, de acordo com a natureza da coisa comum. Se a coisa comum é divisível (ver art. 87 do CC), extingue-se pela divisão amigável ou judicial. A divisão amigável ocorre por negócio jurídico, sob a forma de escritura pública, se a coisa é um imóvel acima do valor legal, exigindo a anuência de todos os condôminos. Caso não haja consenso, ou sendo um dos condôminos incapaz, a divisão é judicial, na forma dos arts. 967 a 981 do Código de Processo Civil. Os quinhões terão valor proporcional à parte ideal de cada condômino e a sentença é declaratória, convertendo parte ideal sobre o todo em propriedade plena sobre parte certa. A alteração patrimonial é somente qualitativa e não quantitativa, razão pela qual não incide imposto de transmissão.

Se a coisa é indivisível, a solução é outra. Há necessidade de levar a coisa comum à hasta pública e, abatidas as despesas, ratear o valor apurado na venda judicial proporcionalmente aos quinhões dos condôminos, observando a regra do art. 1.322, adiante comentado e seguindo o procedimento dos arts. 1.113 e seguintes do Código de Processo Civil.

A regra de que ninguém pode ser compelido a permanecer como condômino comporta exceção e atenuação. A exceção está no condomínio necessário (arts. 1.327 e 1.328, adiante comentados), que não comporta extinção, por sua própria natureza.

A atenuação está nos §§ 1º e 2º deste artigo, que preveem a possibilidade de a indivisibilidade da coisa comum ser acordada pelos coproprietários, ou instituída pelo doador ou testador, pelo prazo máximo de cinco anos. O prazo é cogente, de modo que se considera não escrita cláusula que estipule prazo superior, ou indeterminado, reduzindo-se automaticamente ao termo admitido pela lei. Lembre-se de que a convenção que acorda a indivisibilidade exige o consentimento unânime de todos os condôminos e não simples maioria. Nada impede que o condômino, durante o prazo acordado, aliene a sua parte ideal a terceiro, que, porém, fica submetido ao pacto de indivisibilidade. Admite a lei prorrogação ulterior do pacto, sem limitação de vezes, embora sujeita, também, ao termo quinquenal. Note-se, porém, que a prorrogação é ulterior, ou seja, exige novo consenso dos condôminos ao final do primeiro termo e não pode ser acordada antecipadamente, porque consistiria fraude à lei.

No que se refere à cláusula de indivisibilidade imposta em testamento ou doação, persiste o prazo máximo de cinco anos. Não há necessidade de motivação da cláusula, que, porém, não pode atingir a legítima do herdeiro necessário, por força do que dispõe o art. 1.848 do Código Civil, que menciona apenas as cláusulas restritivas de inalienabilidade, incomunicabilidade e indisponibilidade e não de indivisibilidade. O termo inicial do prazo é a morte, no caso de testamento, ou o registro do contrato de doação. Não cabe prorrogação do prazo, até porque o instituidor da cláusula não mais é condômino. Nada impede, porém, que os condôminos, ao final do termo inicial, convençionem novo período máximo de cinco anos de indivisibilidade.

Finalmente, o § 3º do art. 1.320, em exame, prevê a possibilidade de o juiz determinar a divisão da coisa comum, antes do prazo de indivisibilidade convencionado pelos coproprietários ou instituído pelo doador ou testador, se graves razões assim aconselharem. O pedido pode ser formulado por qualquer interessado, incluído aí o condômino insatisfeito com a comunhão, ou mesmo o seu credor. O afastamento da indivisibilidade convencional somente pode ser feito por decisão judicial, desde que apresentem as partes “graves razões”. O termo é aberto, conferindo ao juiz o poder de aferir, caso a caso, o desacordo entre os condôminos. Tomem-se como exemplos a severa desinteligência entre os condôminos, ou o desacordo quanto à destinação ou administração da coisa, ou, ainda, a renúncia de um dos coproprietários, sem que os demais se animem a assumir sua quota-parte, pagando as despesas em aberto, ou, finalmente, urgente necessidade de um condômino dar à coisa destinação diversa da acordada. Podem ser invocadas também a ofensa à boa-fé objetiva quando do ajuste da cláusula, ou que esta atenta à função social da propriedade.

Jurisprudência: Admite-se usucapião por um dos condôminos de todo o imóvel quando ele prove posse própria (posse com intenção de ter a coisa inteiramente para si) decorrente de atos inequívocos. Extinto, assim, o condomínio, não há que pretender a divisão do que já não existe em comum (STF, RE n. 79.854, rel. Min. Moreira Alves). (RT 493/237)

É certo, consoante o ensinamento de Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil - direito das coisas*. São Paulo, Saraiva, v. III, p. 213-4), que "Em se tratando de condomínio ordinário, objetivando coisa divisível, é transitório o estado de comunhão e a qualquer condômino assiste o direito de exigir a todo tempo a divisão da coisa comum. Esse direito, assegurado pelo art. 629 do Código Civil, baseia-se na lição da experiência e segundo a qual condomínio constitui sementeira de discórdias: *communio est mater discordiarum* - o aforismo consagrado pela jurisprudência romana. A divisão tem por objetivo a obtenção da autonomia de cada quinhão, de modo a constituir um todo independente, perfeitamente indivisível, livre de ingerência dos demais condôminos e dos estranhos..." [...]. (TJBA, Ap. cível n. 21-87, rel. Dermeval Bellucci, j. 04.05.1988)

O direito do condômino à extinção do condomínio é uma faculdade fundamental, um ponto cardeal do instituto da comunhão. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divi-

são da coisa comum e, quando a coisa for indivisível, será vendida e repartido o preço. Não se subordina, quer à concordância de outro condômino, quer à conveniência, à oportunidade ou à vantagem desses outros. É um direito potestativo, um querer do titular com efeitos na esfera jurídica dos sujeitos passivos que não podem, ou não devem, fazer nada, a não ser se submeter às conseqüências da declaração de vontade do primeiro (TJRJ, Ac. unân. da 7ª Câm. Cível, Ap. 1.155.187, rel. Des. Paulo Roberto de A. Freiras, *Adcoas* 132.292). Assim, havendo desacordo entre os condôminos, a coisa pode e deve ser alienada judicialmente, positivada a impossibilidade da sua divisão, sendo irrelevante a existência daquela estipulação que não se erige numa condição suspensiva como preconizado pelo MM. Juiz sentenciante. (TJSP, Ap. cível n. 78.901-4, rel. Testa Marchi, j. 05.08.1999)

Nos termos do art. 1.320 do novo CC, o condômino pode, a qualquer tempo, exigir a divisão da coisa comum. Esta pode se dar pela venda do bem ou adjudicação de quinhões, ou, ainda, pelo simples ato de repartir, ficando cada condômino com uma parte ideal, quando o imóvel permitir divisão material. Constituído o prédio objeto do pedido de unidades autônomas com acessos independentes, inclusive com medidores individuais de energia elétrica e água, a procedência do pedido de divisão se impunha. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.005.709.365, 2ª Câm. Especial Cível, rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 27.05.2003)

Divisão. Condomínio. Imóvel objeto de usufruto. Ajuizamento por nu-proprietário. Cabiamento, independentemente da anuência do usufrutuário, desde que os direitos deste sejam resguardados. Embargos rejeitados. Admite-se a divisão entre nus-proprietários, independentemente da anuência do usufrutuário, desde que não afete em nada o usufruto, continuando o possuidor a usar e gozar do imóvel em seu todo, muito embora com divisas certas (TJSP, Embargos infringentes n. 138.659-1, rel. Toledo Cesar). (*Lex-TJSP* 144/188, 1993)

A existência de cláusula de inalienabilidade recaindo sobre uma fração de bem imóvel, não impede a extinção do condomínio. Na hipótese, haverá sub-rogação da cláusula de inalienabilidade, que incidirá sobre o produto da alienação do bem, no percentual correspondente a fração gravada (STJ, REsp n. 729.701/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2005, *DJ* 01.02.2006, p. 553). (*RT* 847/183)

É direito potestativo do condômino de bem imóvel indivisível promover a extinção do condomínio mediante alienação judicial da coisa (CC/1916, art. 632; CC/2002, art. 1322; CPC, art. 1.117, II). Tal direito não fica comprometido com a aquisição, por arrecadação de herança jacente, de parte ideal do imóvel por pessoa jurídica de direito público. 2 - Os bens públicos dominicais podem ser alienados "nos casos e na forma que a lei prescrever" (CC/1916, art. 66, III e 67; CC/2002, art. 101). Mesmo sendo pessoa jurídica de direito público a proprietária de fração ideal do bem imóvel indivisível, é legítima a sua alienação pela forma da extinção de condomínio, por provocação de outro condômino. Nesse caso, a autorização legislativa para a alienação da fração ideal pertencente ao domínio público é dispensável, porque inerente ao regime da propriedade condominial. 3 - Recurso especial a que se nega provimento (STJ, REsp n. 655.787/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 09.08.2005, *DJ* 05.09.2005, p. 238). (*RJMC* 174/404)

No caso, observo que, além de não obedecer à forma prescrita em lei, a cessão de direitos em questão não foi levada a registro, deixando de produzir, portanto, o necessário efeito translativo da propriedade, fato este que permitiria a recorrente que se utilizasse do procedimento da alienação judicial, inserto na lei processual civil, com vistas a vender o imóvel em apreço. Destarte, não transmitida a propriedade, mas apenas cedidos os direitos em relação ao bem em contenda, impossível a sua alienação judicial, nos termos dos arts. 1.112, IV, e 1.117,

II, ambos do Código de Processo Civil (STJ, REsp n. 254.875/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 05.08.2004, *DJ* 30.08.2004, p. 289). (*Lex-STJ* 182/122)

Viúvo. Direito de habitação. Imóvel residencial. Condomínio. Alienação de bem comum indivisível.

O viúvo, casado sob o regime de comunhão universal de bens, tem o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado a residência da família. Improcedência da ação de extinção de condomínio e alienação judicial de coisa comum. Art. 1.611, § 2º, do Código Civil. (STJ, REsp n. 107.273/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.12.1996, *DJ* 17.03.1997)

Ao cônjuge sobrevivente, observadas as prescrições legais, é assegurado o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado à residência da família, a teor do disposto no § 2º, do art. 1.611, do Código Civil de 1916.2 - Neste contexto, recusa o entendimento pretoriano, a extinção do condomínio pela alienação do imóvel a requerimento do filho, também herdeiro. 2 *[sic]*- Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença julgando improcedente a ação de extinção de condomínio. (STJ, REsp n. 234.276/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 14.10.2003)

Em sendo divisível a coisa comum, não pode o condômino exigir sua alienação. No caso, o condomínio resolve-se com a divisão (Código Beviláqua, art. 629). Ofende o art. 629 do CC/1916 a decisão que - em reconhecendo ser divisível o bem sob condomínio - determina sua venda. (STJ, REsp n. 791.147/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 27.02.2007)

Art. 1.321. Aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras de partilha de herança (arts. 2.013 a 2.022).

CC/1916: art. 641.

Dizia o diploma revogado que as regras da partilha da herança se aplicavam à divisão, “nos casos omissos”. Embora eliminada a expressão, é evidente que somente as regras da partilha compatíveis com a divisão a ela se aplicam e desde que não afrontem critérios específicos previstos no capítulo da ação divisória do Código de Processo Civil. Em termos diversos, é subsidiária a incidência das regras da partilha à divisão.

Algumas regras relativas à partilha não incidem sobre a divisão. Não se exige, por exemplo, homologação judicial da divisão amigável acordada por negócio jurídico entre condôminos maiores e capazes, como menciona o art. 2.015, no tocante à partilha entre herdeiros. De igual modo, a regra do art. 2.013 não se aplica em toda sua plenitude, uma vez que o condômino não pode requerer a divisão a qualquer tempo, se houver cláusula convencional ou instituição de indivisibilidade por testador ou doador.

De outro lado, é relevante a regra do art. 2.014 do Código Civil, que permite ao testador - e doador - indicar os bens que devem compor o quinhão de cada herdeiro, o que se aplica também à divisão.

Art. 1.322. Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

Parágrafo único. Se nenhum dos condôminos tem benfeitorias na coisa comum e participam todos do condomínio em partes iguais, realizar-se-á licitação entre estra-

nhos e, antes de adjudicada a coisa àquele que ofereceu maior lance, proceder-se-á à licitação entre os condôminos, a fim de que a coisa seja adjudicada a quem afinal oferecer melhor lance, preferindo, em condições iguais, o condômino ao estranho.

CC/1916: art. 632.

O *caput* do artigo recebeu poucas alterações, preservando a substância do preceito. A novidade está na inserção do parágrafo único, que cria critério supletivo e final de desempate entre diversos condôminos que pretendam exercer a preferência.

Aplica-se o preceito do artigo em comento somente às coisas comuns indivisíveis, cujo conceito é o do art. 87 do Código Civil, vale dizer, aquelas que não podem ser fracionadas sem alteração de sua substância, diminuição desproporcional de seu valor ou de sua utilidade, da fração confrontada com o todo. É relevante o critério funcional para determinar a divisibilidade da coisa. Assim, coisas coletivas, embora divisíveis naturalmente, podem ser juridicamente indivisíveis, se as partes não tiverem utilidade ou valor proporcional ao do todo. Para a extinção do condomínio, converte-se a coisa indivisível em dinheiro, mediante alienação, com subsequente repartição do preço entre os condôminos, na proporção de suas partes ideais.

A alienação pode ser consensual, por negócio jurídico entre partes maiores e capazes, ou judicial, quando houver dissenso entre os condôminos, ou um deles não puder manifestar o seu consentimento. A alienação judicial de coisa comum é processada na forma dos arts. 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil.

Como a coisa comum é indivisível, há direito de preferência dos condôminos em relação a terceiros arrematantes, desde que igualem a oferta destes, como, de resto prevê o art. 504 do Código Civil. O preceito em estudo volta-se, fundamentalmente, para a fixação de critérios de prioridade entre vários condôminos, quando vários deles desejarem exercer a preferência e não houver concordância quanto à adjudicação da coisa a um, mediante pagamento das quotas-partes dos demais.

Estabelece a lei três critérios, subsidiários entre si, para a escolha da melhor preferência entre condôminos. O primeiro critério é o da existência na coisa comum de benfeitorias mais valiosas. Cabem aqui algumas observações. Somente são computadas as benfeitorias indenizáveis, descartando-se, portanto, aquelas incorporadas à coisa por previsão negocial, sem direito à indenização. Também as benfeitorias úteis e voluptuárias feitas por condômino possuidor de má-fé não são computadas, porque não são indenizáveis. Alerta Edson Luiz Fachin que somente as benfeitorias indenizáveis mas ainda não indenizadas é que conferem a preferência. Isso porque, se os demais condôminos já indenizaram aquele que as fez, tornam-se elas comuns (*Comentários ao Código Civil*, coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 204). Não alude a lei às acessões, mas se forem elas indenizáveis porque feitas de boa-fé pelo condômino plantador ou construtor, na coisa comum, também conferem direito à prelação. A aplicação é analógica, pois não teria sentido conferir preferência àquele que melhorou a construção, mas não àquele que construiu.

Caso nenhum condômino tenha introduzido benfeitorias indenizáveis na coisa comum, ou mais de um tenha benfeitorias de igual valor, o critério primário se mostra insuficiente. Parte-se, então, para critério supletivo, de fixar a melhor preferência ao condômino de maior quinhão.

Caso todos ou alguns consortes tenham quinhões iguais, também o segundo critério se mostra insuficiente para estabelecer a melhor prelação. Parte-se, então, para o terceiro e final critério subsidiário, qual seja, realiza-se uma licitação interna entre condôminos. Encerrada a venda a terceiros e obtido o maior lance de estranhos, caso vários condôminos o igualem, inaugura-se novo certame, agora circunscrito aos coproprietários com quinhões iguais. Os condôminos, então, tomando como base o maior lance de terceiros, disputarão a coisa entre

si, que será adjudicada afinal àquele que ofertar o mais alto preço. As despesas com a alienação serão rateadas entre todos os consortes, na proporção de seus quinhões.

Cabe, finalmente, destacar que a norma em exame é cogente, não podendo afastar-se o direito de preferência por convenção das partes.

Jurisprudência: Sabe-se que "A preferência a que se refere o art. 1.118 do CPC é de ser invocada ao ensejo da praça ou leilão" (STF, Relator o eminente Ministro Thompson Flores, consoante nota 2 do renomado Theotônio Negrão, no seu conhecido *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 28. ed., em colaboração com José Roberto Ferreira Gouvêa, Saraiva). E assim se tem decidido nesta corte, como se vê da seguinte ementa: Condomínio. Extinção. Venda de bem comum. Pedido de adjudicação feito por interessados após a realização do leilão. Indeferimento. Recurso não provido. A preferência prevista em lei deve ser exercida no leilão, após a proposta feita por estranho (AI n. 268.417-2/São Vicente, 15ª Câm. Cível, j. 03.10.1995, relator o eminente Des. Marcondes Machado). Assim, a preferência tinha de ser exercida, pelo agravante, na ocasião do leilão, imediatamente após a proposta ofertada pelo estranho, e não depois que a hasta pública já se findara. Anoto que o fato de os autos irem conclusos em seguida à praça não impedia que no momento dela fosse exercitado o direito à adjudicação pelo recorrente. Diante do exposto, nego provimento ao recurso. Gildo dos Santos, relator. (TJSP, AI n. 94.110-4, rel. Gildo dos Santos, j. 22.12.1998)

Venda de bem comum indivisível. O condômino que pretende extinguir o condomínio só adquire o direito de ação para a venda forçada depois de implementar o pressuposto inserido no art. 1.117, II, do Código de Processo Civil, que se refere ao dissenso quanto a adjudicação do quinhão a um dos consortes. Recurso provido. (TJRS, Ap. cível n. 591.089.859, 8ª Câm. Cível, rel. Clarindo Favretto, j. 12.03.1992)

A preferência assegurada ao condômino supõe o estado de indivisão do condomínio, não sendo dessa espécie o imóvel arrematado, o qual, embora integrante de gleba maior, tem divisas averbadas no Cartório do Registro de Imóveis; validade da praça realizada sem a intimação de quem tem imóvel situado além desses limites. (STJ, REsp n. 645.672/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 16.05.2006)

A ciência da data da hasta pública é presumida em se tratando de condômino que promoveu o procedimento judiciário, e que fez publicar os editais das praças. O direito de preferência do condômino deve ser exercido no momento oportuno, qual seja, no dia em que se deu a praça, não se valendo do art. 1.119 do CPC para buscar amparo na ausência de intimação, notadamente quando inquestionável sua ciência do ato. (STJ, REsp n. 539.216/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 224)

Subseção II

Da Administração do Condomínio

Art. 1.323. Deliberando a maioria sobre a administração da coisa comum, escolherá o administrador, que poderá ser estranho ao condomínio; resolvendo alugá-la, preferir-se-á, em condições iguais, o condômino ao que não o é.

CC/1916: arts. 635, § 2º, e 636.

O artigo em exame condensa o disposto no art. 635, § 2º, e no art. 636, ambos do Código Civil de 1916, com pequenas alterações quanto ao conteúdo dos preceitos.

Vimos no comentário ao art. 1.320, acima, que qualquer condômino pode exigir a divisão da coisa comum, ou seja, a manutenção da indivisão exige o consenso unânime de todos os consortes. Caso concordem com a persistência do condomínio, o passo seguinte é deliberar sobre a sua administração, ou seja, a utilização que será dada à coisa comum, de acordo com a sua natureza.

O administrador é eleito pela maioria dos condôminos, observada a regra do art. 1.325, adiante comentado. Não há direito de preferência na escolha de administrador, nem preeminência de qualquer condômino. Pode a escolha recair sobre um dos condôminos ou sobre estranhos, em quem confiam os consortes. Embora um só condômino tenha a maioria absoluta de quinhões, todos os demais devem ao menos ser convocados para a deliberação, inclusive para que impugnem a escolha do administrador.

O administrador eleito pelos condôminos tem poderes e responsabilidades equivalentes aos de um mandatário com mandato geral de administração, salvo restrição ou limitação impostas pela maioria. Deve proceder com diligência e seriedade, respondendo aos demais consortes pelos danos a que der causa, ainda que a maioria o ampare. Suas atribuições são diversas: efetua despesas necessárias e úteis, procede ao seu rateio e as repassa aos comunheiros, para que efetuem o pagamento de suas quotas, distribui os frutos e presta contas.

Os poderes conferidos ao administrador são de mera administração, não alterando a essência da coisa comum. Não abrangem, portanto, os atos de disposição, quer de alienação do todo ou parte, quer de oneração por direitos reais sobre coisa alheia (hipoteca, penhor, superfície, usufruto, servidão etc.). Essa limitação, todavia, não se estende aos frutos, que podem ser alienados a terceiros, repassando o administrador aos consortes as respectivas partes do proveito.

O direito de administrar ou de interferir na administração da coisa comum tem natureza potestativa e não está sujeito à prescrição ou decadência. Condômino que sempre se sujeitou à administração alheia da coisa comum pode a qualquer tempo intervir na direção do condomínio, exigindo votação para a indicação de administrador, ou a sua destituição. O que prescrevem são as pretensões indenizatórias decorrentes de maus atos praticados pelo administrador.

A parte final do artigo regula a hipótese de a deliberação da maioria ser pela locação da coisa. Em tal caso, o condômino prefere a estranhos na locação, ofertando “tanto por tanto”. Tem a norma razão de ser, pois via de regra o condômino melhor zelará pela coisa comum a ele locada, além de seu quinhão ideal responder por eventual inadimplemento. Constitui, ademais, meio eficaz de evitar a fraude da maioria, locando a coisa por valor inferior ao de mercado, em detrimento de condômino minoritário. É omissa o preceito quanto ao modo de exercício da preferência, razão pela qual se aplica a regra do art. 504 do Código Civil. Caso diversos condôminos almejem a preferência, aplicam-se, por analogia, os critérios de prioridades entre os consortes, previstos no art. 1.322, anteriormente comentado. Não cabe à maioria negar a preferência do minoritário, porque a norma em questão é cogente.

Jurisprudência: Locação. Ação revisional. Condomínio. Imóvel possuído *pro indiviso*. Ação proposta por condômino minoritário, sem a anuência das demais, objetivando reajuste apenas de sua terça parte no aluguel. Impossibilidade, ante a existência de divergência entre os condôminos. Tratando-se de locação concedida, por consenso unânime dos condôminos, a sociedade limitada constituída pelos próprios condôminos, a alteração das condições desse ato de administração do condomínio que possa afetar a destinação ou o uso preestabelecido da coisa comum está sujeita à deliberação da maioria, não à vontade unilateral de condômino minoritário. O art. 623 do Código Civil não institui direitos absolutos, mas compatíveis com o estado de indivisão. Recurso especial, pela letra *a*, conhecido e provido para julgar a autora carecedora da ação e extinguir o processo. (STJ, REsp n. 51.254, 5ª T., rel. Min. Assis Toledo, j. 06.02.1995)

REsp. Civil. Processual civil. Condomínio (copropriedade). Locação. Aluguel. Revisional. O Código Civil disciplina o condomínio e distingue os direitos e deveres dos condôminos (coproprietários) da administração do condomínio. A locação do imóvel compreende-se no âmbito da administração. Em consequência, a deliberação é tomada pela maioria. Esta, por seu turno, calculada não pelo número, senão pelo valor dos quinhões (CC, art. 637). A ação revisional, por isso, tem de receber apoio da maioria. A minoria (sentido normativo referido) não tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação revisional de aluguel (STJ, REsp n. 94.137/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 17.09.1996). (*Lex-STJ* 95/199)

Art. 1.324. O condômino que administrar sem oposição dos outros presume-se representante comum.

CC/1916: art. 640.

Apenas o termo “mandatário”, usado no art. 640 do Código Civil de 1916, foi corretamente substituído pelo termo “representante”, em consonância com o instituto da representação, disciplinado agora de modo específico nos arts. 115 a 120 do Código Civil de 2002.

Regula o preceito a representação por um condômino decorrente de consentimento tácito dos demais, consistente em comportamento concludente de não oposição aos atos de administração. Esse é um dos casos a que a lei empresta efeitos jurídicos ao silêncio, nos termos do art. 111 do Código Civil.

Note-se que a anuência tácita de que necessita o administrador não é da unanimidade dos condôminos, mas daqueles que somem a maioria dos quinhões. O consorte que se opuser poderá pedir que os demais se reúnam em assembleia, para deliberar de modo expresse a escolha do administrador. A maioria dos quinhões é que extingue, em votação, a representação tácita.

Os poderes do condômino representante são os mesmos que teria como administrador regularmente eleito, ou seja, não pode praticar nenhum ato de disposição, oneração, ou que exija poderes expressos e especiais. Os direitos e deveres são similares aos do administrador, referidos no comentário ao artigo anterior, inclusive o de prestar contas.

Provoca a representação relevantes efeitos em relação a terceiros. Reputam-se válidos e vinculam todos os condôminos os atos de mera administração praticados pelo condômino representante, como a locação, o comodato e as despesas contraídas para a manutenção e conservação da coisa comum. Prestigia a lei a confiança que a conduta concludente de um dos comunheiros, com o beneplácito dos demais, provoca a terceiros que com ele negociam. É necessária, porém, a existência de aparência da representação, aferível caso a caso, não podendo o terceiro descurar-se dos deveres de diligência e de cuidado presentes em todo negócio jurídico.

Jurisprudência: De acordo com o art. 640 do Código de Processo Civil, "o condômino que administrar sem oposição dos outros, presume-se mandatário comum". Isto significa que, se um dos condôminos aluga o bem e os outros não se opõem é porque o locador tem o mandato tácito dos outros, ou seja, os representa. Zela pelos interesses deles, torna rentável o bem comum. (TJBA, Ap. cível n. 369/90, rel. José Abreu, j. 04.09.1990)

O condômino que administrar, sem oposição dos demais, o imóvel de cotitularidade será presumido mandatário comum, tendo que prestar contas de sua administração, ainda mais quando se tratar de condomínio *pro indiviso*. Apelo desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.005.966.783, 8ª Câmara Cível, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 04.11.2004)

Condomínio. Coisa comum. Administração, inclusive com a locação a terceiros e a realização de obras, sem a oposição dos demais. Hipótese de mandato tácito, a reclamar o ajuizamento de ação de prestação de contas e não de cobrança de alugueres a serem apurados por perícia. Carência decretada. Recurso improvido (TJSP, Ap. cível n. 306.473-4/3, rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, j. 03.02.2004). (*Lex-TJSP* 279/41, 2004)

Art. 1.325. A maioria será calculada pelo valor dos quinhões.

§ 1º As deliberações serão obrigatórias, sendo tomadas por maioria absoluta.

§ 2º Não sendo possível alcançar maioria absoluta, decidirá o juiz, a requerimento de qualquer condômino, ouvidos os outros.

§ 3º Havendo dúvida quanto ao valor do quinhão, será este avaliado judicialmente.

CC/1916: art. 637.

A norma anterior recebeu aperfeiçoamento em sua redação, eliminando obscuridades então existentes. Foi, ainda, acrescentado o § 3º, que disciplina a mensuração do quinhão em caso de dúvida.

A regra do *caput* do artigo diz que a maioria será calculada não *per capita*, mas pelo valor dos quinhões. Isso significa que se despreza o número de condôminos, levando-se em conta o volume ou o valor da quota, vale dizer, a maioria dos interesses. Disso decorre que um único condômino pode deter isoladamente a maioria absoluta dos quinhões, e, portanto, concentrar o poder de deliberação. É bom esclarecer o exato significado da expressão "valor do quinhão": "o que importa é a fração ideal cabível a cada um e não o valor em pecúnia atribuível a essa fração" (FACHIN, Edson Luiz. *Comentários ao Código Civil*, coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 213).

O § 1º diz que o que deliberação da maioria absoluta (metade mais um dos quinhões) delibera vincula a minoria. Tais deliberações, é bom dizer, cingem-se aos atos de administração e gozo da coisa comum. Resta ao condômino minoritário vencido requerer a extinção do condomínio. Não basta a maioria, portanto, quando se trata de disposição ou oneração da coisa, ou mesmo de contrariar a sua destinação natural, ou isentar um consorte do pagamento da sua quota de despesas, ou mesmo fixar as partes cabentes a cada condômino. Exige-se aí a unanimidade.

O § 2º reza que, na impossibilidade de deliberar por maioria absoluta de quinhões, qualquer condômino pode superar o impasse requerendo manifestação judicial. Ouvidos os demais consortes, o juiz deliberará no sentido do maior proveito a todos os consortes e preservação da coisa comum, atento, também, à função social da propriedade.

Finalmente, o § 3º, novidade introduzida pelo Código Civil de 2002, dispõe que se houver dúvida quanto ao valor, ou o montante do quinhão, haverá avaliação judicial. Somente no caso de dúvida insuperável, não dirimida pelo título ou por outros meios de prova, é que se recorre à avaliação do quinhão. O termo "avaliação" gera perplexidade. Não se trata de avaliar a porção certa da coisa ocupada pelo condômino, no caso de condomínio *pro diviso*, mas sim de aferir, em caso de dúvida, qual a contribuição dada por consorte para a aquisição da coisa comum.

Jurisprudência: Condomínio (copropriedade). Locação. Aluguel. Revisional. O Código Civil disciplina o condomínio e distingue os direitos e deveres dos condôminos (coproprietários) da administração do condomínio. A locação do imóvel compreende-se no âmbito da administração. Em consequência, a deliberação é tomada pela maioria. Esta, por seu turno, calculada não pelo número, senão pelo valor dos quinhões (art. 637 do CC). A ação revisional, por isso, tem de receber apoio da maioria. A minoria (sentido normativo referido) não

tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação revisional de aluguel. (STJ, REsp n. 94.137, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 17.09.1996)

Sendo os réus titulares de 4/7 do imóvel comercial, detêm a maioria absoluta, podendo deliberar pelo despejo de um dos coproprietários e pela extinção do condomínio, com a venda do imóvel, após avaliação judicial, sem que tal fato importe abuso de direito, a ensejar pretensão indenizatória por parte do condômino despejado, sob a assertiva de falta de rendimento do imóvel desde a desocupação. IV - Eventuais gastos da autora com a saída do imóvel, bem assim com a locação de um outro para dar continuidade às suas atividades, ocorreram como consequência natural do despejo, medida legal adotada pelos réus, que, por esse motivo, não podem ser responsabilizados por qualquer prejuízo por ela experimentado (STJ, REsp n. 613.931/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 10.02.2004, DJ 08.03.2004, p. 255). (RDR 34/364)

Art. 1.326. Os frutos da coisa comum, não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade, serão partilhados na proporção dos quinhões.

CC/1916: art. 638.

Cuida-se de regra dispositiva, ou supletiva, de teor claro.

Na falta de disposição negociai entre os condôminos, ou estipulação do doador ou testador da coisa comum, o rateio dos frutos gerados pela coisa comum, civis, naturais ou industriais, é proporcional à força dos quinhões.

Vale notar que a lei fala em estipulação entre condôminos. Logo, não basta a deliberação da maioria para inverter a regra do rateio proporcional dos frutos. O alijamento ou o favorecimento do direito dos consortes aos frutos exige o consenso unânime dos condôminos, em exercício da autonomia privada.

O rateio desigual dos frutos não impede que o condômino venha, a qualquer tempo, exigir a correção da distorção. O que prescreve é a pretensão à percepção dos frutos vencidos.

Jurisprudência: Ação de cobrança de aluguel entre condôminos. Imóvel residencial pertencente ao casal que em partilha de bens por separação judicial decidiu ficar em condomínio, cumpre àquele que permaneceu e o utiliza na sua totalidade como residência pagar ao outro retribuição financeira a título de aluguel até que se opere a extinção do condomínio. A negação de pagamento constitui enriquecimento injustificado em prejuízo financeiro só do ex-consorte. Força do art. 638 do CC. (TJRS, Ap. cível n. 195.141.247, 5ª Câmara Cível, rel. Jorge Alcibiades Perrone de Oliveira, j. 26.10.1995)

Seção II

Do Condomínio Necessário

Art. 1.327. O condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas regula-se pelo disposto neste Código (arts. 1.297 e 1.298; 1.304 a 1.307).

CC/1916: art. 642.

Houve apenas mudança quanto à remissão aos artigos relativos ao direito de vizinhança, agora corretamente circunscritos àqueles que dizem respeito a muros e tapumes.

Disciplina o condomínio necessário, ou forçado, que decorre diretamente da lei, independentemente da vontade das partes. Não se aplicam aqui as regras acima estudadas, relativas ao condomínio voluntário, uma vez que não se cogita de divisão ou extinção da coisa comum.

A remissão aos arts. 1.297, 1.298 e 1.304 a 1.307, já estudados, cria a presunção de que os tapumes de divisa pertencem a ambos os confinantes e também do direito potestativo do proprietário vizinho que depara com o muro já construído de se tornar condômino, indenizando metade da construção e da faixa de terreno.

Art. 1.328.0 proprietário que tiver direito a estremar um imóvel com paredes, cercas, muros, valas ou vaiados, tê-lo-á igualmente a adquirir meação na parede, muro, vaiado ou cerca do vizinho, embolsando-lhe metade do que atualmente valer a obra e o terreno por ela ocupado (art. 1.297).

CC/1916: art. 643.

O artigo em estudo tem estreita relação e deve ser lido em conjunto com os arts. 1.297 e 1.305, já comentados.

O preceito confere ao proprietário o direito potestativo - não sujeito, portanto, a prazo prescricional - de adquirir, a qualquer tempo, a meação do muro ou tapume divisório, desde que indenize ao vizinho que o construiu, ou que sucedeu o construtor, metade do valor atual da obra e do terreno por ele ocupado.

O direito está circunscrito ao "proprietário que tiver direito de estremar um imóvel", o que exclui o mero possuidor e pressupõe divisas certas, para que se saiba onde devem ser colocados os muros e tapumes. Se as divisas não forem certas, primeiro se demarca, depois se estrema com tapumes, paredes ou assemelhados.

O clássico Carvalho Santos refere-se à figura em estudo como uma espécie de desapropriação. É, na verdade, uma das várias hipóteses contempladas no Código Civil de alienação compulsória de coisa a quem preencha determinados requisitos previstos na lei. Não cabe ao dono do tapume recusar a aquisição da meação pelo vizinho, nem mesmo propor a sua demolição e construção de nova obra. De outro lado, tratando-se de direito de natureza patrimonial, nada impede que o beneficiário e ele renunciem de modo expresso.

É interessante notar que os direitos dos confinantes se entrecruzam. No dizer de Edson Luiz Fachin, "se, de um lado, há o direito potestativo do proprietário que construiu o muro de exigir que o confinante divida as despesas com ele, há, por parte desse confinante, direito de adquirir a meação do muro, se o outro proprietário o construiu por sua própria conta" (*Comentários ao Código Civil*, coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 220).

A parte final do preceito fixa os parâmetros da indenização, partindo-a em duas verbas distintas. A primeira corresponde à metade do valor atual da obra, o que evita o enriquecimento sem causa de qualquer das partes. De um lado, leva em conta eventual depreciação da construção e, de outro, possível desvalorização do que foi originalmente despendido pelo construtor. Guarda tal critério estreita simetria com a regra da parte final do art. 1.222 do Código Civil, anteriormente comentado. A segunda corresponde à metade do valor do terreno onde estiver assentado o muro ou tapume divisório. Aqui há que fazer uma distinção, reproduzindo o que se disse no comentário ao art. 1.304: "em relação ao valor do chão, somente se aplica a norma se a parede estiver não sobre a linha de divisa, mas rente a ela, dentro da propriedade do vizinho que sofre a restrição". Se a parede foi construída sobre a linha

divisória, não há razão lógica para que se pague pelo que já é seu, em manifesto enriquecimento a favor daquele que construiu o muro ou parede.

Jurisprudência: Construção. Muro. Vizinho confinante. Concorrência nas despesas. Imposição que decorre do dever de vizinhança, que limita o próprio direito de propriedade. Ação procedente. Recurso provido para esse fim. Os tapumes divisórios entre propriedades presumem-se comuns, sendo os proprietários dos imóveis confinantes obrigados a concorrer em partes iguais para as despesas de sua construção (TJSP, Ap. cível n. 46.293-4, rel. Munhoz Soares, j. 12.06.1997). (*Lex-TJSP* 195/29,1997)

Art. 1.329. Não convindo os dois no preço da obra, será este arbitrado por peritos, a expensas de ambos os confinantes.

CC/1916: art. 644.

Caso não haja consenso dos proprietários confinantes quanto ao valor da indenização, será esta fixada judicialmente mediante perícia, cujo valor será, de igual modo, rateado entre as partes.

Art. 1.330. Qualquer que seja o valor da meação, enquanto aquele que pretender a divisão não o pagar ou depositar, nenhum uso poderá fazer na parede, muro, vala, cerca ou qualquer outra obra divisória.

CC/1916: art. 645.

O artigo em estudo apresenta pequena alteração na redação em relação à norma anterior, mantendo, porém, a substância do preceito.

Como acima dito, há direito do proprietário confinante à alienação compulsória do muro ou parede divisória construídos por seu vizinho. A aquisição da metade ideal do muro, porém, é derivada, embora tenha origem na lei, de modo que o título para a transmissão da propriedade é o pagamento do respectivo preço. Não se inaugura matrícula para a aquisição da área onde se assenta o muro divisório, podendo, apenas, ser averbada a acessão.

Decorre daí a regra de que o proprietário confinante somente pode usar o muro divisório após efetuar o pagamento ou o depósito do valor correspondente à meação de seu custo e, em determinados casos, de metade do terreno onde se assenta. A utilização sem pagamento configura esbulho, cabendo ao vizinho ofendido usar de ações possessórias e petitórias para fazer cessar o ilícito, se necessário com pedido demolitório cumulativo, atingindo, inclusive, eventual adquirente de boa-fé, dada a natureza *propter rem* da obrigação.

Como acima dito, cuida-se de direito patrimonial disponível, de modo que pode o vizinho construtor permitir a utilização enquanto pende saldo de pagamento. Caso haja inadimplemento, cabem a resolução da avença e o desfazimento do condomínio necessário, dado o seu caráter derivado e causai.

Embora haja dúvida na doutrina tradicional, o melhor entendimento é que a instituição de condomínio sobre o tapume de divisa tem natureza constitutiva, e, portanto, efeito *ex nunc*, de modo que os atos lícitos praticados pelo construtor, na qualidade de então proprietário exclusivo do tapume, não são afetados pela ulterior comunhão.

CAPÍTULO VII DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Seção I **Disposições Gerais**

Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelojas ou abrigos para veículos, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários.

§ 2º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

§ 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

Parágrafo com redação dada pela Lei n. 10.931, de 02.08.2004.

§ 4º Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público.

§ 5º O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 1º, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

O artigo em estudo inaugura o Capítulo “Do Condomínio Edilício”, que não era tratado no Código Civil de 1916, e corresponde aos arts. 1º ao 21 da Lei n. 4.591/64. Destaque-se que o § 3º transcrito segue a redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.931/2004, que alterou vários dispositivos do Código Civil de 2002.

A primeira questão a ser examinada é o atual regime jurídico do condomínio edilício, em especial a revogação, ou não, ou em que medida, da Lei n. 4.591/64 pelo Código Civil de 2002, que é lei geral, ao passo que a lei de condomínio e incorporações é especial. Não prevalece, porém, o princípio da especialidade, porque a lei geral trata da mesma matéria, voltada aos mesmos destinatários. A situação jurídica é a mesma, sem qualquer *discrímen* que justifique a aplicação de regra especial à categoria distinta. Por isso, o Código Civil de 2002 derogou a Lei n. 4.591/64 em tudo aquilo que com ela conflitasse. Os arts. 28 e seguintes da lei especial, voltados à disciplina da incorporação imobiliária, estão em plena vigência, uma vez que tal negócio jurídico não foi objeto de regramento distinto no Código Civil de 2002. Resta apenas saber, no tocante aos arts. 2º a 27, se houve derrogação ou ab-rogação da lei especial pelo atual Código. Embora haja entendimento divergente a respeito, a melhor posição é no sentido de que houve simples derrogação, podendo as regras da lei especial ser aplicadas de modo supletivo nas lacunas do Código Civil de 2002, desde que não conflitem com os princípios ou as regras posteriores. Prova disso é que o próprio art. 1.332, adiante comentado, dispõe que em relação à instituição do condomínio edilício se aplicam não somente as regras do próprio Código Civil como também o disposto em lei especial.

Ainda no tocante à questão do regime jurídico, o entendimento tranqüilo dos nossos tribunais é no sentido de que não incidem as regras de proteção do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não há relação de consumo, porque o condomínio não é fornecedor de bens ou de serviços.

Quanto à extensão das regras do condomínio edilício, na Jornada de Direito Civil da CEJ do Conselho da Justiça Federal aprovou-se o seguinte enunciado: “O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do CC aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo” O enunciado deve ser lido com cautela. Claro que as vias internas dos loteamentos fechados são bens públicos e sua aprovação, registro e alienação obedecem regime jurídico próprio (Lei n. 6.766/79, se urbanos, e Decreto-lei n. 58/37, se rurais). As alienações de lotes como se fossem unidades autônomas constituem fraude à lei e são nulas de pleno direito, além de tipificarem infração penal.

As regras relativas ao condomínio edilício, que podem ser estendidas aos loteamentos fechados, são as das contribuições condominiais, para que todos os proprietários de lotes paguem de modo proporcional o custo da manutenção de benefícios comuns a todos os adquirentes, como segurança e paisagismo, evitando o enriquecimento sem causa de uns em desfavor dos demais, consoante entendimento majoritário de nossos tribunais. É irrelevante que o loteamento seja ou não fechado por lei, ou, ainda, que o adquirente de lote seja ou não associado à associação de moradores. O que importa é a efetiva prestação de serviços que revertam em proveito geral e provoquem a valorização do imóvel. A fonte da obrigação não é o consentimento manifestado à associação, até porque ninguém é obrigado a permanecer associado, mas sim a cláusula geral que veda o enriquecimento sem causa.

Diversos julgados tratam da matéria aludindo a “condomínios de fato”, que, embora não regularmente constituídos, geram manutenção de certos equipamentos que beneficiam todos os moradores ou adquirentes de lotes. A possibilidade de cobrança do custeio de serviços em tais empreendimentos é hoje objeto de acesa polêmica. Inicialmente, o STJ admitiu a prática, desde que provada a existência de serviços que beneficiem todos os adquirentes de lotes. Em um segundo momento, prevaleceu o entendimento de que o rateio somente pode ser cobrado de morador associado, ou que anuiu à cobrança. Aparentemente, impressionou-se o STJ com a possibilidade de criação da obrigação com origem diversa do contrato, da declaração unilateral de vontade, ou de ato ilícito. Esqueceu-se, porém, que no regime do atual Código Civil o enriquecimento sem causa constitui fonte autônoma de obrigação. A melhor orientação é a de que se deve analisar cada caso concreto e exigir a prova, a cargo da associação autora, de real e proveitosa prestação de serviços, a todos os moradores ou adquirentes de lotes. Eventual cláusula penal moratória, prevista em estatuto, é que pode ser cobrada apenas dos associados, em razão de sua natureza convencional. A cláusula penal, embora não seja pacífica a matéria, está limitada a 2%, em razão de aplicação analógica do art. 1.336, § 1º, do CC/2002, comentado a seguir. Não faria sentido que em condomínios regularmente instituídos a cláusula penal fosse limitada, mas livre nos condomínios de fato. No que se refere ao prazo prescricional da pretensão, o entendimento, também majoritário, é no sentido de que é trienal, pois o fundamento da cobrança é, como já dito, o enriquecimento sem causa.

Quanto à natureza jurídica do condomínio edilício, Caio Mário da Silva Pereira, após expor as diversas teorias a respeito, conclui a inadequação das tentativas de enquadrá-lo em institutos diversos, como a servidão ou a sociedade. Trata-se de instituto novo, com a fusão dos conceitos de domínio exclusivo e de domínio comum para a criação de um conceito próprio. As propriedades exclusiva e comum se aglutinam, formando um todo indissolúvel e unitário. Há uma simbiose orgânica entre ambos, para formação de um complexo, e não uma simples justaposição de institutos (*Condomínio e incorporações*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 92-3).

Problema não resolvido pelo Código Civil de 2002 é o da personalidade jurídica do condomínio edilício. A doutrina tradicional, capitaneada por Caio Mário da Silva Pereira (op. cit., p.

89), não reconhece ao condomínio personalidade jurídica distinta da personalidade dos condôminos, até para evitar que o condômino se torne proprietário de uma cota imaterial da pessoa jurídica, em vez de cota ideal material das partes comuns e do solo. Além disso, embora haja comunhão orgânica dos condôminos, cada um tem interesses próprios, distinguindo-se aí da sociedade. É ponto incontroverso, porém, a personalidade processual ou judiciária do condomínio para, em seu próprio nome e representado pelo síndico, agir ativa ou passivamente em juízo, na defesa dos interesses materiais da comunidade dos condôminos (art. 12, IX, do CPC). Em suma, o entendimento predominante é no sentido da existência de personalidade judiciária, mas não de personalidade de direito material do condomínio. Esse posicionamento passou a ser questionado em razão de diversas situações jurídicas que, para receber solução confortável, implicariam o reconhecimento da personalidade jurídica total do condomínio. São os casos de contratos de prestação de serviços diversos, firmados pelo condomínio e não pelos condôminos, a aquisição de imóvel vizinho para ampliação da área de garagens ou de recreio comum e a adjudicação ou arrematação da unidade do condômino inadimplente em hasta pública. Seria inviável, em todas elas, exigir o consentimento de todos os condôminos, especialmente considerando a possibilidade de alguns serem incapazes. De outro lado, o reconhecimento incondicional de personalidade poderia levar a situações inadmissíveis, como, por deliberação da maioria, se adquirir imóvel de campo ou ingressar em empreendimento de risco estranho à finalidade do condomínio, colocando em risco o patrimônio pessoal de todos os condôminos minoritários.

Assim, na I Jornada de Direito Civil da CEJ do Conselho da Justiça Federal aprovou-se o seguinte enunciado, de n. 90: “Admite-se a personalidade jurídica ao condomínio, desde que em atividade de seu peculiar interesse”. A posição equilibrada evita a exposição de riscos excessivos. Em reunião mais recente, a mesma Jornada aprovou enunciado mais amplo (Enunciado n. 246): “Fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: “nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Prevalece o texto: “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício””.

O Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, em recente mudança de posição, passou a admitir que o condomínio adjudique para si a unidade autônoma de condômino inadimplente, seguindo o que já fora decidido em relação ao espólio. Apenas ressalva o julgado que tanto a adjudicação como a posterior alienação da unidade autônoma a terceiros devem ser previamente aprovadas por assembleia geral, por unanimidade de votos, excluindo-se apenas o do condômino inadimplente (Ap. cível n. 273-6/7, rel. Des. José Cardinale). Aplicou-se, por analogia, o disposto no art. 63, § 3º, da Lei n. 4.591/64, em plena vigência, que admite expressamente a aquisição da unidade autônoma de condômino inadimplente, em construção a preço de custo, por parte do condomínio de construção do edifício.

O art. 1.331 trata dos requisitos do condomínio edilício. O *caput* do artigo menciona que “pode haver” partes de propriedade exclusiva e partes comuns. Na verdade, deve haver partes de propriedade exclusiva, vinculadas de modo indissociável à fração ideal de terreno e das coisas comuns do edifício.

O § 1º do artigo em estudo inicia tratando do primeiro requisito do condomínio edilício: a existência de edificação, sob a forma de unidades autônomas. Menciona, em caráter exemplificativo, apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas ou abrigos para veículos. Outras edificações, como casas (art. 8º da Lei n. 4.591/64), edifícios/garagem, jazigos ou mesmo coqueiras podem submeter-se ao regime jurídico do condomínio edilício, constituindo unidades autônomas. O que não se admite é o que se denomina “condomínio de solo”, com aquisição de terrenos sem edificação ou vinculação a edificação futura. A construção futura deve estar devidamente discriminada, com descrição da unidade autônoma, da fração ideal de terreno e prazo para construção. Deve-se responder o quê, quando, quem e como se constrói. Admitir o contrário seria chancelar burla às normas cogentes da Lei n. 6.766/79, convertendo loteamento em condomínio edilício em fraude à lei.

O § 1º cita que as unidades autônomas são objeto de propriedade exclusiva dos condôminos» podendo ser livremente alienadas ou oneradas, sem observância da regra de preferência do art. 504 do Código Civil. Claro que a livre alienação da unidade autônoma é acompanhada de sua fração ideal no terreno e nas coisas comuns, indissociáveis entre si.

O segundo requisito do condomínio edilício é a vinculação, de modo indissolúvel, das unidades autônomas à fração ideal do terreno onde se assenta o edifício e nas coisas comuns. O § 2º do art. 1.331, que corresponde ao art. 3º da Lei n. 4.591/64, enumera, de modo exemplificativo, quais são as partes comuns do condomínio edilício. Menciona o solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e a refrigeração centrais e o acesso aos logradouros públicos. Alude, ainda, às “demais partes comuns”, que se podem resumir, como fazia a redação superior da lei revogada, “a tudo o que mais sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários”

O período final do § 2º do art. 1.331 reza que as partes comuns são utilizadas em comum pelos condôminos, não podendo ser alienadas separadamente ou divididas. Como acentua Marco Aurélio S. Viana, a nova redação do preceito não mais veda de modo incisivo, como fazia o art. 3º da Lei n. 4.591/64, a utilização exclusiva de parte comum por um dos condôminos, desde que a unanimidade, em assembleia, delibere nesse sentido. Tome-se como exemplo a laje de cobertura, cuja utilidade atende ao interesse exclusivo do condômino do último andar. A propriedade permanece comum, mas o uso pode ser cedido por unanimidade ao condômino interessado (*Comentários ao Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 389). O Enunciado n. 247 da III Jornada de Direito Civil 2004 editou conclusão ainda mais liberal: “Art. 1.331: No condomínio edilício é possível a utilização exclusiva de área comum que, pelas próprias características da edificação, não se preste ao ‘uso comum’ dos demais condôminos”.

O § 5º do art. 1.331 diz respeito ao terraço de cobertura, dispondo que integra as partes comuns, salvo disposição em contrário na “escritura de constituição” do condomínio. A regra, pois, é dispositiva, porque somente se aplica no silêncio de cláusula negociada em sentido contrário. Há certa imprecisão na utilização do termo “escritura”, vez que a instituição do condomínio edilício pode ter como título instrumento particular. A nova regra consolida entendimento da doutrina e dos tribunais de que nem sempre a laje de cobertura constitui área comum, como dava impressão o art. 3º da Lei n. 4.591/64.

O § 3º do art. 1.331, alterado pela Lei n. 10.931/2004, diz que a fração ideal deve ser indicada de modo decimal no momento da instituição do condomínio. A fração ideal, como diz Caio Mário da Silva Pereira, “é a cifra representativa do interesse econômico de cada uma das pessoas participantes do condomínio” (op. cit., p. 98). A lei abandonou o critério, adotado originalmente pelo Código Civil, de calcular a fração de modo proporcional ao valor de cada unidade autônoma. Logo, a fração ideal, agora, tem critério livre, podendo ser calculada tanto tomando como base tanto o valor como o tamanho da unidade autônoma, ou, ainda, em porções iguais a todas as unidades. Prevalece a autonomia privada dos condôminos no momento da instituição do condomínio, respeitados, é claro, os princípios cogentes da boa-fé objetiva, equilíbrio negociado e função social do contrato e da propriedade. Deixa expresso a lei apenas o momento em que a fração ideal deve estar fixada, qual seja, o da instituição do condomínio edilício, ou, caso haja incorporação imobiliária, ao momento de seu registro. Atuais as palavras de Caio Mário da Silva Pereira, para quem “uma vez estabelecida, é definitiva a quota ideal de cada um”, podendo ser retificada se houver erro material de cálculo. A ocorrência de fatos posteriores, que alterem o valor das unidades, a princípio não muda as frações ideais, salvo deliberação da assembleia geral, “mas a votação há de ser unânime, pois que o efeito da deliberação repercute na esfera jurídica de todos e de cada um, reduzindo os encargos de alguém em prejuízo de outrem e afetando a distribuição do valor de quotas individuais de cada comunheiro no valor global do edifício” (op. cit., p. 101).

O terceiro requisito do condomínio edilício está positivado no § 4º do art. 1.331: toda a unidade autônoma deve ter acesso à via pública, Pode o acesso ser direto, como de lojas com frente para a via pública, ou indireto, por meio das áreas comuns do edifício, como no caso de apartamentos ou conjuntos comerciais. O que importa é que as unidades autônomas não podem estar encravadas, subordinado o acesso à travessia de outra unidade.

O quarto e último requisito do condomínio edilício está previsto no art. 1.332, adiante comentado. Deve haver a vontade dos condôminos voltada à adoção do regime jurídico, mediante instituição do condomínio, levada ao registro imobiliário.

Falha grave do Código Civil de 2002 é a omissão quanto ao regime jurídico das garagens. Cabe, de início, ressaltar que as vagas em edifícios-garagem são sempre unidades autônomas. Nos demais casos, há apenas breve alusão ao abrigo de veículos, como parte de utilização exclusiva dos condôminos. Colmata-se a lacuna do Código Civil aplicando-se o que contém o art. 2º, § 1º, da Lei n. 4.591/64. A doutrina e a jurisprudência admitem tripla modalidade das vagas, a saber: a) como coisa comum, absorvida na fração ideal de terreno da unidade autônoma, conferindo o direito de estacionar veículo no espaço comum que se encontrar desocupado, sem demarcação. Admite-se que a convenção de condomínio discipline o uso, ou faça o sorteio de utilização temporária das vagas; b) como acessório de unidade autônoma, reservada a um condômino ou a determinado grupo, sem fração ideal de terreno a ela atrelada, mas demarcada para uso privativo do titular da unidade a que se vincula; distingue-se da modalidade anterior, porque a unidade com vaga acessória tem fração ideal maior no terreno do edifício; c) como unidade autônoma, com fração ideal de terreno a ela atrelada, com designação específica e extremada das demais vagas de garagem.

Jurisprudência: Diante das circunstâncias concretas dos autos, nos quais os proprietários de duas unidades condominiais fazem uso exclusivo da área de propriedade comum, que há mais de trinta anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local, e estavam autorizados por assembleia condominial, tal situação deve ser mantida, por aplicação do princípio da boa-fé objetiva (STJ, REsp n. 356.821/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.04.2002). No mesmo sentido: *RSTJ* 130/366 e *RT* 753/226.

Tendo o embargante adquirido imóvel em condomínio horizontal, em que as contribuições recebidas são integralmente revertidas em favor dos condôminos, com a prestação de serviços, inclusive de conservação, cabe a todos o pagamento de sua quota-parte, sob pena de haver enriquecimento ilícito por parte daquele que, sem pagar sua parte, usufrui dos serviços prestados à coletividade. Fazendo a Associação de Moradores "oferta" de prestação de serviços a todos aqueles que adquiriram imóveis, que é "aceita", tacitamente, pela usufruição contínua daqueles serviços, que foram instituídos em benefício de toda a coletividade, dá-se entre ambos, o que a doutrina moderna civilista denominou de relação contratual de fato. Não obstante inexistir obrigatoriedade de participação em qualquer associação, seja de que natureza for, em face da regra do art. 5º, XX, da CF/1988, todos aqueles que usufruem dos serviços necessários, por ela prestados, devem efetuar a respectiva contraprestação, pagando o respectivo preço. Rejeição dos embargos impostos. Alega-se, em suma, violação do art. 5º, XX, da Constituição. Para alterar a conclusão do tribunal *a quo*, no sentido da existência do condomínio, seria necessário o reexame de provas e fatos em que se fundamentou o acórdão recorrido. Firme a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que o RE não se presta a tal finalidade (Súmula n. 279). Ademais, ainda que se pudesse admitir a existência de uma associação de moradores e não de um condomínio, o art. 5º, XX, da Constituição, não admite enriquecimento ilícito por parte dos associados em detrimento do grupo. Nego seguimento ao RE. (STF, RE n. 340.561/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.12.2004)

Condomínio. Despesas condominiais. Alegação da forma de custeio da cota parte das despesas comuns. Necessidade de consentimento unânime de todos os condôminos, devendo toda alteração manter a harmonia dos interesses individuais com os da massa condominial. Proporcionalidade do rateio, ademais, que é vinculado ao valor da unidade e só se altera se este for mudado em razão de acontecimentos excepcionais. Abuso na modificação procedida caracterizado. Embargos infringentes acolhidos. (I TACSP, Ap. cível n. 588.574-8/001, rel. Matheus Fontes, j. 30.05.1996).

É devido o pagamento, a título de contraprestação, pelo uso privativo, como estacionamento, de área condominial comum. 2 - Inexiste prescrição aquisitiva em face da utilização exclusiva e costumeira de área comum. Inteligência do art. 1.331, § 2º, do CC, e do art. 3º, da Lei n. 4.591/64. (TJRS, Ap. cível n. 70.013.042.130, 19ª Câ. Cível, rel. Des. José Francisco Pellegrini, j. 29.11.2005)

Apelação cível. Condomínio edilício. Edificações de unidades superpostas. O terraço de cobertura é área de uso comum, nos termos do § 5º do art. 1.331 do Código Civil. Integram o direito subjetivo de propriedade do *dominus* de cada unidade as dependências necessárias, quais sejam, a caixa d'água e antena privativas. (TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.17317, 11ª Câ. Cível, rel. Des. Marilene Melo Alves, j. 31.05.2006)

Registro de imóveis. Dúvida. Carta de adjudicação. Condomínio edilício como adquirente. Viabilidade da aquisição. Necessidade da anuência dos demais condôminos em assembleia geral. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 253-6/6, rel. José Mário Antonio Cardinale). (*Lex-TJSP* 287/561, 2005)

Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 7º, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

Diz a lei que o condomínio edilício se institui por negócio jurídico *inter vivos* ou *causa mortis** sem alusão à forma pública. É negócio solene que exige a forma escrita, por instrumento particular ou público.

Caio Mário da Silva Pereira enumera as seguintes possibilidades de negócios geradores do condomínio edilício: a) várias pessoas se associam para a compra de um edifício já construído por apenas uma delas ou por terceiro e, no negócio de aquisição, estabelecem o regime de propriedade exclusiva sobre as unidades autônomas e as respectivas frações ideais; b) por testamento que estabeleça o regime de condomínio edilício sobre edificação já existente; c) na mesma linha, o doador pode instituir o condomínio edilício no negócio da doação; d) podem os herdeiros, no momento da partilha de construção recebida em condomínio tradicional, instituir o condomínio edilício, atribuindo a cada um deles unidade vinculada a fração ideal; e) um imóvel sob condomínio tradicional pode ser dividido entre os condôminos mediante regime jurídico do condomínio edilício; f) a alienação que o proprietário exclusivo de um edifício faz a terceiros, desmembrando-o em unidades autônomas; g) por construção direta, quando

várias pessoas coproprietárias do solo acordam edificar um edifício, atribuindo-se unidades autônomas; h) incorporação de um edifício, que adquire terreno e realiza a edificação, vendendo, durante a construção ou após seu término, unidades autônomas a adquirentes diversos; i) a construção pelo Poder Público, quando edifica e oferece ao particular unidades autônomas (*Condomínio e incorporações*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 108-11).

Os modos acima enunciados são os títulos necessários para a criação do condomínio edilício. Não basta, porém, a emissão de vontade por negócio jurídico. O registro imobiliário é constitutivo do condomínio edilício, porque não se admite que a modalidade especial de propriedade, direito real que é, nasça por mero consenso. Antes do registro, o negócio da instituição gera apenas efeitos *inter partes*, em especial a localização da posse sobre partes certas da construção e a obrigação de contribuir para o custeio das partes de uso comum, a que doutrina e jurisprudência denominam condomínio de fato.

De outro lado, somente pode ser levada a registro a instituição de condomínio de edificação já concluída, atestada por “habite-se” emitido pela autoridade administrativa competente. O registro da incorporação de unidades a construir ou em construção não equivale e nem supre a instituição.

Os três incisos do art. 1.332 tratam dos requisitos do negócio da instituição do condomínio edilício. Alude a parte final do *caput* do artigo, porém, a outros requisitos previstos em lei especial. Trata-se dos requisitos previstos no art. 8º da Lei n. 4.591/64, que em suas quatro alíneas prevê regras especiais para o condomínio de casas térreas ou assobradadas, bem como detalha a descrição das unidades autônomas, com menção à parte do terreno ocupada pela edificação e a discriminação das áreas de passagem para as vias públicas.

As unidades autônomas devem ser numeradas e individualizadas, de modo a tornarem-se inconfundíveis com outras. Deve constar a área privativa da unidade, sem haver necessidade, porém, de descrição dos cômodos. Também a fração ideal da unidade no terreno e nas coisas comuns deve ser fixada em fração ou percentual.

A novidade do Código Civil está na exigência de constar da instituição e do registro a destinação das unidades autônomas, se residenciais, comerciais ou mistas.

Jurisprudência: Registro de imóveis. Condomínio edilício. Instrumento de instituição. Falta de manifestação da totalidade dos condôminos. Acesso recusado. Dúvida procedente. Ausência de perfeita identidade com o teor do registro da incorporação. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 340-6/3, rel. José Mário Antonio Cardinale, j. 05.05.2005). (*Lex-TJSP*295/649, 2005)

Antecipação dos efeitos da tutela. Condomínio. Instituição judicial. Pretensão de instituição judicial de condomínio edilício em face de desinteligências entre os proprietários. Previsão legal de instituição consensual. Arts. 1.332 e 1.333, CCB. Ausência de verossimilhança. Art. 273, CPC. Negaram provimento. (TJRS, AI n. 70.020.610.531, 19ª Câm. Cível, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 04.09.2007)

Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 9º, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

O artigo em exame reproduz parcialmente o disposto no art. 9º da Lei n. 4.591/64, introduzindo, porém, relevante alteração, em especial quanto à eficácia da convenção antes de seu ingresso no registro imobiliário.

A convenção, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira, é o estatuto disciplinar das relações internas dos condôminos, que atende a conveniência de se estabelecer um regime harmônico de relações que elimine ou reduza ao mínimo as zonas de atritos (*Condomínio e incorporações*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 123). Deve ter a forma escrita, mas não se exige a escritura pública.

A Súmula n. 260 do STJ atribui efeitos jurídicos interpartes à convenção não levada ao registro imobiliário, com eficácia para regular as relações entre condôminos. O Código Civil de 2002 consolida e amplia o entendimento pretoriano, conferindo eficácia à convenção em duas etapas e graus distintos. Num primeiro momento, subscrita pelos titulares de no mínimo dois terços das frações ideais, produz efeitos para todos os titulares de direitos sobre as unidades, abrangendo possuidores e detentores. Note-se que a lei, em caráter exceptivo, admite que os efeitos da convenção não levada ao registro atinjam não somente seus subscritores, como também aqueles que venham a ter direito real ou posse, ou detenção, sobre a coisa comum. Num segundo momento, levada ao registro imobiliário, estende seus efeitos *erga omnes* a todos aqueles que interagem com o condomínio, ainda que não sejam titulares de direitos reais sobre unidades autônomas nem possuidores ou detentores. No dizer de Edson Luiz Fachin, “o registro da convenção condominial é pressuposto de regularidade, não o é quanto à existência, ademais, quando menos na ausência do ato registral, há situação de fato, digna de tutela jurídica” (*Comentários ao Código Civil* São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 236).

O preceito gera alguma perplexidade, porque uma leitura ligeira parece admitir a instituição de condomínio edilício sem o registro da convenção. Não é bem assim. A convenção deve acompanhar o pedido de registro da instituição do condomínio edilício, porque não se admite o regime especial sem regras internas disciplinando as relações entre condôminos. A convenção é registrada no Livro 03 do Registro Imobiliário, conferindo-lhe publicidade plena perante terceiros. O alcance da regra é limitado à eficácia parcial do condomínio de fato, antes de sua instituição, valendo entre titulares de direitos sobre partes da edificação o que por eles foi convencionado por maioria qualificada, assim como frente a adquirentes, possuidores e detentores.

A lei exige *quorum* qualificado de dois terços das frações ideais - e não do número de unidades ou de condôminos - para a criação da convenção de condomínio. Frise-se que cada adquirente vota com a força de sua fração ideal e não *per capita*. Os compromissários compradores de unidades autônomas, ainda que futuras, ou os cessionários desses direitos, estejam ou não os contratos registrados, esteja ou não o preço integralmente pago, estão habilitados a deliberar a convenção, sendo abusiva, por ferir o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e o princípio da boa-fé objetiva, eventual cláusula contratual em sentido contrário. Isso porque o compromisso de compra e venda se considera contrato preliminar impróprio, já que esgota a atividade negociai, sendo a escritura definitiva mero ato devido. A melhor doutrina entende que, embora utilize a lei o termo “subscrita”, devem todos os condôminos ser convocados para assembleia de deliberação da convenção. Não basta, portanto, a assinatura de dois terços dos quinhões, mas a prévia convocação da totalidade dos comunheiros para a votação da convenção.

Caso não se atinja o *quorum* qualificado, a doutrina majoritária admite que, para superar o impasse, se socorram as partes de pronunciamento judicial que, após contraditório, fixe as regras mínimas de convivência em condomínio de fato (VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 414).

A questão fundametal» em relação à convenção de condomínio, é saber sua *natureza jurídica*. Não se trata de investigação simplesmente teórica, mas, em vez disso, tem profundas

consequências, especialmente no que se refere à incidência das normas cogentes do Código Civil de 2002 às convenções firmadas e registradas anteriormente a sua vigência.

Duas correntes dividem-se a respeito. A primeira corrente defende a natureza jurídica contratual da convenção de condomínio, porque pautada no acordo de vontade das partes, com o objetivo de criar direitos e obrigações recíprocos entre os condôminos. A segunda corrente defende a natureza de ato-regra, ou estatutária da convenção de condomínio, porque “cria a normação para um agrupamento social reduzido, ditando regras de comportamento, assegurando direitos e impondo deveres” (PHRKIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 197). Define-se o ato-regra como a manifestação de vontade dotada de força obrigatória e apta a pautar um comportamento individual. Distingue-se da lei porque esta é comando geral e o ato-regra sujeita apenas um agrupamento mais reduzido. A teoria do ato-regra explica por que condôminos minoritários que deixaram de manifestar-se ou dissentiram da convenção a ela estão vinculados, assim como a geração de efeitos em relação a todos que interajam com o condomínio, desbordando seus efeitos aos signatários (idem, p. 134).

Os que defendem a natureza contratual da convenção de condomínio, de modo coerente, entendem que esta gera ato jurídico perfeito, que não pode ser alcançado pela retroatividade da lei, em razão da garantia fundamental do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Não se pode invocar, em tal caso, o art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que determina que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública” Isso porque, segundo entendimento corrente do Supremo Tribunal Federal, “o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de ordem pública e lei dispositiva” (STF Pleno, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 143/724). Logo, para os defensores da primeira corrente, regras cogentes e polêmicas, como locação de garagens a estranhos, multa moratória devida pelo condômino inadimplente, *quorum* especial para determinadas matérias, enfim, todas as inovações imperativas do Código Civil de 2002 somente se aplicam às convenções firmadas posteriormente a sua vigência.

Para os que entendem que a convenção de condomínio tem a natureza de ato-regra, a posição é inversa. Se a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, com muito maior dose de razão revoga também direito estatutário, ou corporativo, que disciplina o comportamento de todos que voluntariamente integram um agrupamento, ou que momentaneamente se acham a ele ligado. Para essa corrente, as novas normas, acima referidas, têm incidência imediata sobre as convenções anteriores ao Código Civil de 2002, considerando não escritas as cláusulas que infringirem novas normas cogentes.

Jurisprudência: Súmula n. 260, STJ: A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos.

O condomínio tem capacidade para estar em juízo, ainda que não tenha sido registrado, pois o teor do art. 12, VII, do Código de Processo Civil, permite que a sociedade de fato possa estar em juízo, dispondo, portanto, de capacidade de ser parte, como autora, ré, assistente ou oponente. (*JTA-Lex* 181/306, rel. Artur Marques)

A natureza jurídica da Convenção de Condomínio vai além da simples relação contratual para assumir contornos de ato normativo institucional que obriga a todos os condôminos a obedecê-la e mesmo terceiros que eventualmente ingressarem no campo de sua incidência. (II TACSP, Ap. cível n. 333.368, rel. Ferraz de Arruda, j. 19.04.1993)

Ainda que não registrada, a convenção de condomínio devidamente aprovada vincula os condôminos que não podem, por este fundamento, recusarem-se ao seu cumprimento (STJ, REsp n. 162.223/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.06.2001). (*RJADCOAS* 35/40)

Já assentou esta 3ª Turma que a "natureza estatutária da convenção de condomínio autoriza a imediata aplicação do regime jurídico previsto no novo Código Civil, regendo-se a multa pelo disposto no respectivo art. 1.336, § 1º" (REsp n. 722.904/RS, de minha relatoria, *DJ* 01.07.2005). (STJ, REsp n. 663.436/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.03.2006)

No que concerne à suposta vulneração ao art. 9º da Lei n. 4.591/64, aduz o recorrente a ocorrência de irregularidade na elaboração e aprovação da convenção do condomínio em apreço. A lei é clara ao estabelecer que a convenção condominial seja elaborada, por escrito, pelos proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas. *In casu*, a irregularidade apontada pelo recorrente estaria no fato da convenção do condomínio ter sido constituída apenas pela incorporadora. Todavia, extrai-se dos autos, que à época da sua constituição, a incorporadora do imóvel era única proprietária de todas as unidades. Logo, tal circunstância lhe permitiu a elaboração da convenção condominial, bem como sua aprovação, nos termos legais. Assim, não vislumbro no caso a aludida violação à norma infraconstitucional (STJ, REsp n. 400.333/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 28.09.2004). (*RSTJ* 190/355)

Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:

- I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;
- II - sua forma de administração;
- III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e *quorum* exigido para as deliberações;
- IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;
- V - o regimento interno.

§ 1º A convenção poderá ser feita por escritura pública ou por instrumento particular.

§ 2º São equiparados aos proprietários, para os fins deste artigo, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 9º, § 3º, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

O *caput* do artigo inicia dispondo que a convenção de condomínio deverá conter as cláusulas a que se refere o art. 1.332, anteriormente estudado, requisitos da instituição do condomínio edilício, a saber: a individualização e discriminação das unidades autônomas, a determinação da fração ideal correspondente a cada unidade e a finalidade das unidades. São o que Edson Luiz Fachin denomina disposições estruturantes do condomínio, sem as quais se está frente ao regime jurídico do condomínio tradicional, regido por regras diversas. O art.

9º da Lei n. 4.591/64, alíneas *a* e *b* do § 3º, explicitava requisitos semelhantes que, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira, têm o escopo de permitir a cada condômino conhecer o que lhe pertence, individualmente, para que o possa defender e, ao mesmo tempo, respeitar a esfera jurídica alheia, e, no que tange às áreas comuns, usá-las sem exclusividade, a fim de não obstar o uso dos demais (*Condomínio e incorporações*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 137).

Prossegue o *caput* do artigo dizendo que os cinco incisos, adiante comentados, são o conteúdo mínimo da convenção, que pode também conter as cláusulas que os “interessados houverem por bem estipular” Abre-se espaço à autonomia privada, permitindo aos condôminos acrescentar outros dispositivos de seu interesse, desde que não afrontem norma cogente nem os princípios da função social do contrato e da propriedade, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva. Não se admitem, também, cláusulas contrárias à própria natureza do condomínio edilício, que mescla as propriedades individual e comum. As normas da convenção têm natureza complementar, particularizando regras que a lei não poderia conter, dado seu casuísmo. Como lembra João Batista Lopes, são nulas “as cláusulas restritivas dos direitos dos condôminos, como as que impedem o direito de voto, limitam o direito de propriedade ou conferem exclusividade ao uso de áreas comuns” (*Condomínio*, 4. ed. atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 86). Os direitos básicos dos condôminos, previstos no art. 1.335, adiante comentado, não podem ser tolhidos ou suprimidos pela convenção. Tome-se como exemplo cláusula que imponha direito de preferência dos demais condôminos, no caso de alienação de unidade autônoma, que isente condômino do pagamento da contribuição condominial ou que imponha sanções excessivas ao inadimplente. As restrições aos direitos dos condôminos somente se justificam quando visam a coibir as interferências prejudiciais entre condôminos.

O inciso I trata do rateio das despesas e deve ser lido em consonância com o que dispõe o art. 1.336, I, do Código Civil, adiante comentado, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.931/2004. A princípio, o rateio se faz de modo proporcional às frações ideais das unidades autônomas. A regra, porém, é dispositiva, somente valendo no silêncio da convenção, que pode dispor em sentido diverso. Tome-se como exemplo a regra do art. 1.340 do Código Civil, adiante comentado, que atribui as despesas das partes comuns de uso exclusivo a quem delas se aproveita. É o caso, por exemplo, de lojas no pavimento térreo de edifício, que não participam do rateio das despesas relativas à manutenção dos elevadores. Como lembra Caio Mário da Silva Pereira, “pode a convenção excluir da divisão das despesas ou de certas despesas determinadas unidades e incluir outras, bem como estabelecer o critério para que concorram uns e outros para as extraordinárias” (op. cit., p. 138). Deve, porém, haver razão objetiva que justifique o rateio de modo desproporcional às frações ideais, coibindo-se abusos, como de certos empreendedores que isentam ou criam critérios favoráveis às unidades reservadas para si, em detrimento dos demais consortes. Embora seja omissa o atual Código Civil, pode a convenção estabelecer a forma de contribuição para o fundo de reserva, a fim de fazer frente a despesas extraordinárias e urgentes.

O inciso II reza que a convenção disporá sobre a forma de administração do condomínio, em especial regras supletivas às previstas nos arts. 1.347 e 1.348, adiante comentadas. Poderá, por exemplo, atribuir poderes ao síndico, além dos previstos no art. 1.347, estabelecer mandato inferior a dois anos, isentar o síndico das contribuições condominiais, prever a eleição de subsíndico ou, ainda, criar conselho fiscal ou conselhos e comissões auxiliares de administração.

O inciso III diz que a convenção deve disciplinar a competência das assembleias, sua forma de convocação e *quorum* exigido para deliberações. No que se refere à competência, as matérias previstas no art. 1.250 são objeto de assembleia ordinária. Nada impede que matérias outras, desde que não haja vedação legal, sejam também incluídas na assembleia ordinária, restando as demais para a assembleia extraordinária. No que se refere ao *quorum*, não pode a convenção suplantar a lei. Como diz Caio Mário da Silva Pereira, “para aquelas deliberações em que a lei estabelece *quorum* especial, não pode a convenção marcar outro diferente, nem para mais, nem para menos. Mas, onde se deixou o assunto para o alvedrio dos condôminos, poderão eles dizer se desejam maioria simples ou qualificada” (op. cit., p. 139). Tomem-se como exemplos os *quorum* já estabelecidos em lei para imposição de multa ao

condômino renitente (art. 1.337), alteração da própria convenção (art. 1.351), destituição do síndico (art. 1.349), obras no edifício (arts. 1.341 e 1.343) ou extinção do condomínio (art. 1.357), que não podem ser alterados pela convenção. O Código Civil é omissivo quanto à forma e ao prazo de convocação dos condôminos para as assembleias, deixando amplo espaço para a convenção. Obrigatório, porém, que a convenção preveja a convocação de todos os condôminos e com prazo mínimo, aferível caso a caso, para que estes possam se informar e refletir sobre a ordem do dia. Em casos especiais, quando a deliberação afetar apenas alguns condôminos, é que os demais, estranhos à matéria em pauta, não precisarão ser convocados.

Dispõe o inciso IV que a convenção disporá sobre as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores, matéria mais bem analisada nos comentários aos arts. 1.336 e 1.337. Basta lembrar que a convenção não pode ultrapassar os limites máximos cogentes das multas dos artigos mencionados, podendo, porém, estabelecer limites menores e a forma de sua imposição, como prazo de defesa do condômino ou necessidade de aprovação em assembleia.

O inciso V diz que a convenção determinará o regimento interno. Ao contrário do que afirma parte da doutrina, isso não quer dizer que no texto da convenção deva já constar obrigatoriamente o regimento interno. A convenção pode simplesmente determinar que se fará o regimento em momento posterior, dispondo sobre sua forma e *quorum* (VKNOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* - direitos reais, 2. ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 293). O regimento, como se sabe, contém regras do dia-a-dia do condomínio, como regulamentação e horário de utilização da piscina, do salão de festas e do parque infantil. Não tem sentido que regras casuísticas, moldáveis pela necessidade dos condôminos, sejam estabelecidas no momento da criação do condomínio edilício. Note-se que o art. 1.351 do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.931/2004, dispõe que a alteração da convenção depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos, o que, porém, não mais se aplica em relação ao regimento interno, que pode ser aprovado pelo *quorum* previsto na própria convenção e, em seu silêncio, por maioria simples.

No que se refere aos dois parágrafos do art. 1.334, o primeiro diz que a convenção pode ser feita por escritura pública ou particular. É negócio solene, porque a forma escrita é de sua substância, e sua eficácia, como visto no comentário ao artigo anterior, se dá em duas etapas, antes e depois do registro imobiliário. O § 2º também já foi objeto de menção no comentário ao art. 1.333, a que se remete o leitor, e diz que são equiparados aos proprietários os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas, salvo disposição em contrário.

A novidade está na ressalva contratual, que retira dos compromissários compradores o direito de deliberar a convenção. Essa ressalva, porém, vai contra a própria natureza de contrato preliminar impróprio do compromisso de compra e venda, que transfere ao promissário comprador quase todos os poderes federados do domínio (*utendi, fruendi* e mesmo *abutiendi*, pela cessão de direitos), remanescendo com o promitente vendedor apenas um domínio afetado à garantia do recebimento do preço. É por isso que o compromissário comprador, que responde pelas despesas condominiais e está adstrito às restrições da convenção, deve dela participar e deliberar. Em termos diversos, a ressalva negocial mencionada pela lei é incompatível com as relações de consumo e em determinados casos fere a boa-fé objetiva. Somente prevalece se houver justificativa plausível para a restrição (cf. NASCIMENTO FRANCO, João. *Condomínio*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 111).

Jurisprudência: O incorporador responde pelas despesas condominiais das unidades não negociadas, sendo-lhe vedada a inclusão de cláusula padronizada nos contratos de promessa de compra e venda aos demais condôminos que o isente do rateio. Abusividade coibida pelo art. 51 do CDC. Precedente do STJ. (TJRS, Ap. cível n. 70.000.430.710, 17ª Câ. Cível, rel. Fernando Braf Henning Júnior, j. 12.09.2000)

Art. 1.335. São direitos do condômino:

- I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;
- II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;
- III - votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 19, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

O artigo em estudo não tem similar no Código Civil de 1916. Corresponde, com inovações, ao art. 19 da Lei n. 4.591/64. Os três incisos não esgotam os direitos dos condôminos, constituindo um rol não exaustivo, mas de prerrogativas que não podem ser suprimidas ou comprimidas - salvo situações especiais - pela convenção ou regimento interno.

Direitos sobre a unidade autônoma: O inciso 1, em consonância com o regime complexo do condomínio edilício, que mescla propriedade plena sobre a unidade autônoma com copropriedade sobre as partes comuns, assegura ao condômino os poderes federados do domínio - art. 1.228 do Código Civil - sobre a unidade, dispondo que pode usá-la, fruí-la e dela livremente dispor. Embora não mencione, está implícito o quarto poder do dono, qual seja, o de reivindicar a coisa que injustamente esteja sob posse ou detenção de terceiro. Note-se que o preceito apenas usa a qualificação “livremente” para o direito de dispor, uma vez que os direitos de usar e de fruir estão conformados pelas restrições de vizinhança, sempre mais severas no regime do condomínio edilício e previstas no inciso IV do artigo seguinte.

O direito de dispor envolve o de onerar a unidade autônoma e, com ela, a fração ideal que lhe é inerente e indissociável. Por isso, não pode norma convencional subordinar, por exemplo, tal direito à preferência dos demais condôminos.

No que se refere ao direito de usar e fruir a unidade autônoma, a regra deve ser lida em conjunto com o dever previsto no inciso IV do art. 1.336, adiante comentado, ou seja, deve o condômino dar a suas partes a mesma destinação da edificação e não as utilizar de modo prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes. Há farta casuística nos tribunais sobre a matéria, partindo de alguns pressupostos que podem ser delineados. O primeiro é que, pela própria natureza do condomínio edilício, as restrições de vizinhança são mais severas do que as gerais do próprio Código Civil, e complementadas por regras estatuídas na convenção de condomínio. O segundo é que o domínio sobre a unidade autônoma é pleno, de modo que somente se justificam as restrições convencionais se, no caso concreto, verificar que o comportamento do condômino agride os interesses eleitos pela lei - segurança, sossego, salubridade e bons costumes.

Vamos aos casos mais freqüentes e às soluções majoritárias dadas pelos tribunais (cf. NASCIMENTO FRANCO, João. *Condomínio*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 167-214; VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 423-6):

- É direito do ocupante receber em sua unidade pessoas com quem mantenha amizade ou relações afetivas, do mesmo sexo ou do sexo oposto, em homenagem aos direitos de personalidade, da liberdade sexual, intimidade e da vida privada. A conduta, porém, pode ser reprimida, quando desbordar para interferência prejudicial aos interesses dos demais condôminos, como segurança, salubridade e sossego; assim, reprime-se instalação na unidade de casa de prostituição, que, além de desviar a destinação, ofende os bons costumes, valor também tutelado pelo legislador.

- De igual modo, o barulho exagerado, desordens, festas freqüentes até altas horas da noite ofendem a tranquilidade dos vizinhos e são reprimidos tanto pelas normas gerais do direito de

vizinhança como pelas normas convencionais do condomínio; a regra abrange o barulho produzido por crianças, porém com margem maior de tolerabilidade, uma vez que algum ruído decorrente de brincadeiras, gritos ou choro constituem utilização normal da propriedade.

- Deve o condômino respeitar a destinação de sua unidade autônoma, não podendo usá-la para fins comerciais ou empresariais, se previsto o fim residencial, nem vice-versa. Tolerase, porém, o uso misto, ainda que vedado pela convenção, desde que os valores tutelados pelo legislador - sossego, segurança, salubridade - não sejam atingidos nem os equipamentos comuns - elevadores, portaria, água -, sobrecarregados. São os casos de professores que ministram algumas aulas particulares, ou de advogados que recebem poucos clientes, ou costureiras que fazem algumas provas de roupas, ou prestadores de serviço em geral que usam a unidade para desenvolver suas atividades; por outro lado, não se admite a instalação de república de estudantes, quer pela provável ofensa ao sossego, quer pela sobrecarga aos equipamentos comuns.

- A manutenção de animais nas unidades gera entendimentos divergentes. Se a convenção for omissa, aplica-se a regra geral da preservação dos interesses tutelados pela lei, quais sejam, segurança, sossego e saúde. Caso, porém, a convenção proíba a permanência de animais, os tribunais se dividem. Há linha de interpretação mais rigorosa, de que deve a convenção ser seguida de modo estrito e quem vai habitar o condomínio tem ciência da restrição e a ela deve se amoldar. A linha majoritária, todavia, volta-se à prova da real nocividade do animal no caso concreto. Tolerase a permanência do animal, se não for este prejudicial aos demais condôminos (*RT* 791/213, *JTJ-Lex* 167/32 e 248/34, *JSTJ* 49/176). Aquele que litiga contra a vedação convencional, porém, tem sobre seus ombros o ônus de demonstrar que os valores tutelados pela regra não foram vulnerados (cf. *SOUZA*, Sidney Roberto Rocha de. “Animais em apartamentos”. In: *Condomínio edilício*, coord. F. A. Casconi & J. R. N. Amorim. São Paulo, Método, 2005).

Direito de usar as partes comuns: O inciso II garante ao condômino usar das partes comuns, desde que de acordo com sua finalidade e de modo a permitir igual direito aos demais condôminos. A primeira limitação diz respeito à finalidade. A garagem coletiva, por exemplo, não é local de recreação de crianças nem as quadras esportivas se prestam à guarda de veículos. A natureza da área e a previsão de seu destino são determinantes do uso. A segunda limitação se refere à preservação da mesma prerrogativa aos outros condôminos, permitindo a todos a utilização da área comum. Essa regra pode comportar algumas exceções. Tomem-se como exemplos as vagas de garagens indeterminadas, cujo uso exclusivo a cada um dos condôminos por certo tempo é determinado temporariamente em assembleia. Também é o caso do art. 1.340, que alude às partes comuns do edifício, de uso exclusivo de alguns condôminos, como corredores dos andares de edifício interditados aos condôminos da loja situada no térreo, que não participam do rateio das despesas.

Questão polêmica é a da possibilidade da alteração da destinação da área comum do edifício, ou então da entrega de parte da área comum ao uso exclusivo de um dos condôminos. O entendimento majoritário é no sentido de que se admite a alteração da destinação de parte comum, ou a utilização exclusiva, se houver o consenso dos condôminos, por unanimidade (cf. *NASCIMENTO FRANCO*, João. Op. cit., p. 220-1). Em determinados casos, a própria convenção ou instituição do condomínio já conterão a previsão, cabendo a análise de sua congruência com os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, vulnerado no caso de empreendedores e incorporadores que fazem constar da convenção a possibilidade de uso exclusivo do teto do prédio, para colocação gratuita de placas de publicidade ou sinais da empresa, sem qualquer vantagem ou contraprestação aos condôminos.

Note-se que embora a lei use o termo “condômino”, os direitos de usar e fruir a unidade autônoma e as partes comuns do edifício se estendem aos demais ocupantes, como o usufrutuário, o locatário e o comodatário.

Direito de voto: Finalmente, o inciso III reza ser direito do condômino votar nas deliberações da assembleia e dela participar, estando quite. Mais uma vez o termo “condômino”

abrange compromissários compradores e cessionários de direito, como mencionado no comentário ao art. 1.334, ao qual se remete o leitor. Cuida-se de direito fundamental do condômino, que não pode ser afastado por norma convencional. Certos condôminos, porém, podem ser excluídos da votação, quando a matéria em debate não lhes disser respeito nem tenham reflexos sobre seus direitos e obrigações. É o caso, por exemplo, do condômino de unidade situada no térreo, sobre a troca de elevadores, de cujo rateio não participará.

O Código Civil de 2002 não reproduziu o disposto no art. 24, § 4º, da Lei n. 4.591/64, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.267/96. O silêncio da nova lei é eloqüente e traduz a revogação do anterior preceito. O locatário não mais participa e delibera em assembleias de condomínio, ainda no que se refere a despesas ordinárias (NASCIMENTO FRANCO, João. Op. cit., p. 113; VIANA, Marco Aurélio da Silva. Op. cit., p. 433).

A novidade está na subordinação do direito de voto à pontualidade do pagamento da contribuição condominial. Tomou a lei posição, afastando a anterior discussão sobre a legalidade da restrição ao direito de voto contida em convenção de condomínio. Todos os condôminos, porém, devem ser convocados, até porque o saldo devedor pode ser pago até o momento da assembleia. O condômino que houver ajuizado ação de consignação em pagamento para discutir parcela controversa da contribuição não deve ser considerado em débito, assim como aquele que houver depositado em juízo tal quantia. Diz a lei que o condômino em atraso não pode deliberar, o que não o impede de participar das discussões, embora sem direito a voto. A participação, porém, por não constituir direito garantido por norma cogente, pode ser afastada por norma convencional.

Resta saber se deve ser levado em conta, para composição global do *quorum*, o condômino impedido de votar. Não teria sentido que os inadimplentes, em razão de seu impedimento, inviabilizassem diversas deliberações relevantes para a vida condominial, como a realização de obras no edifício (art. 1.341), a alteração da convenção de condomínio (art. 1.351), a destituição do síndico (art. 1.349) ou mesmo a imposição de multa aos condôminos renitentes no cumprimento de suas obrigações, inclusive a de ratear as despesas (art. 1.337). Haveria duplo prejuízo aos condôminos pontuais, tanto por terem de adiantar a parte dos inadimplentes como por não conseguirem *quorum* para deliberações relevantes para a vida condominial.

Jurisprudência: O condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma. Esse direito, contudo e em face da exegese do art. 19 da Lei n. 4.591/64, não é absoluto, estando condicionado às normas de boa vizinhança, de modo que só pode o proprietário fazer uso de seu imóvel, inclusive das partes comuns, de modo a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores. A violação a qualquer dos deveres condominiais sujeita o infrator às multas previstas na convenção ou no regimento interno, revertendo-as em benefício do Condomínio. (II TACSP, Ap. sem revisão n. 617.078-00/2, 5ª Câm., rel. Juiz S. Oscar Feltrin, j. 29.08.2001)

Interdito proibitório. Alegação de turbação para receber sinal por satélite pretendida por proprietário de unidade autônoma em condomínio de apartamentos. Instalação que se daria no átrio dos telhados. Ação julgada improcedente. Acerto da decisão. Área de uso comum. Proibição no regimento interno do prédio. Instalações outras, irregulares, que não conferem tal direito aos recorrentes que poderão usar de meios regulares para retirá-los. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 302.429.4/4-00, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Fábio Quadros, j. 24.05.2007)

Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Dano moral caracterizado pelas medidas vexatórias de cobrança praticadas pelo condomínio em relação aos condôminos inadimplentes, em especial desligamento do elevador social no andar da unidade devedora.

Arbitramento em sete salários-mínimos que se mostra em consonância com os parâmetros da jurisprudência, não enriquecendo nem empobrecendo, e servindo para dissuadir o ofensor de práticas futuras semelhantes. (TJSP, Ap. cível n. 503.998.4/5, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Maia da Cunha, j. 07.05.2007)

Decisão de assembleia geral, de fechamento de galeria durante o horário comercial. Vinculação do condômino. Art. 24, § 1º, Lei n. 4.591/64. Direito do condômino de uso e fruição do imóvel. Art. 1.335, CC/2002. Antecipação dos efeitos da tutela de fundo. Reconhecimento de seus requisitos mínimos. Negaram provimento. (TJRS, AI n. 70.018.616.938, 19ª Câm. Cível, rel. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 13.03.2007)

Reparação de danos morais. Condômina impedida de votar em assembleia, por estar inadimplente. Mora da condômina incontroversa. Lícitude do agir da administradora imobiliária em proibir o voto, amparada em lei. Art. 1.335, CC. Não configuração de ato ilícito. Ausência de comprovação acerca da alegada conduta acintosa do representante da administradora de condomínio, de molde a configurar abuso de direito. Negativa que se deu de forma discreta e cordial. Situação vexatória não demonstrada, notadamente porque corriqueira em hipóteses do gênero, tratando-se de vicissitude comum ao âmbito das relações condominiais. Danos morais não caracterizados. Sentença de improcedência confirmada pelos seus fundamentos. Recurso desprovido. (TJRS, Recurso cível n. 71.001.171.479/Pelotas, 3ª T. Recursal Cível, rel. Juiz Eugênio Facchini Neto, j. 17.04.2007)

Direito civil. Condomínio. Animais em apartamento. Vedação na convenção. Ação de natureza cominatória. Fetichismo legal. Recurso acolhido. I - Segundo doutrina de Escol, a possibilidade da permanência de animais em apartamento reclama distinções, a saber: a) se a convenção de condomínio é omissa a respeito; b) se a convenção é expressa, proibindo a guarda de animais de qualquer espécie; c) se a convenção é expressa, vedando a permanência de animais que causem incômodo aos condôminos. II - Na segunda hipótese (alínea b), a reclamar maior reflexão, deve-se desprezar o fetichismo normativo, que pode caracterizar o *summum jus summa injuria*, ficando a solução do litígio na dependência da prova das peculiaridades de cada caso (STJ, REsp n. 12.166/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.04.1992). (Lex-STJ 35/208)

Processo civil. Ação cominatória para retirada de animal de apartamento. Tutela antecipada concedida. Regimento interno que somente permite animais de pequeno porte. Cachorro da raça pit bull. Risco para a segurança e sossego dos condôminos. Agravo não provido (TJSP, AI n. 171.801-4, rel. Maurício Vidigal, j. 24.10.2000). (Lex-TJSP 236/218, 2001)

Condomínio. Norma de convenção proibitória da presença de animais. Cão da raça lhasa apso, de porte pequeno e dócil, cuja presença não acarreta prejuízos e incômodos aos demais condôminos. Regra a ser interpretada de acordo com a finalidade preconizada na Lei do Condomínio (arts. 10, III, e 19 da Lei n. 4.591/64), sob pena de constituir abuso e ser considerada ineficaz. Ação do proprietário, objetivando livre admissão no edifício, procedente. Apelação provida (TJSP, Ap. cível n. 282.082-1, rel. J. R. Bedran). (Lex-TJSP 197/26, 1997)

Condomínio. Edifício. Contratação de serviços tendentes ao extermínio de praga de cupim em áreas comuns e unidades autônomas. Invalidade de deliberação da assembleia geral postulada por condômino. Procedência. Direito de propriedade, entretanto, de natureza limitada em razão do imperativo da função social. Art. 5º, XXIII, da Constituição da República. Recurso provido para anular a sentença e determinar a realização de perícia (TJSP, Ap. cível n. 282.883-1, rel. Vasconcellos Pereira, j. 30.09.1997). (Lex-TJSP 200/28, 1998)

Condomínio. Despesas condominiais. Multa. Infração à convenção condominial. Cláusula que ofende a legislação atual. Descabimento. A desregrada conduta, o comprometimento da saúde, do sossego e da segurança da coletividade são infrações puníveis e com inteiro respaldo legal. Agora, proibir pura e simplesmente que o proprietário alugue sua unidade a estudantes, traduz discriminação que atenta direitos e, assim, ineficaz porque ilegal. (TJSP, Ap. com revisão n. 570.533-00/4, 2ª Câmb., rel. Peçanha de Moraes, j. 27.03.2000)

Art. 1.336. São deveres do condômino:

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;

Inciso com redação dada pela Lei n. 10.931, de 02.08.2004.

II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.

§ 2º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembleia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 10 e 12, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

O artigo em exame não tinha correspondente no Código Civil de 1916. Condensa, com alterações e reduções, os arts. 10 e 12 da Lei n. 4.591/64. O inciso I do artigo foi alterado pela recente Lei n. 10.931/2004, que acrescentou a parte final: “salvo disposição em contrário na convenção”.

Regula o artigo os deveres mínimos dos condôminos e as sanções decorrentes do inadimplemento. Note-se que outros deveres podem e frequentemente são criados pela convenção de condomínio, desde que não aniquilem os direitos fundamentais dos condôminos, como comentado no artigo antecedente.

Embora use o *caput* do art. 1.336 o termo “condômino”, os deveres, em especial os negativos ou de abstenção, alcançam todos os ocupantes das unidades autônomas, a qualquer título, inclusive possuidores diretos, visitantes ou meros detentores das unidades autônomas. Em relação ao inciso I, incumbe o pagamento das despesas condominiais não somente ao titular do domínio pleno da unidade como também ao compromissário comprador imitado na posse, como adiante se verá, no comentário ao art. 1.345 adiante.

O primeiro dever do condômino é o de contribuir para as despesas do condomínio. Na lição de Nascimento Franco, as despesas de condomínio podem ser ordinárias ou de custeio (arts. 1.348, VI, e 1.350 do CC), extraordinárias (art. 1.341) e individualizadas (arts. 1.331, § 5º, 1.340 e 1.344). As ordinárias, ainda segundo Nascimento Franco, se referem aos serviços rotineiros do condomínio, que abrangem, entre outras, manutenção de elevadores, salários de empregados e respectivos encargos, taxa de consumo de água e esgotos, nos casos em que o lançamen-

to for comum, luz e força das áreas comuns, seguro do edifício, materiais de limpeza, fundo de reserva, se previsto na convenção, honorários do administrador ou do síndico (NASCIMENTO FRANCO, João. *Condomínio*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 252), e devem ser orçadas e aprovadas em assembleia anual. Note-se que o Código Civil de 2002 não mais alude ao fundo de reserva, como fazia a Lei n. 4.591/64, mas nada impede que tal verba, fundamental para fazer frente a despesas e reparos imprevistos, possa ser disciplinada na convenção ou mesmo deliberada em assembleia. Já as despesas extraordinárias são as eventuais, dizem respeito a serviços ou reformas no edifício, com o objetivo de melhorá-lo, modernizá-lo, dotá-lo de novos equipamentos ou mesmo atender às determinações do poder público, devendo ser previamente aprovadas em assembleia, com quóruns específicos, salvo se urgentes, como adiante se verá no comentário ao art. 1.341 do Código Civil. Finalmente, as despesas individualizadas são aquelas cujo benefício reverte exclusivamente em proveito de certo condômino ou grupo de condôminos, devendo ser deliberadas e pagas exclusivamente por eles (art. 1.340 do CC).

Como anteriormente dito, o inciso 1 do art. 1.336 foi alterado pela Lei n. 10.931/2004, que acrescentou a parte final do preceito, “salvo disposição em contrário na convenção”. Logo, o critério supletivo, no silêncio da convenção, é o rateio de modo proporcional às frações ideais. Nada impede, porém, que estabeleça a convenção critérios diversos, como o valor de cada unidade autônoma, ou mesmo a intensidade de utilização de certos equipamentos comuns. Tomem-se como exemplo escolas ou lavanderias instaladas em edifícios comerciais, que consomem e utilizam de modo excessivo elevadores e água, podendo a convenção criar regras especiais quanto ao rateio de tais despesas. O próprio art. 1.340, adiante comentado, positivando entendimento dos tribunais, determina que as despesas relativas às partes comuns que revertem em proveito de um ou de alguns condôminos incumbem a quem delas se serve, quebrando, portanto, o critério primário de rateio proporcional às frações ideais.

O inciso II do art. 1.336 impõe ao condômino obrigação negativa, de abstenção, qual seja, a de não realizar obras que comprometam a segurança da edificação. A contrário senso, podem ser realizadas no interior da unidade todas as obras que não atentem contra a segurança da construção. Alude Caio Mário da Silva Pereira à possibilidade de abertura de passagem de comunicação entre unidades vizinhas, ou superpostas, desde que, como é óbvio, fique preservada a segurança do edifício (*Condomínio e incorporações*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 127). Não se admite, por outro lado, a ligação com unidade autônoma de prédio vizinho, nem a abertura de portas ou janelas externas. Não se exige prévia autorização do síndico para a realização de reformas. Podem a convenção ou o regimento, todavia, impor horários e regras de admissão de trabalhadores que tenham acesso ao condomínio.

O inciso III do art. 1.336 impõe outra obrigação de não fazer ao condômino, qual seja, a de não alterar a forma e a cor das fachadas, das partes e esquadrias externas. A razão da regra é simples: as paredes externas do edifício constituem área comum e a unidade arquitetônica interessa a todos os condôminos, de modo que não podem ser mudadas a critério de um deles. De outro lado, prevalece o entendimento de que o limite da proibição é o interesse coletivo. Toleram-se, assim, pequenas alterações na fachada, desde que ditadas por necessidade, como a colocação de grades de proteção ou a substituição de esquadrias obsoletas, originalmente feitas de material não mais existente no mercado (RT 758/270). Também se admite a colocação de equipamentos que visem ao conforto dos moradores e compatíveis com a vida moderna, como exaustores e aparelhos de ar-condicionado, desde que a agressão à fachada não seja gritante nem cause incômodo aos demais condôminos.

Alguns julgados entendem que as alterações modernizadoras exigem aprovação da assembleia, mas por maioria, não se exigindo a unanimidade. Há controvérsia nos tribunais sobre a possibilidade do fechamento de varandas com vidros, examinadas caso a caso, levando em conta a existência de anteriores modificações e o grau de lesividade à harmonia da fachada. A colocação de placas, luminosos e faixas pode ser vedada pela convenção de condomínio e, em

seu silêncio, toleram-se apenas aquelas de pequeno porte, que não prejudicam a iluminação de outras unidades nem ofendem de modo significativo a unidade visual do prédio (conferir a respeito da fértil casuística sobre alteração de fachada, NASCIMENTO FRANCO, João. Op. cit., p. 200-5; LACERDA, César. “Utilização das partes comuns do edifício para propaganda e instalação de antena” e ÁLVARES, Vanderci. “Da alteração da fachada no condomínio horizontal”. In: *Condomínio edilício*, coord. F. A. Casconi & J. R. N. Amorim. São Paulo, Método, 2005).

O inciso IV do art. 1.336 impõe ao condômino novas obrigações negativas, quais sejam, as de não dar às unidades destinação diversa à da edificação, bem como utilizá-las de maneira a não prejudicar o sossego, a salubridade, a segurança ou os bons costumes. Tais deveres já foram comentados no inciso I do art. 1.335, pelo ângulo inverso do direito de o condômino usar sua unidade sem agredir os valores eleitos pelo legislador. Não custa acrescentar que os deveres impostos aos condôminos são mais severos do que as restrições gerais de vizinhança, diante da peculiar situação das unidades que confrontam nas laterais, acima e abaixo com outras. É por isso que os deveres previstos em lei podem ser ampliados ou detalhados pela convenção de condomínio ou regimento interno, desde que não elidam os direitos essenciais previstos no art. 1.335. A alteração da destinação da unidade autônoma está subordinada à prévia aprovação unânime dos demais condôminos, porque interfere nas demais unidades e fere as justas expectativas da manutenção da finalidade inicial da construção. Quanto a pequenos desvios de finalidade, manutenção de animais em apartamentos, realização de reuniões e festas, remete-se o leitor ao que foi comentado no artigo anterior.

Caso vulnerados os deveres de abstenção - obras ilícitas, alteração de fachada ou comportamento contrário aos valores tutelados pela lei -, cabe ao condomínio, representado pelo síndico, ou a qualquer condômino, individualmente, a legitimidade ativa para coibir a conduta ofensiva, mediante embargo da obra, sua demolição ou invocação de tutela específica, inclusive com a cominação de astreintes, na forma do art. 461 do Código de Processo Civil.

O § 1º do art. 1.336 disciplina as sanções aplicáveis ao condômino inadimplente no pagamento das despesas condominiais. É um dos preceitos mais polêmicos do Código Civil, introduzindo profundas alterações em relação ao que determinava o art. 12, § 3º, da Lei n. 4.591/64. Traça as regras sobre a cobrança dos juros moratórios e da multa moratória. As sanções ao condômino inadimplente à obrigação de pagar a contribuição condominial são as previstas em lei, de natureza estritamente pecuniária. Fere os direitos fundamentais dos condôminos a aplicação de sanções diversas, ainda que previstas na convenção, especialmente aquelas que vedam a utilização de áreas e equipamentos comuns, como elevadores, piscina e sauna.

A primeira questão que se apresenta é a da incidência da nova regra às convenções registradas anteriormente à vigência do Código Civil. Remete-se o leitor ao comentário do art. 1.333, em que se discutiu a natureza jurídica da convenção de condomínio, questão fundamental para saber de sua eficácia frente à nova lei. A corrente que defende sua natureza estritamente contratual sustenta que não pode a lei retroagir para alcançar o ato jurídico perfeito. A corrente que defende sua natureza de ato-regra, a meio caminho entre o contrato e a lei, geradora de direito estatutário de normas aplicáveis ao universo restrito dos que interagem com o condomínio, sustenta, ao contrário, a imediata incidência do Código Civil, em relação às prestações vencidas após sua vigência. O extinto II Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, hoje Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, dividiu-se, com dezenas de decisões em ambos os sentidos (cf. SILVA, Luiz Antônio Rodrigues da. “Pequena reflexão a respeito da multa de até 2% sobre a contribuição condominial em atraso” e COELHO, Gil Ernesto Gomes. “A multa moratória da convenção de condomínio e o novo Código Civil - Questão de direito intertemporal”. In: *Condomínio edilício*, coord. F. A. Casconi & J. R. N. Amorim. Op. cit.). O primeiro precedente do STJ (REsp n. 663.285/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior) assentou que “a multa por atraso prevista na convenção de condomínio, que tinha por limite legal máximo o percentual de 20% previsto no art. 12, § 3º, da Lei n. 4.591/64, vale para as pres-

tações vencidas na vigência do diploma que lhe dava respaldo, sofrendo automática modificação, no entanto, a partir da revogação daquele teto pelo art. 1.336, § Iº, em relação às cotas vencidas sob a égide do Código Civil atual”, inclinando-se, assim, no sentido da segunda corrente, embora sem acolher de modo explícito o argumento acima posto.

O § Iº do art. 1.336 disciplina tanto a incidência dos juros como a da multa moratória. Quanto aos juros, reza o preceito que ficará o condômino inadimplente sujeito aos “juros convencionados, ou, não sendo previstos, os de 1% ao mês”. A regra é inversa à do art. 12 da Lei n. 4.591/64, que admitia juros moratórios de 1% a.m., desde que convencionados. Também é inversa à regra geral do regime de juros moratórios do polêmico art. 406 do Código Civil de 2002 que, no silêncio das partes, determina a incidência da mesma taxa devida às dívidas ativas da Fazenda Nacional. No regime do condomínio edilício, no silêncio da convenção, os juros serão de 1% ao mês e a correção monetária incide independentemente de previsão convencional.

Pode a convenção, todavia, prever pagamento de juros convencionados, acima ou abaixo dos legais. A dúvida está em saber se existe limitação à cobrança dos juros convencionais moratórios, ou se escapam eles dos limites do art. 406 do Código Civil, estando ao inteiro critério da autonomia privada. Parece claro que os juros pactuados estão sujeitos ao teto cogente do art. 406 do Código Civil vigente, não se podendo equiparar aos juros moratórios livres previstos na Lei de Mercado de Capitais (Lei n. 4.728/65), aplicáveis apenas às operações de crédito de instituições financeiras. A Lei da Usura, norma de ordem pública, aplica-se às prestações pecuniárias em geral, inclusive às relativas ao rateio das despesas condominiais. Em termos diversos, o teto máximo que a convenção pode estipular é o pagamento dos juros moratórios na mesma base daqueles que incidem sobre a dívida ativa da União Federal, ou seja, taxa Selic, que, por seu turno, já engloba as expectativas inflacionárias, de modo que não se cumula com a correção monetária, para evitar o *bis in idem*. Mesmo a incidência da taxa Selic é controversa, porque não refletiria propriamente os juros, como também expectativa inflacionária futura, de acordo com jurisprudência consolidada do STJ. Em suma, os juros moratórios estão sujeitos ao teto cogente de 12% ao ano, sendo considerada não escrita regra convencional em sentido contrário.

Como a obrigação é positiva, líquida e a termo, a mora é *ex reos* juros incidem a contar do vencimento. Os juros incidem sobre o principal corrigido e acrescido da multa. O entendimento predominante é o de que a obrigação tem natureza *portable*, razão pela qual não há necessidade de se fazer prova da remessa do boleto, cabendo ao condômino procurar o condomínio para pagar o que deve. A competência para ação de cobrança das despesas condominiais é do foro da situação do imóvel, porque é o local onde deve ser cumprida a obrigação. A cobrança se faz pelo procedimento sumário e, embora haja controvérsia a respeito, no Estado de São Paulo não se processa perante o sistema do Juizado Especial, porque não é o credor pessoa natural. Quanto à prescrição, na falta de previsão específica, aplica-se a regra do art. 205 do Código Civil, com prazo de dez anos, e o conflito de direito intertemporal é resolvido pela regra do art. 2.028 do mesmo diploma (cf., a respeito das despesas de condomínio, PIMENTEL, Celso José. “Anotações sobre a ação de cobrança das despesas de condomínio”. In: *Condomínio edilício*, coord. F. A. Casconi & J. R. N. Amorim. Op. cit.).

No que se refere à multa moratória, embora haja controvérsia doutrinária a respeito, a limitação ao teto de 2% é de natureza cogente, prevalecendo sobre disposição convencional. Não se cogita, também, de cumulação da multa prevista na lei com a multa prevista na convenção, ambas com a mesma finalidade de sancionar a mora do condômino. Cumula-se a multa com os juros e com honorários advocatícios.

Não resta dúvida de que as taxas de juros e a nova multa moratória se mostram inadequadas para reprimir a inadimplência nos condomínios edilícios. Perdeu-se excelente oportunidade de alteração do preceito, por ocasião da sanção e publicação da Lei n. 10.931/2004. A regra que alterava a multa foi vetada pelo Presidente da República, sob o argumento falso de que os juros livres servem como elemento de compensação da multa baixa. Note-se,

porém, que o próprio legislador criou mecanismo compensatório no art. 1.337, adiante comentado, para reprimir a conduta do condômino usualmente inadimplente.

Finalmente, o § 2º do art. 1.336 disciplina a multa aplicável aos condôminos que vulnerarem os deveres de abstenção previstos nos incisos II a IV, já comentados. Note-se que a multa ora analisada não se aplica ao condômino inadimplente na obrigação de pagar as despesas condominiais, matéria relegada ao art. 1.337. A multa em questão pode ou não estar prevista na convenção ou ato constitutivo. Caso não haja prévia estipulação, pode ser imposta em assembleia, com o *quorum* qualificado de aprovação de dois terços dos demais condôminos. Conta-se o *quorum* sobre o universo dos condôminos aptos a votar, ou seja, excluídos os infratores a serem apenados e os inadimplentes. Vota-se com a força das frações ideais de cada unidade, salvo disposição em contrário na convenção.

O teto imposto, de cinco vezes o valor da contribuição, é de natureza cogente e não pode ser aumentado por disposição convencional. A multa é devida, na dicção da lei, “independentemente das perdas e danos que se apurarem”. O preceito deve ser lido em dois sentidos. Primeiro, de que não há correlação entre o valor da multa e o real dano causado ao condomínio. Segundo, de que o condômino infrator paga a multa moratória e as perdas e danos, sem compensação ou abatimento entre as duas verbas. Eventual desproporção entre a sanção e o dano deve sofrer a redução prevista no art. 413 do Código Civil, que consagra o princípio do equilíbrio contratual, presente também nas relações entre condôminos. O modo e a frequência de imposição da multa serão analisados no comentário ao art. 1.337.

Jurisprudência: Os juros de mora de 1% ao mês, previstos no art. 12, § 3º, da Lei n. 4.591/64, serão exigíveis desde que previstos na convenção de condomínio; à míngua disso, incidem os juros legais de 0,5% ao mês. Recurso especial conhecido e provido em parte. (STJ, REsp n. 196.511/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 02.04.2002)

A taxa de juros moratórios da cota de despesas condominiais é de 1%, por força de expressa previsão legal (Lei n. 4.591/64, art. 12, § 3º, e CC/2002, art. 406, combinado com o art. 161, § 1º, do CTN). (II TACSP, Ap. sem revisão n. 849.225-00/0, 4ª Câ., rel. Juiz Celso Pimentel, j. 18.05.2004)

A multa por atraso prevista na convenção de condomínio, que tinha por limite legal máximo o percentual de 20% previsto no art. 12, § 3º, da Lei n. 4.591/64, vale para as prestações vencidas na vigência do diploma que lhe dava respaldo, sofrendo automática modificação, no entanto, a partir da revogação daquele teto pelo art. 1.336, § 1º, em relação às cotas vencidas sob a égide do Código Civil atual. (STJ, REsp n. 746.589/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.08.2006)

Já assentou esta 3ª Turma que a “natureza estatutária da convenção de condomínio autoriza a imediata aplicação do regime jurídico previsto no novo Código Civil, regendo-se a multa pelo disposto no respectivo art. 1.336, § 1º”. (STJ, REsp n. 722.904/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14.06.2005, DJ 01.07.2005)

Condomínio. Regulamento interno. Estipulação da taxa adicional para os condôminos proprietários de animais. Convenção que prevê a responsabilidade do condômino pelo aumento das despesas comuns a que der causa. Deliberação, ademais, tomada por assembleia-geral extraordinária visando conciliar o desrespeito às normas anteriores com a administração do condomínio. Taxa adicional mantida em 50% do valor do condomínio, independentemente, no entanto, do número de animais. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 207.477-2, rel. Laerte Nordi). (Lex-TJSP 146/63, 1993)

Condomínio. Despesas. Exoneração da construtora. Invalidade da cláusula. Código de Defesa do Consumidor. É inválida a cláusula que estabelece, em favor da construtora e incorporadora, o privilégio da exoneração da obrigação de contribuir para as despesas do condomínio, imposta na escritura de convenção por ela outorgada. Possibilidade do exame da validade de cláusula contratual a luz dos critérios objetivos fixados pelo Codecon (STJ, REsp n. 151.758/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 05.03.1998). (*RSTJ* 112/218)

Condomínio. Despesas condominiais. Cobrança. Multa. Convenção condominial. Infração. Admissibilidade. Multa condominial por barulho excessivo. Prova robusta de perturbação sonora causada pelo filho do apelante, pelo aparelho de som em altura indevida, mantida pois a penalidade pelo uso nocivo da propriedade. Condomínio que exige limitações na liberdade de conduta individual, a fim de se preservar a tranquilidade e harmonia gerais. Direito à propriedade que não pode dar lugar ao abuso (art. 1.228, § 2º, CC). (II TACSP, Ap. sem revisão n. 867.224-00/9, 10ª Câm., rel. Juiz Soares Levada, j. 10.11.2004)

A falta de pagamento de taxas de condomínio não autoriza o síndico a impedir o inadimplente de usar a garagem, haja vista que o condomínio tem ação própria para promover a cobrança daquelas. Se a convenção garante ao proprietário o uso da garagem, não é curial e muito menos jurídico que o síndico possa impedir a fruição daqueles direitos inerentes à propriedade. (TJMG, AI n. 311.877-4, rel. Juiz Belizário Lacerda, *DJ* 03.08.2000)

Condomínio. Edifício. Vedação a condômino inadimplente da participação no sorteio de vagas de garagem em igualdade de condição com os demais. Inadmissibilidade. Hipótese em que o regulamento interno extrapolou os limites da convenção. Determinação a que se realize nova assembleia, assegurada a participação do autor em igualdade de condições. Recurso parcialmente provido (TJSP, Ap. cível n. 269.828-4/6, rel. Waldemar Nogueira Filho, j. 29.04.2003). (*Lex-TJSP* 282/44, 2004)

Norma de convenção condominial impeditiva de instalação de painéis publicitários deve ser interpretada em sentido lógico restrito à hipótese que visa regular, não atuando se referida instalação se além às dimensões do conjunto correspondente, não causa prejuízos à fachada do prédio e se apresenta conforme aos padrões dos letreiros da região, eis que a propaganda, por ser elemento indispensável a algumas atividades profissionais, não pode ser coibida, sob o risco de se tolher o livre exercício do comércio e seu normal funcionamento (TJSP, rel. Des. Ruy Camilo). (*RT* 641/143)

Embargos Infringentes. Ação ordinária, c/c pena cominatória. Troca de portas de diferente padrão. Prédio e conjuntos comerciais. Acórdão que por maioria de votos deu provimento à apelação para julgar improcedente. Voto vencido que se inclinou pelo improvimento dos recursos, considerando que a convenção e regimento interno vedam a modificação do padrão das portas de acesso das unidades autônomas. Alteração que não modifica substancialmente a qualidade estrutural do edifício, nem compromete a estética e o conjunto arquitetônico do condomínio, não havendo, ademais, modificação na fachada do prédio. Inexistência de afronta às normas condominiais. Embargos rejeitados. (TJSP, Embargos infringentes n. 265.243.4/7-01, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Fábio Quadros, j. 24.05.2007)

Condomínio em edifício. Colocação de grade de proteção em varanda. Equipamento de alumínio, que não altera substancialmente a fachada do prédio. Situação peculiar em que o condômino tem filho menor, portador de disfunção que obsta a exata percepção de situações de risco, que possam atingi-lo. Art. 10, I, da Lei n. 4.591/64. Temperamento e

mitigação de seu rigor já perfilhados na jurisprudência, mesmo que a bem de simples comodidade ou gosto pessoal, na instalação de aparelhos de ar-condicionado ou de exaustores. Flexibilidade que, com maior razão, se justifica, para tutelar a segurança física de incapaz. Redução da verba honorária, porém, determinada. Apelo provido em parte (TJSP, Ap. cível n. 140.225-4/3-00, rel. Hélio Ouaglia Barbosa, j. 03.06.2003). (*Lex-TJSP* 269/27, 2003)

Tutela antecipada. Condomínio. Não caracteriza ato ilícito sugestionável de emissão de tutela interdita de publicidade (art. 273, do CPC), a expedição e circulação interna da escrituração mensal dos prédios de apartamentos em que o número da unidade em débito com a taxa condominial é referido (arts. 12 da Lei n. 4.591/64 e 1.336,1, do CC/2002). Não provimento (TJSP, AI n. 308.427-4/9, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 19.08.2003). (*Lex-TJSP* 272/291, 2004)

Obrigação de fazer. Multa. Fixação. Infração praticada por locatário. Responsabilidade solidária do locador-proprietário frente ao condomínio. Legitimidade do locador no polo passivo da ação. Recurso provido para esse fim (TJSP, AI n. 333.991-4/0-00, rel. Carlos Roberto Gonçalves, j. 17.02.2004). (*Lex-TJSP* 278/390, 2004)

Despesas de condomínio. Cobrança. Os juros moratórios devem ser estabelecidos com base no limite de 1% ao mês estabelecido em lei. Inteligência do art. 406, do Código Civil de 2002. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. n. 1.116.429-0/7, rel. Felipe Ferreira, j. 09.06.2008)

Ação de cobrança de condomínio julgada procedente. Alegação de ilegitimidade passiva afastada. Não há litisconsórcio necessário entre os proprietários do imóvel, pois eles são devedores solidários perante o condomínio. Aplicabilidade do art. 283 do Código Civil. Multa e juros moratórios limitados pelo art. 1.336, CC, que prevalece sobre a convenção do condomínio. Recurso parcialmente provido para limitação dos encargos da mora. (TJSP, AC n. 1.187.555-0/9, rel. Carlos Alberto Garbi, j. 18.08.2008)

Obrigação de fazer. Pleito ajuizado por condomínio em face de locatários. Sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva. Descabimento. Demanda que visa à retirada de mesas e cadeiras, bem como de veículo, colocados pelos locatários das unidades condominiais na frente de seus estabelecimentos comerciais. Configuração de relação jurídica dos locatários com o condomínio, posto que serão eles quem arcarão diretamente com as consequências do provimento jurisdicional. Afastamento da extinção do feito. Impossibilidade, contudo, de aplicação do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, posto que a demanda não está adequadamente instruída para o julgamento. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível n. 345.702-4/5-00, rel. Des. Sebastião Carlos Garcia j. 12.11.2009)

Art. 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do

valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tem correspondência no Código Civil de 1916 nem na Lei n. 4.591/64. É mais amplo do que o § 2º do art. 1.336, anteriormente examinado, porque abrange todos os deveres do condômino perante o condomínio, previstos na lei, convenção ou regimento interno, inclusive o inadimplemento do pagamento da contribuição condominial do inciso I. De algum modo, foi o mecanismo compensatório criado pelo legislador, para coibir que a multa moratória de 2% estimule o inadimplemento dos condôminos.

Alcança o preceito não somente o condômino, como todas as pessoas a ele vinculadas, como o possuidor direto (locatário, comodatário etc.), empregados, familiares e visitantes. Serão condôminos e ocupantes devedores solidários da multa frente ao condomínio (STJ, REsp n. 254.520/PR, rel. Min. Barros Monteiro), embora haja entendimento de que certas condutas individuais vinculam apenas o ocupante infrator e não o proprietário (RT794/315).

A imposição da multa independe de previsão na convenção de condomínio e exige apenas que a conduta ilícita seja “reiterada”, não bastando, portanto, ato isolado e pontual. O que se pune é a renitência do condômino em curvar-se a seus deveres perante o condomínio. Mesmo em relação ao inadimplemento da obrigação de pagar as despesas condominiais, a imposição da multa está subordinada a um certo lapso temporal, apurável caso a caso, ou ao sistemático pagamento em atraso, de certo modo aproveitando-se o condômino da reduzida sanção pecuniária prevista no art. 1.336, § 1º, acima comentado. Nada impede que mais de uma multa seja aplicada pela assembleia, desde que a prática ilícita persista por novo lapso temporal que configure a reiteração.

O teto do valor da multa, de cinco contribuições, é cogente e não pode ser suplantado por previsão da convenção ou deliberação da assembleia, com a exceção do parágrafo único, abaixo comentado. A imposição da multa leva em conta dois fatores: a persistência e a gravidade da conduta ilícita do condômino. Deve o juiz, com fundamento no art. 413 do Código Civil, verificando o desprezo pelos vetores acima e a desproporção entre o valor da multa e a gravidade da infração, ou os danos inflingidos aos condôminos, efetuar sua redução por equidade. Lembre-se de que a multa é devida independentemente das perdas e danos, podendo ser cobradas cumulativamente, sem qualquer abatimento ou compensação.

A multa é sempre imposta em assembleia, com o *quorum* qualificadíssimo dos condôminos restantes. Conta-se o *quorum* com base nas frações ideais, salvo se outro critério for previsto na convenção, dos condôminos aptos a votar. Excluem-se, portanto, os condôminos cuja conduta ilícita será avaliada e os inadimplentes. Todos os condôminos são convocados, mas somente os aptos deliberam.

Questão controversa é a da necessidade da imposição da multa ser antecedida de oportunidade de defesa ao condômino. O Enunciado n. 92 da Comissão de Estudos Judiciários, que se reuniu no STJ (I Jornada de Direito Civil), é do seguinte teor: “As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”. Há, porém, boa jurisprudência no sentido oposto, qual seja, o de que a aplicação de multa ao condômino inadimplente não exige “obediência a normas do devido processo legal, próprias ao processo judicial” (jRr807/310). Dos entendimentos opostos se extrai que o condômino deve ser previamente advertido e convidado a prestar esclarecimentos por escrito ou em assembleia, perante os demais condôminos. Não se exige, todavia, ampla dilação probatória nem precisa ser fundamentada a decisão que em assembleia aplica a multa.

O parágrafo único do art. 1.337 regula a aplicação de pena agravada, quando a conduta ilícita, além de grave e reiterada, de caráter antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos.

O comportamento antissocial, no dizer de Edson Luiz Fachin, está presente naquelas situações em que “a estabilidade das relações entre condôminos é gravemente ameaçada, inviabilizando a convivência social” (*Comentários ao Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 261). Os valores tutelados pela lei - salubridade, segurança, sossego e moral - são atingidos de modo severo e seguido, colocando em risco a viabilidade da vida condominial. A multa imposta tem o teto cogente de dez vezes o valor da contribuição condominial, sem prejuízo da obrigação de compor perdas e danos. O modo de imposição é obscuro, porque contém o artigo a expressão “até posterior deliberação da assembleia”. Duas interpretações são possíveis. A primeira é a de que a aplicação da multa é feita pelo síndico e referendada *a posteriori* pela assembleia. A segunda é a de que a própria assembleia impõe a multa que, face à gravidade da conduta do condômino, incidirá com periodicidade sobre o objeto da deliberação, até que ulterior decisão do mesmo órgão a faça cessar. Parece preferível a segunda corrente, porque seria um contrassenso que a multa de cinco contribuições exigisse decisão da assembleia, mas a multa superior e qualificada de dez contribuições pudesse ser aplicada diretamente pelo síndico.

Não diz a lei se as sanções pecuniárias do art. 1.337 esgotam as providências para fazer cessar a conduta ilícita do condômino. Parece claro que, a par da multa, podem ajuizar o condômino, os condôminos ou mesmo possuidores prejudicados tanto ação indenizatória como de obrigação de fazer ou de não fazer, inclusive com pedido cominatório ou de tutela específica, na forma do art. 461 do Código de Processo Civil. Entre as medidas assecuratórias do resultado prático equivalente ao adimplemento, que preferem as perdas e danos, estão a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e impedimento de atividades nocivas, se necessário com requisição de força policial. Cabe, assim, medida para retirar o condômino nocivo do edifício, para apreender objetos perigosos, que causem ruídos, ameacem a saúde ou o sossego dos demais condôminos ou a interdição de determinadas atividades ilícitas. Tais medidas certamente farão cessar o ilícito, na maioria dos casos. Note-se que em tais casos perde o condômino o direito de usar a unidade, permanecendo, todavia, com a posse indireta e a prerrogativa de fruição, entregando-a à exploração lícita de terceiros.

A dúvida está na possibilidade de compelir a alienação forçada da unidade autônoma, com exclusão definitiva do condômino que mantém grave e reiterada conduta antissocial, refratário a todas as punições acima previstas. Caso as medidas anteriores não se mostrem eficazes - o que dificilmente ocorrerá -, é possível, no silêncio da lei, a venda judicial do imóvel, sub-rogando-se o condômino no preço, abatidas as multas e indenizações exigíveis. A função social da propriedade não mais é limite, mas seu conteúdo, como visto no comentário ao art. 1.228, § 1º, do Código Civil. Não teria sentido, portanto, tutelar o direito de propriedade exercido com abuso e que fere a função social, com natureza de ato ilícito (art. 187 do CC), mantendo situação que compromete a vida social no condomínio (cf NEHME, Jorge Elias. “Tutela de exclusão do condômino nocivo” In: .RT806/44; MORAN, Maria Regina Pagetti. *Exclusão do condômino nocivo nos condomínios em edifício*. São Paulo, LED, 1996; SARTORELLI, Renato Sandreschi. “A exclusão do condômino nocivo perante a legislação do condomínio”. In: *Condomínio edilício*, coord. F. A. Casconi & J. R. N. Amorim. São Paulo, Método, 2005).

Jurisprudência: A ação de cobrança de multa, por infração à convenção condominial, deve ser instruída com a notificação cientificadora da infração, ou da rejeição do recurso pela assembleia dos condôminos, assegurando-se ampla defesa. Inteligência do art. 5º, LV, da Constituição Federal e arts. 22 e 27 da Lei n. 4.591/64. (II TACSP, Ap. sem revisão n. 866.160-00/0, 11ª Câmb., rel. Juiz Clóvis Castelo, j. 20.09.2004)

Condomínio. Multa por infração praticada pelo locatário. Responsabilidade solidária do titular do domínio. O proprietário do apartamento responde *in solidum* por fato imputável ao

seu locatário, em face da obrigação de vigilância que deve ter o titular de domínio sobre os acontecimentos relacionados com o imóvel de sua propriedade. (STJ, REsp n. 254.520/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.10.2000)

Condomínio. Especial, por plano horizontal. Pretendida extinção, com despejo de ocupante que atenta contra a moral e o destino residencial do edifício. Indeferimento liminar da inicial. Confirmação. Pedido juridicamente impossível. Apelação não provida (TJSP, Ap. cível n. 112.574-4, rel. J. R. Bedran, j. 09.05.2000). (*Lex-TJSP* 239/57, 2001)

Apelação. Condomínio edilício. Multa. Conduta antissocial. Embora a convenção e o regulamento interno do condomínio prevejam como atribuição do síndico a imposição de multa pelas infrações perpetradas pelos moradores do edifício, em detrimento das normas regulamentares, independente de manifestação assemblear, com a regulação da matéria pelo novo Código Civil, este, por se tratar de norma de ordem pública, possui aplicação imediata a partir de sua entrada em vigor, considerando a natureza estatutária da convenção condominial, aplicando-se, portanto, o art. 1.337 do novo diploma que exige, para a imposição de multa, a deliberação de três quartos dos condôminos restantes. Conhecimento e desprovimento da apelação. (TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.08922, Des. Mario Robert Mannheimer, j. 23.01.2007)

Art. 1.338. Resolvendo o condômino alugar área no abrigo para veículos, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos, e, entre todos, os possuidores.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tinha correspondente no Código Civil de 1916 ou na Lei n. 4.591/64. No regime anterior, a doutrina majoritária era no sentido de que podia a convenção impor restrição ou vedar a locação ou empréstimo de vagas, especialmente em relação a terceiros estranhos ao condomínio (*JTJ-Lex* 173/218).

A questão fundamental é saber se a norma é cogente ou dispositiva, se prevalece sobre a convenção condominial ou, ao contrário, se aplica em caráter supletivo, no silêncio desta. Ao contrário do que defende parte da doutrina (VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 463), a norma é cogente, porque não teria sentido a lei atribuir nova prerrogativa ao condômino, alterando o sistema anterior, mas subordiná-la à autorização convencional. Não se discute que a norma pode gerar incômodos e perigos, especialmente na locação de garagens a terceiros estranhos ao condomínio, mas eventual interferência prejudicial deve ser corrigida pelos mecanismos dos arts. 1.336, § 2º, e 1.337, anteriormente comentados. Responde o condômino, assim, pelos maus atos do locatário, a quem locou seu espaço na garagem.

Usa a norma a expressão “locação de área no abrigo de veículos”, que abrange todas as modalidades de vagas, já examinadas no art. 1.331, quer sejam unidades autônomas, partes acessórias ou espaços indeterminados no subsolo. A locação isolada da vaga de garagem, sem correspondente locação de unidade autônoma como coisa principal, rege-se pelo Código Civil e comporta denúncia vazia, inaplicáveis as regras cogentes da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91). De outro lado, a alienação ou locação de garagem que constitui unidade autônoma de edifício-garagem é livre a terceiros, sem incidência do direito de preferência a que alude o artigo em estudo.

Estabelece a lei novo direito de preferência na locação de garagens. Os condôminos preferem estranhos. Entre diversos condôminos, o possuidor prefere o não possuidor. A expres-

são “possuidor” gera dúvida. Embora comporte o termo mais de uma interpretação, a melhor é no sentido de que, entre diversos condôminos, tem preferência aquele que já ocupa a vaga alheia, como comodatário ou locatário. Caso diversos condôminos sem “posse” da vaga posta em locação disputem a preferência, aplica-se por analogia a regra do art. 1.322 do Código Civil. A primeira preferência será do condômino com maior fração ideal, ou, insuficiente o primeiro critério, abre-se licitação entre os diversos interessados.

Não disciplina o artigo a natureza do direito de preferência, nem detalha o modo de seu exercício. Na lição de Edson Luiz Fachin, trata-se de preferência decorrente de direito real, que acarreta a ineficácia do negócio jurídico, permitindo ao condômino preterido buscar a posse da coisa locada para si, em vez de pleitear simples perdas e danos (*Comentários ao Código Civil* São Paulo, Saraiva, 2003, v. XV, p. 262). Quanto ao modo de exercício, o silêncio da lei dá espaço à convenção e ao regimento interno para estabelecer a forma de aviso aos interessados e o prazo para a manifestação da preferência. Na omissão da convenção, razoável que se admita que a intenção de locar a vaga seja manifestada ao síndico, para que este a transmita aos condôminos, ou, então, promova a fixação em local visível a todos os interessados, como quadros de avisos junto aos elevadores. Quanto ao prazo para exercício da preferência, no silêncio da convenção se aplica por analogia o disposto no art. 504 do Código Civil.

Não se confunde a locação com a prática, comum em edifícios, de o condômino autorizar o estacionamento ocasional em sua vaga a parentes ou visitantes, caso em que deverá acompanhá-lo e assumir a responsabilidade por eventuais danos causados aos demais condôminos. Lícito é a convenção, regimento ou deliberação em assembleia subordinar tal conduta a certas cautelas, como prévia identificação perante porteiros e vigias.

Jurisprudência: Condomínio edilício. Vagas de garagem. Possibilidade de locação à terceiro não morador. Convenção e regimento interno elaborados sob a égide da Lei n. 4.591/64, que vedam a locação da vaga a terceiros. Art. 1.338 do novo Código Civil tem natureza de norma cogente, a prevalecer sobre a convenção e o regimento interno, que em razão de sua natureza de atos-regra, não geram direito adquirido. Possibilidade do condômino locar sua vaga a terceiro, responsabilizando-se por eventual ato ilícito deste. Necessidade de observar previamente o direito de preferência dos demais condôminos. Inexistência de danos materiais ou morais e serem compostos. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. cível n. 380.387.4/2-00, rel. Francisco Loureiro, j. 14.06.2007)

Condomínio edilício. Estacionamento. Restrição ao uso das vagas para determinado tipo de veículo. Esquema estabelecido pela síndica. Ausência de previsão em norma da convenção ou assembleia geral. Impossibilidade. Cabe à convenção estabelecer as normas internas do condomínio edilício, incluindo-se aí a utilização das vagas de garagem. *In casu*, a convenção do condomínio-autor não faz distinção quanto ao uso dos dois pavimentos de garagem, tampouco existe deliberação da assembleia geral no sentido de impedir o estacionamento de veículos do tipo utilitário no andar térreo da garagem. Restrição a exercício regular de um direito (CC, art. 1.339), para tanto indispensável a autorização expressa e específica dos condôminos. Dano moral. O impasse quanto à utilização das vagas do estacionamento, com certeza, provocou revolta e irritação ao recorrente, sem, contudo, caracterizar dano moral. Desprovisionamento dos recursos. (TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.31172, 2ª Câ. Cível, rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, j. 26.07.2006)

Condomínio. Pretensão do autor objetivando o reconhecimento da invalidade da multa que lhe foi imposta em assembleia geral extraordinária. Procedência da demanda decretada corretamente em primeiro grau. Indigitada insuficiência de vagas para atender à totalidade dos condôminos que não pode interferir no direito individual de utilização da garagem coletiva, mediante estacionamento de veículo próprio ou de outro comunheiro, a partir de ces-

são regular. Deliberação assemblear que, a pretexto de disciplinar o uso da garagem coletiva, acabou por afrontar ostensivamente os termos da convenção, estabelecendo uma distinção indevida entre os condôminos proprietários de veículo e aqueles que não possuem o utilitário, haja vista que para estes simplesmente vedou a utilização do espaço comum. Comunheiros que ostentam idêntico direito real de uso e podem mesmo servir-se da vaga correspondente à sua unidade autônoma da maneira que julgar mais conveniente, respeitadas tão somente as limitações legítimas, ditadas em caráter geral. Vaga em garagem que, como bem patrimonial, é negociável. Apelo não provido (TJSP, Ap. cível n. 336.874-4/8-00, rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 18.05.2004). (*Lex-TJSP* 284/39, 2005)

Embargos infringentes. Condomínio edilício. Vagas indeterminadas de garagem. Último sorteio ocorrido há vinte anos. Pedido de antigo adquirente de unidade autônoma para efetuar novo sorteio, rejeitado pelo voto dos demais condôminos em assembleia. Situação sedimentada, com a qual concordou o autor por mais de dez anos. Boa-fé objetiva e sua função de controle do exercício de direitos. *Supressio* e *venire* contra *factum* próprio. Voto minoritário no sentido de que cada condômino estacionará seu veículo em local à sua escolha, por ordem de chegada. Foco de conflitos entre condôminos, contrário à função e natureza da própria convenção de condomínio. Embargos infringentes rejeitados. (TJSP, Embargos infringentes n. 304.405.4/3-02, rel. Francisco Loureiro, j. 12.01.2006)

Condomínio. Vagas em garagem. Convenção de condomínio. Condômino com vinte e quatro vagas na garagem, vinculadas a seu apartamento. Alteração da convenção de condomínio, para proibir, também, a locação a não condôminos de vagas na garagem. O acórdão, que teve como ilegal a modificação, não negou vigência ao art. 10, III, da Lei n. 4.591/64. Vaga de garagem e direito de propriedade. Código Civil, art. 524, Lei n. 4.591/64, arts. 1º, 2º, § 2º, e 19. Hipótese em que a proibição de locar as vagas da garagem implicaria esvaziar o direito de propriedade, eis que os demais condôminos, com três vagas para cada unidade não teriam possibilidade de alugar as vinte e uma vagas disponíveis da garagem, pertencentes aos recorridos. Locação a não condôminos que há de respeitar, entretanto, às finalidades do edifício. Dissídio pretoriano não demonstrado. Súmula n. 291. Recurso extraordinário não conhecido. (*JSTJ-Lex* 85/111)

Art. 1.339. Os direitos de cada condômino às partes comuns são inseparáveis de sua propriedade exclusiva; são também inseparáveis das frações ideais correspondentes às unidades imobiliárias, com as suas partes acessórias.

§ 1º Nos casos deste artigo é proibido alienar ou gravar os bens em separado.

§ 2º É permitido ao condômino alienar parte acessória de sua unidade imobiliária a outro condômino, só podendo fazê-lo a terceiro se essa faculdade constar do ato constitutivo do condomínio, e se a ela não se opuser a respectiva assembleia geral.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em estudo não tem correspondente no Código Civil de 1916. Os arts. 2º e 3º da Lei n. 4.591/64 aludem à impossibilidade de alienação das partes comuns destacadas da unidade autônoma, bem como preveem a possibilidade de transferência a outro condômino do direito à guarda de veículos na garagem. A grande novidade do preceito está na possibilidade, prevista no § 2º, de o condômino alienar parte acessória de sua unidade a terceiro não condômino, se não o proibirem a convenção e a assembleia.

O *caput* do artigo atesta a natureza jurídica do condomínio edilício, que mescla propriedades individual e comum formando uma unidade orgânica e indissolúvel. Não se cogita

unidade autônoma sem fração ideal nas coisas comuns, nem vice-versa. O § 1º explicita a consequência de tal conceito, vedando a alienação ou grava me da unidade sem a correspondente fração ideal, ou o inverso.

O § 2º admite a alienação das partes acessórias da unidade a outro condômino e a terceiros, se assim prever o ato constitutivo do condomínio e não houver oposição da assembleia geral. A parte acessória não se confunde com a parte comum. Está ligada à unidade autônoma por seu destino econômico e serve somente a seu titular. Tomem-se como exemplos as vagas de garagem e os depósitos de cada unidade, situados no pavimento térreo, no subsolo do edifício. No regime da Lei n. 4.591, afirma Caio Mário da Silva Pereira que “o proprietário de apartamento que tem direito a garagem pode cedê-lo a outro proprietário, tenha ou não este igual direito, pois nada impede que um que também é titular de utilização dela duplique o seu direito para abrigar dois carros” (*Condomínio e incorporações*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 160).

Na lição de Júlio dos Santos Vidal Júnior, o abrigo para veículos pode ser identificado como: a) garagem coletiva, com fração ideal incluída na área comum do prédio, b) garagem demarcada, com local certo para cada condômino estacionar seu veículo, com fração comum a todos os condôminos com direito a estacionar veículos; e c) vaga individual, individualizada e demarcada, com fração ideal de terreno específica, configurando uma unidade autônoma (“Locação e sorteio de vagas de garagem localizadas em prédio em condomínio”. In: *Condomínio edilício*, coord. F. A. Casconi & J. R. N. Amorim. São Paulo, Método, 2005).

No que se refere à alienação das partes acessórias a terceiro estranho ao condomínio, comporta a regra algumas observações. Somente é compatível a alienação se a parte acessória for objeto de matrícula própria, com atribuição de fração ideal de terreno, passível de se desvincular da unidade autônoma principal, caso em que ganha o direito de autonomia. Não se cogita, portanto, a alienação de vagas indeterminadas na garagem a terceiros estranhos ao condomínio ou de direito de estacionamento em subsolo comum, uma vez que não haveria como individualizar a propriedade do adquirente, em atenção ao princípio da especialidade. Em termos diversos, inviável a tradução do direito de utilização da garagem somente em fração ideal, se o terceiro não é proprietário de unidade autônoma do edifício.

Ainda que tenha a garagem - ou outra parte acessória - matrícula, fração ideal de terreno e individualização própria, está a alienação a terceiros subordinada a duplo requisito, de natureza cumulativa: a previsão no ato constitutivo do condomínio e a não oposição da assembleia. Logo, ainda que exista previsão no ato constitutivo, pode a assembleia, sem necessidade de *quorum* qualificado, vetar tal alienação, por não atender o interesse do condomínio.

Jurisprudência: É perfeitamente possível na especificação e discriminação do condomínio, tratar a vaga da garagem como unidade autônoma, hipótese em que lhe deve ser atribuída fração ideal de terreno, assim desvinculando-se da unidade habitacional. Pode ser livremente alienada tanto a condômino quanto a estranhos, bem como ser alugada, por extensão do direito de propriedade. Inteligência dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei n. 4.591/64. (JIA-/r05/296)

Edificação residencial coletiva. Utilização de vagas de garagem. Restrições convencionadas. Adquirida unidade habitacional quando já anuíra o anterior proprietário com alteração convencional restringindo a utilização de vagas de garagem, mediante locação, apenas pelos condôminos, não cabe indenização ao adquirente por essa restrição, ainda que não estivesse a mesma registrada, posto que não poderia o novo dono adquirir mais do que tinha o anterior. (STJ, REsp n. 31.036, 3ª T., rel. Min. Dias Trindade, j. 09.02.1993)

Sendo a garagem coletiva área de uso comum, estando à disposição de todos os condôminos, a alegação do condômino de que não a utiliza, para efeito de não pagamento dos custos a ela inerentes, com sustento em cláusula inserida na Convenção Condominial, não

pode prevalecer, ante a impossibilidade de se desvincularem as despesas referentes às unidades autônomas. (II TACSP, Ap. cível n. 573.754*00/7, rel. Francisco Thomaz, j. 29.03.2000)

Condomínio vertical. Venda de vaga de garagem. Inadmissibilidade. Unidade indissolúvelmente ligada ao apartamento. Inalienabilidade. Inteligência da Lei n. 4.591/64 e especificação de condomínio. Apelação provida. "A exposta natureza indivisível e indissociável da vaga não determinada na garagem, tanto no aspecto econômico como físico ou material, é causa absolutamente impeditiva da alienação insuscetível de lograr matrícula autônoma no Cartório de Registro de Imóveis em que matriculado o apartamento" (TJSP, Ap. cível n. 64.699-4, rel. Vasconcellos Pereira, j. 20.04.1999). (*Lex-TJSP* 224/38, 2000)

Declaratória. Vaga indeterminada em garagem coletiva de condomínio, com respectiva matrícula no registro de imóveis. Venda a terceiros não condôminos. Ausente vedação na convenção de condomínio. Pretendida, no entanto, anulação do negócio ante a falta de anuência prévia dos demais condôminos em assembleia geral. Existência de matrícula no registro de imóveis. Não preenchimento, no entanto, dos requisitos exigidos na identificação da vaga como unidade autônoma. Necessidade de se assegurar o direito de preferência dos demais condôminos. Declarada nulidade da venda. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP. Ap. cível s/ revisão n. 611.421-4/6-00, rel. Des. Elcio Trujillo, j. 29.07.2009)

Art. 1.340. As despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tinha correspondente no Código Civil de 1916 nem na Lei n. 4.591/64. Positiva o entendimento sedimentado dos tribunais sobre a matéria, com base na teoria que veda o enriquecimento sem causa.

São as despesas do condomínio provenientes da manutenção ou melhoramentos das partes comuns do edifício, uma vez que cada condômino arca com as despesas oriundas da própria unidade autônoma. Ocorre, porém, que certas partes, embora de natureza comum, servem ao uso exclusivo de um ou alguns condôminos. Em tal caso, as despesas dessas partes, em última análise, reverterem somente em proveito de um ou de uma classe de condôminos, não sendo razoável que o rateio seja feito entre todos.

Tomem-se como exemplos os casos de edifícios mistos, com lojas no pavimento térreo e apartamentos ou escritórios nos andares superiores. O condômino titular da loja, que, via de regra, face a sua área privativa, tem grande participação na fração ideal de terreno, não deve participar do rateio de despesas relativas à manutenção ou reforma de elevadores ou de manutenção das escadas internas do prédio. Isso porque, embora áreas comuns, sua utilização ou serviços não têm qualquer potencial utilidade para os lojistas.

Já decidiu o STJ que "do rateio das despesas de condomínio não pode resultar deva arcar o condômino com aquelas que se refiram a serviços ou utilidades que, em virtude da própria configuração do prédio, não têm, para ele, qualquer préstimo" (REsp n. 164.672/PR, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

O que visa o preceito é evitar o enriquecimento sem causa, hoje positivado como cláusula geral no art. 884 do Código Civil, do condômino ou grupo de condômino em proveito dos quais reverte o proveito exclusivo de certas despesas, pagas, porém, pela totalidade dos comunheiros.

A regra do art. 1.340 é cogente, de modo que prevalece sobre disposição convencional, ou decisão de assembleia. Constitui exceção à regra geral do rateio de despesas prevista no art. 1.336,1, anteriormente examinado.

Note-se que, para eximir-se do rateio, não basta que o condômino não use, ou opte por não usar certos serviços ou áreas comuns. É necessário que não possa usá-los, quer por não ter acesso livre a certas áreas, quer porque os serviços nem potencialmente possam trazer-lhe qualquer vantagem. Se o serviço se encontra à disposição do condômino e este, por problemas ou circunstâncias pessoais, não o utiliza, embora possa utilizá-lo, deve participar do rateio de seu custo.

Jurisprudência: Silenciando a convenção condominial sobre a participação efetiva no rateio das despesas de unidade autônoma situada no térreo do edifício com acesso direto e exclusivo pela via pública, inviável a cobrança da cota-parte respectiva no que pertine às despesas ordinárias. (II TACSP, Ap. sem revisão n. 495.734, 9ª Câm., rel. Juiz Francisco Casconi, j. 01.10.1997)

Condomínio. Loja térrea. Despesas. Do rateio das despesas de condomínio não se pode resultar deva arcar o condômino com aquelas que se refiram a serviços ou utilidades que, em virtude da própria configuração do edifício, não têm, para ele, qualquer préstimo. (STJ, REsp n. 164.672, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 04.11.1999)

A obrigação de pagar os encargos condominiais deriva do simples fato de integrar o condômino o universo condominial, conforme dispõe a Lei n. 4.591/64, não se prestando para isentá-lo da obrigação a alegação de não se utilizar das áreas comuns, nem se beneficiar dos serviços prestados, mormente se ausente da convenção disposição que exclua a unidade do apelado do rateio das despesas comuns (TACSP, Ap. sem revisão n. 713.347-00/4, rel. Andradete Neto, j. 14.04.2004). (*Lex-TACSP*214/338, 2005)

Condomínio. Anulação de assembleia geral extraordinária. Isenção quanto a despesas relativas à manutenção de partes e equipamentos de uso exclusivo de um grupo de condôminos. Obras que não interessam à estrutura integral da edificação ou conjunto de edificações, nem ao serviço comum, devem ser realizadas com o concurso pecuniário somente dos condôminos que delas se beneficiarão. Interpretação do art. 12, § 4º, da Lei n. 4.591/1964, art 1.340 do CC/2002. (TJRS, Ap. cível n. 70.018.544.924, 19ª Câm. Cível, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 22.05.2007)

O condômino excepcionalmente proibido de utilizar serviços ou equipamentos não pode ser obrigado a suportar as despesas de condomínio a eles relativos (II TACSP, Ap. com revisão n. 486.155-00/6, rel. Narciso Orlandi, j. 31.07.1997). (*Lex-TACSP* 168/382, 1998)

Art. 1.341. A realização de obras no condomínio depende:

I - se voluptuárias, de voto de dois terços dos condôminos;

II - se úteis, de voto da maioria dos condôminos.

§ 1º As obras ou reparações necessárias podem ser realizadas, independentemente de autorização, pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer condômino.

§ 2º Se as obras ou reparos necessários forem urgentes e importarem em despesas excessivas, determinada sua realização, o síndico ou o condômino que tomou a iniciativa delas dará ciência à assembleia, que deverá ser convocada imediatamente.

§ 3º Não sendo urgentes, as obras ou reparos necessários, que importarem em despesas excessivas, somente poderão ser efetuadas após autorização da assembleia, especialmente convocada pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer dos condôminos.

§ 4º O condômino que realizar obras ou reparos necessários será reembolsado das despesas que efetuar, não tendo direito à restituição das que fizer com obras ou reparos de outra natureza, embora de interesse comum.

CC/1916: sem correspondente.

Não há dispositivo correspondente no Código Civil de 1916 nem na Lei n. 4.591/64. Inova o legislador, ao exigir aprovação por critérios determinados e distintos para cada modalidade de obra a ser realizada no condomínio edilício. No regime jurídico anterior, a própria convenção determinava se a aprovação de obras se daria por maioria simples ou qualificada. No silêncio, incidia a regra geral da aprovação por maioria simples.

O princípio da norma é o da exigência de aprovação por maioria inversamente proporcional à indispensabilidade da obra. Quanto menos necessária a obra, mais elevado o *quorum* para sua aprovação. A norma é cogente, de modo que prevalece sobre disposição convencional em sentido contrário, que dispense maioria absoluta ou qualificada. Nada impede, todavia, que a convenção exija quóruns mais rigorosos do que a lei.

Como visto anteriormente, a discussão acerca da incidência da norma sobre convenções registradas anteriormente à vigência do atual Código Civil gera polêmica. Vale o que foi dito para a questão da multa moratória devida pelo condômino em atraso. Os que entendem que a convenção tem natureza contratual, de modo coerente defendem que a nova lei não pode retroagir para alcançar o ato jurídico perfeito. Os que entendem que a convenção tem natureza de ato-regra, gerando direito estatutário, admitem a imediata incidência da nova norma de ordem pública, corrente que parece preferível, evitando a incerteza da persistência de duplo regime jurídico do condomínio edilício, os constituídos anteriormente ou posteriormente ao Código Civil.

O *caput* do artigo fala em “obras” no condomínio, termo que merece detida investigação. A expressão exclui acessões, tratadas nos artigos subsequentes, mas deve ser interpretada em sentido amplo, englobando não somente construções, como também todo e qualquer melhoramento, aí incluída a aquisição de pertencas e investimentos em geral, como decoração do *hall* de entrada, aquisição de objetos, paisagismo ou mesmo a contratação de certos profissionais, como professores de línguas ou instrutores de ginástica para ministrar aulas no edifício. Embora não diga a lei, devem ser tais investimentos de certa magnitude ou de custo excessivo. Não teria sentido, como é óbvio, exigir a aprovação da assembleia para adquirir objetos e serviços de valor reduzido, ainda que de natureza voluptuária, ou de mero deleite dos condôminos. A expressão abrange as benfeitorias, ou seja, os investimentos que se fazem numa coisa para conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la, mas não as acessões, que criam coisas novas e são reguladas no artigo subsequente.

Utiliza a lei a mesma classificação das benfeitorias da Parte Geral do Código Civil, dividindo-as em necessárias, úteis e voluptuárias. As categorias, porém, não são estanques, podendo uma obra ser voluptuária em determinadas circunstâncias, mas útil em outras.

Em relação às obras voluptuárias, exige a lei aprovação pela maioria qualificada de “dois terços dos condôminos”. Comporta a regra algumas observações. A maioria qualificada a que alude a lei é para aprovação da obra e não o *quorum* para instalação da assembleia. Os dois terços se contam sobre o universo daqueles aptos a votar, não somente dos presentes, excluídos, portanto, os inadimplentes. Caso contrário, causaria o impedimento efeito contrário ao que almeja a lei, prejudicando duplamente os demais condôminos pontuais. Embora se refira a condôminos, na verdade a contagem dos votos se faz na forma prevista no parágrafo único do art. 1.352 do Código Civil, adiante comentado, ou seja, com a força das frações ideais no solo e nas outras partes comuns pertencentes a cada condômino, salvo disposição diversa na convenção. A matéria a ser deliberada deverá constar obrigatoriamente da convocação da assembleia. Em relação às obras úteis, exige a lei aprovação por maioria absoluta, estendendo-se, no mais, o que já se disse sobre as obras voluptuárias.

A deliberação da maioria qualificada ou absoluta - dependendo da natureza da obra - vincula a minoria, ainda que discordante. Embora existam julgados divergentes, não pode a minoria - daí a exigência de *quorum* elevado - eximir-se do pagamento, a pretexto de que a despesa é incompatível com a categoria do edifício, ou muito dispendiosa. A única eximente aceitável é a amparada no art. 1240, já comentado, qual seja, de que a melhoria reverterá apenas em proveito de um ou determinado grupo de condôminos, sobre os quais deverá recair o rateio.

Em relação às obras - englobando melhoramentos, pertencas e serviços - necessárias, a disciplina é diversa. São indispensáveis à conservação da coisa comum, que, sem elas, corre o risco de se deteriorar ou perecer ou, ainda, sofrer sanções do Poder Público. A lei cria duas categorias de obras necessárias e lhes dá tratamento distinto: a) urgentes e não urgentes; b) de custo excessivo e de custo moderado.

As obras necessárias de custo moderado - urgentes ou não - podem ser feitas pelo síndico, ou, em sua omissão ou impedimento, por qualquer condômino, independentemente de prévia deliberação da assembleia geral. A expressão “custo não excessivo”, ou moderado, é indeterminada e deve ser preenchida pelo juiz no caso concreto, levando em conta sua proporção em relação à arrecadação do condomínio e o reflexo que causará na contribuição dos condôminos. Obra de preço moderado em condomínio de alto padrão certamente será de custo excessivo em condomínio popular.

As obras de custo excessivo podem ser urgentes ou não. Caso sejam urgentes, podem e devem ser feitas pelo síndico ou, em sua omissão ou impossibilidade, por qualquer condômino, submetidas ao posterior *placet* da assembleia, por maioria simples, que deve ser convocada imediatamente. Pode a assembleia deixar de cancelar a obra já realizada, quer entendendo não ser ela necessária, quer não urgente, quer rejeitando o custo de sua realização. Como consequência, deve determinar ao síndico a devolução da quantia gasta, ou negar o reembolso das despesas já feitas, levando em conta, sempre, o efetivo benefício auferido pelo condomínio, para evitar o enriquecimento sem causa.

Caso as obras necessárias sejam de custo excessivo e não urgentes, se impõe a aprovação prévia em assembleia, por maioria simples, valendo o que foi dito, quanto à convocação e à contagem de votos, para as obras voluptuárias.

Com o objetivo de impedir que um condômino realize isoladamente por conta própria as obras que entender cabíveis e após pretenda ratear seu custo com os demais condôminos, restringe a lei, no § 4º do artigo em exame, o reembolso das obras necessárias. As obras úteis e voluptuárias, embora revertam em benefício do condomínio, não são indenizáveis ao condômino que as fez *sponte própria*, em posição simétrica à do possuidor de má-fé. Cabe apenas indenização pelas benfeitorias necessárias, sem, contudo, direito de retenção, incompatível com a persistência e os fins do condomínio edilício, uma vez que são as obras realizadas em áreas comuns.

Jurisprudência: Cobrança de despesas de manutenção. Discordância da instalação de câmaras de vídeo que estariam a violar direitos de imagem e privacidade dos condôminos e suas famílias. Alegação que não exime o condômino dissidente de concorrer nas despesas de manutenção do serviço, cabendo-lhe apenas exercer depois a pretensão judicial na via que julgar mais adequada para proteção de seus interesses ou coibir eventual abuso de direito por parte da administração do condomínio. (JTA-Lex 173/508, rel. Gilberto dos Santos)

Os gastos extraordinários também devem ser deliberados em assembleia geral extraordinária, salvo se o síndico for compelido a efetuá-los de imediato, em situações excepcionais, ou em virtude de exigência de autoridades municipais, hipótese que *a posteriori* ele os justificará perante a assembleia geral (II TACSP, Ap. cível n. 561.218-00/6, rel. Juiz Francisco Thomaz). (JTACSP~Lex 181/496)

Nos termos do § 4º do art. 1.341 do Código Civil, o condômino que realizar obras ou reparos necessários será reembolsado das despesas que efetuar, não tendo direito à restituição das que fizer com obras ou reparos de outra natureza, embora de interesse comum. É possível que se façam necessárias despesas visando a conservação do prédio, ou para evitar sua deterioração. É o que temos, por exemplo, com a substituição do vigamento apodrecido do telhado, ou um reforço das fundações de um prédio. Ora, sendo o condômino copossuidor das partes e coisas comuns curial que ele possa tomar a iniciativa, quando o seu móvel é o interesse da comunidade. Como o condômino realizou obras ou reparos necessários, e, por via de consequência, em benefício da comunhão, tem direito de ser reembolsado. Mas esse direito só alcança as obras necessárias, não as voluptuárias. Não que ele não as possa realizar, mas não poderá cobrá-las dos demais comunheiros. (TJRJ, Ap. cível n. 2006.001.53740, rel. Des. Leticia Sardas, j. 09.01.2007)

Art. 1.342. A realização de obras, em partes comuns, em acréscimo às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização, depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos, não sendo permitidas construções, nas partes comuns, suscetíveis de prejudicar a utilização, por qualquer dos condôminos, das partes próprias, ou comuns.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tinha correspondente no Código Civil de 1916 nem na Lei n. 4.591/64. Trata o artigo das acessões, desde que não constituam novas unidades autônomas, ou, na dicção da lei, feitas em acréscimo às já existentes. Essa é a diferença em relação ao artigo antecedente, que tratava apenas de benfeitorias ou melhoramentos em coisas já existentes, mas sem acréscimo, sem a criação de coisas novas.

Levando em conta a maior magnitude da obra, impõe a lei, por norma cogente, que se sobrepõe à convenção, *quorum* qualificado de dois terços dos condôminos para sua aprovação. O que foi dito no artigo anterior sobre a composição do *quorum* e cômputo da maioria aqui se aplica.

Coloca a lei claros limites à aplicação da norma. As obras serão sempre em partes comuns e se somarão ou complementarão outras obras já existentes. São os casos, por exemplo, de construção de uma piscina na área de recreio, de ampliação de vestiários para implantação de uma sauna ou da construção de uma churrasqueira, em complementação aos equipamentos de lazer. Visam a facilitar ou aumentar a utilização das áreas comuns, em proveito de todos os condôminos.

Não podem as novas construções, todavia, converter área comum em área de proveito de apenas um ou alguns condôminos, como construção de garagens para certas unidades autônomas. Também não podem as obras vir em detrimento de qualquer das unidades autônomas, prejudicando sua insolação, ventilação, sossego ou privacidade dos ocupantes ou condôminos.

Art. 1.343. A construção de outro pavimento, ou, no solo comum, de outro edifício, destinado a conter novas unidades imobiliárias, depende da aprovação da unanimidade dos condôminos.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tinha correspondente no Código Civil de 1916 nem na Lei n. 4.591/64. Disciplina o artigo modalidade específica de acessão, qual seja, a criação de nova

unidade imobiliária, quer por construção de mais um pavimento, quer por edificação de novo edifício no solo.

A magnitude do investimento, a alteração das frações ideais das unidades já existentes no solo e nas coisas comuns e a desfiguração do projeto original, com o acréscimo de novos condôminos, tem profunda repercussão na vida condominial, justificando-se, por isso, a aprovação por unanimidade.

Levando em conta a gravidade da alteração, a unanimidade abrange não somente os condôminos aptos a deliberar, como também os inadimplentes. Haveria manifesta desproporção entre a sanção lateral prevista para o inadimplemento - o alijamento das deliberações - e a magnitude da mudança para todos os condôminos, que implica a construção de novas unidades.

O que se discute é a possibilidade do suprimento do consentimento injustamente negado por um dos condôminos, quando manifesto for o benefício da acessão para a vida condominial. A propriedade está conformada por sua função social, que não é limite, mas integra seu próprio conteúdo (ver comentário ao art. 1.228 do CC). O exercício de um direito que exceda manifestamente sua função social e econômica ou a boa-fé constitui ato ilícito, nos exatos termos do art. 187 do Código Civil. Assim sendo, no caso de marcada resistência abusiva de um condômino, pode seu consentimento ser suprido judicialmente.

Jurisprudência: Havendo previsão legal expressa no sentido de que a construção de outros pavimentos no edifício depende da aprovação unânime dos condôminos, há de se exigir o mesmo *quorum* para se proceder à retificação das frações ideais das unidades condominiais, como preceitua o art. 1.343 do Código Civil. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.04.199097-9/001, rel. José Domingues Ferreira Esteves, j. 21.06.2005)

Art. 1.344. Ao proprietário do terraço de cobertura incumbem as despesas da sua conservação, de modo que não haja danos às unidades imobiliárias inferiores.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tinha correspondente no Código Civil de 1916 nem na Lei n. 4.591/64.

O terraço de cobertura pode ser área comum ou privativa de uma unidade autônoma. Caso seja área comum, pode ser de uso privativo ou não da unidade do último piso, consoante disposto na instituição de condomínio ou deliberação unânime da assembleia.

A regra, portanto, deve ser lida do seguinte modo: a manutenção e a conservação do terraço de cobertura incumbem ao condômino quando integrar a propriedade exclusiva da unidade autônoma ou, ainda que de propriedade comum, for de uso exclusivo de um condômino, que dele se serve. Por exclusão, terraços, lajes e telhados de propriedade e uso comum devem ser mantidos e conservados pelo condomínio.

Diz a lei que a conservação deve ser feita de molde a não causar danos aos demais condôminos. A responsabilidade, como ocorre no direito de vizinhança, é objetiva e alcança tanto vazamentos como quedas e calhas, reboco ou outros objetos. Cabe aos condôminos prejudicados, ou sob risco, tanto ação de dano infecto como indenizatórias, ou de execução de fazer ou não fazer, com tutela específica, além de pedido cominatório.

Jurisprudência: Embora seja a cobertura coisa comum, o condômino que a utiliza com exclusividade responde pelas infiltrações dela oriundas e decorrentes de mau uso ou de má conservação. Eventual direito regressivo (responsabilidade do condomínio ou do construtor) que deve ser buscado em ação própria. (II TACSP, Ap. com revisão n. 649.806-00/1, 12ª Câmara, rel. Juiz Romeu Ricupero, j. 03.04.2003)

Condomínio. Coisa comum. Laje de cobertura do edifício. Edificação erguida por condômino. Autorização para o uso exclusivo prevista na convenção. Ilegalidade. Hipótese, ademais, de alteração da fachada do prédio. Arts. 3º e 43, IV, da Lei federal n. 4.591/64. Remoção da construção, repondo a cobertura na situação anterior. Ação procedente. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 171.211-2, rei. Accioli Freire, j. 08.08.1991)

Nunciação de obra nova. Edifício de apartamentos. Solário. Obras realizadas pelo proprietário do último andar. Área comum. Normas de ordem pública que não podem ser alteradas pela vontade das partes. Sentença de procedência parcial. Apelo de ambas as partes. Provimento ao recurso do condomínio-autor. Determinadas demolição e indenização. Prejudicado o recurso do réu. (TJSP, Ap. cível n. 106.846-4, rel. José Osório, j. 27.07.2000)

Art. 1.345.0 adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios.

CC/1916: sem correspondente.

O Código Civil de 1916 não tinha dispositivo correspondente ao artigo em exame. A Lei n. 4.591/64 dispõe apenas, no art. 4º, parágrafo único, com redação dada pela Lei n. 7.182/84, que alienação ou transferência da unidade autônoma e correspondente fração ideal depende de prova de quitação das obrigações do alienante para com o respectivo condomínio.

Merece o preceito exame atento. Não resta dúvida de que as obrigações do titular da unidade autônoma em condomínio edilício têm natureza *propter rem*, ou seja, existem quando um titular de um direito real é obrigado, devido a essa condição, a satisfazer determinada prestação. Em termos diversos, a pessoa do devedor se individualiza pela titularidade do direito real. Assim, quem adquire unidade autônoma passa a arcar com as respectivas despesas, pois a obrigação é imposta a quem for seu titular (II TACSP, Ap. n. 775.364-00/9, rel. Melo Bueno, }*TA-Lex* 203/486).

O artigo, porém, vai além. Dispõe que o adquirente arca com todos os débitos do alienante, inclusive multa e juros moratórios. Logo, arca com dívidas vencidas no período anterior ao da aquisição, ultrapassando a natureza *propter rem* da obrigação. Na lição clássica de Antunes Varela, o artigo em exame descreve verdadeiro ônus real. Segundo o autor, “a diferença prática entre ônus e as obrigações reais, tal como a história do direito as modelou, está em que, quanto a estas, o titular só fica vinculado às obrigações constituídas na vigência do seu direito, enquanto nos ônus reais o titular da coisa fica obrigado mesmo em relação às prestações anteriores, por suceder na titularidade de uma coisa a que está visceralmente unida a obrigação” (*Das obrigações em geral* 8. ed. Coimbra, Almedina, 1994, v. 1, p. 202; no mesmo sentido, o profundo estudo de MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ônus reais*. Coimbra, Almedina, 1990).

Disso decorrem relevantes efeitos. Primeiro, o titular da coisa no momento em que se constitui a obrigação responde com todos seus bens. Já o adquirente posterior responde apenas até o valor da coisa onerada, que garante o cumprimento da obrigação (VARELA, Antunes. Op. cit., p. 202). Segundo, está revogada a regra do art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64. Se a própria lei explicita que o adquirente responde pelos débitos anteriores, perde o sentido a prova da quitação de débito existente no momento da alienação. A jurisprudência administrativa do Estado de São Paulo, porém, ainda subordina o registro e a lavratura de escritura de alienação de unidade autônoma à prévia prova da quitação do débito condominial.

Silencia a lei quanto a eventuais créditos do alienante. Pense-se na hipótese de uma repetição de indébito ajuizada pelo condomínio, ou uma ação de reparação de danos por vício de

construção contra a construtora, por fato anterior, cujo pagamento, porém, seja feito em data posterior à alienação. A interpretação deve ser simétrica, transferindo o alienante ao adquirente todos os direitos incidentes sobre a coisa, salvo convenção em sentido contrário.

Equipara-se ao adquirente o promissário comprador imitido na posse da unidade autônoma, quer seu contrato tenha ou não registro imobiliário. O entendimento dos tribunais, ainda na vigência do antigo Código Civil, teve respaldo no art. 1.334, § 2º, do atual Código, já comentado, e equipara ao condômino, para efeito da cobrança de despesas, o usufrutuário, o nu-proprietário, o cessionário de direitos de compromisso de compra e venda e o arrematante (II TACSP, Ap. n. 839.428-00/0, rel. Antonio Rigolin; Ap. n. 663.356-00/3, rel. Celso Pimentel).

O entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça, seguido pelas Cortes Estaduais, é no sentido de que “a ação de cobrança de cotas condominiais pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o promissário comprador, pois o interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para o pagamento das despesas indispensáveis e inadmissíveis, podendo o credor escolher - entre aqueles que tenham uma relação jurídica vinculada ao imóvel (proprietário, possuidor, promissário comprador etc.) - o que mais prontamente poderá cumprir com a obrigação, ressalvado direito regressivo contra quem entenda responsável” (REsp n. 223.282/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). A natureza das despesas condominiais permite, mais, que a ação de cobrança seja ajuizada diretamente contra o locatário ou o comodatário, se assim for de interesse do condomínio.

O artigo usa a expressão genérica *adquirente*, não restringindo às aquisições por negócio jurídico, de modo que também alcança as vendas judiciais, atingindo o arrematante e o adjudicatário. Como adquirentes da unidade, assumem o polo passivo de eventual ação de cobrança em aberto, ainda que já tenha sido esta julgada (II TACSP, AI n. 713.594-00-7, rel. Soares Levada). Exceção óbvia a essa regra está na arrematação levada a efeito na execução das próprias despesas condominiais, caso em que há uma sub-rogação real, e o condomínio satisfará seu crédito com o produto da arrematação, ainda que o valor do crédito seja superior ao valor da unidade autônoma. O executado, ex-proprietário, responderá com o seu patrimônio por eventual saldo remanescente.

No caso de imóvel gravado com direito real de usufruto, divide-se a jurisprudência. Ora aplica o disposto nos arts. 733 e 734 do Código Civil, repartindo a responsabilidade de acordo com a natureza das despesas (ordinárias carregadas no usufrutuário e extraordinárias ao nu-proprietário), ora determina que somente o usufrutuário responda pelas despesas, ora somente o nu-proprietário, ou, finalmente, ambos em litisconsórcio. Entendo que a última posição é a melhor, até porque o direito real de usufruto não é alienável e, portanto, impenhorável. Assim, perante o condomínio ambos são responsáveis pela despesa e as regras dos arts. 733 e 734 do Código Civil somente têm relevância em sede de direito de regresso, nas relações internas entre nu-proprietário e usufrutuário.

Jurisprudência: O adquirente, mesmo no caso de arrematação, responde pelos encargos condominiais incidentes sobre o imóvel arrematado, ainda que anteriores à alienação. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 506.183/RJ, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 02.12.2003, DJ25.02.2004)

Ação de cobrança. Cotas condominiais. Adquirente. Arrematante. Legitimidade. Obrigação *propter rem*. Para garantir o equilíbrio econômico e financeiro do condomínio, a cota-parte atribuível a cada unidade é considerado obrigação *propter rem*. Por isso, o arrematante de imóvel em condomínio responde pelas cotas condominiais em atraso, ainda que anteriores à aquisição. Precedentes do STJ. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 400.997/SP, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 06.04.2004, DJ 26.04.2004)

Civil. Ação de consignação em pagamento. Despesas de condomínio. Adjudicação. Execução extrajudicial. Obrigação *propter rem*. Lei n. 7.182/1984. Os encargos condominiais constituem-se espécie peculiar de ônus real, gravando a própria unidade do imóvel, eis que a lei lhe imprime poder de seqüela. Assentado na jurisprudência da Terceira Turma o entendimento no sentido de que, ainda na vigência da primitiva redação do parágrafo único, do art. 4º da Lei n. 4.591/1964, a responsabilidade assumida pelo adquirente de unidade autônoma de condomínio não significava ficasse exonerado o primitivo proprietário. (STJ, REsp a 7.128/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.08.1991, DJ 16.09.1991)

Tratando-se da execução de quotas de condomínio, não há falar em preferência do credor hipotecário, considerando precedente da Terceira Turma assinalando que em tal caso se trata de conservação do imóvel, "sendo indispensáveis à integridade do próprio crédito hipotecário, inevitavelmente depreciado se a garantia perder parte do seu valor". (STJ, REsp n. 208.896/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 07.11.2002, DJ19.12.2002; STJ, REsp n. 577.547/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.06.2004)

A ausência de quitação de débitos condominiais anteriores à transferência de unidade autônoma, nos termos do parágrafo único do art. 4º da Lei n. 4.591/64, torna as obrigações da alienante e da adquirente solidárias, não excludentes, muito menos substitutivas uma da outra. (II TACSP, Ap. n. 549.630-00/4, rel. Milton Sanseverino, j. 27.07.1999)

A ação de cobrança de quotas condominiais pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o promissário-comprador ou afins, dependendo da situação de cada caso. *In casu*, como salientado pela r. sentença, muito embora tenha havido contrato de compromisso de compra e venda, não restou demonstrado nos autos que o condomínio (autor) detinha ciência inequívoca do referido documento. Assim, nada obsta que o recorrente seja acionado para efetuar o pagamento das taxas condominiais que estavam pendentes, lastreado, por óbvio, na natureza *propter rem* das quotas, ressaltando-lhe o direito de regresso. (STJ, REsp n. 717.265/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 03.08.2006)

Por se tratar de obrigação *propter rem*, o crédito oriundo de despesas condominiais em atraso prefere ao crédito hipotecário no produto de eventual arrematação. A responsabilidade pelo pagamento de débitos condominiais e tributários existentes sobre imóvel arrematado, mas que não foram mencionados no edital de praça, não pode ser atribuída ao arrematante. Se débito condominial não foi mencionado no edital de praça pode ser feita a reserva de parte do produto da arrematação para a quitação do mesmo. (STJ, REsp n. 540.025/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.03.2006)

O banco que arremata o imóvel extrajudicialmente, na qualidade de credor hipotecário, responde pelas despesas de condomínio. (II TACSP, AI n. 845.680-00/6, rel. Eros Picelli, j. 02.06.2004)

Residindo um dos coproprietários no imóvel e sendo apenas ele o beneficiário dos serviços postos à disposição pelo condomínio, deve ele estar no polo passivo da ação de cobrança de quotas condominiais, ressaltado o seu direito de reembolso ante os demais proprietários. (STJ, REsp n. 500.185/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.08.2005)

Cobrança. Despesas de condomínio. Cumprimento da sentença. Adjudicação do imóvel pelo credor hipotecário, em execução paralela. Exceção de pré-executividade interposta pelo agravante, visando à declaração de sua ilegitimidade passiva. Rejeição. Inadmissibilidade. A

aquisição do imóvel por terceiro transfere a este as obrigações de natureza *propter rem*, no caso, as despesas de condomínio, além de multas e juros moratórios. Intelecção do art. 1.345 do Código Civil c/c art. 42, § 3º, do CPC. Precedente desta Câmara. O credor hipotecário, que adjudicou o imóvel, deve substituir o antigo devedor no polo passivo da ação. Exceção acolhida. Agravo de instrumento provido. (TJSP, AI n. 1.198.727-0/7, rel. René Ricupero, j. 16.10.2008)

Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu atos de execução contra o antigo proprietário do imóvel. Condômino condenado por sentença ao pagamento das prestações condominiais. Arrematação do imóvel nos próprios autos para satisfação da dívida. Produto da arrematação insuficiente para quitação da obrigação. Adquirente que não responde pela dívida remanescente. O imóvel arrematado na própria execução das despesas está livre da obrigação. Outra interpretação importa na impossibilidade da arrematação do bem por valor inferior à dívida. Antigo proprietário que continua obrigado ao pagamento das prestações do condomínio. Obrigação autonomizada em razão da sua natureza. Obrigação embora nascida em razão do direito real, dele se afastou, e adquiriu autonomia a impor, na sua disciplina, o regime legal das obrigações pessoais. Não seria aceitável que o alienante pudesse se ver livre das despesas que gerou com o uso e fruição da coisa, deixando de pagar água, luz, gás, salário de empregados, serviços consumidos e etc., pela alienação da sua unidade. (TJSP, AI n. 1.198.645-0/3, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 03.10.2008)

A responsabilidade pelo pagamento das quotas de despesas de condomínio, em virtude de se caracterizarem como obrigações *propter rem*, é tanto do proprietário do imóvel - titular do domínio - quanto do ocupante da unidade a qualquer título (compromissário-comprador, locatário ou comodatário), podendo a ação de cobrança ser ajuizada contra um ou outro, individualmente, ou contra ambos, em litisconsórcio passivo facultativo. (TJSP, Ap. cível s/ revisão n. 1.117.391-0/0, rel. Luis de Carvalho)

Art. 1.346. É obrigatório o seguro de toda a edificação contra o risco de incêndio ou destruição, total ou parcial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 13, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

O art. 13 da Lei n. 4.591/64 disciplinava o tema deste artigo com mais minúcia, inclusive estabelecendo prazo para a sua realização e cominando pena de multa para sua falta.

A norma é cogente e o seguro obrigatório, tendo por objeto toda a edificação e como riscos mínimos incêndio ou destruição. É incumbência do síndico contratar o seguro, não valendo deliberação em contrário da assembleia. As despesas com o pagamento do prêmio são ordinárias.

A indenização abrange a edificação, mas, salvo disposição contratual mais extensiva, não as benfeitorias e objetos que se encontrem no interior das unidades autônomas. Nada impede que os condôminos façam individual ou mesmo coletivamente seguro facultativo complementar, com o propósito de cobrir os riscos e interesses excluídos pela apólice compulsória.

Jurisprudência: Descabe novo recolhimento de seguro contra incêndio por parte do condomínio, ante existência de seguro obrigatório do Sistema da Habitação da Caixa Econômica Federal. (II TACSP, Ap. n. 632.455-00/7, rel. Ribeiro da Silva, j. 31.01.2002)

Seção II

Da Administração do Condomínio

Art. 1.347. A assembleia escolherá um síndico, que poderá não ser condômino, para administrar o condomínio, por prazo não superior a dois anos, o qual poderá renovar-se.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art 22, *caput*, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

Prevê o atual Código Civil três órgãos administrativos do condomínio: síndico, assembleia geral e conselho fiscal. O síndico, grosso modo, é o órgão executivo do condomínio, que, em vista de sua atividade de caráter contínuo e permanente, faz cumprir as deliberações da assembleia geral, reunida periodicamente, e os preceitos da convenção e do regimento interno.

Pode o síndico ser pessoa natural ou jurídica, condômino ou estranho ao condomínio. Basta que seja capaz. Não é empregado do condomínio, de modo que seu contrato não é de trabalho e nem se rege pela CLT. Nem toda pessoa, porém, pode ser síndico. Estão impedidos aqueles que mantêm conflito de interesses com o condomínio. Quanto ao condômino inadimplente, se não pode deliberar, com maior dose de razão não pode ser eleito, pois o conflito de interesses seria latente. O inadmissível é disposição na convenção impedindo condôminos que já foram um dia inadimplentes de serem eleitos síndicos, em uma sanção perpétua, como já decidiram nossos tribunais (*RT* 715/144; cf. também FRANCO, João Nascimento. *Condomínio*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 30).

Silencia a lei sobre as figuras do subsíndico e do cossíndico. Nada impede que a convenção, ou mesmo a assembleia, delibere a eleição de um subsíndico para assumir as funções na ausência ou no impedimento do titular. No referente aos cossíndicos, embora não contenha a lei regra proibitiva expressa, o princípio extraído do Código Civil é o da unicidade de representação do condomínio, para segurança de terceiros que com ele contratam (*RT* 751/243). Existe a possibilidade, em grandes condomínios, dotados de várias torres ou alas, de haver um síndico geral, que representa a totalidade dos condôminos, auxiliado por subsíndicos com atividades limitadas a certas partes ou prédios do conjunto. O § 1º do art. 1.348, adiante comentado, prevê a possibilidade da repartição do poder de representação entre síndico e terceiro, por deliberação da assembleia.

Também é omissa a lei quanto à remuneração do síndico. No silêncio da convenção e da assembleia, o múnus é gratuito. Pode, todavia, tanto a convenção como a assembleia deliberarem a remuneração do síndico, inclusive sob a forma de isenção de sua contribuição condominial (*RT* 695/189), que consistirá despesa ordinária, a ser rateada entre os demais condôminos. Sobre a remuneração incide contribuição previdenciária, como já decidiu o STJ.

A escolha do síndico é feita em assembleia geral, na qual votam condôminos, compromissários compradores, cessionários de seus direitos e usufrutuários. Não exige a lei qualquer *quorum* especial, razão pela qual, no silêncio da convenção, aplicam-se os arts. 1.352 e 1.353 do Código Civil. Em segunda convocação, a maioria simples dos presentes elege o síndico. Nada impede, todavia, que a convenção estabeleça *quorum* mais elevado para a eleição. Note-se que, no silêncio da convenção, o *quorum* para eleger é inferior ao para destituir. Vota-se com a força dos quinhões, salvo disposição em contrário na convenção de condomínio, vedado tal direito aos inadimplentes.

Em determinados casos, pode o empreendedor ou um dos condôminos ter isoladamente a maioria. Terá, a princípio, direito de indicar o síndico, ou de se autoeleger, como consequência natural de sua posição jurídica. No entanto, a figura agora positivada do abuso de direito servirá como eficaz mecanismo de controle de eventuais excessos do condômino majoritário.

O prazo máximo do mandato do síndico é de dois anos, admitida a renovação. Tanto o prazo máximo como o direito à reeleição são preceitos cogentes, sobrepostos à convenção. Claro que poderá a convenção fixar mandato com prazo inferior ao teto legal. O que se discute - e parece razoável - é a possibilidade da convenção estabelecer um teto para o número de reconduções, pois a lei é omissa a respeito e não usa o termo *indefinidamente* (LEVADA, Cláudio Antonio Soares. “O síndico nos condomínios edilícios”. In: *Condomínio edilício, aspectos relevantes, aplicação do novo Código Civil*, coord. Francisco Antonio Casconi e José Roberto Neves Amorim. São Paulo, Método, 2005).

Escoado o prazo do mandato do síndico, no silêncio da convenção, suas atribuições se prorrogam, até nova eleição, para evitar que o condomínio permaneça certo período sem representação, em detrimento de todos os condôminos e terceiros. Em casos excepcionais, adiante estudados no art. 1.350, poderá o juiz nomear síndico provisório, quando a assembleia deixar de se reunir.

Jurisprudência: O síndico do condomínio pode ser pessoa física ou jurídica e não condômino, conforme se depreende do disposto no art. 22, § 4º, da Lein. 4.591, de 16.12.1964. (II TACSP, Ap. n. 554.637-00/5, rel. Nestor Duarte, j. 15.09.1999)

O subsíndico é parte legítima para os atos processuais envolvendo o condomínio quando estiver investido de poderes para tanto, mormente quando a própria convenção condominial dispuser nesse sentido. (II TACSP, Ap. n. 517.867, rel. Peçanha de Moraes, j. 11.05.1998)

Irrelevante o mandato do síndico já se encontrar findo ao tempo do ajuizamento da ação de cobrança de despesas condominiais, ante a inexistência de outro síndico eleito. Presume-se prorrogado o mandato, mormente se cumula as funções de administrador. (II TACSP, Ap. n. 514.869, rel. Gilberto dos Santos, j. 27.04.1998)

Reconhece-se a legitimidade do mandato provisório da comissão, instituída para administrar e representar, extra e judicialmente, o condomínio, quando outorgados os poderes do síndico a ela em assembleia e presente condição excepcional (incapacidade administrativa do síndico com risco da falência do condomínio). (II TACSP, Ap. n. 565.591-00/9, rel. William Campos, j. 28.01.2000)

Condomínio. Ato de prestação de contas. Pretensão manifestada contra ex-síndico e subsíndico. Admissibilidade, visto que o exercício das atividades de administração, gerência, arrecadação de valores e pagamento de débitos ocorreu em nome do grupo condominial. (RT 778/264)

Carece de legitimidade passiva a subsíndica, que por força convencional exerce funções de auxílio ao síndico, o qual responde plenamente pelos atos praticados por seu auxiliar. Para propositura de ação de prestação de contas contra síndica, mister a concorrência do binômio necessidade/utilidade do processo, caracterizador do interesse de agir exigido pelos arts. 3º e 267 do CPC. Não comprovada a negativa de prestação de contas, por parte da síndica à assembleia ordinária anual, ou à extraordinária convocada com este fim, impossível juridicamente a utilização da presente ação. (TJSC, AI n. 49.430, rel. Orli Rodrigues, j. 29.08.1995)

Citação na pessoa de síndico cujo mandato venceu sem convocação de nova assembleia. É regular a citação do condomínio na pessoa de síndico cujo mandato já venceu sem que nova assembleia fosse convocada para outra eleição, mormente quando o estatuto possibilita a reeleição, admitindo-se ou a prorrogação do mandato ou a aplicação analógica do art. 13, do Decreto n.

3.708/19, que prevê a representação de qualquer associado quando o estatuto for omissivo. Agravo desprovido. (TJRS, Ap. n. 597.247.501,4ª Câm., rel. João Carlos Branco Cardoso, j. 08.04.1998)

Embargos infringentes. Eficácia em tese de cláusula convencional que obsta a eleição de condômino em atraso com contribuições condominiais ou que houver sido cobrado judicialmente por contribuições não pagas nas épocas devidas. Aspecto peculiar na espécie dos autos. Rejeição (TJSP, Embargos infringentes n. 244.236-2, rel. Ruy Camilo, j. 15.08.1995). (*Lex-TJSP* 174/220,1995)

Além de não poderem votar na assembleia do condomínio que elegeu o síndico os condôminos que não se encontravam, ao tempo da votação, quites com as obrigações condominiais, não pode o síndico ser reconduzido no cargo pela quarta vez, quando a convenção do condomínio admite apenas uma recondução, o que não afronta o disposto no art. 1.34 do CCB. (TJRS, Recurso cível n. 71.000.582.221, Turmas Recursais, rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, j. 28.10.2004)

Condomínio. Síndico. Nomeação. Exercício. Compete à agravante, na qualidade de incorporadora do empreendimento e detentora da maioria das unidades, exercer as funções de síndica, se nenhum outro condômino tem condições de exercer esse cargo. (TJSP, AI n. 275.563-4/5, rel. Alberto Tedesco, j. 02.09.2003)

É devida a contribuição social sobre o pagamento do *pro-labore* aos síndicos de condomínios imobiliários, assim como sobre a isenção da taxa condominial devida a eles, na vigência da Lei Complementar n. 84/96, porquanto a Instrução Normativa do INSS n. 06/96 não ampliou os seus conceitos, caracterizando-se o condomínio como pessoa jurídica, à semelhança das cooperativas, mormente não objetivar o lucro e não realizar exploração de atividade econômica. A partir da promulgação da Lei n. 9.876/99, a qual alterou a redação do art. 12, V, *f*, da Lei n. 8.212/91, com as posteriores modificações advindas da MP n. 83/2002, transformada na Lei n. 10.666/2003, previu-se expressamente tal exação, confirmando a legalidade da cobrança da contribuição previdenciária. (STJ, REsp n. 411.832/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 18.10.2005)

Cobrança. Condomínio. Ressarcimento da taxa de administração paga, indevidamente, a ex-síndico. Convenção que não faz menção a qualquer remuneração por parte deste. Ação procedente (TJSP, Ap. cível n. 247.709-2, rel. Mohamed Amaro, j. 18.05.1995). (*Lex-TJSP* 172/34,1995)

Art. 1.348. Compete ao síndico:

I - convocar a assembleia dos condôminos;

II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns;

III - dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio;

IV - cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia;

V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores;

VI - elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano;

VII - cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor e cobrar as multas devidas;

VIII - prestar contas à assembleia, anualmente e quando exigidas;

IX - realizar o seguro da edificação.

§ 1º Poderá a assembleia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.

§ 2º O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembleia, salvo disposição em contrário da convenção.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 21, 22 e 24, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

As atribuições do síndico, porém, eram disciplinadas em artigos esparsos (arts. 21, 22 e 24) da Lei n. 4.591/64, sem guardar exata coincidência com a regra do atual Código Civil.

O art. 1.348 arrola as atribuições do síndico de modo exemplificativo. Nada impede que a convenção, ou mesmo a assembleia, confirmem ao síndico atribuições diversas, deleguem ou limitem alguns dos poderes previstos no artigo em exame, como preveem seus §§ 1º e 2º.

O primeiro ato de competência do síndico é o de convocar a assembleia de condôminos (inciso I). Esse poder-dever abrange as assembleias ordinárias, extraordinárias e especiais. O art. 1.350 prevê a possibilidade de um quarto dos condôminos convocar a assembleia ordinária, se o síndico não o fizer. Caso a assembleia não se reúna, qualquer condômino poderá requerer sua convocação ao juiz. Já as assembleias extraordinárias poderão ser convocadas por um quarto dos condôminos, a qualquer tempo e independentemente de anterior omissão do síndico, segundo dispõe o art. 1.355 do Código Civil. A competência, portanto, é concorrente. No que se refere à assembleia especial, que delibera a reconstrução ou venda do prédio parcialmente destruído, ou com risco de ruína, embora omissa a lei, a gravidade da situação permite a qualquer condômino convocá-la.

A segunda atribuição (inciso II) do síndico é a de representar ativa e passivamente o condomínio, praticando todos os atos necessários à defesa dos interesses comuns. É caso de representação legal, ou melhor, de apresentação, pois atua como órgão da comunidade de condôminos. Não há, propriamente, duas vontades, uma do representado e outra do representante, mas apenas a manifestação do próprio condomínio por seu órgão. O síndico, consequentemente, não necessita de procuração outorgada pelos condôminos, e seus poderes são os definidos em lei, convenção e assembleia. A apresentação se faz tanto na via negociai, firmando contratos pelo condomínio, como na via judicial, defendendo os interesses comuns em juízo. O síndico tem poderes para litigar contra estranhos e contra condôminos, havendo interesses comuns do condomínio em jogo.

Cabem algumas observações, quanto a essa apresentação, ou representação legal, do síndico. Quanto aos atos negociais ordinários, não há necessidade de outorga de poderes específicos da assembleia. Pode, inclusive, realizar as diligências indispensáveis para resolver problemas urgentes, como vazamentos no interior de apartamentos vazios. O mesmo não ocorre, porém, em relação aos atos negociais extraordinários envolvendo alienação, empréstimo, locação ou concessões que afetem as partes e coisas comuns, casos nos quais deverá haver prévia e específica autorização da assembleia, salvo se forem urgentes, como uma oportunidade de transação, quando a aprovação poderá ser *a posteriori*.

Quanto aos atos judiciais, deve haver distinção entre a natureza das diversas pretensões. No polo ativo, não necessita o síndico de específica autorização da assembleia para ajuizar em nome do condomínio ação de cobrança da contribuição contra condômino inadimplente, muito menos contra condômino que usa com exclusividade área comum, altera a fachada do edifício, ou causa riscos a salubridade, sossego ou segurança comuns (PEREIRA, Caio Mário de Silva. *Condomínio e incorporações*, 10. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 162; *RT*

745/384). O síndico pode requerer medidas cautelares, notificações, protestos, em suma, os remédios adequados para fazer cessar o ilícito ofensor do interesse comum dos condôminos. É essencial, no entanto, o interesse defendido ser comum e não exclusivo de apenas um dos condôminos. Caso exemplar é o da legitimidade do condomínio propor ação indenizatória contra o construtor ou o incorporador, em razão de defeitos de construção ou a insuficiência de espaços de garagem, que afetem áreas comuns, ou interesses comuns dos condôminos, e não apenas determinada unidade autônoma (*RT* 702/91, *JSTJ-Lex* 10/157).

Como alerta Nascimento Franco, no caso de danos generalizados, que atinjam tanto a área comum como determinadas unidades autônomas, aconselhável que “o síndico convoque assembleia Geral para deliberar o ajuizamento da ação, em nome do condomínio, representado pelo síndico e pelos condôminos que desejarem figurar como litisconsortes” (*Condomínio*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 49).

No polo passivo, no dizer de Nascimento Franco, o síndico representa o condomínio nas ações relativas às deliberações da assembleia, ações trabalhistas e casos análogos, desde que os interesses em jogo sejam comuns (op. cit., p. 46). Em determinados casos, que produzirão efeitos diretos sobre a propriedade dos condôminos como, por exemplo, ações reivindicatórias, de desapropriação ou de usucapião de áreas comuns do edifício, que reduzirão as frações ideais das unidades autônomas, deverão os condôminos ser citados como litisconsortes passivos, não bastando a citação do síndico. No caso de usucapião da própria unidade autônoma, acompanhada da respectiva fração ideal, que não afeta e nem diminui os direitos dos demais condôminos, basta a citação do síndico.

O inciso III impõe ao síndico o dever de dar pronto conhecimento à assembleia da existência de procedimento administrativo ou judicial de interesse do condomínio. Embora, como dito, não necessite de prévia autorização para ajuizar ou receber citações em demandas judiciais, ou procedimentos administrativos, deve o síndico deles dar conhecimento à assembleia, como mero representante que é. Embora fale a lei em conhecimento, não se trata de simples ciência, mas também de orientação ou submissão à deliberação da assembleia geral, para que aja em um ou outro sentido.

O inciso IV diz que o síndico é o executor das normas da convenção, do regimento interno e das decisões da assembleia, devendo velar por seu fiel cumprimento. Impõe-lhe a lei um dever de reagir contra ofensas às referidas regras, respondendo o síndico pessoalmente por comportamento omissivo. Na aplicação da convenção e do regimento, deverá se ater menos ao sentido literal das normas e mais ao valor que visam elas a tutelar. Dizendo de outro modo, deve, segundo Nascimento Franco, evitar interpretações literais que levem a consequências iníquas ou opostas aos objetivos da lei. Cláusulas obsoletas, ou não mais ajustáveis ao momento atual do condomínio, por ter a maioria dos condôminos deixado de observá-las, devem ser submetidas à assembleia, evitando a quebra da harmonia da vida condominial (op. cit., p. 62).

O inciso V impõe ao síndico o dever de diligenciar a conservação e guarda das partes comuns e zelar pela prestação de serviços que interessem aos possuidores. A lei impõe um dever de cuidado ao síndico de pagar taxas, contribuições e serviços de manutenção de bombas, elevadores e similares, para não sofrerem interrupção. Os pagamentos em atraso, salvo motivo justificado, especialmente insuficiência de recursos em caixa, geram a responsabilidade do condomínio e pessoal do síndico pelos encargos de mora e prejuízos causados aos condôminos. Os deveres em foco abrangem, também, a adoção de cautelas relativas à segurança, como a recomendação de identificação de visitantes. Importa, aqui, abordar a responsabilidade do condomínio por falhas da vigilância, especialmente por furto de veículos e roubos no interior das unidades autônomas. O entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser lícita a disposição convencional exonerando o condomínio da responsabilidade civil pela guarda de veículos dos condôminos no espaço de garagem. Somente haverá responsabilidade civil em casos nos quais haja disposição convencional ou tenha a

assembleia criado e cobrado contribuição destinada à implantação de mecanismos especiais de segurança, assumindo o dever de guarda, que, ao final, mostraram-se ineficazes, ou que o fato tenha ocorrido por atos culposos de empregados. Não basta, porém, a existência de porteiro ou vigia no edifício para caracterização de culpa pela subtração.

O inciso VI reza dever o síndico elaborar o orçamento de despesa e receita relativas ao ano vindouro. Comumente, conta o síndico com o auxílio de uma administradora de bens que elabora o orçamento anual a ser levado à assembleia geral. Far-se-á a previsão das despesas, com eleição de prioridades pelo síndico, a serem examinadas pela assembleia, bem como a receita necessária para lhes fazer frente.

Dever correlato do síndico é o previsto no inciso VIII, qual seja, o de anualmente prestar contas da arrecadação já auferida e gasta em período preterido, sob a forma de balancete, de fácil verificação pelos demais condôminos. Pode a convenção estabelecer periodicidade inferior, mas nunca superior à norma, de natureza cogente. A prestação de contas envolve não somente uma aferição aritmética, mas também de verificação de comprovantes de pagamento e de sua pertinência e modicidade, em face das obras realizadas. Podem as contas ser precedidas de parecer do Conselho Fiscal. A aprovação das contas não impede seu posterior questionamento pelos demais condôminos, especialmente em vista do surgimento de fatos novos. A falta de contas é causa para destituição do síndico, sem prejuízo do ajuizamento de ação de prestação de contas, ou indenizatória, se desde logo evidenciado o dano. A aprovação das contas não exige *quorum* especial, aplicando-se as regras dos arts. 1.352 e 1.353, adiante comentados.

O inciso VII dispõe que o síndico deve cobrar dos condôminos suas contribuições, bem como impor e cobrar multas devidas. O dever imposto ao síndico se desdobra. Cobrar as contribuições condominiais e impor multas aos condôminos que não se curvarem aos deveres impostos no art. 1.336, ou outros previstos em convenção ou regimento interno. A regra comporta algumas observações. Como já visto, não necessita o síndico de autorização expressa da assembleia para cobrar amigável ou judicialmente o condômino em atraso, devendo fazê-lo de modo expedito, evitando aumento do débito e sobrecarga aos demais condôminos pontuais. A multa e os juros moratórios são os previstos no § 1º do art. 1.336, podendo o síndico transacioná-los, com o objetivo de mais rapidamente receber o crédito. Note-se que o Código Civil de 2002 elenca as sanções ao condômino inadimplente: além de ter os encargos moratórios, ele fica impedido de deliberar em assembleia. Outras sanções, que importem na supressão de direitos fundamentais dos condôminos, previstos no art. 1.335, em especial vedação à utilização de áreas e equipamentos comuns do edifício, não mais são admitidas pelo atual Código Civil, embora freqüentes em convenções condominiais e regimentos internos.

Para imposição da multa, deve ser feita relevante diferenciação, tomando como base sua causa. Se houver previsão em ato constitutivo ou convenção, poderá o síndico aplicar diretamente a multa prevista para as hipóteses do art. 1.336, § 2º, do Código Civil de 2002, antes conferindo oportunidade para a defesa do condômino apenado. Caso, porém, sejam o ato constitutivo e a convenção omissos, somente a assembleia poderá impor a multa, mediante *quorum* de dois terços dos condôminos restantes. No que tange às causas elencadas no art.

1.337, a regra é outra, pois somente a assembleia pode impor a multa. A regra é cogente e não pode ser suplantada por cláusula convencional que delegue ao síndico tal poder.

Finalmente, o inciso IX confere ao síndico o dever de contratar o seguro da edificação, tema já estudado no comentário ao art. 1.346, que trata da mesma matéria.

O § 1º do art. 1.348 reza poder a assembleia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação. Embora não tenha previsto o atual Código Civil a figura do subsíndico, a regra em estudo cria essa possibilidade. A investidura de terceiro com poderes de representação pode ocorrer como um auxílio às funções do síndico, ou mesmo contra sua vontade. É natural que a assembleia, soberana para outorgar poderes gerais de representação,

possa retirá-los, no todo ou parcialmente, caso necessário ou conveniente. Pode a assembleia, ainda, fazer constar da própria convenção essa repartição de poderes de representação.

O § 2º do art. 1.238 regula a possibilidade do síndico transferir, total ou parcialmente, os poderes de representação ou administração, com prévia aprovação da assembleia, salvo proibição da convenção. As inúmeras atribuições conferidas pela lei ao síndico, somadas à complexidade das relações tributárias, trabalhistas e negociais que envolvem o condomínio acarretam, no mais das vezes, a impossibilidade de desincumbir-se sozinho de seu mister. Administrar um condomínio demanda tempo disponível e conhecimento técnico, atributos nem sempre reunidos pelo síndico. Ele pode, então, transferir parte de seus poderes e atribuições a uma pessoa física ou jurídica, normalmente especializada em administração imobiliária. Essa delegação depende de prévia e expressa autorização da assembleia. A norma é dispositiva, podendo a convenção vedar a delegação de funções. Como recebe poderes de gerência e representação, fica adstrita à prestação de contas ao síndico e à assembleia, que aprovou a delegação. O contrato de administração envolve fidúcia e, tal como o mandato, pode ser denunciado a qualquer tempo, restando apenas ao prejudicado o direito de pedir a composição de perdas e danos, ou o pagamento de cláusula penal. Como lembra Nascimento Franco, algumas administradoras especializadas passaram a fornecer serviços diferenciados, como execução de reparações em unidades autônomas, ou sistema de condomínio garantido, pelo qual cobre o inadimplemento dos condôminos e se sub-roga no crédito do condomínio (op. cit., p. 60). Os atos ilícitos praticados pela administradora não são, a princípio, de responsabilidade do síndico, pois a delegação e a escolha derivam de deliberação da própria assembleia. Claro, porém, que se o síndico se omite dos deveres de acompanhamento e de fiscalização das tarefas delegadas à administradora, pode responder solidariamente pelos danos causados ao condomínio, por culpa *in vigilando*.

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Condomínio. Furto de motocicleta. Garagem. Não há responsabilidade do condomínio se este não assumiu expressamente em sua convenção a obrigação de indenizar os danos sofridos pelos condôminos decorrentes de atos ilícitos ocorridos nas áreas comuns do prédio. (STJ, REsp n. 268.669/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 19.04.2001)

Condomínio. Furto de veículo. Cláusula de não indenizar. 1 - Estabelecendo a convenção cláusula de não indenizar, não há como impor a responsabilidade do condomínio, ainda que exista esquema de segurança e vigilância, que não desqualifica a força da regra livremente pactuada pelos condôminos. (STJ, REsp n. 168.346/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20.05.1999)

Responsabilidade civil. Condomínio. Furto no interior de sala. O conceito de responsabilidade não pode ser estendido ao ponto de fazer recair sobre o condomínio o resultado do furto ocorrido no interior de sala ou apartamento, numa indevida socialização do prejuízo. Isso porque o condomínio, embora incumbido de exercer a vigilância do prédio, não assume uma obrigação de resultado, pagando pelo dano porventura sofrido por algum condômino; sofrerá pelo descumprimento da sua obrigação de meio se isso estiver previsto na convenção. Fora daí, por nada responde, salvo como preponente, nos termos do art. 1.521 do CC. (STJ, REsp n. 149.653/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 04.11.1997)

Condomínio. Furto. Dever de indenizar. O dever de indenizar imposto ao condomínio por dano sofrido pelo condômino há que decorrer da inequívoca demonstração de culpa daquele por ato de seu preposto. A mera alegação de insuficiência de dispositivos de segurança não enseja a responsabilidade do condomínio, que, aliás, poderá ser afastada em cláusula de não indenizar aposta na convenção. (STJ, REsp n. 45.902/SP, rel. Min. Cláudio Santos, j. 22.08.1995)

Ao contrário da posição adotada pela Corte de origem, mostra-se relevante a necessidade de expressa previsão na convenção ou, ainda, de deliberação tomada em assembleia no sentido de que o condomínio tenha, especificamente, serviço de guarda e vigilância de veículos. *In casu*, a circunstância de existir porteiro ou vigia na guarita não resulta em que o condomínio estaria a assumir a prefalada guarda e vigilância dos automóveis, que se encontram estacionados na área comum, a ponto de incidir em responsabilidade por eventuais subtrações ou danos perpetrados. (STJ, REsp n. 618.533/SP, rel. Min. Hélio Ouaglia Barbos a, j. 03.05.2007)

Medida cautelar de exibição de documentos. Legitimidade da parte passiva *ad causam* do síndico. Dever de guarda e conservação. Estando a documentação sujeita à guarda do síndico, a ação cautelar deve ser movida contra ele e não contra o condomínio. Precedente do STJ. (STJ, REsp n. 557.379/DF, rel. Min. Barros Monteiro, j. 05.02.2004)

Civil. Condomínio. Administrador. Registrada a convenção, o condomínio será representado pelo síndico; não registrada, será representado pelo administrador, incidindo, na espécie, o art. 640 do Código Civil, cujo teor dispõe que o condômino que administrar sem oposição dos outros presume-se mandatário comum. (STJ, REsp n. 445.693/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.03.2003)

Condomínio. Danos havidos em partes comuns e nas unidades autônomas. Legitimidade do síndico. O Condomínio, representado pelo Síndico, é parte legítima para pleitear a reparação dos danos havidos nas partes comuns e nas unidades autônomas do edifício. Inteligência do art. 22, § 1º, *a*, da Lei n. 4.591, de 16.12.1964. (STJ, REsp n. 198.511/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 24.10.2000)

Civil e processual civil. Condomínio. Obra invasora de área comum. Ação demolitória. Legitimidade de condômino. O condômino tem legitimidade para propor ação demolitória contra outro condômino que realiza obra invasora de área comum, notadamente em caso de omissão do síndico. (STJ, REsp n. 114.462/PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 29.06.2000)

1 - Condôminos. Representação pelo condomínio, por meio do síndico. Demanda visando à reparação de vícios na construção de que resultaram danos nas partes comuns e nas unidades autônomas. Legitimidade do condomínio para pleitear indenização por uns e outros. Interpretação da expressão "interesses comuns" contida no art. 22, § 1º, *a*, da Lei n. 4.591/64. 2 - Empreitada. Construção. Garantia. Sentido abrangente da expressão solidez e segurança do trabalho, não se limitando a responsabilidade do empreiteiro às hipóteses em que haja risco de ruína da obra. (STJ, REsp n. 178.817/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 03.02.2000)

Em ação expropriatória os condôminos em edifício de apartamentos, constituindo cada um propriedade autônoma, devem ser individualmente citados, para o levantamento de depósito, salvo se comprovado o comparecimento de todos em assembleia e nela tenham outorgado poder expresso ao síndico para receber a citação inicial (TJSP, AI n. 205.171-2, rel. Torres de Carvalho, j. 29.10.1992). (*Lex-TJSP* 141/234, 1993)

Condomínio. Síndico. Ação de usucapião extraordinário. Ausência de capacidade para adquirir domínio. Ilegitimidade ativa. Processo extinto sem julgamento do mérito. Sentença mantida. Recurso não provido. O síndico não tem legitimidade ativa nem passiva nas ações

em que se discutam direitos de interesse pessoal dos condôminos. (TJSP, Ap. cível n. 200.688-1, rel. Rebouças de Carvalho, j. 02.02.1994)

Indenização. Responsabilidade civil. Ato ilícito. Prejuízos causados a condomínio, em virtude das irregularidades cometidas na administração do dinheiro arrecadado. Responsabilização do síndico, eis que a ele compete a gestão interna da edificação. Verba, no entanto, reduzida. Recurso provido para esse fim. (TJSP, Ap. cível n. 193.185-2, rel. Luiz Tâmbara, j. 30.06.1992)

A falta de pagamento de taxas de condomínio não autoriza o síndico a impedir o inadimplente de usar a garagem, haja vista que o condomínio tem ação própria para promover a cobrança daquelas. Se a convenção garante ao proprietário o uso da garagem, não é curial e muito menos jurídico que o síndico possa impedir a fruição daqueles direitos inerentes à propriedade. (TJMG, AI n. 0.311.877-4, rel. Juiz Belizário Lacerda, DJ 03.08.2000)

A Lei federal n. 4.591/64, em seu art. 22, § 1º, a e b, confere ao síndico competência para o exercício da administração e representação judicial de condomínio. Assim, contratar zelador e promover a retomada, para a sua moradia, são atribuições normais do síndico, não havendo necessidade de autorização prévia da assembleia geral. (II TACSP, Ap. n. 256.677, rel. Paulo Razuk, j. 07.01.1990)

Condomínio. Indenização. Síndico. Cobrança. Ajuizamento contra ex-síndico. Providência que não se insere nos atos gerais de administração. Previsão legal ou convencional. Ausência. Prévia autorização da assembleia geral. Inocorrência desta. Extinção do processo. A atribuição, fixada na lei especial, de o síndico representar o condomínio em juízo ou fora dele não lhe confere poderes amplos e ilimitados para demandar, fazendo-se necessária prévia autorização da assembleia geral sempre que o litígio escapar dos limites dos atos de simples administração, não podendo ser havida como tal a postulação judicial de reparação de danos, pelos riscos e encargos que pode trazer à coletividade condominial. (II TACSP, Ap. n. 519.606, rel. Vieira de Moraes, j. 13.04.1998)

Se a inflição de penalidade a condômino faltoso é de competência da assembleia Geral, segundo a convenção condominial, absolutamente ilegal e inválida a multa imposta pelo síndico do condomínio, que para tanto não tem competência, nem mesmo conjuntamente com o subsíndico e membros do Conselho Consultivo. (II TACSP, Ap. n. 605.013-00/7, rel. Amaral Vieira, j. 20.03.2001)

Indenização por danos morais. Carta enviada aos condôminos pelo síndico, informando que um conselheiro, eleito pela assembleia, não era casado com a proprietária do apartamento. Destituição desse conselheiro, pelo síndico, sob a alegação de que "foi evidenciado a farsa". Expressões ofensivas aos conviventes, que ficaram expostos a críticas e comentários dos demais condôminos. Decisão reformada para julgar procedente a ação indenizatória (TJSP, Ap. cível n. 107.304-4, j. 28.11.2000, rel. Des. Alexandre Germano). (Lex-TJSP 239/113. 2001)

Condomínio. Condômino. Ação direta contra outros moradores, visando obstar práticas infringentes ao regulamento, com condenação em multa, além de indenização por dano moral e material. Omissão do síndico. Interesse de agir e legitimação ativa. Previsão em lei. Extinção do processo afastada. Prosseguimento determinado. Recurso provido (TJSP, Ap. cível n. 32.428-4, rel. J. R. Bedran, j. 28.04.1998). (Lex-TJSP 210/113, 1998)

Art. 1.349. A assembleia, especialmente convocada para o fim estabelecido no § 2º do artigo antecedente, poderá, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, destituir o síndico que praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 22, § 5º, Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

O art. 22, § 5º, da Lei n. 4.591/64 reza que o síndico pode ser destituído na forma e sob as condições previstas na convenção de condomínio ou, em seu silêncio, pelo voto de dois terços dos condôminos presentes em assembleia especialmente convocada.

Do simples confronto entre a redação do artigo em exame e do correspondente preceito da Lei n. 4.591/64, constata-se as profundas alterações que sofreu a destituição do síndico. Exige-se no Código assembleia especialmente convocada para deliberar a destituição. O artigo tem péssima redação, ao fazer remissão ao § 2º do artigo antecedente, que não diz respeito à destituição, mas à simples delegação de poderes a terceiros, por sugestão e concordância do próprio síndico. Deve constar da pauta, ou da ordem do dia, juntamente com outros temas de interesse, a expressa ressalva de a destituição do síndico ser deliberada em assembleia. Pode a assembleia ser convocada pelo síndico, ou, em sua omissão, até em razão da pauta, por um quarto dos condôminos, aplicando-se por analogia o disposto no art. 1.355 do Código Civil, adiante comentado.

Explicita a lei o *quorum* necessário para a destituição do síndico, ou seja, pela “maioria absoluta de seus membros”. Mais uma vez é defeituosa a redação do preceito. Membros do condomínio ou membros da assembleia? A maioria absoluta é dos presentes à assembleia, metade mais um das frações ideais dos condôminos aptos a votar, salvo se a convenção dispuser a contagem por critério diverso. A eleição do síndico pode ser feita por maioria simples, mas a destituição exige a maioria absoluta, dada a excepcionalidade da hipótese. Não se computam, para tal efeito, os quinhões dos inadimplentes, inaptos a deliberar, nem o quinhão do próprio síndico, em vista do manifesto conflito de interesses com a matéria em votação.

A grande novidade é a destituição que passa a ser motivada. O preceito elenca as causas da destituição de modo exemplificativo: prática de irregularidades, falta de prestação de contas e administração inadequada do condomínio. Nada impede, como alerta Nascimento Franco, a convenção de adicionar outras causas para a destituição como mudança de domicílio do síndico para outra cidade ou impontualidade no pagamento de suas quotas (*Condomínio*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 69). Somente não mais cabe a destituição imotivada, como admitia o sistema da lei revogada. A regra é inconveniente, pois a atuação do síndico é pautada na confiança de seus pares, e seria desejável a destituição se dar *ad nutum* porém não mais o permite a lei. Se há motivação, há direito de defesa do síndico, que tem a prerrogativa de explicar-se e justificar-se perante a assembleia. Não há rito nem prazos de defesa - salvo se a convenção assim dispuser -, mas deve o síndico estar previamente ciente da imputação.

Resta a questão de saber se pode o juiz, por sentença judicial, rever a decisão de mérito da assembleia que deliberou no sentido da destituição do síndico. Questões formais, relativas à garantia de defesa, modo de convocação ou *quorum* de aprovação, é claro, podem sempre ser apreciadas em sede judicial. Das três causas previstas em lei - prática de irregularidades, falta de prestação de contas e administração inadequada do condomínio -, as duas primeiras são de cunho objetivo e a terceira é um comportamento indeterminado. Se há imputação de alguma prática irregular, deve haver o cotejo entre a conduta real e a exigível. Do mesmo modo, se se imputar omissão da prestação de contas, tal fato é objetivo. Ambas as causas

podem ser revistas pelo Poder Judiciário. Já no que se refere à terceira causa - administração inadequada do condomínio - o grau de satisfação e expectativa dos condôminos não pode ser aferido ou substituído por decisão judicial, prevalecendo a decisão da assembleia.

Jurisprudência: Condomínio. Destituição de síndico. Edital de convocação de assembleia geral extraordinária e deliberação nela ocorrida com inobservância do número mínimo de condôminos exigido pela convenção condominial. Ato insubsistente. Ação de reintegração de posse contra o síndico destituído, em tais circunstâncias, improcedente. Sentença confirmada. Apelo desprovido. (TJRJ, j. 24.08.1982, *RT* 571/223; TJSC, Ap. n. 41.479, rel. Alcides Aguiar, j. 14.09.1995)

Prevendo a convenção a possibilidade de destituição do síndico pela votação da maioria absoluta de dois terços dos condôminos e não tendo sido observadas as formalidades legais para a realização da assembleia geral, é de ser acolhida a inconformidade do síndico destituído, inobstante as sérias denúncias de irregularidades a macular a gestão do representante do condomínio. Princípio da legalidade das decisões. Agravo de instrumento provido. Unânime. (II TACSP, AI n. 70.008.085.573, 18ª Câm. Cível, rel. Mario Rocha Lopes Filho, j. 20.05.2004)

Art. 1.350. Convocará o síndico, anualmente, reunião da assembleia dos condôminos, na forma prevista na convenção, a fim de aprovar o orçamento das despesas, as contribuições dos condôminos e a prestação de contas, e eventualmente eleger-lhe o substituto e alterar o regimento interno.

§ 1º Se o síndico não convocar a assembleia, um quarto dos condôminos poderá fazê-lo.

§ 2º Se a assembleia não se reunir, o juiz decidirá, a requerimento de qualquer condômino.

CC/1916: sem correspondente.

A Lei n. 4.591/64 disciplina a assembleia geral ordinária de modo esparso, nos arts. 24, 25 e 27.

Na lição de Nascimento Franco, a “assembleia Geral é o órgão supremo do condomínio, visto que através dela se manifesta a vontade da coletividade dos condôminos sobre todos os interesses comuns” (*Condomínio*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 87). Suas deliberações vinculam todos os condôminos, o síndico e o conselho fiscal. Atua criando novas normas ao votar ou alterar a convenção e o regimento interno, ou, então, como órgão deliberativo, ao decidir matérias de cunho administrativo e ao determinar a efetivação de medidas de interesse comum. Submete-se ela, todavia, às normas cogentes legais, à convenção de condomínio e ao regimento interno, até haver alteração dos dois últimos.

As assembleias, como já mencionado no comentário ao art. 1.348, podem ser ordinárias, extraordinárias ou especiais. O artigo em exame trata da assembleia ordinária, cujo teor é o previsto na cabeça do artigo: aprovação do orçamento das despesas, respectivas contribuições dos condôminos para fazer-lhes frente, prestação de contas do período pretérito, eleição de novo síndico, se já tiver esgotado o prazo do atual, bem como alterações no regimento interno. A periodicidade mínima é anual, por força de norma cogente, nada impedindo, todavia, a convenção de prever periodicidade inferior. Nada impede, inclusive, que outras matérias constem da pauta do dia, ou a realização simultânea de assembleia ordinária e extraordinária, desde que se respeite o *quorum* necessário para votação dos temas em pauta.

A convocação da assembleia geral ordinária é um dos deveres do síndico. Caso ele se omita, além de responder por prejuízos causados ao condomínio, abre a possibilidade de que condôminos, somando um quarto das frações ideais, efetuem a convocação (§ 1º). Caso persista a omissão, e não se consiga reunir o *quorum* de convocação, qualquer condômino poderá requerer ao juiz a adoção das medidas cabíveis (§ 2º). Não explicita a lei o alcance da expressão “o juiz decidirá, a requerimento de qualquer condômino” Deve o juiz, a princípio, apenas suprir a omissão e designar data para a realização da assembleia geral. A par dessa providência, pode tomar outras de caráter preventivo para preservar os interesses dos condôminos, como prorrogação do mandato do síndico atual ou designação de síndico judicial. Deve evitar, contudo, a decisão judicial substituir deliberações que seriam tomadas na assembleia, pois se trata de matéria de interesse e conveniência dos condôminos.

Diz a lei que a forma de convocação da assembleia geral é a prevista na convenção, o que está acorde com o contido no art. 1.334, III, do Código Civil de 2002, já comentado. Prazo de antecedência, forma e convocação - por carta registrada, telefone, aviso no quadro geral, publicação em jornal de grande circulação - devem constar da convenção, desde que garantam mecanismos mínimos eficazes para o conhecimento dos condôminos. Na omissão da convenção, aplica-se por analogia a disciplina das sociedades anônimas. A matéria será melhor esmiuçada no comentário ao art. 1.354.

Não exige o atual Código Civil, ao contrário do art. 24, § 2º, da Lei n. 4.591/64, que as deliberações da assembleia geral sejam comunicadas aos condôminos no prazo de oito dias, em especial previsão orçamentária e forma de rateio. Presume a lei o conhecimento de todos os condôminos regularmente convocados daquilo deliberado em assembleia. Nada impede, porém, que a convenção de condomínio imponha o dever de comunicação posterior, no prazo que estipular.

Jurisprudência: O Poder Judiciário não tem competência, ainda que provocado, para fiscalizar, ratificar ou anular as decisões das assembleias condominiais, desde que para a tomada de tais decisões tenham sido observadas as regras contidas na Convenção Condominial e na Lei n. 4.591/64. Assim, se a assembleia tiver sido regularmente convocada, as formalidades de sua realização atendidas, o *quorum* respeitado e a matéria objeto de deliberação e decisão estiver dentro de sua competência, impossível se torna a interferência do Estado-Juiz. (II TACSP, Ap. sem revisão n. 527.034, 4ª Câm., rel. Juiz Amaral Vieira, j. 08.10.1998)

A ausência de aprovação pela assembleia da suplementação do orçamento de despesas condominiais extraordinárias fica suprida pela aprovação das contas do período, inclusive com as referidas benfeitorias. (II TACSP, Ap. n. 546.171-00/0, rel. Kioitsi Chicuta, j. 25.05.1999)

Editais convocatórios de assembleia Geral Extraordinária para destituição de síndico devem ser formulados e assinados por um quarto dos condôminos com direito a voto. Exegese do art. 25 da Lei n. 4.591/64. Nula a convocação que não a observa. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 64.942-4, rel. Alfredo Migliore, j. 08.09.1998)

Ação de prestação de contas. Ao perito-contador não cabe apenas verificar o acerto aritmético das contas, competindo-lhe especificar fundamentadamente quais os lançamentos que não encontram adequada comprovação documental (TJSP, Ap. cível n. 47.528-4, rel. Aldo Magalhães, j. 27.08.1997). (*Lex-TJSP* 206/127, 1998)

Prestação de contas. Ação ajuizada por condômino contra síndico. Contas já prestadas e aprovadas em assembleia geral. Impossibilidade de cada condômino individualmente exigir

novas contas. Legitimidade concorrente da assembleia e do próprio condomínio. Denúncias de irregularidades sobre as contas já prestadas devem ser objeto de ação indenizatória. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Recursos improvidos. (TJSP, Ap. cível n. 309.800.4/9-00, rel. Francisco Loureiro, j. 04.05.2006)

As obrigações impostas ao síndico de realização de orçamento anual para as despesas do condomínio e de observância da convenção constituem regras de organização e administração, mas não possuem o condão de tornar estáticos valores que, em sua essência, são variáveis. O orçamento anual de um condomínio estabelece uma previsão, um exame com antecedência do montante necessário para fazer frente aos gastos da coletividade. Entrementes, esse prognóstico de dispêndios tem por escopo apenas estabelecer um referencial para a administração e não pode (até porque não é a dicção da lei), tampouco deve, se colocar como um parâmetro para o cálculo do valor da contribuição mensal de cada condômino. (TJSC, Ap. cível n. 2005.019925-4, rel. Sérgio Izidoro Heil, j. 26.08.2005)

Art. 1.351. Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos.

Artigo com redação dada pela Lei n. 10.931, de 02.08.2004.

CC/1916: sem correspondente.

O art. 25, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64 dispunha que, em assembleia extraordinária, poderia a convenção ser modificada pelo voto mínimo de condôminos representando dois terços do total das frações ideais. A norma, porém, era dispositiva e somente se aplicava em caráter subsidiário, na falta de estipulação diversa contida na própria convenção.

A atual redação do artigo em estudo foi dada pela Lei n. 10.931/2004, alterando a redação original do Código Civil de 2002, que previa também o *quorum* qualificado de dois terços para alteração do regimento interno. Foi boa a alteração, pois não havia o menor sentido engessar as regras do regimento interno, que, por sua própria natureza, devem ser maleáveis e adequar-se à dinâmica da vida em condomínio. Em outros termos, a mudança do regimento interno não mais necessita de *quorum* especial, seguindo a regra geral do art. 1.352, salvo disposição em contrário da convenção. Esse, de resto, é o entendimento consolidado no Enunciado n. 248 da III Jornada de Direito Civil 2004: “O *quorum* para alteração do regimento interno do condomínio edilício pode ser livremente fixado na convenção”.

A grande novidade da lei é a exigência cogente, prevalecente sobre a convenção, de *quorum* qualificado para alterar a convenção de condomínio. A regra incide também sobre as convenções anteriores ao atual Código Civil, pois, como já visto, não são elas simples contratos, mas atos-regra geradores de direito estatutário, sujeitos à imediata submissão às normas de ordem pública. Visa a lei a manter maior estabilidade para a convenção, o que se mostra discutível do ponto de vista da dinâmica das relações entre condôminos.

Dispõe o preceito que a alteração depende dos votos de dois terços dos condôminos. A fração se calcula não apenas sobre os condôminos presentes à assembleia, mas sobre a totalidade dos condôminos aptos a deliberar, excluídos, portanto, os inadimplentes. Os votos se calculam de acordo com a regra geral do parágrafo único do art. 1.352, proporcionais às frações ideais no solo e outras partes comuns, salvo disposição em contrário na convenção. Se a alteração da convenção disser respeito a matérias que exijam *quorum* mais elevado - construção de mais um pavimento, alteração da destinação - prevalecerá ele, em detrimento da regra geral.

A alteração da destinação da unidade autônoma ou do condomínio exige a aprovação da unanimidade dos condôminos. Como anotado no comentário ao art. 1.343, levando em conta a gravidade da alteração, a unanimidade abrange os condôminos aptos a deliberar e os inadimplentes. Haveria manifesta desproporção entre a sanção lateral prevista para o inadimplemento - o alijamento das deliberações - e a magnitude da mudança para todos os condôminos, que implica alteração da destinação da unidade, ou do condomínio. Um só condômino, portanto, pode vetar a alteração. Como, porém, explica Luiz Edson Fachin, em posição afinada com a natureza complexa da relação proprietária, "como não se trata de direito subjetivo impróprio, motivação irrazoável ou contrária ao legítimo e verdadeiro interesse da coletividade condominial, pode ser afastada por suprimimento judicial" (*Comentários ao Código Civil* Rio de Janeiro, Saraiva, 2003, v. XIV, p. 302). A questão se resolve nos termos do art. 187 do Código Civil. O abuso de direito constitui ato ilícito, devendo ser reprimido mediante suprimimento judicial.

Jurisprudência: Condomínio. Coisa comum. Alteração da destinação e impedimento do uso pelos condôminos. Deliberação em assembleia geral extraordinária. Maioria de votos. Inadmissibilidade. Necessidade de unanimidade. Anulatória procedente. Sentença confirmada. (JTJ 240/26)

Condomínio, assembleia geral. Deliberação que altera o uso e destinação de área comum. Necessidade de anuência de, no mínimo, dois terços dos condôminos. Inexistência. Ação de anulação procedente. Declaração de voto (TJSP). (RT 627/127)

Coisa de uso comum do condomínio. Alteração de destinação. Transformação do telhado de cobertura em terraço e sua incorporação a apartamento. Autorização expressa de todos os condôminos presentes à assembleia e tácita dos demais. Regular licenciamento da obra e contratação de responsável técnico, comunicados a nova assembleia sem manifestação de objeção alguma. Improcedência da ação de embargo. Apelação provida. (TJRS, Ap. n. 589.011.261, 6ª Câ., rel. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 18.04.1989)

Condomínio. Área comum. A maioria qualificada dos condôminos pode decidir acerca da alteração de destinação de área comum, mormente quando a construção pretendida determina acréscimo da mesma, sem prejuízo real ao uso, gozo e fruição de área descoberta. A unanimidade dos condôminos só se exige nos casos expressos em lei nas hipóteses em que a deliberação da maioria qualificada incide sobre a fração ideal de terreno de cada condômino, ampliando-a em relação a alguns e diminuindo-a em relação a outros. A ampliação do espaço-estacionamento, para locação ou cessão de uso aos condôminos que não dispõem de garagem, sem alienação, não reduz a fração ideal de terreno de que, originariamente, cada condômino dispõe, nem reduz sua participação nas coisas de uso comum, sempre que se trata de área acrescida. Embargos rejeitados. Voto vencido. (TJRS, Embargos infringentes n. 587.001.637, 3ª Câ. Cível, rel. Lio Cezar Schmitt, j. 25.09.1987)

É inadmissível a retomada de imóvel residencial para destiná-lo à atividade comercial, se a convenção condominial impede esse uso. (II TACSP, Ap. n. 389.327, rel. Demóstenes Braga, j. 08.03.1994)

Para que ocorra modificação nas regras de uma convenção, faz-se necessária a convocação de assembleia geral extraordinária com a aprovação de dois terços dos votos dos condôminos, segundo estabelece o art. 1.351 do Código Civil de 2002, o que à evidência incorreu no caso dos autos. (TJRS, Ap. cível n. 70.012.319.539, rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 23.08.2005)

Art. 1.352. Salvo quando exigido *quorum* especial, as deliberações da assembleia serão tomadas, em primeira convocação, por maioria de votos dos condôminos presentes que representem pelo menos metade das frações ideais.

Parágrafo único. Os votos serão proporcionais às frações ideais no solo e nas outras partes comuns pertencentes a cada condômino, salvo disposição diversa da convenção de constituição do condomínio.

CC/1916: sem correspondente.

O art. 24, *caput* e seu § 3º, da Lei n. 4.591/64 disciplinam a mesma matéria.

A primeira regra é a do estabelecimento de um *quorum* básico, em primeira convocação, aplicado sempre que lei ou convenção não exigir *quorum* especial. Esse *quorum* legal, incidente no silêncio de lei ou convenção, é o da maioria dos votos dos condôminos presentes, se representarem pelo menos metade das frações ideais.

Há, portanto, na verdade, duas modalidades de *quorum*. Um primeiro, de instalação da assembleia, em que se verificará se os condôminos presentes reúnem pelo menos metade do total das frações ideais no terreno e nas coisas comuns aptos a votar, excluídos os inadimplentes. Instalada a assembleia, verifica-se o segundo *quorum*, o de deliberação, exigindo apenas a maioria dos votos dos condôminos presentes, cada um na força de sua fração ideal e nas coisas comuns.

Algumas dificuldades podem ocorrer, para cálculo do *quorum* de deliberação e cômputo dos votos. A assembleia delibera e decide, não se admitindo voto por correspondência, pois não participaria o condômino dos debates. Caso uma das unidades seja em condomínio tradicional do Código Civil, os condôminos devem previamente escolher quem vai representá-los. O condômino menor tem representação legal, mas se a deliberação importar em ato de oneração ou alienação da unidade ou de sua fração ideal, exige-se autorização judicial. Admite-se o voto por procuração, mas pode a convenção, para evitar os efeitos deletérios dessa prática, limitar o número de mandantes representados por mandatários. Exige-se a apresentação da procuração, não valendo a invocação de mandato verbal. Pode a procuração ser feita por instrumento particular, com poderes especiais para participar da assembleia, sem necessidade do reconhecimento de firma. Caso, porém, a matéria da ordem do dia importe na alienação ou oneração da unidade, a procuração deverá conter poderes especiais e expressos para a prática do ato. Pode, e é recomendável, a convenção exigir que o mandato tenha poderes relativos a determinada assembleia, evitando que seja utilizado por tempo indeterminado.

Finalmente, na apuração do *quorum* de deliberação, não se computam as abstenções dos condôminos (votos em branco). Tomem-se dois exemplos, mencionados por Nascimento Franco: “Suponha-se um condomínio de 10 (dez) apartamentos iguais, totalizando 10 (dez) votos iguais. Comparecem 8 (oito) condôminos e 2 (dois) se abstêm; 1 (um) vota por uma proposta; 2 (dois) votam por outra; 3 (três) votam por uma terceira. Excluindo-se os dois votos abstencionistas, restam 6 (seis) votos válidos e, por isso, vence a proposta que reunir 3 (três) votos, porque mais do que cada uma das outras correntes” (*Condomínio*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 141). Caso se exigisse maioria absoluta (metade mais um), no mesmo exemplo, haveria necessidade de quatro votos para a aprovação da proposta.

O parágrafo único do preceito, norma de caráter dispositivo, diz que cada condômino vota com a força de sua fração ideal no terreno e nas coisas comuns, salvo disposição diversa da convenção de condomínio. Estabelece a lei, portanto, um critério primário (fração ideal de terreno), a ser usado no silêncio da convenção. Nada impede, porém, de adotar a convenção critério distinto, por exemplo a votação *per capita*, ou seja, cada condômino, um voto. Pode-se, ainda, desde que assim preveja a convenção, adotar-se um sistema misto, no qual se

delibera pela maioria das pessoas (*per capita*), contanto que elas representem, no mínimo, determinada fração ideal de terreno. Por isso, para o cálculo exato da força dos votos, não podem ser eles secretos.

Jurisprudência: Somente é possível modificar norma condominial convencionada por outra autoaplicável e tomada por maioria em assembleia regularmente convocada (art. 9º da Lei n. 4.591/64). Ineficácia do sorteio de vagas de garagens sobre estacionamento de uso livre e indiscriminado, em reunião simples de interessados. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 218.665-2, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 25.06.1996)

Art. 1.353. Em segunda convocação, a assembleia poderá deliberar por maioria dos votos dos presentes, salvo quando exigido *quorum* especial.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não encontra correspondente no Código Civil de 1916, nem na Lei n. 4.591/64. Ele consagra prática reiterada de normas contidas nas convenções de condomínio e dá solução para a hipótese, freqüente, de não haver *quorum* de instalação da assembleia, nos moldes do art. 1.352.

A segunda convocação somente ocorrerá se não houver *quorum* - pelo menos metade das frações ideais - para a instalação da primeira assembleia. Nada impede que as duas convocações sejam marcadas para a mesma data, apenas com prazo razoável - meia ou uma hora - entre elas.

A instalação da segunda assembleia independe de *quorum* e a deliberação se fará pela maioria simples dos votos dos presentes, salvo se norma cogente ou convenção impuser *quorum* distinto; a norma em exame é de natureza dispositiva. O modo de cálculo do *quorum* de deliberação segue o dito no comentário ao artigo anterior.

Havendo empate na votação, deve ser convocada uma segunda assembleia, para nova deliberação e votação da matéria, salvo critério distinto previsto na convenção. Persistindo o empate, qualquer condômino pode requerer, para resolver o impasse, manifestação judicial sobre a matéria, usando por analogia os arts. 1.325, § 2º, e 1.350, § 2º, do atual Código Civil.

Pode um só condômino ou alguns poucos condôminos ter a maioria das frações ideais de terreno e nas coisas comuns, ou, se a convenção previr voto por cabeça, a maioria das unidades autônomas. Isso não dispensa a regular convocação, deliberação e votação das matérias de interesse comum. Eventual abuso de direito do condômino ou condôminos majoritários constitui ato ilícito, na forma do art. 187 do Código Civil, podendo ser impugnado pela minoria e reparado por decisão judicial.

Art. 1.354. A assembleia não poderá deliberar se todos os condôminos não forem convocados para a reunião.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em estudo não tem correspondente no Código Civil de 1916, nem na Lei n. 4.591/64. Embora não houvesse expressa previsão legal, sempre se entendeu nula a assembleia realizada sem a prévia convocação de todos os condôminos. Nula será ainda que se constate o voto do condômino não convocado ser irrelevante para reverter o resultado da votação, pois poderia ele debater, expor seu ponto de vista e convencer os demais comunheiros de seu acerto.

A forma de convocação deve ser disciplinada na convenção de condomínio, por ser omissa a lei. Sendo omissa também a convenção, aplicam-se por analogia as regras que regem a convocação das assembleias das sociedades anônimas.

Relegou-se a forma de convocação à autonomia privada. Exige-se, porém, a convenção prever mecanismos eficazes de prévia cientificação dos condôminos, por carta, telefone, mensagem eletrônica, publicidade em locais visíveis do edifício e jornais de grande circulação. O importante é a forma de convocação atender a inequívoca ciência dos interessados para aquele condomínio específico (grande porte, pequeno porte, unidades de veraneio etc.). A convenção também disporá sobre a antecedência da convocação, desde que o prazo seja suficiente para o condômino se inteirar da matéria e reunir elementos para poder deliberar e votar. Há, por assim dizer, um prazo de reflexão - moral - mínimo, que não pode ser suprimido pela convenção.

Devem, obrigatoriamente, constar da convocação, sob pena de nulidade, a ordem do dia, o local e a hora da primeira assembleia, e, na hipótese de sua frustração, deve constar o mesmo em relação à segunda assembleia, como examinado nos artigos anteriores. A ordem do dia deve ser clara, objetiva, de modo a propiciar ao condômino aferir a conveniência de seu comparecimento e a oportunidade de se preparar para deliberação e votação. É comum a utilização de expressões genéricas de fechamento nas convocações, como *interesse geral dos condôminos*, que, todavia, prestam-se somente a decidir assuntos de somenos e comunicações. Todas as questões relevantes, em especial as geradoras de obrigações para os condôminos, alteração da convenção e do regimento interno e mudanças na utilização das áreas comuns devem constar de modo expresso da ordem do dia, sob pena de nulidade da votação. As únicas exceções a tal regra são as matérias urgentes, decorrentes de fatos posteriores à convocação e que não possam esperar uma nova assembleia, sob pena de causar danos de difícil reparação aos condôminos. Em tal caso, porém, antes mesmo da deliberação de fundo, deve ser votada a urgência do tema.

Diz o artigo que “todos os condôminos” devem ser convocados. A expressão tem sentido largo e abrange proprietários das unidades autônomas, compromissários compradores imitidos na posse, com ou sem registro do contrato, cessionários de tais direitos, usufrutuários, superficiários, titulares dos direitos reais de uso e de habitação, enfiteutas e devedores fiduciários. Nus-proprietários e credores fiduciários devem ser convocados apenas se a ordem do dia contiver matéria que de algum modo possa afetar a substância do imóvel, por exemplo alienação de área comum. A dispensa do registro do compromisso de compra e venda tem razão de ser, pois o contrato transfere para o compromissário comprador os poderes federados do domínio - usar, fruir e até dispor, pelo trespasse -, restando ao promitente vendedor um simples domínio-garantia, desprovido de poderes sobre a coisa. Além disso, como anteriormente visto, o compromissário comprador imitado na posse, ainda que seu contrato não tenha sido levado ao registro, é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de cobrança de despesas condominiais. De modo simétrico, pode deliberar e votar em assembleia.

O atual Código Civil não reproduziu o disposto no art. 24, § 4º, da Lei n. 4.591/64, que facultava ao locatário votar nas decisões da assembleia que não envolvessem despesas extraordinárias, na ausência do condômino locador. O silêncio do legislador é eloquente, afastando da assembleia os meros possuidores de direitos, sem titularidade real, ou com direito à aquisição futura do imóvel. Os condôminos inadimplentes, embora não possam deliberar, devem ser convocados para a assembleia, pois podem pagar o débito até o momento da votação (ver comentário ao art. 1.335, III). Em relação aos condôminos incapazes, ou às unidades com mais de um proprietário, remete-se o leitor ao comentário do artigo antecedente.

Em caráter excepcional, podem os condôminos e demais titulares de direitos reais não serem convocados, quando a matéria em votação lhes for estranha e nenhum reflexo produzir em suas relações jurídicas. Tomem-se como exemplo sorteio de garagens do segundo subsolo do edifício, irrelevante para os condôminos com direito de guardar seus veículos no pri-

meiro subsolo, ou reforma dos elevadores, em relação aos lojistas com unidades no térreo, que não participarão do rateio.

Finalmente, resta saber se pode haver cominação de multa ao condômino que deixar de comparecer à assembleia. A resposta é negativa, pois o comparecimento à assembleia é um direito assegurado ao condômino, não um dever. Ademais, a ausência e o silêncio do condômino podem ser concludentes, ou seja, ter o significado de impedir o *quorum* de instalação, ou de o condômino se abster da votação.

Jurisprudência: Medida cautelar. Concessão de liminar, em parte, para suspensão das decisões tomadas em assembleia geral extraordinária de condomínio horizontal, porque os itens em questão da ordem do dia seriam passíveis de exame e deliberação apenas em assembleias ordinárias, ocorrendo também vício de forma na convocação. Possibilidade de exame da matéria em assembleia geral não impedida pela convenção do condomínio nem pela Lei n. 4.591/64, art. 25, não se podendo reconhecer, de pronto, por outro lado, o alegado vício na convocação. Liminar cassada. Recurso provido para esse fim. (TJSP, AI n. 315.002-4/6-00, rel. J. G. Jacobina Rabello, j. 06.11.2003)

Art. 1.355. Assembleias extraordinárias poderão ser convocadas pelo síndico ou por um quarto dos condôminos.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tem correspondente no Código Civil de 1916, mas o art. 25 da Lei n. 4.591/64 contém preceito de conteúdo semelhante.

As matérias objetos da assembleia extraordinária são, por exclusão, as não previstas no art. 1.350, já comentado. Estão esparsas em artigos diversos, por exemplo 1.336, § 2º, 1.337, 1.339, § 2º, 1.341, §§ 2º e 3º, 1.343, 1.349, 1.351, 1.355 e 1.357 do Código Civil. Nada impede que sejam realizadas em um só ato assembleias ordinária e extraordinária, para deliberação e votação de matérias diversas, respeitados os *quorum* exigidos para cada uma delas.

O artigo em comento, ao contrário do art. 1.350, estabelece legitimidade concorrente e não meramente subsidiária para que um quarto dos condôminos convoque a assembleia. Natural que assim seja, pois em diversos casos poderá haver conflito de interesses entre síndico e condôminos. Basta pensar na hipótese da assembleia para destituição do síndico. Não teria sentido o próprio a convocar, para somente então, caracterizada sua omissão, a legitimidade passasse aos demais condôminos.

Fala a lei que um quarto dos condôminos pode convocar a assembleia. O preceito deve ser harmonizado com o art. 1.352, parágrafo único, já comentado. Exige-se que os condôminos representem um quarto da fração ideal de terreno e coisas comuns, não se computando o *quorum* por cabeça, salvo previsão em contrário da convenção de condomínio.

Nem sempre exige a lei o *quorum* de um quarto dos condôminos para convocação da assembleia extraordinária. O art. 1.341, § 3º, do Código Civil, já comentado, prevê de modo expresso que qualquer dos condôminos pode convocar a assembleia para aprovação de reparos necessários, mas não urgentes, que importarem despesas excessivas. De igual modo, a assembleia do art. 1.357, adiante comentado, em vista da gravidade da matéria, pode ser convocada por qualquer condômino, não exigindo o preceito *quorum* de convocação.

Finalmente, pode ocorrer a ausência de *quorum* para a convocação da assembleia extraordinária. A falta de interesse do número mínimo de condôminos e do próprio síndico é concludente e significa que determinada matéria não deve sequer ser posta em votação. É

por isso, aliás, que as matérias necessárias, em especial os reparos indispensáveis, não seguem a regra geral, podendo a assembleia ser convocada por qualquer condômino. Em termos diversos, se a matéria não for imprescindível à vida condominial, não se aplica a regra do art. 1.350, § 2º, de a matéria ser submetida à decisão judicial.

Art. 1.356. Poderá haver no condomínio um conselho fiscal, composto de três membros, eleitos pela assembleia, por prazo não superior a dois anos, ao qual compete dar parecer sobre as contas do síndico.

CC/1916: sem correspondente.

O art. 23 da Lei n. 4.591/64 disciplina a eleição de conselho consultivo, com a função básica de assessorar o síndico, além de outras previstas na convenção.

O conselho fiscal tem natureza facultativa, tanto que usa a lei a expressão *poderá*, ou seja, vale a autonomia privada. Pode ser composto de condôminos ou pessoas estranhas ao condomínio. Não trata a lei da remuneração de seus membros, mas também não a proíbe, devendo, por consequência, ser prevista na convenção de condomínio. No silêncio, a função é graciosa. Os membros são eleitos pela assembleia, com mandato não superior a dois anos, nada impedindo que seja por prazo inferior. Omissa a lei, nada impede a convenção de prever possibilidade de reeleição. O mandato pode coincidir ou não com o do síndico, e a eleição pode ocorrer por votação em candidatos individuais ou por chapas, de acordo com a convenção. A vagueza da lei confere à convenção espaço para disciplinar o número de reuniões do conselho, a forma de convocação e de destituição de seus membros, a eleição de suplentes e o modo de se tomarem as decisões.

Na lição de Edson Luiz Fachin, “trata-se de órgão de controle dos recursos que ingresam no condomínio ou são por ele expendidos, de sua regularidade, adequação e necessidade, sempre à luz da convenção condominial e das deliberações assembleares” (*Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro, Saraiva, 2003, v. XIV, p. 310). O conselho fiscal verifica se os recursos arrecadados foram utilizados com correção e eficiência pelo síndico e se as prioridades determinadas pela assembleia foram observadas. Essa verificação não é meramente aritmética, devendo o conselho conferir os comprovantes de pagamento e recolhimento de contribuições e impostos e se os serviços e produtos foram negociados pelo melhor preço. Não tem o conselho, todavia, função de representação e muito menos de administração direta do condomínio. Fornece à assembleia parecer ou elementos para aprovação ou rejeição das contas do síndico, mas não as rejeita diretamente.

Embora a função prevista na lei seja fiscalizadora, nada impede a convenção e a assembleia de atribuírem outras atividades ao conselho fiscal ou criarem conselhos diversos para determinadas tarefas, como assessoria técnica para obras de reforma e decoração ou paisagismo de áreas comuns do edifício, aproveitando as aptidões e a formação técnica de determinados condôminos.

Jurisprudência: O condomínio não está obrigado a prestar contas individualmente a cada um de seus condôminos, mesmo que um desses faça parte do conselho fiscal. Na verdade, quem está sujeito à prestação de contas de sua gestão é o síndico, mas somente à assembleia dos condôminos, conforme disposto na lei especial a respeito dessa obrigação (Lei n. 4.591/64, art. 22, § 1º, I). (II TACSP, Ap. n. 545.762-00/5, rel. Claret de Almeida, j. 14.04.1999)

Seção III **Da Extinção do Condomínio**

Art. 1.357. Se a edificação for total ou consideravelmente destruída, ou ameace ruína, os condôminos deliberarão em assembleia sobre a reconstrução, ou venda, por votos que representem metade mais uma das frações ideais.

§ 1º Deliberada a reconstrução, poderá o condômino eximir-se do pagamento das despesas respectivas, alienando os seus direitos a outros condôminos, mediante avaliação judicial.

§ 2º Realizada a venda, em que se preferirá, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, será repartido o apurado entre os condôminos, proporcionalmente ao valor das suas unidades imobiliárias.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tem correspondente no Código Civil de 1916. Os arts. 13 a 15 da Lei n. 4.591/64 disciplinam o mesmo tema, de modo mais minudente e claro.

Como ensina Caio Mário da Silva Pereira, ao contrário do condomínio tradicional, passível de extinção a qualquer tempo, a requerimento de qualquer condômino (art. 1.320, já comentado), o condomínio edilício, em razão de sua própria natureza, mesclando propriedade coletiva sobre o solo e partes comuns do prédio e propriedade exclusiva sobre as unidades autônomas, constitui um condomínio indivisível. Apesar de sua indivisibilidade essencial, o condomínio pode cessar por diferentes causas jurídicas, com extinção da propriedade horizontal (*Condomínio e incorporações** 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 211).

Elenca o artigo em exame três situações nas quais o condomínio pode ser extinto por fatos supervenientes: destruição total, destruição parcial ou risco de ruína. Tais fatos acarretam a legitimidade do síndico ou qualquer condômino - sem necessidade do *quorum* de um quarto - convocar a assembleia extraordinária, na qual se deliberará a persistência do condomínio, com a realização das obras necessárias, ou a venda a terceiros. A deliberação e a votação exigem a maioria absoluta das frações ideais, sem prever disposição em sentido contrário da convenção de condomínio. Logo, é norma cogente, e não dispositiva.

Note-se que o art. 1.346 exige a contratação de seguro para o risco de destruição total ou parcial do edifício. Nada impede, porém, os condôminos de deliberarem pela venda do edifício no estado em que se encontra, já depreciado, recebendo em pecúnia a indenização do seguro. Caso optem pela reconstrução, o § 1º disciplina a possibilidade de um ou alguns condôminos não arcarem com a cota-parte dos custos. Abre-se a possibilidade aos demais condôminos de promover judicialmente a aquisição compulsória da unidade autônoma dos inadimplentes, mediante avaliação judicial. As regras processuais para tal aquisição, diante da lacuna do atual Código Civil, são ainda as previstas no art. 15 da Lei n. 4.591/64 (FACHIN, Edson Luiz. *Comentários ao Código Civil* Rio de Janeiro, Saraiva, 2003, v. XIV, p. 15). Deliberada a venda pela maioria, o preço será proporcional ao valor de cada uma das unidades autônomas e respectivas frações ideais de terreno. Note-se que o rateio do preço não se faz por cabeça ou fração de terreno, mas pelo valor da unidade imobiliária, levando em conta sua peculiar situação - andar mais alto, mais baixo, de frente, de fundos -, estado de conservação e benfeitorias introduzidas no imóvel. Se assim não fosse, haveria a possibilidade de enriquecimento sem causa de um condômino em detrimento de outro. A alienação deliberada pela maioria é compulsória e vincula eventuais dissidentes. Faculta-se apenas direito de preferência na aquisição de condôminos em relação a estranhos, sob pena de ineficácia da alienação. Na falta de regra específica sobre o exercício da preferência, aplicam-se por analogia as regras do art. 504 do Código Civil,

que trata da venda de coisa indivisível. Pode ocorrer, ainda, de vários condôminos pretendem exercer a preferência, caso no qual se aplica por analogia a regra do art. 1.322 do Código Civil. A primeira preferência será do condômino com maior fração ideal, ou, insuficiente o primeiro critério, abre-se licitação entre os diversos interessados.

Nada impede, porém, que outras causas determinem a extinção do condomínio. A primeira delas é a própria vontade dos condôminos, por votação unânime em assembleia extraordinária, sem necessidade de causa objetiva prevista em lei. Embora não explicita a lei, a unanimidade é exigida, em razão da própria natureza da deliberação. Como anota Edson Luiz Fachin, se a unanimidade é exigida para a mudança de destinação da unidade ou do edifício, com maior dose de razão o é para sua extinção, aí incluídos também os votos dos condôminos inadimplentes. A segunda causa é a desapropriação, regulada no artigo seguinte (op. cit., p. 315). Pode, ainda, em casos extremos, haver determinação da extinção por ordem do Poder Público, quando houver ameaça à salubridade pública.

Art. 1.358. Se ocorrer desapropriação, a indenização será repartida na proporção a que se refere o § 2º do artigo antecedente.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tem correspondente no Código Civil de 1916. O art. 18 da Lei n. 4.591/64 menciona a hipótese de desapropriação parcial da edificação apenas para estabelecer que o expropriante também se submete, apesar da natureza originária da aquisição, às regras da lei, da convenção e do regimento interno. Não menciona, porém, o critério do pagamento de indenização aos condôminos.

A regra do artigo em exame não tem razão de ser. Caso haja desapropriação integral do edifício em condomínio edilício, réus expropriados serão os condôminos e não o condomínio. Óbvio, portanto, que o preceito constitucional da justa indenização levará em conta o valor de cada uma das unidades autônomas e respectivas frações ideais de terreno, em vez do rateio por cabeça, ou mesmo por frações. O estado de cada unidade, as benfeitorias introduzidas e sua peculiar situação no edifício serão objetos de avaliação judicial. Eventuais direitos de terceiros sobre as unidades - usufrutuários, superficiários e mesmo locatários - serão indenizados na medida dos respectivos valores patrimoniais.

O art. 18 da Lei n. 4.591/64, que trata da situação jurídica relevante da desapropriação de apenas uma ou de algumas unidades autônomas do condomínio edilício, continua em pleno vigor. O expropriante, em que pese seu título originário, submeter-se-á ao regime jurídico do condomínio edilício, inclusive às regras previstas em convenção ou regimento interno, e ao pagamento das despesas condominiais anteriores e atuais, em vista de sua natureza de ônus reais (ver comentário ao art. 1.345).

CAPÍTULO VIII DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL

Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

CC/1916: art. 647.

O artigo em exame corresponde ao art. 647 do Código Civil de 1916, com alterações apenas formais de redação. Substituiu-se o termo domínio por propriedade, mantendo-se, no mais, incólume o preceito, que disciplina a propriedade resolúvel.

Na lição clássica de Clóvis Bevilacqua, “propriedade resolúvel, ou revogável, é a que, no próprio título de sua constituição encerra o princípio, que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo o termo, seja por força de declaração, seja por determinação da lei” (*Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 243).

A propriedade, como já vimos no comentário ao art. 1.228, tem como uma de suas características a perpetuidade. Adverte Orlando Gomes, porém, que “a ordem jurídica admite situações nas quais a propriedade torna-se temporária. Quando sua duração se subordina a uma condição resolutiva, ou termo final, previsto no título constitutivo do direito, diz-se que há propriedade resolúvel. Quando não é adquirida para durar certo tempo, mas se apresenta potencialmente temporária, podendo seu titular perdê-la por força de certos acontecimentos, diz-se que há propriedade *ad tempus*” (*Direitos reais*, 19. ed., atualizada por Edson Luiz Fachin. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 265).

Ainda segundo Orlando Gomes, “o traço característico da propriedade resolúvel reside na previsão de sua extinção no próprio título que a constitui. A causa da revogação há de ser estabelecida, em cláusula informativa de condição ou termo. Necessária será a declaração de vontade nesse sentido. Do contrário, não será propriedade resolúvel, como, por exemplo, se a revogação decorre de causa superveniente” (op. cit., p. 267). Em termos diversos, a propriedade resolúvel é temporária, e o proprietário, ao adquiri-la, sabe que a perderá com o advento do termo ou da condição.

A resolução da propriedade produz efeitos parcialmente retroativos ao momento de sua aquisição. Ingressa-se, aqui, no controverso tema da retroatividade da condição resolutiva. São parcialmente retroativos, pois aquele investido do direito de proprietário resolúvel usa e frui lícitamente a coisa, até o advento do termo e da condição. É proprietário pleno quanto à extensão do domínio, embora temporário. Logo, não restitui frutos e rendimentos recebidos, muito menos indeniza aquele em favor de quem se opera a restituição pelo uso temporário da coisa. Preservam-se, assim, os atos de administração.

Quanto aos atos de disposição ou oneração, a resolução tem efeitos *ex tunc*, retro-operantes ao momento da aquisição. A resolução acarreta a ineficácia desses atos, que são revogados. Ninguém pode dispor de mais direitos do que tem. Logo, se a propriedade está sob condição ou a termo, o adquirente a perde no momento em que se verifica o fato extintivo, porque adquiriu propriedade resolúvel. De igual modo, essa revogação retroativa alcança não só a propriedade, mas todos os direitos reais sobre ela constituídos pelo proprietário resolúvel, como, por exemplo, servidão, usufruto, hipoteca, penhor etc. O proprietário resolúvel não está inibido de alienar ou gravar de ônus reais a coisa. Apenas a aquisição desses direitos levará a marca congênita da resolutividade, ou, no dizer de Pontes de Miranda, “atribui-se à cláusula eficácia real, tanto que se admite direito de reivindicação” (*Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, v. XIV, p. 119).

Nosso Código Civil contempla diversos casos de propriedade resolúvel: fideicomisso, retrovenda, venda a contento sob condição resolutiva, doação com cláusula de reversão, propriedade fiduciária, cláusula comissória expressa levada ao registro imobiliário. Quando a causa da resolução é a vontade da parte, a norma é dispositiva, admitindo-se que o título preveja o respeito do alienante a eventuais direitos criados a favor de terceiros (BEVILACQUA, Clóvis. Op. cit., p. 244). A resolução pode operar-se tanto a favor do alienante, como no caso da retrovenda ou do pacto de melhor comprador, como de terceiro, como no caso do fideicomisso.

Em relação à resolução do contrato por inadimplemento e seus efeitos em relação a terceiros, invoca-se a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Sendo a resolução negociada (ou convencional) porque inserida no contrato cláusula resolutória por incumprimento, levado

o contrato ao registro de imóveis, incide o art. 1.359; nesse caso, a resolução produz efeitos reais quanto à contraparte e também relativamente ao terceiro subadquirente; isto é, desfaz-se o negócio também quanto a terceiro” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 2003, p. 262). Caso, porém, não haja cláusula resolutiva expressa e constante do título, mas mera cláusula resolutiva tácita (art. 475 do CC), a solução é outra, porque desfaz o negócio *inter partes*, mas é inoponível a terceiros de boa-fé.

A parte final do preceito diz que o proprietário em favor do qual se opera a resolução pode reivindicar a coisa em poder de quem a possua ou detenha. Exige-se, porém, que a posse seja injusta, sem uma causa que a justifique. Em determinados casos, não caberá ação reivindicatória, por exemplo em face do locatário cujo contrato foi celebrado durante o período de propriedade resolúvel, caso em que é cabível apenas a ação de despejo.

Jurisprudência: Processual civil. Fraude de execução. Inocorrência. Propriedade resolúvel. Agravo desprovido. Não ocorreu fraude de execução, na espécie, uma vez que a ora agravada não dispunha do domínio pleno do imóvel, porque o recebera da Cemig por meio de doação com cláusula resolutiva que impedia sua venda e penhora. (STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 311.810/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.10.2000)

Compra e venda. Propriedade resolúvel. Lotes de terreno de domínio público vendidos para particular. Condição resolutiva de construção no local de prédio comercial ou de prestação de serviços. Não cumprimento. Impossibilidade de indenização por perdas e danos. Recurso não provido. (TJSP, Ap. n. 234.507-2, rel. Luiz Tâmbara, j. 06.09.1994)

Apelação cível. Ação revogatória de doação. Sentença de improcedência. Falecimento dos donatários. Escritura de doação estipulando o retorno do bem em questão ao patrimônio da doadora em caso de falecimento dos donatários. Exegese dos arts. 647 e 1.174 do CC revogado. Imprescindível o retorno do bem ao patrimônio da apelante. Recurso conhecido. Provimento (TJSP, Ap. cível n. 152.971-4/0-00, rel. Carlos Renato, j. 06.02.2003). (*Lex-TJSP* 266/112,2003)

Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.

CC/1916: art. 648.

O artigo em exame corresponde ao art. 648 do Código Civil de 1916, com mínimas alterações. Trocou-se o termo domínio por propriedade, mantendo-se, no mais, o conteúdo do preceito, que disciplina a propriedade *ad tempus*.

Na propriedade *ad tempus* não há condição nem termo apostos ao título constitutivo da propriedade. No dizer de Orlando Gomes, não é ela adquirida para durar certo tempo, mas se apresenta potencialmente temporária, podendo seu titular perdê-la por força de certos acontecimentos futuros (*Direitos reais*, 19. ed., atualizada por Edson Luiz Fachin. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 265). A causa da revogação é superveniente e estranha ao título.

Tome-se como exemplo a doação revogada por ingratidão do donatário, ou por descumprimento de encargo. Reconhecido judicialmente o ato de ingratidão, ou o descumprimento do encargo, a coisa doada retorna ao patrimônio do donatário. A ingratidão, todavia, é mero fato eventual e futuro, diverso de uma condição ou termo que, desde o nascimento, já subordinam a eficácia do ato ou negócio jurídico por cláusula contratual. De igual modo,

a cláusula resolutiva tácita, implícita em todo contrato bilateral, que não se confunde com a condição, porque não expressa no título causai, não opera de pleno direito. É por isso que tais situações previstas em lei não vão ao registro imobiliário juntamente com o título aquisitivo da propriedade, tal como ocorre na propriedade resolúvel ou a cláusula resolutiva expressa, disciplinadas no artigo antecedente.

Assim, se Antônio doou imóvel a João, que o vendeu a Carlos, a posterior revogação da doação não resolve a venda ou a constituição de direitos reais a terceiro de boa-fé, gerando apenas direito ao doador de exigir o equivalente em dinheiro do donatário. É uma resolução sem eficácia real. Gera direito pessoal e não direito real de reivindicar a coisa em poder de terceiro.

Ainda no dizer de Orlando Gomes, na propriedade *ad tempus* o “fato extintivo acarreta a transmissão do domínio no estado em que se encontra: diminuído, modificado, aumentado, juridicamente ou materialmente. Sua eficácia é para o futuro” (op. cit., p.267).

Tanto a resolução como a revogação por causas supervenientes pressupõem negócio válido. A anulação e a nulidade têm origem em ausência de requisitos, vícios de consentimento ou outras causas previstas em lei, que afetam a própria formação do negócio.

CAPÍTULO IX DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

CC/1916: sem correspondente.

Regime jurídico da propriedade fiduciária: O capítulo em exame, que disciplina a propriedade fiduciária, foi integralmente introduzido no atual Código Civil, pois o Código revogado era silente a respeito.

Há, porém, profusa legislação especial tratando da matéria. Pode-se afirmar a atual coexistência de triplo regime jurídico da propriedade fiduciária: o Código Civil disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira; o art. 66-B da Lei n. 4.728/65, acrescentado pela Lei n. 10.931/2004, e o Decreto-lei n. 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; a Lei n. 9.514/97, também modificada pela Lei n. 10.931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras; a Lei n. 6.404/76 disciplina a propriedade fiduciária de ações; a Lei n. 9.514/97, com redação dada pela Lei n. 10.931/2004, disciplina a titularidade fiduciária de créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário.

O art. 1.368-A, adiante comentado, explicita a solução do conflito de leis. Dispõe que o Código Civil trata apenas da propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis entre pessoas naturais ou jurídicas, desde que o credor fiduciário não seja instituição financeira. As

demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, com aplicação supletiva do Código Civil, no que não contrariar as leis especiais.

As regras processuais da execução da propriedade fiduciária disciplinada no Código Civil não mais são as do Decreto-lei n. 911/69. O art 8º-A do Decreto-lei n. 911/69, alterado pela Lei n. 10.931/2004, diz que o procedimento judicial se aplica somente nas hipóteses da Seção XIV da Lei de Mercado de Capitais, ou seja, somente para as situações jurídicas nas quais a credora fiduciária seja uma instituição financeira, ou pessoa jurídica equiparada. Será a matéria melhor examinada no comentário ao art. 1.363 a seguir.

O Código Civil de 2002, nos arts. 521 a 528, trata da compra e venda com reserva de domínio, que pode gerar certa confusão com a propriedade fiduciária. Algumas diferenças, porém, distinguem os dois institutos. Como ensina Orlando Gomes, “na venda com reserva de domínio a alienação é suspensa, conservando o vendedor a propriedade do bem, até que se realize a condição, enquanto na alienação fiduciária em garantia a transferência da propriedade é um dos pressupostos de sua perfeição”, embora em caráter resolúvel, voltando ao patrimônio do transmitente, quando a dívida é paga (*Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 26-7).

Definição: A cabeça do art. 1.361 define com precisão a propriedade fiduciária: propriedade resolúvel que o devedor, com finalidade de garantia, transfere ao credor. No dizer de Caio Mário da Silva Pereira, é “a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida” (*Instituições de direito civil* 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. p.426). Não se confunde com a alienação fiduciária em garantia, o contrato que serve de título para a constituição da propriedade fiduciária. A alienação fiduciária é o negócio jurídico, enquanto a propriedade fiduciária é direito real com escopo de garantia.

Protagonistas da propriedade fiduciária são o credor fiduciário e o devedor fiduciante. Nada impede que terceiro não devedor transfira coisas de sua propriedade em caráter resolúvel para o credor, garantindo obrigação alheia. Antes da vigência do Código Civil de 2002, grassava na doutrina séria divergência sobre a possibilidade de pessoas jurídicas - ou naturais — que não instituições financeiras pudessem figurar como credoras fiduciárias. A tendência majoritária era no sentido de reservar o instituto somente às instituições financeiras e entidades equiparadas, como consórcios (*RTJ* 124/1.443, 125/842, *RT* 624/220). Agora não mais. Abre o Código Civil a possibilidade de qualquer credor, pessoa jurídica ou natural, usar a propriedade fiduciária para garantir o adimplemento de obrigações. Mais ainda, o parágrafo único do art. 22 da Lei n. 9.514/97, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.076/2004, reza que a alienação fiduciária de bens imóveis pode ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no sistema financeiro imobiliário. Há o temor de que a nova modalidade de propriedade-garantia sirva de estímulo para a usura. Como, porém, alerta Moreira Alves, “o justo temor da usura deve levar ao combate desta, e não à limitação de uma garantia que vem se impondo por sua maior eficácia em face das até então admitidas” (*Da alienação fiduciária em garantia*, 3. ed. Rio de Janeiro, Forense. 1987, p. 266).

Esse forte instituto, agora franqueado a todos os contratantes, que implica a transferência de propriedade resolúvel ao credor, pondo-o a salvo do concurso de outros credores, somado à rápida execução no caso de inadimplemento, certamente se tornará a mais popular das garantias reais, pondo de lado o penhor e a hipoteca.

Repousa a propriedade fiduciária sobre três institutos fundamentais ao seu entendimento: desdobramento da posse, propriedade resolúvel e patrimônio de afetação.

Quanto ao desdobramento da posse, a posse direta permanece com o devedor, enquanto a posse indireta e a propriedade resolúvel permanecem com o credor fiduciário, aplicando-se o

art. 1.197 do Código Civil, já comentado, ao qual se remete o leitor. Não há necessidade de entrega material da coisa do credor ao devedor, nem vice-versa, podendo ocorrer tradição ficta, ou meramente convencional, pelo constituto possessório. Ambos são possuidores, dispõem de tutela possessória para defender a posse contra atos ilícitos de terceiros, assim como um contra o outro, sempre que as respectivas condutas afrontarem os poderes convencionalmente atribuídos ao credor fiduciário e ao devedor fiduciante. Cabe, por exemplo, ação possessória do devedor contra tentativa ilícita do credor de retomar a posse direta do bem alienado. Cabe, também, ação possessória do credor contra o devedor, quando houver quebra do dever de restituição, ou quando o devedor colocar em risco de perda ou tentar alienar a coisa que não lhe pertence.

A propriedade transmitida ao credor fiduciário em garantia é resolúvel, por ser subordinada a um evento futuro e incerto, qual seja, o adimplemento da obrigação garantida. Efetuado o pagamento, a coisa retorna ao devedor automaticamente, sem necessidade de nova emissão de vontade das partes. O devedor fiduciante, embora não diga de modo expresso a lei, tem mais do que a simples posse direta da coisa. Tem a propriedade sob condição suspensiva, vale dizer, a legítima expectativa de recuperar o domínio da coisa, tão logo cumpra a obrigação garantida, sem que a isso possa se opor o credor. Nas obrigações de execução diferida e fracionada, quanto mais parcelas o devedor paga, mais próximo se encontra o implemento da condição suspensiva, que lhe devolverá o domínio da coisa dada em garantia. Na boa expressão de Aderbal da Cunha Gonçalves, ao constituir a propriedade fiduciária, credor e devedor “são investidos de direitos opostos e complementares, e o acontecimento que aniquila o direito de um, consolidará, fatalmente, o do outro” (*Da propriedade resolúvel* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, nota 82).

A propriedade fiduciária constitui patrimônio de afetação, porque despida de dois dos poderes federados do domínio *-jus utendie fruendi-*, que se encontram nas mãos do devedor fiduciante. O credor fiduciário tem apenas o *jus ahutendi* e, mesmo assim, sujeito à condição resolutiva, destinado, afetado somente a servir de garantia ao cumprimento de uma obrigação. O direito de dispor, na verdade, está atrelado à cessão do crédito garantido. A propriedade-garantia é acessória à obrigação e segue sua sorte. A peculiaridade é que, ao contrário das demais garantias reais, incide não sobre coisa alheia, mas sobre coisa própria transferida ao credor, embora sob condição resolutiva.

Objeto: Podem ser objeto da propriedade fiduciária, no regime do Código Civil, apenas as coisas móveis infungíveis. Os bens móveis estão disciplinados nos arts. 82 a 84 do Código Civil. Note-se que o art. 1.361 não alude a bens, mas às coisas móveis, vale dizer, apenas aos bens móveis corpóreos. Engloba as coisas semoventes, as que não se movem por força própria e as móveis por antecipação. Abrange também as pertenças, pois o STJ, anteriormente à vigência do atual Código Civil, admitiu a constituição de propriedade fiduciária sobre bens imóveis por acessão intelectual, categoria não mais contemplada na lei (Ag. n. 94.947/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU* 12.08.1996). Devem, no entanto, ser infungíveis, ou seja, somente coisas que não podem ser substituídas por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade. Incluem-se aí veículos, eletrodomésticos e outros bens de consumo duráveis individualizados por números de série e marcas que permitam distingui-los de qualquer outro, tornados infungíveis por convenção das partes.

Admite-se, também, a propriedade fiduciária sobre navios e aeronaves, que podem, de acordo com a conveniência das partes, ser dados em hipoteca (Decreto-lei n. 413/69). O Código Civil de 2002 positivou e restringiu o entendimento do STJ, no sentido de que as coisas fungíveis e consumíveis não podem ser objetos de propriedade fiduciária (REsp n. 19.915-8/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; *RTJ* 65/444). Note-se que a lei não mais menciona coisas consumíveis. Logo, coisas fungíveis, embora inconsumíveis, não mais podem ser dadas em garantia fiduciária.

A regra mencionada não vale para a alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado de capitais. A Lei n. 10.931/2004 acrescentou o art. 66-B à Lei n. 4.728/65, admitindo de

modo explícito propriedade fiduciária sobre coisa fungível e cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e sobre títulos de crédito. Vai mais longe a lei e permite que, caso esteja o credor de posse direta da coisa ou título recebido em garantia, na hipótese de inadimplemento poderá vender o bem a terceiro independentemente de qualquer medida judicial ou extrajudicial, ferindo os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Forma: O § 1º do art. 1.361 disciplina a forma e o registro do contrato e termina com antiga polêmica sobre a natureza do registro. Explicita o preceito que a propriedade fiduciária se constitui com o registro. Não há mais sentido em discutir se o registro tem efeito constitutivo ou publicitário, e perde vigência a Súmula n. 489 do STF, do seguinte teor: “A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros, de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos” Positivou a lei a Súmula n. 92 do STJ: “A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor”

A questão agora não é mais de oponibilidade em face de terceiros de boa-fé, mas de inexistência de propriedade fiduciária sem o prévio e correto registro. Antes do registro, há simples crédito, sem qualquer garantia real nem propriedade resolúvel transferida ao credor. Por isso, não mais se aplica a Súmula n. 30 do extinto II TACSP, que dispõe o registro do contrato não ser pressuposto para o ajuizamento da ação de busca e apreensão e para a concessão de liminar contra o devedor ou terceiro. Recente precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo foi no sentido exatamente oposto ao da súmula: sem registro, não cabe a ação para retomada da coisa. Ficou assentado que “o registro do contrato na repartição competente para o licenciamento é indispensável à constituição da propriedade fiduciária. Indemonstrado o direito real, descabida a ação de busca e apreensão prevista na lei especial” (TJSP, AI n. 1.124.091-0/2, rel. Des. Lino Machado, j. 08.08.2007). Reconhece-se, porém, ser a matéria ainda polêmica, com julgados em ambos os sentidos (v. TJSP, Ap. cível n. 1.077.713-0/9, 35ª Câ. Dir. Privado, rel. José Malerbi, j. 19.10.2009).

O atual Código Civil explicita onde e como devem ser feitos os registros, dividindo as coisas móveis infungíveis em duas categorias: veículos e outras coisas. Para as coisas móveis infungíveis em geral, o registro deve ser feito no Oficial do Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor. Se houver mais de um devedor, ou um devedor e um garantidor, nos domicílios de ambos. Embora seja omissa a Lei de Registros Públicos, é conveniente, em atenção à finalidade publicitária do registro, que as Corregedorias Gerais de cada estado editem normas organizando central ou cadastro único em ordem alfabética, nas comarcas onde houver mais de um Oficial de Registro de Títulos e Documentos. É o caso, por exemplo, da capital do Estado de São Paulo, onde existem uma dezena de oficiais, sem distribuição territorial entre eles, dificultando a pesquisa de terceiros que pretendam adquirir coisa móvel infungível. Para os veículos, o registro far-se-á unicamente na repartição competente para o licenciamento, com anotação no certificado de propriedade do veículo, dispensado, por ineficaz, registro no Oficial de Títulos e Documentos, como em julgados recentes entendeu o STJ. Positivou o Código Civil a Súmula n. 92 do STJ, de inegável conteúdo prático, pois os usos e costumes indicam que adquirentes e terceiros consultam apenas documentação dos veículos e repartições de trânsito, em vez de Oficiais de Registro de Títulos e Documentos.

O mesmo § 1º explicita o contrato ser solene, porque exige a forma escrita, indiferente, porém, se por instrumento público ou particular, o que é natural, por se tratar da transferência de coisas móveis. A novidade não está no Código Civil, mas na Lei n. 11.076/2004, que alterou o art. 38 da Lei n. 9.514/97, dispondo que os atos e contratos relativos à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, inclusive a propriedade fiduciária, podem ser celebrados por escritura pública ou instrumento particular com efeito de escritura pública, no regime do Sistema Financeiro Imobiliário.

Jurisprudência: Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Aeronave. Ação promovida pelo credor em razão da inadimplência do devedor. Suficiência de que o contrato se encontre devidamente registrado no Registro de Títulos e Documentos. Desnecessidade da transcrição do título de propriedade do bem no Registro Aeronáutico Brasileiro, mormente se a questão a ser dirimida não envolve terceiros. Voto vencido (STF). (RT787/166)

Alienação fiduciária. Contrato. Validade. Registro no cartório de títulos e documentos e/ou no departamento de trânsito. Ausência. Irrelevância. Circunstância relevante que afeta somente quanto a terceiros. Reconhecimento. Irrelevância de a alienação fiduciária não estar anotada no Certificado de Propriedade do veículo e de não ter sido registrada no Cartório de Títulos e Documentos. Ação de depósito que decorre de expressa previsão legal e da celebração do contrato de alienação fiduciária e seu inadimplemento. (II TACSP, Ap. com revisão n. 607.987-00/5, 12ª Câ., rel. Juiz Romeu Ricupero, j. 31.05.2001)

Civil. Certificado de registro de veículo. Alienação fiduciária. Publicidade. Violação aos arts. 1.361, § 1º, do CCB. 66, § 1º, da Lei n. 4.728/65, 122 e 124 do CTB. Exigibilidade de registro cartorial para expedição do documento do veículo. Impossibilidade. 1 - O registro no cartório não é requisito de validade do contrato de alienação fiduciária. Ele traz como única consequência a ausência de eficácia desse contrato perante o terceiro de boa-fé. 2 - A anotação do gravame no certificado de propriedade do veículo pelo órgão competente permite que o adquirente se certifique dessa situação do automóvel, dando efetividade à publicidade que se pretende. 3 - Inviável determinar que o órgão administrativo exija o prévio registro cartorial do contrato de alienação fiduciária para a expedição do certificado de registro do veículo, sem que a lei o faça. (STJ, REsp n. 770.315/AL, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 04.04.2006)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 278.993/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 15.10.2002, RSTJ 168/203.

Os bens alienados fiduciariamente por não pertencerem ao devedor-executado, mas à instituição financeira que lhe proporcionou as condições necessárias para o financiamento do veículo automotor não adimplido, não pode ser objeto de penhora na execução fiscal. II - A cédula de crédito com alienação fiduciária não se confunde com os créditos que gozam de garantia real ou pessoal, os quais, não gozam de primazia frente aos créditos tributários, visto que, a transação que aquele envolve "não institui ônus real de garantia, mas opera a própria transmissão resolúvel do direito de propriedade". III - Recurso especial a que se dá provimento, para excluir da penhora o bem indevidamente constrito. (STJ, REsp n. 214.763/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.08.2000)

O bem objeto de alienação fiduciária, que passa a pertencer à esfera patrimonial do credor fiduciário, não pode ser objeto de penhora no processo de execução fiscal, porquanto o domínio da coisa já não pertence ao executado, mas a um terceiro, alheio à relação jurídico-tributária. A alienação fiduciária não institui um ônus real de garantia, não havendo de se falar, nesses casos, em aplicação da preferência do crédito tributário. (STJ, REsp n. 332.369, rel. Min. Eliana Calmon, j. 27.06.2006)

Com o advento do novo Código Civil a constituição da propriedade fiduciária de bens móveis recebeu novos contornos. Daí por que para sua constituição válida e eficaz torna-se imprescindível o assentamento do ajuste no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor (art. 1.361). Olvidado esse requisito, não ocorre o desdobramento da posse, o que implica impossibilidade de ajuizamento da ação de busca e apreensão por parte do credor por inadequação do rito eleito para satisfação do débito. (TJRS, Ap. cível n. 70.019.351.790, 14ª Câ. Cível, rel. Des. Judith dos Santos Mottecy, j. 10.05.2007)

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà:

I - o total da dívida, ou sua estimativa;

II - o prazo, ou a época do pagamento;

III - a taxa de juros, se houver;

IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tem correspondente no Código Civil de 1916. O art. 1º do Decreto-lei n. 911/69, que alterou a redação do art. 66 da Lei n. 4.728/65, continha regra semelhante, exigindo a especialização da dívida e da coisa dada em garantia fiduciária. Atualmente, no âmbito do mercado de capitais, regra semelhante contém o art. 66-B da Lei n. 4.728/65, com redação dada pela Lei n. 10.931/2004.

Nota-se, inicialmente, que o Código Civil de 2002 permite a propriedade fiduciária garantir os mais diversos contratos e obrigações, apenas fixando seus parâmetros mínimos em atenção ao princípio da especialização. Disso decorre a propriedade fiduciária ser garantia amoldável a diversas obrigações, de dar, inclusive pecuniária, de fazer, ou não fazer, desde que se conheçam o total e as características da dívida garantida.

Como dito, a propriedade fiduciária é acessória à obrigação garantida, seguindo sua sorte. Nada impede, de resto, que uma mesma obrigação receba múltiplas garantias, reais e fidejussórias; portanto a perda ou deterioração da coisa entregue em propriedade fiduciária em nada altera a garantia pessoal prestada por fiador ou avalista de título cambial emitido em reforço (TACMG, Ap. n. 22.422-0, rel. Juiz Lauro Bracarense, j. 10.10.1996).

Guarda a regra simetria com o art. 1.424 do Código Civil, que consolida o princípio da especialização das garantias reais. A ausência dos requisitos previstos no artigo em comento constitui vício extrínseco, acarretando a invalidade do direito real e impedindo seu registro no Oficial de Registro de Títulos e Documentos ou no departamento de trânsito.

Interessa, não somente às partes contratantes, conhecer o negócio que recebeu a garantia e o transferido como propriedade fiduciária. Como dito no comentário ao artigo anterior, o devedor fiduciário não é mero depositário ou possuidor direto, mas também proprietário sob condição suspensiva, pois recuperará o domínio com o adimplemento da obrigação. Por isso, todos os demais credores e os que negociam tanto com o devedor como com o credor fiduciário têm interesse em saber qual o patrimônio disponível, o transferido para o credor e em que condições retornará para o patrimônio do devedor. Por isso a norma cogente impõe requisitos mínimos ao contrato, dando publicidade e especializando o patrimônio transferido em garantia e as características da obrigação garantida.

Lembre-se, finalmente, que, por força do disposto no art. 66-B da Lei n. 4.728/65, com a alteração recebida da Lei n. 10.931/2004, em relação aos contratos de alienação fiduciária celebrados no âmbito do mercado financeiro, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, o contrato deverá conter, além dos requisitos anteriores, taxa de juros, cláusula penal, índice de atualização monetária, se houver, e demais comissões e encargos.

Jurisprudência: A lei estabelece requisitos mínimos para que o contrato instituidor da alienação fiduciária tenha eficácia jurídica como tal e validade como prova da contratação da garantia. Não se presta a tanto o instrumento contratual que, embora firmado pelas partes e por testemunhas e traga expresso o valor do financiamento, não contenha as datas de vencimentos das parcelas correspondentes, nem o valor da cada uma das parcelas, as taxas de juros incidentes e os parâmetros atualizatórios a serem observados. Nesse quadro, inde-

finidas as datas de vencimento e os valores das correspondentes, condições inexistem de averiguar-se o inadimplemento e, pois, a mora da alienante, o que acarreta a impossibilidade jurídica da ação de busca e apreensão para a execução da garantia fiduciária. (TJSC, Ap. n. 2.002.014.248-0, rel. Trindade dos Santos, j. 19.02.2004)

O contrato que prova a alienação fiduciária em garantia deve conter, obrigatoriamente, os requisitos das alíneas do § 1º, do art. 66, da Lei n. 4.728/65, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69. A ausência de tais requisitos desautoriza a busca e apreensão fiduciária do bem. (TJRS, 14ª Câm., Ap. n. 70.004.478.285, rel. Sejalmo Sebastião de Paula Nery, j. 13.03.2003)

Em regra, ao mútuo bancário não se aplica a limitação da taxa de juros em 12% ao ano, como estabelecido na Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33). Incidência da Súmula n. 596-STF. Restrita às taxas de mercado, a estipulação da comissão de permanência não é tida como cláusula puramente potestativa. Precedentes do STJ. Mora não caracterizada dos devedores no caso, em virtude de cobrança excessiva do Banco credor no ponto concernente à capitalização mensal dos juros. Recurso especial conhecido, em parte, e provido. (STJ, REsp n. 436.214, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 20.08.2002)

O contrato de alienação fiduciária deverá conter, obrigatoriamente, a descrição dos bens alienados, com os elementos indispensáveis à sua identificação. Pretender ação de busca e apreensão sobre coisa incerta é juridicamente impossível, levando à carência de ação. Preliminar acolhida e processo extinto sem julgamento do mérito. (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.467602-8/000, rel. Roberto Borges de Oliveira, j. 10.01.2006)

Art. 1.363. Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário:

- I - a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza;
- II - a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tem correspondente no Código Civil de 1916. O art. 1º do Decreto-lei n. 911/69 continha preceito similar, dispondo que o devedor fiduciante era “possuidor direto e depositário, com todas as responsabilidades que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”. O preceito, porém, foi expressamente revogado pelo art. 67 da Lei n. 10.931/2004; os deveres do devedor fiduciante são regulados, agora, somente pelo art. 1.363 em estudo, que se aplica também às instituições financeiras.

Disciplina o artigo em comento os direitos e deveres do devedor-fiduciante. Diz a parte inicial da cabeça do artigo ter ele posse direta e direito de usar a coisa. Dessa forma, como possuidor direto, tem tutela possessória para defender a posse dos ataques injustos de terceiros e mesmo do credor-fiduciário. Sua posse é justa, enquanto não houver quebra do dever de restituição, em razão do inadimplemento. Se a posse é justa - e, portanto, de boa-fé - tem direito também à percepção dos frutos, embora não o diga expressamente a lei, enquanto perdurar a boa-fé. Mais ainda, tem direito expectativo de recuperar a propriedade da coisa alienada em garantia, tão logo pague a obrigação garantida. Desse modo, como visto no comentário ao artigo anterior, tem propriedade sob condição suspensiva, subordinada ao fato futuro do adimplemento da obrigação.

Em seguida, disciplina o artigo os deveres do devedor fiduciário. Diz, inicialmente, que arca ele com custos e riscos da utilização da coisa. Logo, paga o devedor todo o custeio de

manutenção da coisa, inclusive impostos e taxas sobre ela incidentes. Além disso, há deslocamento legal dos riscos de perecimento e deterioração da coisa transferida em garantia, não se aplicando a regra geral *res perit domino* do direito das obrigações. A coisa se perde e se deteriora para o devedor não proprietário, com ou sem culpa, não ficando ele desonerado do pagamento da dívida em tais hipóteses. Há entendimento iterativo do STJ no sentido de que “furtado o bem, prossegue a ação de depósito, afastada a decretação da prisão, processando-se a execução nos próprios autos pelo equivalente em dinheiro, valendo a sentença como título judicial” (REsp n. 510.999/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21.10.2003). No mesmo sentido, “a jurisprudência da 2ª Seção do STJ consolidou-se no sentido de que, em caso de desaparecimento do bem alienado fiduciariamente, é lícito ao credor, após a transformação da ação de busca e apreensão em depósito, prosseguir nos próprios autos com a cobrança da dívida representada pelo “equivalente em dinheiro” ao automóvel financiado, assim entendido o menor entre o seu valor de mercado e o débito apurado (REsp n. 439.932/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.06.2003; cf. também, entre outros, REsp n. 283.676/MG, rel. Min. Barros Monteiro, j. 11.06.2002; REsp n. 169.293/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.05.2001; REsp n. 247.671/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.05.2001). A mesma posição adota o STF, afirmando que roubo ou furto do bem objeto de alienação fiduciária exonera o devedor de responder como depositário infiel, mas prossegue a ação de depósito como execução por quantia certa (RTJ 124/966 e 172/540).

O deslocamento legal dos riscos da coisa para o devedor fiduciante e a natureza de patrimônio de afetação da propriedade fiduciária que garante o credor provocam ainda outras conseqüências jurídicas. A responsabilidade civil decorrente de ato ilícito do devedor fiduciante, ou de terceiros, na utilização da coisa, especialmente acidentes de veículos, não acarreta a responsabilidade civil do credor fiduciário, segundo entendimento do STJ e do STF. Também a responsabilidade pelo pagamento de multas decorrentes de infrações de trânsito, taxas de licenciamento e IPVA são de responsabilidade exclusiva do devedor fiduciante, não recaindo sobre o patrimônio do credor fiduciário.

A parte final da cabeça do artigo equipara, indevidamente, o devedor-fiduciante ao depositário, atribuindo-lhe os deveres de empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza e de entregá-la ao credor se a dívida não for paga no vencimento.

O STJ mantém, hoje, firme posição no sentido da impossibilidade da prisão do devedor-fiduciante como depositário infiel, pois se trata de depósito atípico, uma vez que, como visto, é o devedor possuidor direto, com direito a usar e fruir da coisa, e, mais, proprietário sob condição suspensiva, com direito de recuperar a propriedade, mediante adimplemento da obrigação. Ao contrário do depósito, portanto, não há simples relação de guarda e devolução da coisa depositada. Tal entendimento foi sedimentado nos Embargos de divergência n. 149.518/GO, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar (ver íntegra do julgado na RT 777/145) e confirmado por inúmeros julgados recentes da mesma Corte (cf. Ag. Reg. no EREsp n. 489.648/GO; Ag. Reg. nos ED no REsp n. 2003/0185321-4, rel. Min. Ari Pargendler, j. 17.11.2004).

O STF, durante mais de uma década, em formação plenária e por maioria de votos, assentou a constitucionalidade da prisão do devedor fiduciante que não entrega o bem alienado ao credor fiduciário após o inadimplemento (RTJ 186/980; ver também RTJ 170/1.011, 172/652 e 174/335; RTJ 798/202). Entendeu que o Pacto de São José da Costa Rica não pode se opor ao comando do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, e, por ser norma geral infraconstitucional, não derogou as normas especiais infraconstitucionais que autorizam a prisão do depositário infiel. Afirmou, mais, caber ao legislador infraconstitucional definir o que considera contrato de depósito, bem como equiparar certas situações jurídicas à do depositário infiel (RTJ 176/511; KT803/150, 807/193 e 809/195). Tal posição, porém, foi diametralmente alterada, por ocasião do julgamento do RE n. 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso. Entendeu-se, por unanimidade de votos, inconstitucional a prisão civil do depositá-

rio infiel, com fundamento tanto na impossibilidade de extensão dos efeitos do contrato de depósito de guarda ao depósito de uso, ou impróprio, como também pela violação ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica, que veda a prisão civil por dívidas, salvo a proveniente de obrigação alimentar.

Os dois incisos do artigo em estudo explicitam os deveres do devedor fiduciante como possuidor direto e proprietário expectalivo da coisa. O primeiro é o dever de cuidado na guarda da coisa, dela zelando como se tivesse a propriedade plena. Não pode, ainda, usar a coisa para finalidade que contrarie sua natureza, ou para fins vedados por cláusula negociai.

O segundo é o dever de restituição da posse direta da coisa ao credor fiduciário, se a dívida não for paga no vencimento. Havendo inadimplemento, resolve-se o contrato que gerou a obrigação garantida por propriedade fiduciária. Se não mais haverá o implemento da condição resolutiva, a propriedade resolúvel se converte em propriedade plena. Nasce, aí, dever legal de restituição da coisa, e a posse, que era direta e justa, converte-se em posse precária, configurando esbulho. Não há, no Código Civil e na legislação especial que rege a matéria, qualquer vedação cogente impeditiva da aposição de cláusula resolutiva expressa nas obrigações com garantia fiduciária. Resolvido o contrato de pleno direito (art. 474 do CC), desaparece a causa que justificava a posse direta do devedor fiduciante.

A resolução do contrato por inadimplemento e a consolidação da propriedade nas mãos do credor, porém, devem obedecer ao princípio da boa-fé objetiva, em sua função de controle. Deve haver correspondência entre descumprimento e sanção imposta ao devedor, evitando o abuso de direito. O STJ, em sucessivos julgamentos, assentou que “o cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse (REsp n. 272.739/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; RSTJ 150/398).

Note-se que o Código Civil não menciona a necessidade de notificar o devedor fiduciante para comprovar ou constituir a mora, ao contrário do que dispõe o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/69. Por força do art. 8º-A do Decreto-lei n. 911/69, acrescentado pela Lei n. 10.931/2004, o procedimento judicial da lei especial (busca e apreensão) se aplica somente às hipóteses de alienação fiduciária reguladas pela Lei de Mercado de Capitais. Parece claro que, no regime do Código Civil, se a obrigação garantida é positiva, líquida e a termo, a mora é *ex re*, incidindo a regra *dies interpellat pro omine*. A notificação, porém, em que pese o silêncio do Código Civil e a não aplicação das regras do Decreto-lei n. 911/69, é indispensável para converter a mora em inadimplemento absoluto, marcando não mais ter o credor fiduciante interesse ou utilidade no recebimento da prestação. Mais ainda, o inadimplemento absoluto marcará o momento a partir do qual não mais poderá o devedor fiduciante pagar as parcelas em atraso e, portanto, cumprir a condição resolutiva da propriedade fiduciária, que, então, tornar-se-á plena nas mãos do credor. Vigentes e aplicáveis, tanto no regime do Código Civil, como no regime da Lei de Mercado de Capitais, as Súmulas ns. 72 (“A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”) e 245 (“A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”) do Superior Tribunal de Justiça. Critica-se a última Súmula. Parece evidente necessitar o devedor conhecer o exato montante do saldo devedor, com os acréscimos legais e contratuais, para que possa purgar a mora. Apenas se ressalva que as notificações, no regime do Código Civil, não servem para comprovar a mora, mas sim para convertê-la em inadimplemento absoluto. Dessa forma, o devedor fiduciante, uma

vez notificado, pode purgai* a mora no prazo razoável assinado pelo credor, independentemente do percentual da dívida já paga.

O art. 3º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/69, com redação dada pela Lei n. 10.931/2004, diz que, no prazo de cinco dias após executada a liminar de busca e apreensão, poderá o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, segundo valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, caso no qual o bem lhe será restituído livre de ônus. A novidade, que encontra séria resistência nos tribunais, está na liquidação da totalidade da dívida e não somente das parcelas vencidas. Não mais se exige o devedor fiduciante já ter pagado 40% do valor financiado, revogada, em tal ponto, a Súmula n. 284 do STJ. O TJSP, porém, julgou em data recente, por seu Órgão Especial, a “inconstitucionalidade da interpretação da expressão ‘integralidade da dívida pendente’ do § 2º do art. 3º do DL 911/64, significando a integralidade da dívida. Interpretação que afasta a garantia do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) e a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII). Interpretação conforme que se restringe às prestações vencidas e seus acréscimos. A exigência de pagamento da integralidade da dívida pendente, para purgação da mora na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (DL 911/69, art. 3º, § 2º), deve ser interpretada como sendo a totalidade das prestações vencidas do financiamento quando, sob pena de violação da garantia da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV) e da defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII)” (TJSP, Órgão Especial, Incidente de Inconstitucionalidade n. 150.402-0/5, rel. Des. Boris Kaufman).

O Código Civil - corretamente - não contém normas adjetivas sobre a medida judicial cabível para o credor fiduciário retomar a posse direta da coisa em garantia fiduciária. Como visto, o art. 8º-A do Decreto-lei n. 911/69 é expresso ao dispor que o procedimento judicial da busca e apreensão, com as regras da lei especial, somente se aplica às hipóteses da Lei de Mercado de Capitais quando a credora fiduciária for instituição financeira. Nos demais casos regulados somente pelo Código Civil, nos quais o credor fiduciário for pessoa natural ou pessoa jurídica não instituição financeira, cabível será a ação de reintegração de posse, tal como ocorre nos casos de arrendamento mercantil. É possível cogitar, ainda, na utilização, por analogia, do procedimento especial dos arts. 1.070 e 1.071 do Código de Processo Civil, previsto para os casos de compra e venda com reserva de domínio.

Jurisprudência: Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que, em caso de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, como verificado na espécie, é inviável a prisão civil do devedor fiduciário, porquanto as hipóteses de depósito atípico não estão inseridas na exceção constitucional restritiva de liberdade, inadmitindo-se a respectiva ampliação. (STJ, Ag. no REsp n. 690.646/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 01.03.2005)

Contrato garantido por alienação fiduciária. Prisão do devedor fiduciário. Impossibilidade. Precedentes desta Corte. Aplicação do Enunciado n. 83 da súmula desta Corte. I - Segundo a jurisprudência tranqüila desta Corte, o devedor fiduciante, em contrato de alienação fiduciária em garantia, não está sujeito à prisão civil, por não se equiparar ao depositário infiel. (STJ, Ag. Reg. nos Embargos declaratórios no AG n. 626.775/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 03.03.2005)

Não cabe prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária. No caso da alienação fiduciária em garantia não se tem um contrato de depósito genuíno, portanto o alienante não deve ser equiparado ao depositário infiel. (STJ, AEResp n. 489.648/GO, rel. Min. Ari Pargendler, j. 17.11.2004, v.u., DJ 06.12.2004)

No mesmo sentido: AEResp n. 489.278/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 27.11.2003, v.u., DJ22.03.2004; HCn. 11.918/CE, rel. Min. Nilson Naves, j. 20.10.2000, v.m., DJ10.06.2002; AEResp n. 263.551/PR, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 11.04.2002, v.u., DJ 13.05.2002.

Em ação de busca e apreensão fundada em contrato de alienação fiduciária em garantia, conquanto a mora se caracterize pelo vencimento da dívida, a lei impõe sua comunicação, que pode dar-se "por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo Protesto do Título". O protesto, porém, há de ser regular, para valer e isto só ocorre se observados os requisitos impostos pela Lei n. 9.492, de 10.09.1997. Se, no entanto, prova alguma se fez das hipóteses elencadas no art. 15 da referida lei, pois a devedora tem endereço certo dentro da competência territorial do tabelionato, logo, impunha-se a tentativa de intimação pessoal do protesto. Inválido o protesto, resta desatendida a exigência do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/69 e isto determina a falta de pressuposto processual, razão por que a extinção do processo sem apreciação do mérito, na forma do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, é de rigor. (II TACSP, Ap. n. 585.171-00/2, rel. Nestor Duarte, j. 23.08.2000)

O Decreto-lei n. 911/69 foi recepcionado pela ordem constitucional vigente. A equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afronta a Carta da República. Legítima, assim, a prisão civil do devedor fiduciante que descumpre, sem justificação, ordem judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro. Precedente do STF. (STF, HC n. 71.286-0/MG, rel. Min. Francisco Rezek, j. 30.08.1995)

Habeas corpus. 1 - No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o n. 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2 - A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3 - Reitera-dos alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE n. 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste STF. No julgamento do RE n. 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4 - Superação da Súmula n. 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC n. 68.584/SP pelo STJ. 5 - Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar. (STJ, HC n. 90172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007)

A concessão de *habeas corpus*, de ofício, para que seja afastada a ordem de prisão civil do devedor fiduciante, pela não caracterização de sua situação jurídica como depositário infiel, não configura julgamento *extra petita*, pois a liberdade ambulatoria não está sujeita a nenhuma restrição de ordem processual civil, salvo a coisa julgada, em princípio. (II TACSP, Ap. n. 611.646-00/6, rel. Soares Levada, j. 01.03.2000)

O devedor fiduciante exerce apenas a posse precária direta, com expectativa de propriedade, além da responsabilidade pela guarda e conservação da coisa como depositário contratual. Inadmissível, pois, a penhora de bem alienado fiduciariamente, cujo domínio pertence ao credor. (II TACSP, Al n. 540.707, rel. Renato Sartorelli, j. 10.09.1998)

Constatado no contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia cláusula resolutória expressa para o caso de inadimplemento, pode a instituição fiduciária valer-se da ação de busca e apreensão para a retomada dos bens alienados fiduciariamente, após for-

mal notificação e constituição do devedor fiduciante em mora. (II TACSP, Ap. n. 698.635-00/0, rel. Gomes Varjão, j. 26.09.2001)

Mora. Notificação. Falta de prova da entrega. A falta de prova da entrega da notificação no endereço do devedor impede a propositura da ação de busca e apreensão. Recurso não conhecido. (STJ, 3ª T., REsp n. 468.348, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.03.2003)

É válida, para efeito de constituição em mora do devedor, a entrega da notificação em seu endereço, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 659.582/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.11.2008)

Cabe ao credor fiduciário, que detém a propriedade resolúvel e a posse indireta do bem, o pagamento das despesas de estadia e outros encargos para liberação do veículo quando lhe foi deferida a busca e apreensão e, por conseguinte, a posse direta do bem. Por outro lado, tais despesas são passíveis de restituição em face da parte contrária. (TJRS, AI n. 70.020.985.495, rel. Des. Judith dos Santos Mottecy, j. 16.08.2007)

No regime de propriedade fiduciária posto no CC/2002, que é dirigido apenas a bens móveis, mas que pode ter suas disposições aplicadas subsidiariamente ao regime de propriedade fiduciária de bens imóveis, não há um prazo limite para a purgação da mora. O que há é a vedação da alienação do bem em razão de mora anterior a aceitação do pagamento, do que decorre a possibilidade de purgação da mora a qualquer tempo antes da alienação (CC/2002, art. 1.425, III, *in fine*, c/c art. 1.367). No caso dos autos, há clara e inequívoca intenção da fiduciante em se manter pontual e em manter a validade do contrato originalmente acordado, acompanhado da não ocorrência de efetivos prejuízos para a CEF no caso de manutenção do contrato. (TRF, 4ª Região, Ap. cível n. 2002.700.003.74099, rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 22.05.2006)

Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em estudo não tem correspondente no Código Civil de 1916. O art. 2º do Decreto-lei n. 911/69 contém preceito semelhante e ainda se encontra em vigor para os contratos de alienação fiduciária em que figure como credora instituição financeira.

O presente dispositivo tem estreita relação com o subsequente, que veda a aposição de cláusula comissória nos contratos garantidos por propriedade fiduciária. Como visto no artigo anterior, com o inadimplemento absoluto, a propriedade resolúvel se converte em propriedade plena - mas afetada ainda à função de garantia - nas mãos do credor fiduciário, pois não mais haverá o implemento da condição resolutiva pelo pagamento.

Não pode o credor, agora proprietário pleno da coisa, mas com afetação residual à satisfação de um crédito, ficar com ela, devendo promover sua alienação a terceiros, em leilão judicial ou extrajudicial, de acordo com o previsto no contrato garantido. No silêncio do título, a opção pela forma de alienação é do credor. Note-se a venda da coisa ter natureza jurídica de excussão, interessando não somente ao alienante e ao adquirente, mas também ao devedor fiduciário, que terá direito a eventual saldo credor ou ficará responsável por eventual saldo devedor a ser apurado.

É por isso que, segundo o entendimento do STJ, “deverá o devedor ser previamente comunicado das condições da alienação, para que possa exercer a defesa de seus interesses” e acompanhar a venda, verificando sua correção e, se for o caso, ofertando valor superior (REsp n. 327.291/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2001; também *RJ* 278/72). Não exige a lei prévia avaliação do bem por perito ou oficial de justiça, mas a venda, obrigatoriamente, será por valor de mercado da coisa, levando em conta natureza e estado de conservação (*RSTJ* 151/280). O credor escolhe o adquirente, não havendo necessidade de a alienação ser feita em leilão judicial. A venda extrajudicial por valor inferior ao de mercado, porém, gera responsabilidade civil do credor, por vigorar o princípio de a execução dever ser feita do modo menos oneroso ao devedor (RESTIFFE NKTO, Paulo. *Garantia fiduciária*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 331).

Alienado o bem, três possibilidades se abrem: o valor da alienação pode superar, igualar ou ser inferior ao saldo devedor da obrigação garantida. O saldo devedor, para efeito de compensação, é calculado acrescido dos encargos moratórios legais (correção monetária, juros, custas processuais e honorários advocatícios) ou contratuais (cláusula penal, comissão de permanência). Trata o artigo em comento apenas da primeira possibilidade: o valor apurado quando o valor de venda é superior ao saldo devedor. Nesse caso, deve haver a restituição do saldo apurado ao devedor, atualizado e acrescido de juros moratórios contados da data da alienação. Pouco importa o credor ter vendido a prazo, devendo a restituição do saldo ao devedor ser efetuada à vista. Cabe ao devedor o direito de exigir contas do credor, que tem o dever de prestá-las, segundo entendimento do STJ (REsp n. 67.295/RO, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26.08.1996).

O devedor tem direito à restituição da diferença entre o valor da venda da coisa e o saldo devedor da obrigação garantida, mas não à devolução das parcelas pagas. A coisa não ficará com o credor, que apenas satisfará seu crédito, pois a venda tem natureza de excussão. O art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, portanto, ao se referir à vedação da cláusula que estabeleça a perda da totalidade das prestações pagas nas vendas a crédito, inclusive nas alienações fiduciárias, deve ser lido como vedação a que o devedor, por cláusula contratual, renuncie ao direito de receber eventual saldo apurado quando da venda da coisa garantida a terceiros, como já se pronunciou o STJ (REsp n. 437.451/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.02.2003; REsp n. 363.810/DF, rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.02.2002).

O art. 3º, § 1º, do Decreto-lei n. 911/69, com redação dada pela Lei n. 10.931/2004, reza que cinco dias após executada a liminar, propriedade e posse da coisa se consolidarão no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes expedir novo certificado de propriedade do veículo, livre do ônus da propriedade fiduciária. A regra vale somente para os casos nos quais sejam as credoras instituições financeiras e se mostra de duvidosa constitucionalidade, pois a venda poderá ser feita antes do prazo de defesa e de eventual sentença.

Jurisprudência: Alienação fiduciária. Avaliação do bem apreendido, para estabelecer preço mínimo na venda a terceiro. Inocorrência de previsão contratual. Apelação do credor fiduciário provida, para afastar o limite mínimo fixado na sentença com base nessa avaliação. Não havendo expressa previsão no contrato, não se poderá exigir que o credor fiduciário só possa vender o bem apreendido a terceiro por preço nunca inferior ao estabelecido em prévia avaliação (Decreto-lei n. 911/69, art. 2º). (TJPR, Ap. cível n. 47.633-9, 7ª Câm. Cível, rel. Mendonça de Anunciação, j. 05.02.1993)

Alienação fiduciária em garantia. Ação de busca e apreensão de veículo. Sentença que julga procedente o pedido para consolidar a propriedade e a posse plena do bem nas mãos do autor, impondo a este a caução daquele até que ao réu se restitua eventual saldo remanescente e o valor das prestações já pagas. Apelação na qual se sustenta a possibilidade da alienação do veículo. Não é possível, logicamente, impedir a venda do bem alienado que defi-

nitivamente tornou às mãos do credor fiduciário, para garantir ao devedor fiduciante o pagamento de eventual saldo que somente com a realização daquela será porventura apurado. Se o pago não foi preço de venda e compra, mas sim empréstimo, e servirá o produto da alienação do bem dado em alienação fiduciária para este pagar também, não se justifica a preocupação de se assegurar a restituição, ao devedor fiduciante, do valor por ele já despendido. (II TACSP, Ap. n. 587.662-00/1, rel. Palma Bisson, j. 08.02.2001)

A venda extrajudicial é opção legítima conferida pela lei ao proprietário fiduciário como forma de satisfação de um crédito consubstanciado em título executivo extrajudicial consistente em contrato de alienação fiduciária, sendo desnecessária a realização de leilão. No entanto, essa excussão, à semelhança da execução judicial, também deve revestir-se da forma menos onerosa e com o menor sacrifício para o executado. Tendo verificado, o oficial de justiça, que o veículo estava em bom estado de conservação, na oportunidade da busca e apreensão, condição aceita pela autora, eventuais pequenos defeitos existentes no momento da alienação induzem apenas que o veículo seja vendido pelo preço mínimo, na média apurada pela venda de mercado, colhido em revista especializada, não se admitindo como boa a venda realizada por preço inferior àquela estimativa, mesmo porque não foi conferida qualquer oportunidade para que o devedor pudesse, ao menos, fiscalizar as condições em que a alienação se realizava. (II TACSP, Ap. n. 595.662-00/6, rel. Amorim Cantuária, j. 20.03.2001)

No que tange a alegação de violação aos arts. 2º e 3º do Decreto-lei n. 911/69, porquanto seria o recorrido carecedor da ação por falta de interesse processual, posto que os bens alienados fiduciariamente foram devolvidos espontaneamente pela devedora-alienante antes do ajuizamento da ação de busca e apreensão, o recurso, igualmente, não prospera. O mencionado art. 2º faculta ao credor vender o objeto da garantia, independentemente de qualquer medida judicial ou extrajudicial. Entretanto, não exclui a possibilidade do credor fiduciário requerer a busca e apreensão, o que é ratificado pelo próprio art. 3º. A simples entrega dos bens pelo devedor fiduciante, como no caso, não tem o condão de tornar o credor sem interesse processual de agir, com a propositura de eventual ação de busca e apreensão, porquanto esta é o instrumento necessário para a consolidação da propriedade e posse plena e exclusiva dos referidos bens, os quais podem, então, ser objeto de venda extrajudicial. Uma vez consolidada a propriedade nas mãos do fiduciário, a venda passa a ser exercício do pleno poder de dispor de um proprietário irrestrito, não mais um ônus para realização de uma garantia, como se apresenta quando o fiduciário ainda não teve consolidada a propriedade. Recurso conhecido, por ambas as alíneas, porém, desprovido. (STJ, REsp n. 240.289, 4ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 03.08.2004)

Contrato. Consórcio. Contemplação e inadimplemento. Retomada do bem em ação de busca e apreensão. Aplicação do produto da venda no pagamento do crédito, com devolução, para o inadimplente, de eventual saldo remanescente, consoante disposições do art. 1.364 do Código Civil de 2002. Inviabilidade da pretensa restituição integral através de ação de cobrança, sendo a adequada a de prestação de contas. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 1.038.051-9/Bauru, 22ª Câm. de Direito Privado, rel. Matheus Fontes, j. 28.03.2006)

Agravo de instrumento. Alienação Fiduciária. Ação de busca e apreensão. Sentença de procedência que consolida a posse definitivamente nas mãos do autor. Devedor postulando a retirada de partes acessórias do bem entregue ao autor. Impossibilidade. Partes acessórias integradas ao bem que devem seguir o destino dado ao objeto principal. Pretensão deferida em primeiro grau. Recurso provido. (TJSP, AI n. 113.329.3001, rel. Ruy Coppola, j. 08.11.2007)

Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo guarda simetria com o art. 765 do Código Civil revogado e com o art. 1.428 do atual Código, que vedam, por norma cogente, contratação de cláusula comissória.

A propriedade fiduciária é afetada à garantia do pagamento de uma obrigação e, por isso, está sujeita também à cláusula comissória, que veda ao credor ficar com objeto da garantia se a dívida não for paga no vencimento. A vedação é imperativa, e considera-se não escrita qualquer cláusula em sentido contrário. Nulos são também os negócios indiretos - em fraude à lei - que por contratos formalmente lícitos alcancem o objetivo prático vedado pela norma cogente.

Não cabe a adjudicação da coisa ao credor em leilão extrajudicial. Tal possibilidade somente ocorrerá em leilão judicial, por ser público, com prévia avaliação e fiscalização do juiz. Em relação à alienação fiduciária sobre bens imóveis, regulada pela Lei n. 9.514/97 (art. 27, § 5º), admite-se que, se o lance não superar o valor da dívida acrescida de encargos no segundo leilão, a obrigação se considerará extinta, e o credor não terá o dever de restituir qualquer quantia. Admite-se, em tal caso, o imóvel ficar com o credor fiduciário, mediante quitação da dívida.

O parágrafo único do artigo em estudo, de modo simétrico ao parágrafo único do art. 1.428 adiante comentado, admite a possibilidade de dação em pagamento da coisa após o vencimento da dívida. Exige-se o negócio da dação ser feito após o vencimento, não valendo, como é óbvio, cláusula negociai inserta no título da obrigação garantida prevendo tal figura. O consentimento deve ser livremente manifestado pelo devedor fiduciante depois do vencimento da dívida. Note-se que o próprio legislador reconhece, aqui, que o devedor fiduciante é muito mais do que mero depositário, ao admitir que dê em pagamento a propriedade expectativa.

Jurisprudência: O Decreto-lei n. 911/69, com as alterações da Lei n. 10.931/2004, continua recepcionado pela Constituição Federal, e a aplicação de seus dispositivos não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, daí ser cabível a ação de busca e apreensão, nos casos de mora do devedor fiduciário. A consolidação da propriedade do bem no patrimônio do credor, nos termos do § 1º do art. 3º do Decreto-lei n. 911/69, só ocorrerá se o devedor, citado, não pagar o débito, e, mesmo assim, há que se proceder à venda do bem, entregando-se ao devedor o saldo apurado, o que se harmoniza com o disposto no art. 1.364 do Código Civil, bem como não se choca com o que dispõe o art. 1.365 do mesmo estatuto, porque neste dispositivo a vedação diz respeito a cláusula contratual que autorize o credor a ficar com a coisa, sem obrigação de sua venda e entrega do saldo apurado. (TJMG, AI n. 1.0702.05.220516-9/001, rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 09.09.2005)

Art. 1.366. Quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo guarda simetria com o art. 1.430, adiante comentado, que prevê a responsabilidade do devedor pelo restante, quando o produto da excussão da coisa dada em garantia não bastar para o pagamento da dívida e despesas judiciais.

Não prevê o Código Civil a responsabilidade residual de terceiros garantes, como avalistas ou fiadores, mas tão somente do devedor fiduciário. Tal regra consolida o entendimento do STJ, no sentido de que “após a venda extrajudicial do bem, a obrigação do pagamento do saldo remanescente é pessoal do devedor principal, sendo ilícita a execução contra os garantes, sejam eles fiadores, avalistas ou terceiros interessados” (REsp n. 49.086/MG, 2ª Seção, rel. iMin. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.06.1997, v.m., *DJ* 10.11.1997; REsp n. 142.984/SP, 4ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.03.2002, v.u., *DJ* 17.06.2002; REsp n. 254.408/MG, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 01.03.2001, v.u., *DJ* 04.06.2001; REsp n. 4.605/SP, 4ª T., rel. Min. Athos Carneiro, j. 16.04.1991, v.u., *DJ* 10.06.1991).

Há, porém, entendimento diverso do STJ, de que “a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente não leva, por si, à extinção da responsabilidade dos garantes pelo pagamento do saldo residual remanescente. Indispensável, entretanto, que o credor dê a eles ciência de que vai alienar o bem, por determinado preço” (REsp n. 178.255/PR, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.06.2000, v.u., *DJ* 28.08.2000; REsp n. 140.894/PR, 2ª Seção, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.06.2000, v.u., *DJ* 19.03.2001; REsp n. 533.733/RS, 4ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 09.09.2003, v.u., *DJ* 28.10.2003). Embora persista a responsabilidade do garante, exige-se a prévia ciência para acompanhamento da venda da coisa dada em garantia, para efeito de controle do preço e, por consequência, do saldo devedor.

No que se refere à cobrança do saldo em relação ao devedor fiduciário, o entendimento atual do STJ é no sentido de que se o credor não pode valer-se do processo executivo “para haver o remanescente do débito decorrente da venda extrajudicial do bem dado em garantia, admissível é a ação monitória nos termos do art. 1.102-A, do CPC” (REsp n. 331.789/MG, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 25.09.2001, *DJ* 04.03.2002; STJ, REsp n. 562.945/RS, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.04.2004, v.u.). Em termos diversos, a venda extrajudicial do bem retira a liquidez da apuração de eventual saldo devedor, que não pode ser cobrado pela via executiva. A verificação da correspondência entre o valor apurado na venda unilateral e o valor de mercado da coisa é incompatível com o processo de execução.

O saldo devedor engloba o valor da dívida, acrescida de juros moratórios legais e, se for o caso, convencionais, cláusula penal e despesas com a cobrança, inclusive honorários advocatícios.

Jurisprudência: Inadimplemento da arrendatária e que não fez qualquer opção antes do término do prazo contratual. Contrato com prazo de duração exaurido. Existência, ainda assim, de título executivo extrajudicial. Execução permitida, porém, apenas das contraprestações e encargos contratuais. Exclusão do valor residual garantido do processo de execução. Enquadramento do valor residual como caução e que não pertence à arrendadora. Necessidade de prévia alienação dos bens de propriedade da arrendadora para, só então, apurar existência de eventual saldo credor. Ausência dos requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade em relação ao valor residual. (II TACSP, Ap. n. 590.704-00/0, rel. Kioitsi Chicuta, j. 19.10.2000)

Se a taxa exigida pelo credor fiduciário a título de comissão de permanência foi por ele fixada aleatoriamente, sem estar baseada em taxa oficial de mercado regularmente comprovada, poderá o magistrado determinar seja ela recalculada, para fins de purgação de mora ou de cobrança, segundo a taxa de juros praticada no contrato original, conforme, aliás, prevê como primeira hipótese a Resolução n. 1.129/86 do Banco Central, critério esse inequivocamente justo para ambas as partes, uma vez que o credor continuará a receber a mesma remuneração por seu dinheiro que entendeu conveniente ao conceder o empréstimo, que assim

teria apenas se prorrogado no tempo por conta do inadimplemento, enquanto o devedor pagará os mesmos encargos que julgou aceitáveis ao contratá-lo. (II TACSP, AI n. 687.125-00/5, rel. Amaral Vieira, j. 29.05.2001)

Alienação fiduciária em garantia. Legitimidade do fiador. Não se exime da responsabilidade o fiador, quando, ocorrendo busca e apreensão, o bem é vendido pelo credor, mas o valor não é suficiente para cobrir o débito, existindo saldo devedor remanescente. Interpretação do art. 66 da Lei n. 4.728/65, na redação do Decreto-lei n. 911. Necessidade, entretanto, de que seja ele cientificado, pelo credor, de que o bem será vendido, para que possa pagar o débito, sub-rogando-se no crédito e na garantia. Isso não se fazendo, não poderá ser responsabilizado pelo débito remanescente. (STJ, REsp n. 140.894, 2ª Seção, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.06.2000)

Alienação fiduciária. Fiador. Alienação do bem. Após a venda extrajudicial do bem, sem a participação do devedor, a obrigação de pagamento do saldo é pessoal do devedor, desaparecendo a garantia da fiança. Art. 66, § 5º, da Lei n. 4.728/1965. Embargos providos. (STJ, Embargos de divergência no REsp n. 49.086, 2ª Seção, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.06.1997)

Alienação fiduciária. Consórcio. Devolução do bem e venda extrajudicial. Ausência de prévia comunicação da venda ao devedor. Pretensão de cobrança de saldo. Ônus da prova. Extinção da responsabilidade do garante. Frustração do direito de sub-rogação. A venda extrajudicial do bem devolvido ao credor fiduciário é válida, mas dela deve ser previamente cientificado o devedor, sob pena de restar inviabilizada a pretensão de cobrança de saldo, se houver dúvida sobre a exatidão dos valores. Na ação de cobrança fundada no § 5º do art. 1º do Decreto-lei n. 911/69, é do credor fiduciário o ônus da prova quanto à existência de saldo devedor do fiduciante, devendo postular de modo a viabilizar o exercício do direito de defesa, discriminando todas as parcelas pagas, recebidas e descontadas, agindo como se de ação de prestação de contas se tratasse, já que tem o dever de prestá-las. Com a venda do bem apreendido, frustrado o direito de sub-rogação, resta exonerado, o fiador, da responsabilidade quanto ao pagamento de eventual saldo devedor. Precedentes do STJ. Ação julgada improcedente. Apelação não provida. (TJRS, Ap. n. 70.002.654.333, 14ª Câmara, rel. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 14.03.2002)

Art. 1.367. Aplica-se à propriedade fiduciária, no que couber, o disposto nos arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não encontra correspondente no Código Civil de 1916. O preceito é repetido no § 5º, do art. 66-B, da Lei n. 4.728/65, acrescentado pela Lei n. 10.931/2004, que se aplica, como já visto, à alienação fiduciária na qual figure como credor fiduciário instituição financeira. Embora se encontre a propriedade fiduciária regulada no atual Código Civil como modalidade de propriedade resolúvel, é inequívoca sua afetação à garantia da solução de uma obrigação.

Atento a tal realidade, o legislador, em um só dispositivo, estendeu ao regime jurídico da propriedade fiduciária diversos princípios e regras que orientam os direitos reais de garantia. O primeiro princípio é o art. 1.421 do Código Civil, que consagra o princípio da indivisibilidade da garantia real, segundo o qual toda a coisa e cada uma de suas partes garantem a totalidade da dívida, de modo que o cumprimento parcial da obrigação não implica libera-

ção parcial da garantia, salvo disposição contratual em sentido contrário. Vale apenas destacar que se aplica por analogia a exceção ao princípio da indivisibilidade previsto no art. 1.488 do Código Civil (que permite a liberação parcial da hipoteca de imóveis loteados e em condomínio edilício) à propriedade fiduciária sobre bens imóveis (Lei n. 9.514/97).

O segundo princípio mencionado é o art. 1.425 do Código Civil, sobre o vencimento antecipado da dívida, em razão de fatos supervenientes que coloquem em risco ou acarretem a perda da garantia. As hipóteses previstas em lei serão analisadas individualmente no comentário ao artigo citado. Cabe lembrar, em relação à propriedade fiduciária, somente ter sentido o vencimento antecipado da obrigação no caso de risco à garantia do credor. A insolvência do devedor, por exemplo, nem sempre afeta a garantia, pois, na propriedade fiduciária, a coisa já pertence ao credor e se encontra a salvo de penhora ou arrecadação. Logo, a transposição do art. 1.425 deve ser feita levando em conta as peculiaridades da propriedade fiduciária e o risco efetivo trazido pelo fato superveniente à garantia do credor fiduciário.

O terceiro princípio é o art. 1.426, que trata do abatimento proporcional dos juros relativos ao tempo ainda não decorrido, no caso de vencimento antecipado da obrigação. É regra que concretiza a cláusula geral da vedação do enriquecimento sem causa, porque não pode receber o credor remuneração do capital por período de tempo futuro, no caso de vencimento antecipado da dívida.

O preceito deve ser lido em consonância com o art. 49 da Lei n. 11.101/2005, cujo § 3º estipula: “Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”. A jurisprudência dos Tribunais subordina a execução da apreensão ao prévio decurso do prazo de 180 dias, com termo inicial na data do deferimento do pedido de recuperação.

O quarto princípio mencionado é o art. 1.427, que trata da garantia real prestada por terceiro à obrigação alheia. Determinado bem é colocado à disposição, com vínculo real, à solução de obrigação contraída por outrem. Se a garantia se perde ou se deteriora por fato não imputável ao terceiro garantidor, este não está obrigado a reforçá-la ou a substituí-la, salvo cláusula expressa em sentido inverso, pois a norma é dispositiva.

Finalmente, o quinto artigo mencionado é o 1.436, que trata das causas de extinção do penhor. A propriedade fiduciária é acessória à obrigação garantida, de tal modo que segue sua sorte. Extinta a obrigação, por qualquer causa original ou superveniente, com ou sem cumprimento, extingue-se com ela a garantia. De igual modo, o perecimento da coisa, renúncia, remissão ou confusão extinguem a propriedade fiduciária. O perecimento parcial mantém incólume a garantia quanto à parte remanescente. Na excussão judicial ou extrajudicial da coisa a terceiro, o adquirente a recebe desonerada, pois o credor satisfará seu crédito com o respectivo preço.

Quanto à adjudicação de coisas móveis no regime do Código Civil, cabe lembrar a lição de Orlando Gomes, para quem há, na verdade, consolidação, pois o credor fiduciário já era proprietário da coisa, inicialmente em caráter resolúvel e depois em caráter pleno, apenas com o dever de promover sua excussão (*Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 138). Deve haver extrema cautela com a adjudicação no caso de propriedade fiduciária, pois o bem não é avaliado judicialmente. Assim, somente a adjudicação por valor de mercado do bem é que se admite, para evitar o enriquecimento sem causa do credor e o desmedido sacrifício do devedor.

Jurisprudência: 1 - Na falência do devedor fiduciário é desnecessária a interpelação do síndico, pelo credor, para dizer se cumprirá ou não o contrato. Primeiro, porque a falência importa no vencimento antecipado do gravame, e a resolubilidade da propriedade fiduciária em favor do devedor alienante deixa de existir. Segundo, porque o contrato que deu origem à alienação fiduciária é um contrato de abertura de crédito, típico contrato unilateral que escapa do alcance do art. 43 da Lei de Falências. 2 - Não constitui óbice ao ajuizamento do pedido restitutivo o fato de ter a alienação fiduciária sido dada dentro do termo legal da falência. Não, porque, no caso concreto, ela foi constituída juntamente com a dívida garantida, e o art. 52, III, da Lei de Falência exige tratar-se de dívida anterior ao período suspeito. Ainda, não recai sobre bem próprio da devedora, mas foi adquirido contemporaneamente à abertura de crédito e a esse vinculado. (TJPR, Ap. cível n. 52.040-7, 1ª Câmara Cível, rel. Ulysses Lopes, j. 17.12.1996)

Agravo de instrumento. Reserva de domínio. Busca e apreensão. Devedora fiduciária em recuperação judicial. Permanência dos bens em mãos do devedor. Admissibilidade. Maquinário indispensável à sua atividade. Aplicação do artigo 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. Recurso provido. (TJSP, AI n. 992.09.051756-2, 26ª Câmara Dir. Privado, rel. Andreata Rizzo, j. 23.09.2009)

Exsurge com clareza, portanto, da Lei de Recuperações e Falências, que o credor com garantia decorrente de alienação fiduciária de coisa móvel (proprietário fiduciário), como é o agravante, não se submete aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo seus direitos de proprietário fiduciário de acordo com a respectiva lei de regência. O único efeito que suportará o agravante é o de não poder pleitear a busca e apreensão das máquinas objeto de alienação fiduciária, pelo prazo de 180 dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, porque elas consistem em bens de capital essenciais à atividade empresarial da devedora. O único efeito que suportará o agravante é o de não poder pleitear a busca e apreensão das máquinas objeto de alienação fiduciária, pelo prazo de 180 dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, porque elas consistem em bens de capital essenciais à atividade empresarial da devedora. (TJSP, AI n. 428.701.4/5-00, rel. Des. Pereira Calças, Câmara Especial de Falência e Recuperações)

Possibilidade de revisão de contrato quitado. A revisão do contrato quitado é possível, haja vista que o negócio não se afigura imutável, principalmente por apresentar incongruência entre suas cláusulas e os moldes legais atinentes à espécie. Quitação antecipada e abatimento nos juros pactuados. Ocorrendo a quitação antecipada do financiamento, é devido o desconto proporcional dos juros incidentes nas parcelas pagas em data anterior ao previsto no contrato. Repetição de indébito. Verificado o pagamento a maior realizado pelo consumidor, impõe-se a repetição simples de tais parcelas. Apelação parcialmente provida. (TJRS, 14ª Câmara, Ap. n. 70.008.296.717, rel. Des. Rogério Gesta Leal, j. 25.03.2004)

Art. 1.368. O terceiro interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária.

CC/1916: sem correspondente.

O art. 6º do Decreto-lei n. 911/69 assegura a sub-rogação apenas ao terceiro interessado, ao fiador e ao avalista. A lei especial se aplica às instituições financeiras credoras fiduciárias com regime jurídico diferenciado.

Na lição de Luiz Edson Fachin, “sub-rogação é a substituição nos direitos creditórios, operada em favor de quem pagou a dívida” (*Comentários ao Código Civil* Rio de Janeiro, Saraiva, 2003, v. XIV, p. 1.368).

A novidade do Código Civil está em permitir ao terceiro, interessado ou não, sub-rogação no crédito e na garantia, de pleno direito. A sub-rogação, portanto, dá-se em duas frentes: no crédito e na garantia, que lhe é acessória. O preceito é mais amplo do que a regra geral da sub-rogação do art. 346 do Código Civil, que admite a sub-rogação legal, de pleno direito, em relação apenas a determinados credores, previstos em seus três incisos. A sub-rogação legal, portanto, ganha nova feição quando ocorre em obrigações garantidas por propriedade fiduciária, abrangendo também os terceiros não interessados.

Consequência da sub-rogação legal é a possibilidade de o terceiro, novo credor, prosseguir na ação originalmente ajuizada pelo credor fiduciário, como substituto processual, ou, ainda, ajuizar ação de busca e apreensão (Decreto-lei n. 911/69) ou de reintegração de posse (Código Civil de 2002), ou mesmo de depósito, contra o devedor fiduciante. Tome-se como exemplo a seguradora que paga indenização correspondente ao crédito do credor fiduciário, que pode ajuizar ação de busca e apreensão do veículo segurado (TACMG, Ap. n. 308.948-30, rel. Juiz Geraldo Augusto, j. 15.06.2000). No mesmo sentido, admitindo busca e apreensão ajuizada pela seguradora sub-rogada, o STJ decidiu que “o comando do art. 6º do Decreto-lei n. 911/69 é expresso ao assegurar a sub-rogação de pleno direito em favor daquele que pagar a dívida, assim o avalista, o fiador ou o terceiro interessado” (REsp n. 148.865/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Jurisprudência: Havendo, por parte do terceiro interessado, o adimplemento da dívida no lugar do devedor, opera-se o efeito da sub-rogação legal dele no crédito, bem como na garantia da alienação fiduciária, não havendo, portanto, como impedi-lo de residir no polo ativo da ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito. (TACPR, Ap. cível n. 60.399-0, 5ª Câmara, rel. Cícero da Silva, j. 03.02.1995)

Ação de busca e apreensão movida por terceiro interessado e que pagou a dívida diretamente à fiduciária. Sub-rogação legal. Legitimidade para ajuizar ação de busca e apreensão. Ação julgada procedente. Ausência de prova de pagamento das prestações pelo fiduciante. Recursos improvidos. (II TACSP, Ap. n. 598.717-00/6, rel. Kioitsi Chicuta, j. 19.03.2001)

O direito de sub-rogação previsto no art. 6º do Decreto-lei n. 911/69 é reservado ao terceiro interessado, àquele que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. (II TACSP, AI n. 644.571-00/7, rel. Amaral Vieira, j. 08.08.2000)

1 - Não negando o réu a dívida, nem, muito menos, apresentando impugnação específica sobre o valor cobrado, limitando-se a uma investida genérica, o argumento de violação ao art. 330, I, do CPC fica inconsistente. 2-0 comando do art. 6º do Decreto-lei n. 911/69 é expresso ao assegurar a sub-rogação de pleno direito em favor daquele que pagara dívida, assim o avalista, o fiador ou o terceiro interessado. 3 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 148.865, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.09.1998)

No âmbito dos contratos de alienação fiduciária em garantia, é possível a realização da cessão do crédito e do bem dado em garantia (art. 1.368, CC/2002), inclusive para fins de propositura da ação de busca e apreensão, nos termos do art. 6º do Decreto-lei n. 911/69. IV - Verificada a existência de previsão expressa no contrato acerca da faculdade do credor em transferir seu crédito a terceiros, e comprovada a notificação do devedor, não há falar-se em

ineficácia da cessão de crédito em relação a este. (TJMG, Ap. cível n. 1.0701.05.113370-3/001, rel. Bitencourt Marcondes, j. 01.03.2007)

Art. 1,368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

Artigo acrescentado pela Lei n. 10.931, de 02.08.2004.

CC/1916: sem correspondente.

Este artigo não constava da redação original do Código Civil de 2002 e foi acrescentado pela Lei n. 10.931/2004.

Cuidou o legislador de marcar os múltiplos regimes jurídicos da propriedade fiduciária e de estabelecer as regras de sua incidência. Como comentado no art. 1.361, há profusa legislação especial tratando da mesma matéria. Pode-se afirmar a atual coexistência de múltiplos regimes jurídicos da propriedade fiduciária: o Código Civil disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira; o art. 66-B da Lei n. 4.728/65, acrescentado pela Lei n. 10.931/2004, e o Decreto-lei n. 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; a Lei n. 9.514/97, também modificada pela Lei n. 10.931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras, além da titularidade fiduciária de créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário; a Lei n. 6.404/76 disciplina a propriedade fiduciária de ações.

O atual Código Civil, pode-se assim dizer, popularizou a utilização da propriedade fiduciária, franqueando-a a pessoas físicas e jurídicas. Qualquer pessoa pode ser credora fiduciária e utilizar essa forte garantia real nas obrigações em geral. Limitou o objeto, porém, às coisas móveis infungíveis.

A Lei n. 10.931/2004 fixou regime jurídico próprio, com regras específicas de direito material e processual, para os casos de propriedade fiduciária em garantia de obrigação na qual o credor fiduciário seja instituição financeira, tendo por objeto bens móveis, tanto infungíveis como fungíveis, inclusive bens incorpóreos, como créditos.

A Lei n. 9.514/97, por seu turno, criou regime jurídico especial tendo em conta não os sujeitos da obrigação, mas o objeto da garantia, que recai sobre coisa imóvel. Aplica-se a lei especial, desde que a garantia fiduciária recaia sobre coisa imóvel, a todos os credores fiduciários, instituições financeiras ou não.

Em relação às propriedades fiduciárias previstas em leis especiais, criou o Código Civil regra clara para evitar o conflito de normas: aplicam-se de modo primário as leis especiais e, em suas lacunas e no que não as contrariar, as normas gerais do Código Civil. O inverso, porém, não é verdadeiro. Não se aplica de modo supletivo à propriedade fiduciária regulada pelo Código Civil a disciplina das diversas leis especiais, especialmente quanto às regras de direito processual do Decreto-lei n. 911/69; por dispor o art. 8º-A do Decreto-lei n. 911/69, com redação dada pela Lei n. 10.931/2004, que o procedimento judicial da lei especial (busca e apreensão) aplica-se somente às hipóteses de alienação fiduciária reguladas pela Lei de Mercado de Capitais, vedada sua extensão às relações do Código Civil.

Jurisprudência: O fato de o Decreto-lei n. 911/69 prever procedimento especial mais célere, conforme regulado especialmente no seu art. 3º, de modo a efetivar a garantia do

credor em contrato de alienação mercantil, não o macula com o vício da inconstitucionalidade, e nem fere a garantia do devido processo legal. As alterações trazidas pela Lei n. 10.931/2004 não implicaram repristinação, porquanto o novo Código Civil não revogou as disposições do Decreto-lei n. 911/69, já que não regulou inteiramente a matéria atinente ao instituto da alienação fiduciária, ressaltando no art. 1.368-A que "as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial". Uma vez comprovada a mora do devedor através de carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, o deferimento da liminar de busca e apreensão é medida de rigor, de acordo com o que estabelece o art. 3º, *caput*, do Decreto-lei n. 911/69. (TJMG, Ag. n. 1.0702.05.197818-8/001, rel. Elias Camilo, j. 04.05.2006)

TÍTULO IV DA SUPERFÍCIE

Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

CC/1916: sem correspondente.

Definição: O artigo em exame não tem correspondente no Código Civil de 1916, que não tratava do direito de superfície. O art. 21 da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) disciplina o direito de superfície, mas com conteúdo algo diverso. O conflito entre os dois regimes jurídicos - Código Civil e Estatuto da Cidade - é resolvido no art. 1.377, a seguir comentado.

Na definição sintética de Oliveira Ascensão, “superfície é o direito real de ter coisa própria incorporada em terreno alheio” (*Direito civil, reais*, 5. ed. Coimbra, Coimbra, 1995, p. 525). Dizendo de outro modo, é o direito real de ter construção ou plantação em solo alheio. Há, por assim dizer, um seccionamento da propriedade da construção ou plantação temporária da propriedade do solo. É uma suspensão ao milenar princípio da acessão (*superficies solo cedit*)> já estudado como modo originário de aquisição da propriedade imóvel, pelo qual ao dono do solo fica pertencendo tudo aquilo que nele adere e não pode ser retirado sem fratura ou deterioração. O direito de superfície permite, em caráter temporário, a quebra da homogeneidade dominial entre solo e construção ou plantação.

A definição analítica do direito de superfície, de Ricardo Pereira Lira, diz que é direito real sobre coisa alheia, autônomo, temporário, de fazer uma construção ou plantação sobre - e em certos casos sob - o solo alheio e delas ficar proprietário (“O direito de superfície no novo Código Civil”. In: *Revista Forense*, 2003, v. 364, p. 251).

Sujeitos: Sujeitos do direito real de superfície são o dono do solo, denominado concedente, e o titular do direito real de superfície, denominado superficiário ou concessionário. É direito real sobre coisa alheia e não modalidade de propriedade resolúvel, pois a propriedade da construção ou plantação é temporária e grava terreno alheio, consolidando-se, no final, nas mãos do dono do solo. É autônomo, pois tem características próprias, que o distinguem de outros direitos reais e pessoais.

Tempo: Ao contrário de determinados modelos legislativos, o artigo em exame deixa explícito que o direito de superfície é temporário e, mais, por tempo determinado. A regra é

cogente, não havendo direito de superfície perpétuo, constituindo fraude à lei a cláusula estabelecendo-o por prazo tão longo que equivalha, em seus efeitos, à perpetuidade. Não estabelece a lei o prazo máximo, cabendo ao intérprete fixá-lo caso a caso, levando em conta a natureza da construção e da plantação, bem como do montante de investimentos feitos pelo superficiário, que determinarão o fim do negócio e o prazo necessário para o retorno do capital investido. Exige a lei *prazo determinado*, de modo que a superfície é sempre a termo certo, eliminando a possibilidade de constituição por prazo indeterminado, termo incerto ou condição resolutiva.

Objeto: Em relação ao objeto, a superfície circunscreve-se às coisas imóveis, urbanas ou rurais. Explicita a lei a modalidade de superfície por concreção, pela qual o dono do solo concede ao superficiário o direito de construir (edilícia) ou de plantar (rústica ou vegetal) em seu terreno e de se tornar proprietário temporário daquilo construído ou plantado. Em suma, o superficiário recebe uma concessão para construir ou plantar e se torna proprietário temporário daquilo que ele próprio construiu ou plantou.

Não prevê a lei, mas também não proíbe, a modalidade de superfície por cisão. Em tal figura, o imóvel já se encontra construído ou plantado, por acessão. O proprietário aliena, temporariamente, as acessões, mediante constituição de direito real de superfície, remanescendo como dono do solo; em outras palavras, transfere construções e plantações já existentes. Pode, ainda, ocorrer de o proprietário alienar o solo, remanescendo temporariamente proprietário da construção ou plantação. Essa operativa modalidade de superfície por cisão constitui importante instrumento de atração de investimentos e capitais, permitindo a multiplicação de novos empreendimentos imobiliários. Embora não expressamente prevista pelo legislador, não há óbice à sua constituição. Remete-se o leitor à interpretação contemporânea do princípio da tipicidade dos direitos reais, desenvolvida no capítulo inicial do Livro “Do Direito das Coisas”. Admite-se uma certa elasticidade no princípio da tipicidade, para que cada um dos direitos reais, individualmente considerados, possa abrigar situações jurídicas que, embora não expressamente previstas, sejam compatíveis com seus princípios e mecanismos.

Adotando o mesmo princípio da tipicidade elástica, nada impede a constituição de direito de sobrelevação, o direito de superfície sobre superfície. Tome-se como exemplo o titular de direito real de superfície sobre um centro comercial que decide criar sobre a laje do teto novo direito de superfície e entregá-lo a terceiro, para construção de um estacionamento coberto. É óbvio que a sobrelevação não sobrevive ao direito de superfície, extinguindo-se juntamente com ele. Deve haver, ainda, previsão da nova construção no título original, ou anuência do concedente, evitando, assim, mudança de destinação da construção. Observados tais pressupostos, admite-se a superfície sobre superfície, ou sobrelevação.

Ainda quanto ao objeto, o parágrafo único do artigo em exame dispõe que “o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão” Não é proibida a constituição de obra no subsolo, ela é apenas subordinada a um nexo de utilidade e funcionalidade com a obra erigida sobre o solo. São os casos de alicerces, garagens, passagens de cabos e tubulações ou mesmo construção de pavimentos sob o solo, ligados à obra externa. Nada impede, além disso, havendo nexo entre as duas obras, a constituição de direitos de superfície simultaneamente a dois superficiários diferentes, um com as construções sobre o solo e outro com as construções no subsolo.

Modos de aquisição: A parte final da cabeça do artigo em estudo prevê um dos modos - o mais comum - de aquisição do direito real de superfície, mediante escritura pública levada ao registro imobiliário. Há um negócio jurídico de concessão de superfície, convertido em direito real por seu registro imobiliário. O registro é constitutivo e causai, pois não se desliga do título que lhe deu origem. O negócio jurídico é solene, exigindo a forma escrita. A escritura pública é apenas da substância do negócio, caso seu valor supere trinta vezes o salário-mínimo, como exige o art. 108 do Código Civil.

Embora não preveja a lei, admite-se a constituição de superfície pelo negócio jurídico *causa mortis* do testamento, instituindo um legatário ou herdeiro do solo e outro temporariamente das construções ou plantações já existentes ou a serem ainda feitas. A instituição da superfície, tal como ocorre no usufruto, dada sua amplitude, levando em conta sua extensão e o prazo de sua duração, pode invadir a legítima dos herdeiros necessários, devendo ser reduzida, em tal hipótese.

Finalmente, cabe também aquisição do direito real de servidão por usucapião. A hipótese viável é a da superfície adquirida a *non domino*, servindo, após consumação do prazo de dez ou cinco anos (art. 1.242 do CC), a escritura ou o registro como justo título. É possível, ainda, ao superficiário, usucapir o domínio pleno do imóvel, invertendo a qualidade de sua posse direta para posse *ad usucapionem*, explicitando ao concedente não mais reconhecer a supremacia de seu direito à restituição da coisa. Passa, então, o superficiário, a ser esbulhador, mas com soberania sobre a coisa, repelindo qualquer direito concorrente de terceiro, possuindo o imóvel como seu (*animus domini*), e fluindo, a partir de então, o termo inicial do prazo de usucapião.

Jurisprudência: Registro de imóveis. Retificação de área. Possibilidade de cumulação dos pedidos de retificação e unificação de matrículas. Impugnação rejeitada. Negócio jurídico, anterior ao novo Código Civil, que convenciona que as acessões pertencem ao alienante, produzem efeitos meramente obrigacionais e não configuram condomínio. Inexistência de questão de alta indagação que impeça a retificação do registro. Retificação deferida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 311.661.4/3-00, rel. Francisco Loureiro, j. 15.12.2005)

Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tem correspondente no antigo Código Civil. Equivale, porém, ao § 2º do art. 21 da Lei n. 10.257/2001, que disciplina a superfície constituída por pessoas jurídicas de direito público internas.

Deixou o legislador a fixação da natureza gratuita ou onerosa da superfície à autonomia privada das partes. Não se presume a gratuidade dos negócios jurídicos, devendo o intérprete levar em conta, na omissão do contrato, a natureza das obras, vulto dos investimentos, prazo do direito real sobre coisa alheia e indenização final das acessões, para concluir se o equilíbrio contratual é compatível com o pagamento de remuneração.

A remuneração é denominada solário (*solarium*) ou cânon superficiário. Poderá ser livremente estipulada pelas partes, quanto a valor, oportunidade e periodicidade. Pode o pagamento ser antecipado, feito durante ou mesmo ao final do termo da superfície, ao inteiro critério das partes, observados apenas os princípios de ordem pública da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato. Não se admite indexação ou fixação com base em critérios vedados por norma cogente, por exemplo moeda estrangeira ou salário-mínimo, nos moldes do que dispõe o art. 318 do Código Civil.

Essa retribuição não se confunde com aluguel, nem a superfície com locação ou arrendamento rural. A locação gera direito de crédito, ainda que levada ao registro imobiliário (art. 8º da Lei n. 8.245/91), e o imóvel locado está sujeito à retomada para uso próprio, de ascendente, descendente, ou para reforma do prédio, além de eventual renovação compulsória, o que não ocorre no direito de superfície, no qual o superficiário é proprietário a termo da construção. Não se aplicam, portanto, as leis especiais que regem a locação de imóveis urbanos e o arrendamento rural.

As conseqüências da falta de pagamento do *solarium*, em especial a possibilidade de extinção do direito real, serão analisadas no comentário ao art. 1.374.

Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tem correspondente no Código Civil de 1916. Corresponde, porém, ao art. 21, § 3º, da Lei n. 10.257/2001, que dá tratamento algo diverso à superfície constituída por pessoa jurídica de direito público interno, determinando o rateio de modo proporcional entre concedente e superficiário.

A norma em exame é dispositiva, razão pela qual nada impede as partes de distribuírem os ônus com o pagamento de encargos e tributos de modo diverso, prevalecendo a autonomia privada. Nesse sentido se posicionou o Enunciado n. 94 do CE), em reunião feita no STJ no ano de 2002: “As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície”.

A regra do Código Civil é a de todos os encargos e tributos que recaírem sobre o imóvel serem de responsabilidade exclusiva do superficiário, quer incidentes sobre a construção ou plantação, quer sobre o solo. Parece mais equânime a regra do Estatuto da Cidade, que distribui entre as partes os ônus de modo proporcional a seus direitos sobre a coisa.

Lembre-se que, normalmente, encargos e tributos incidentes sobre o imóvel geram obrigações *propter rem* ou, às vezes, ônus reais. Perante o credor, a coisa garante a solução da obrigação, podendo o imóvel ser penhorado em sua totalidade e não somente o direito do superficiário. Apenas em sede de regresso entre concedente e superficiário se discutirá eventual responsabilidade pelo inadimplemento.

Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.

Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.

CC/1916: sem correspondente.

O art. 21, §§ 4º e 5º, do Estatuto da Cidade disciplina a possibilidade de transferência do direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público interno, com regras em parte distintas das do atual Código Civil.

Uma das principais marcas do direito de superfície é sua transmissibilidade, por ato *inter vivos*, oneroso ou gratuito, ou *causa mortis*. Embora haja opiniões em sentido contrário, a transmissibilidade é da essência do direito de superfície, e não pode ser vedada por cláusula contratual. Considera-se não escrita a cláusula de inalienabilidade do direito de superfície, ainda que imposta em doação ou testamento. Explicitou o legislador que a superfície, ao contrário de usufruto, uso e habitação, não é constituída *intuitu personae*, nem sobre a cabeça do superficiário, que, ao contrário, tem a liberdade de aliená-la a qualquer título, gratuito ou oneroso. A alienação por ato *inter vivos* deve se revestir da forma de escritura pública, caso seu valor supere trinta vezes o salário-mínimo, como diz o art. 108 do Código Civil. Exige, mais, outorga uxória, salvo se o regime de bens do casal for o da separação absoluta. Repete-se que o registro é constitutivo do direito real e também de sua transferência. Antes do registro,

a alienação gera simples direito obrigacional entre as partes contratantes. A transmissão *causa mortis* pode ser legítima ou testamentária, caso no qual a transferência do direito real se dá no momento da morte *{saisine}*> tendo o registro efeito meramente regularizador, para preservar a continuidade e possibilitar nova alienação.

Embora não diga de modo expresso o artigo, se o superficiário pode alienar, é natural poder também onerar o direito de superfície com direitos reais de gozo, fruição e garantia. Pode, assim, dá-lo em garantia hipotecária ou anticrética, como, de resto, prevê hoje de modo explícito o art. 1.473, X, do Código Civil, adiante comentado, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.481/2007. Não é incompatível nem mesmo com a propriedade fiduciária prevista na Lei n. 9.514/97. É evidente que a garantia recairá apenas sobre o direito de superfície e seguirá sua sorte. Extinto o direito de superfície, extingue-se com ele a garantia real. Também se mostra possível que o titular constitua sobre a propriedade superficiária direitos reais de usufruto, uso, habitação e servidão, sempre atrelados à subsistência da superfície. Até mesmo a constituição de superfície sobre superfície, denominado direito de sobrelevação, não fere a natureza do instituto. Mais ainda, se o direito real é alienável, é também penhorável, podendo ser levado à hasta pública, sub-rogando-se o arrematante nos direitos e deveres do superficiário.

A dúvida maior está em saber se o adquirente do direito de superfície está vinculado aos deveres do superficiário original, como o pagamento do *solarium*> e outras obrigações de dar ou fazer, como as de conservação do imóvel, pagamento de tributos e encargos e contratação de seguros. Embora parte da doutrina entenda que tais obrigações acessórias não vinculam terceiros, ou sucessores, porque geram mero direito obrigacional (ROCHA, Marco Túlio de Camargo. *A superfície no direito brasileiro*; RF 344/197), o melhor entendimento é no sentido oposto: se tanto o imóvel como o direito de superfície forem transferidos a terceiros, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, os adquirentes ou herdeiros ficam obrigados a respeitar as condições originais da escritura de constituição da superfície, mantendo-se íntegra a relação jurídica originária (BITTENCOURT, Frederico. *Direito real de superfície*; RF 272/406). É por isso que, ao efetuar o registro do direito real de superfície, devem dele constar os deveres acessórios de dar e de fazer, que constituem obrigações *propter rem* e merecem publicidade, para efeito de conhecimento de terceiros.

O parágrafo único do artigo em exame veda, de modo imperativo, cobrança de qualquer quantia, a qualquer título, em razão da transferência do direito de superfície. A norma é cogente, sendo considerada não escrita qualquer cláusula negociada em sentido contrário. Nota-se a preocupação do legislador em distanciar a superfície da enfiteuse, proibindo a cobrança de laudêmio em razão da transferência do direito real.

Jurisprudência: Não havendo direito real de superfície autônomo em relação à propriedade, descabida a penhora sobre construção feita em terreno alheio. Apelo improvido. Unânime. (TJRS, Ap. n. 70.001.271.428, 2ª Câmara, rel. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. 06.06.2001)

Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

CC/1916: sem correspondente.

O art. 22 da Lei n. 10.257/2001 tem preceito de igual conteúdo, em relação à superfície constituída por pessoa jurídica de direito público interno.

Fixa a lei o direito de preferência recíproco entre concedente e superficiário, no caso de alienação da propriedade sobre o solo, ou da propriedade temporária sobre construções ou

plantações. A ideia é facilitar a consolidação da propriedade plena nas mãos de uma só pessoa, evitando eventuais conflitos com o adquirente. Embora use o termo amplo alienação, é óbvio somente ter cabimento o exercício do direito de preferência quando a alienação se der por venda, dação em pagamento ou troca com bem fungível. Nos casos de troca por bens infungíveis ou doação, não se cogita de preferência, por impossibilidade de se igualar a oferta do adquirente. Se o direito de superfície recair sobre parte da coisa alienada por inteiro, somente por inteiro se exerce a preferência, mediante depósito do preço da totalidade do imóvel.

Falha a lei ao deixar de criar regras ao exercício do direito de preferência. Na omissão, invoca-se por analogia a disciplina da preferência entre condôminos de coisa indivisível, prevista no art. 504 do Código Civil. Deve o alienante notificar o titular do direito real - sobre o solo ou sobre a construção, dependendo da hipótese - com prazo razoável para que este manifeste seu propósito de exercer o direito. Omissa a lei, a praxe e a Lei do Inquilinato indicam prazo de trinta dias, suficiente para reflexão e reunião de recursos para a aquisição. Deve a notificação, sob pena de ineficácia, indicar preço e condições de pagamento, exatamente fiéis às ofertadas por terceiro. Nada impede que o titular do direito renuncie desde logo ao exercício da preferência, dispensando o aguardo do trintídio para a alienação. O que não se admite, em razão da natureza cogente da norma, é a renúncia antecipada ao exercício da preferência, por ocasião da formação do negócio, ou mesmo antes da oferta de terceiro.

A falta de notificação abre ao titular de direito real preterido o direito potestativo de exercício da preferência, no prazo decadencial de seis meses, depositando judicialmente o preço e as despesas com a alienação e reivindicando a coisa para si. O prazo de seis meses tem termo inicial na data do registro ou na data em que o titular do direito real tomou conhecimento da alienação, valendo a que ocorrer antes. Cabe aos réus o ônus da prova de que antes do registro o titular de direito real preterido já tinha conhecimento da alienação.

Note-se que alienação é válida, apenas ineficaz em relação a concedente ou superficiário preteridos. A ação deve ser endereçada tanto contra o alienante como contra o adquirente do direito real e ser acompanhada do depósito do valor mais despesas e tributos decorrentes da alienação. A ação tem natureza real e dá seqüela ao titular do direito, ou seja, prerrogativa de perseguir, de obter a coisa, e não apenas a condenação ao pagamento de perdas e danos do alienante.

Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

CC/1916: sem correspondente.

O art. 23 do Estatuto da Cidade, com redação superior e aplicável à superfície instituída por pessoa jurídica de direito público interno, dispõe-se extinguir o direito pelo advento do termo ou descumprimento de qualquer das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

Trata o preceito em exame da extinção do direito de superfície, e o faz de modo insuficiente. Explicita que se extingue antecipadamente a superfície pelo desvio de destinação. Cabe melhor analisar essa primeira causa. Leva à extinção da superfície não somente construção ou plantação de coisa diversa da acordada, como ausência de construção e plantação no prazo estipulado pelas partes. De igual modo, caso a construção ou a plantação pereça, a falta de reposição no prazo acordado ou, na omissão da convenção, em prazo razoável com a natureza da coisa, também acarreta a extinção da superfície.

Além dessa causa, outras, embora não explicitadas, também acarretam a extinção da superfície, por serem incompatíveis com sua persistência: o advento do termo; a resilição bilateral,

pois a vontade que criou o direito real pode atuar em sentido contrário para levar a sua extinção pelo distrato, levado a registro; a renúncia do superficiário, também levada a registro, depois de haver construído ou plantado o convencionado, ou seja, depois de já cumprida sua obrigação, quando somente é credor de prestação do concedente; a consolidação da propriedade plena nas mãos de um só titular; a prescrição, em razão da inércia do exercício do direito, no prazo de dez anos; o perecimento do objeto, hipótese rara, por se tratar de coisa imóvel, lembrando que o perecimento é do imóvel, e não de construção ou plantação, que podem ser novamente erigidas; a desapropriação, melhor analisada no art. 1.376, adiante comentado; a resolução, em razão do inadimplemento das obrigações assumidas pelo superficiário ou pelo concedente.

Em relação à resolução, grassa divergência na doutrina. Alguns autores entendem, na esteira de legislações estrangeiras, que o inadimplemento das obrigações assumidas pelo superficiário, especialmente as de pagamento do *solarium* e de tributos e encargos, gera somente ao concedente crédito passível de cobrança, mas não o direito potestativo de resolver o contrato e extinguir o direito real. Diante, porém, da omissão do legislador, não se vê razão para a interpretação restritiva, por duas razões: primeiro, porque o art. 23 do Estatuto da Cidade, que se aplica de modo supletivo à superfície regulada no Código Civil (ver comentário ao art. 1.377), prevê, de modo expresso, a possibilidade de extinção do direito real pelo inadimplemento das obrigações assumidas pelo superficiário; segundo, porque o direito real se constitui pelo registro e é este causai, ligado ao título que lhe deu origem. Desfeito o negócio, cancela-se o registro dele produto. Nada impede, portanto, as partes de negociarem mecanismos de resolução do contrato (art. 474 do CC) ou, na omissão da avença, de aplicarem a cláusula resolutiva tácita (art. 475 do CC). Abre-se à parte inocente obrigação alternativa entre exigir a prestação ou desfazer o negócio. Em relação a terceiros adquirentes de boa-fé, aplica-se o já comentado nos arts. 1.359 e 1.360. De igual modo, não há óbice a que se proceda a resolução por onerosidade excessiva, preenchidos os requisitos do art. 478 do Código Civil.

Mais comum será o inadimplemento do superficiário, em razão das obrigações que assume. Nada impede, porém, a ocorrência de inadimplemento de obrigações assumidas pelo concedente, especialmente a de entregar a posse direta do imóvel ao superficiário, para que este lá possa construir ou plantar. Cabe, então, ao superficiário, obrigação alternativa, optando entre a entrega da coisa (cumprimento da prestação) ou resolução do contrato e extinção do direito real, acrescido de perdas e danos.

Apenas frise-se que nem todo descumprimento leva à resolução. Como anotado no comentário ao art. 1.363, o descumprimento de obrigação acessória que não comprometa a parte substancial da obrigação abre ao contratante inocente a possibilidade de executar a prestação, mas não a de resolver o contrato, em razão da desproporção entre descumprimento e sanção.

Não prevê o artigo em exame a extinção pelo resgate da superfície, tal como ocorria no antigo direito de enfiteuse. Não é, portanto, um efeito natural do direito real de superfície, somente se aplicando caso tenham expressamente convencionado as partes.

Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

CC/1916: sem correspondente.

O art. 24 do Estatuto da Cidade contém preceito de conteúdo semelhante, embora com redação superior.

Vimos no comentário ao art. 1.369 que o direito real de superfície suspende o princípio da acessão, pelo qual ao dono do solo fica pertencendo tudo o que nele adere e não pode ser

retirado sem fratura (*superficies solo cedit*). Extinta a superfície, por qualquer das causas previstas no artigo antecedente, inclusive as não explicitadas pelo legislador, incide novamente o princípio da acessão com toda a sua força. A propriedade plena se consolida nas mãos do concedente, e construções e plantações tornam a ser acessões, incorporando-se ao solo e seguindo sua titularidade e seu regime jurídico. Decorre daí o dever do superficiário de não somente construir e plantar, mas também de conservar, para restituir a acessão em bom estado ao concedente.

Não se aplica ao caso o regime da acessão inversa, prevista no art. 1.255, parágrafo único, já comentado, pois o superficiário, por força de disposição contratual, tem inequívoca ciência de que constrói ou planta em terreno alheio e do termo final de seu direito real, bem como do correlato dever de restituição da coisa ao concedente. A quebra do dever de restituição enseja ao concedente o direito de reaver a coisa por via possessória ou petitória, invocando o *ius possessionis* ou o *ius possidendi*. A posse do superficiário, que era direta e justa, com a quebra do dever de devolução se torna injusta, porque precária, configurando esbulho. Conta daí o prazo de ano e dia previsto no art. 924 do CPC, para que obtenha o concedente liminar na ação de reintegração de posse.

Reza o artigo em exame que as construções e plantações se incorporam de forma jurídica ao solo independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário. A regra é dispositiva e tem aplicação em caráter supletivo, no silêncio da convenção. Na omissão do contrato, não faz o superficiário *jus* à indenização por construções ou plantações que erigiu. A regra, porém, comporta temperamento. Caso se prove - e o ônus cabe ao superficiário - que, apesar da omissão das partes, a perda das acessões sem direito à indenização não integrava o sinalagma do contrato, prevalecem os princípios de ordem pública do equilíbrio contratual, boa-fé objetiva e função social do contrato, devendo ser calculada indenização, para evitar o enriquecimento sem causa do concedente.

Caso seja estipulado o direito à indenização, ou decorra este dos princípios imperativos anteriormente referidos, restam ainda algumas questões relevantes a serem examinadas. A primeira delas é o valor da indenização, a ser calculado, no silêncio do título, usando, por analogia, os critérios do art. 1.222 do Código Civil, já comentado. Se a acessão foi construída ou plantada de boa-fé, em razão da previsão contratual, indeniza-se por seu valor atual, contemporâneo o tempo do pagamento. Arca o concedente com o ônus da depreciação da acessão, mas tem a seu favor a vantagem de eventual valorização, em comparação com o investimento feito. Caso, porém, a acessão esteja em desacordo com o previsto no título, a regra é distinta. Por força do que dispõe a parte final do art. 1.255, o superficiário perde para o concedente as acessões, sem direito à indenização. Mais uma vez, a regra é temperada por boa-fé objetiva e vedação do enriquecimento sem causa, portanto pequenas diferenças, que não afetem a utilidade da coisa ou o interesse do concedente, não podem acarretar sanção desproporcional ao inadimplemento. A segunda questão é a da incidência de eventual direito de retenção do superficiário, até que lhe seja paga a indenização. Desde que as construções e plantação tenham sido feitas de boa-fé, e normalmente o serão, em razão da previsão contratual, aplica-se por analogia a regra do art. 1.219 do Código Civil. Remete-se o leitor ao quanto se disse no comentário ao art. 1.255 do Código Civil, que aqui se aplica.

Art. 1.376. No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.

O artigo em exame não tem correspondente no Código Civil de 1916 nem no Estatuto da Cidade.

O preceito tem dupla incidência. Primeiro» diz que a desapropriação, como modo originário de aquisição da propriedade, leva à extinção do direito real de superfície, que não sobrevive com o expropriante. Segundo, confirma o direito real de superfície ter valor patrimonial, e, por isso, a indenização paga pelo expropriante pela aquisição compulsória do domínio pleno deve ser rateada proporcionalmente entre concedente e superficiário, na medida do direito de cada um sobre o imóvel. Esse rateio leva em conta o prazo restante do direito real de superfície, assim como eventual *solarium* pago pelo superficiário e o montante do investimento por ele feito, bem como a previsão de indenização quando da extinção do direito real. Todos esses elementos servem para modular o valor da superfície e do direito do concedente. Aliás, ainda que não existisse o dispositivo, seria ele aplicável, em razão da incidência do preceito constitucional da justa indenização e para evitar o enriquecimento sem causa do concedente em desfavor do superficiário.

Art. 1.377.0 direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo tem imediata conexão com os arts. 21 a 24 da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que também disciplinam o direito de superfície. As regras do Estatuto da Cidade não foram revogadas pelo Código Civil de 2002, mas incidem apenas nos casos em que a superfície seja constituída por pessoas jurídicas de direito público interno.

Há, portanto, dois regimes jurídicos distintos. Um para os casos nos quais a superfície é constituída por pessoas jurídicas de direito público interno, regulada de modo primário pelos arts. 21 a 24 do Estatuto da Cidade e de modo supletivo, no preenchimento de lacunas, pelo atual Código Civil. Outro regime jurídico para os casos nos quais a superfície é constituída entre pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, regulada de modo primário pelo Código Civil de 2002 e de modo supletivo, no preenchimento de lacunas, pelo Estatuto da Cidade.

O Centro de Estudos Jurídicos - CEJ, da Justiça Federal, que se reuniu no STJ para discutir o Código Civil de 2002, firmou o seguinte, em sua primeira jornada, realizada no ano de 2002: “Enunciado n. 93: As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano”

Essa conclusão comporta temperamento. Não resta dúvida, como aponta Ricardo Pereira Lira, que “o direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade é um instituto de vocação diversa daquele previsto no Código Civil de 2002, voltado aquele para as necessidades do desenvolvimento urbano, editado como categoria necessária à organização regular e cquânime dos assentamentos urbanos, como fator de institucionalização da função social da cidade. No Código Civil de 2002, o direito de superfície será um instrumento destinado a atender interesses e necessidades privados” (“O direito de superfície no novo Código Civil” In: *Revista Forense*, 2003, v. 364, p. 265).

Reafirma-se a existência de duplo regime jurídico do direito de superfície, um regido pelo Código Civil, envolvendo exclusivamente direito privado, e outro pelo Estatuto da Cidade, envolvendo pessoas jurídicas de direito público interno. Ambos são direitos reais, apenas aplicáveis a situações distintas, com regras diferentes, em razão do princípio da especialidade do art. 2º da LICC. Embora haja alguma controvérsia, a superfície do Estatuto da Cidade

é também direito real, porque reúne todas as suas características, apenas não havendo - porque dispensável - a utilização do termo sacramental *direito real*

Não tipifica direito de superfície, apesar de alguma divergência na doutrina, a concessão do direito real de uso prevista no art. 7º do Decreto-lei n. 271/67, pois não enseja a suspensão do princípio da acessão. Em tal regime jurídico, a construção, tão logo feita, incorpora-se à propriedade do dono do chão, cabendo ao usuário apenas dela extrair o proveito - usar e gozar - durante certo período.

TÍTULO V DAS SERVIDÕES

CAPÍTULO I DA CONSTITUIÇÃO DAS SERVIDÕES

Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

CC/1916: arts. 695 e 697.

Condensaram-se em um só preceito os traços básicos da servidão e dois de seus modos de aquisição, mediante negócio jurídico *inter vivos* ou *causa mortis*, levados ao registro. Deu-se redação mais técnica às características da servidão, eliminando-se o termo *impõe-se*, que dava a falsa impressão de ser a servidão compulsória ao prédio serviente, aproximando-a da passagem forçada do direito de vizinhança.

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro, definem-se servidões como “restrições impostas a um prédio para uso e utilidade de outro prédio, pertencente a proprietário diverso” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, direito das coisas*, 37. ed. revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 276). O termo prédio não significa construção, mas terreno, que pode ter ou não acessões. O prédio que sofre as restrições é o serviente, e o que recebe vantagens e utilidades é o dominante.

O Código Civil de 2002, ao contrário do revogado, não usa a expressão *servidão predial*, mas tão somente *servidão*. Para efeito doutrinário, não se confundem o direito real de servidão, ora estudado, e as impropriamente chamadas servidões legais, que nada mais são do que restrições gerais ao direito de propriedade com fonte na lei e comuns no direito de vizinhança. Remete-se o leitor ao comentário do art. 1.277, no qual se traçaram as distinções entre as duas figuras. Também não se confunde o direito real de servidão com as servidões pessoais, que, em determinadas legislações estrangeiras, são o usufruto, o uso e a habitação. Para nós, usufruto, uso e habitação são também direitos reais, com características próprias, e a expressão servidões pessoais é reservada às vantagens proporcionadas a alguém, que geram apenas direito de crédito, nunca direitos reais oponíveis a terceiros. Finalmente, não se confundem direito real de servidão com servidões administrativas, que são os ônus reais do Poder Público sobre a propriedade particular, com finalidade de serventia pública, não exigindo prédios dominante e serviente.

São, portanto, elementos da servidão, segundo Darcy Bessone: dois prédios, já que um serve ao outro; dois proprietários diferentes, pois um só proprietário de dois prédios, fazendo um servir ao outro, não cria direito em favor do dominante; relação de serviço ou utilidade (BESSONE, Darcy. *Direitos reais*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 277).

Dispõe a lei que a servidão pressupõe dois prédios, um dominante e um serviente, pertencentes a proprietários diversos. Os prédios são vizinhos, mas não necessariamente contíguos, pois a noção de vizinhança se conjuga com a de utilidade proporcionada por um imóvel a outro. Uma servidão de passagem pode atravessar vários prédios, que serão próximos, mas não confrontantes.

Deve haver diversidade dominial, por ser a servidão direito real sobre coisa alheia. Pode ocorrer, porém, de o proprietário do prédio dominante ser condômino do serviente ou vice-versa. Aceita-se até haver condomínio sobre ambos os imóveis, desde que em frações ideais distintas.

Admitem a doutrina majoritária (contra a opinião de Clóvis) e os tribunais, embora sem expressa previsão na lei, a servidão por destino do proprietário, ou do pai de família. É modo embrionário de servidão pelo qual, segundo Washington de Barros Monteiro, o proprietário, em caráter permanente, reserva determinada serventia, em prédio seu, a favor de outro. Se futuramente os dois imóveis passam a pertencer a proprietários distintos, a serventia converte-se em servidão, cujo termo inicial somente ocorre no momento em que dá diversidade dominial (op. cit., p. 282).

Quanto ao conteúdo, a servidão proporciona ao prédio dominante o aumento de sua utilidade, mediante restrição correlativa de um direito do prédio serviente. O proveito é de imóvel a imóvel, beneficiando de modo mediato seu titular. É óbvio o prédio dominante não ser titular, mas objeto de direitos. Quer-se dizer que “há o titular da servidão, porque legitimado pela circunstância de ser proprietário do prédio dominante”. Assim, “vê-se que na servidão, a pessoa sofre ou goza da servidão não em razão dela mesma, mas através de prédios” (NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Direito real de servidão*. Rio de Janeiro, Aide, 1985, p. 17-8). As vantagens e correspondentes restrições podem ser de variado teor, algumas exigindo do titular do prédio serviente uma obrigação de não fazer, uma conduta puramente omissiva, como a de não construir além de certa altura. Outras servidões vão além, exigindo uma ação de tolerância (*pati*)> suportando a incursão alheia em seu imóvel, como nos casos da servidão de passagem, ou da tirada de água. Não se impõem ao titular do prédio serviente obrigações principais de fazer, que, caso existam, geram direito apenas obrigacional.

Algumas regras regem o direito real de servidão. É direito real e acompanha o imóvel em todas suas transmissões; é inalienável, por não admitir transferência separada do prédio a que adere, em razão de sua natureza acessória. É direito que se exerce, mas inalienável: pode ser alienado o prédio gravado ou beneficiado pela servidão, mas não o direito real em si mesmo considerado, pois não se constitui servidão sobre servidão. A servidão não se presume, porque a propriedade se presume plena. Logo, a servidão deve ser provada de modo explícito, e sua interpretação é sempre restritiva, quanto a sua existência ou extensão, e seu exercício deve ser o menos oneroso ao prédio serviente. É indivisível, com as conseqüências que serão vistas no comentário ao art. 1.386. Tende à perpetuidade, mas nada impede ser constituída por tempo determinado, ou sob condição (não comporta resgate pelo titular do prédio serviente, salvo se houver convenção expressa a respeito. Alguns autores referem que a servidão tem duração indeterminada, até sobrevir uma das causas de sua extinção).

Comportam as servidões diversas classificações. Podem ser afirmativas (positivas) ou negativas: as afirmativas possibilitam um comportamento positivo do titular do prédio dominante, como a servidão de passagem; as negativas não conferem ao titular do prédio dominante qualquer conduta, mas somente a abstenção do serviente, como a servidão de não construir além de certa altura. Podem ser contínuas ou descontínuas (não contínuas): as contínuas exercitam-se constantemente, independem de ato humano, como a de passagem de água; as descontínuas, embora tenham caráter permanente, exigem para seu exercício um comportamento humano, como a de passagem. Podem ser aparentes ou não aparentes: as

aparentes se relevam por obras ou sinais exteriores, constatáveis *icto oculi*, como a de passagem marcada no terreno; não aparentes são as sem sinais exteriores de sua existência.

A parte final do artigo trata da constituição do direito real de servidão. Não é imposta por lei, pois se distingue da servidão legal do direito de vizinhança. Nada impede, porém, ao titular de imóvel encravado, em vez de exigir judicialmente a passagem forçada, contratar com o vizinho servidão, e a levar ao registro imobiliário, convertendo-a em direito real.

Cinco são os modos de aquisição do direito real de servidão: por negócio jurídico *inter vivos* levado ao registro imobiliário; por negócio jurídico *causa mortis*, em testamento; por destinação do proprietário; por decisão judicial, em ação divisória; por usucapião, analisada no comentário ao art. 1.379.

O primeiro modo de aquisição, por negócio jurídico bilateral *inter vivos*, tem forma solene, sempre escrita, por escritura pública, se de valor superior a trinta salários-mínimos. A declaração de vontade será sempre expressa no sentido de constituir servidão, explicitando a vantagem do prédio dominante e a restrição do prédio serviente, pois esta não se presume, não sendo admitida, portanto, manifestação tácita. Admite-se a servidão constituída por procurador munido de poderes expressos e especiais. Como se trata de direito real constituído sobre coisa imóvel, é exigida a outorga uxória, salvo se o regime de bens do casamento for o da separação absoluta. Pode onerar quem pode alienar, ou seja, a princípio, somente o proprietário. Admite-se, porém, que o proprietário sob condição resolutiva e o enfiteuta possam constituir servidão, mas esta também estará subordinada a limite temporal, desaparecendo juntamente com a propriedade da qual é acessória. Admite-se, ainda, o nu-proprietário constituir servidão, desde que não afete ou interfira no direito do usufrutuário. A mesma regra vale para o direito de superfície, com a ressalva de que o superficiário pode constituir também servidão, que desaparecerá junto com a aquisição da propriedade a termo sobre construção ou plantação.

No caso de imóvel em condomínio, não pode um condômino isoladamente onerar todo o prédio com servidão, em detrimento dos demais comunheiros. Porém, admite-se que o condômino, sem anuência dos demais, institua a favor do imóvel comum direito real de servidão, pois a posição de prédio dominante a todos aproveita.

Nada impede um mesmo prédio de ser gravado com mais de uma servidão, sem exigência de anuência do titular do prédio dominante, desde que não haja interferências entre elas.

O registro é constitutivo do direito real, servindo o contrato como título. Antes do registro, há mero direito de crédito entre as partes, inoponível contra terceiros, no caso de alienação de qualquer dos prédios. Alienado o prédio, não há como fazer registro posterior de escritura anteriormente lavrada. A mesma regra não se aplica à sucessão hereditária: se o dono do prédio serviente falecer entre a data da escritura e a do registro, este pode ser feito, pois os herdeiros sub-rogam-se na posição jurídica do antecessor.

Pode a servidão ser instituída por testamento, que, porém, só ganha eficácia com a morte do testador. Em razão do direito de saisina, a servidão passa a gravar o prédio como direito real no momento da morte, não tendo, em tal caso, o registro efeito constitutivo, mas somente de regularização dominial, visando a preservar o princípio da continuidade.

Embora a constituição de servidão por decisão judicial não se encontre prevista no Código Civil, há expressa menção no art. 979, II, do Código de Processo Civil. Ao efetuar a demarcação dos quinhões na ação divisória, poderá o juiz instituir as servidões indispensáveis de uns quinhões sobre outros, especialmente no caso de encravamento.

Jurisprudência: Manutenção de posse. Servidão de passagem. Inexistência. Condomínio. Caracterização. Possessória e mudança de servidão. Pedidos contrapostos. Imóveis próddiviso. Estrada de uso comum há mais de vinte anos por detentores de posses no mesmo imóvel. Inexistência de servidão que pressupõe prédio dominante e prédio serviente. Recurso desprovido. (TACPR, Ap. cível n. 75.867-6, rel. Ivan Bortoleto, j. 02.05.1995)

Possessória. Reintegração de posse. Contrato. Composse. Servidão. Registro imobiliário. CC. Art. 695. Art. 696. Art. 697. Art. 488. Possessória. Reintegração de posse. Edificação de cobertura para veículos. Aposseamento indevido da área para uso exclusivo. Existência de contrato registrado no cartório de títulos e documentos. Ocorrência de composse e não servidão. Esbulho caracterizado. Procedência. Sentença mantida. (I TACSP, Ap. cível n. 414.421-2/006, rel. Guimarães e Souza, j. 27.11.1989)

Registro de imóveis. Servidão predial aparente. Desnecessidade de formalidade restrita às servidões não aparentes. Carência da ação afastada. Preliminar rejeitada. O requisito da transcrição para aquisição do direito real, previsto no art. 676 do CC, cede passo à disposição especial do art. 697, que restringe aquela formalidade às servidões não aparentes. (TJSP, Ap. cível n. 192.621-1, rel. Euclides de Oliveira, j. 05.08.1993)

Possessória. Reintegração de posse. Servidão de passagem. CC. Art. 697. Registro possessório. Reintegração de posse. Servidão de passagem aparente. Inexistência de outra entrada para a propriedade dos autores. Impedimento de passagem pelos réus. Esbulho caracterizado. Art. 697 do Código Civil. Desnecessidade do registro, visto tratar-se de servidão aparente. Procedência. Sentença mantida. (I TACSP, Ap. cível n. 383.670-1/00, rel. Costa de Oliveira, j. 02.03.1988)

Manutenção de posse. Servidão de passagem. Turbação. Usucapião. Interesse público. Passagem forçada. Direito real. Caracterização. Manutenção de posse. Alegada servidão de trânsito. Ramificação secundária de uso comum. Imóvel servido por estrada municipal. Não caracterização de direito real. Ação improcedente. Recurso improvido. I - Não constitui servidão de trânsito a via secundária, de uso comum, não titulada e insuscetível de ser usucapião, embora encurte distância e possua melhor traçado, máxime se o imóvel dos autores é servido por estrada municipal. II - A servidão não se presume. Deve ser comprovada de modo explícito, cabendo o ônus da prova a quem lhe afirme a existência. A sua interpretação é sempre *stricti juris*, visto implicar, invariavelmente, limitação ao direito de propriedade. III - A passagem particular, por simples liberalidade, não constitui servidão, sobretudo havendo outros caminhos, podendo o proprietário do imóvel, no exercício dos poderes dominiais, fechar dita passagem, sem que o fato configure turbação à posse de outrem. (TACPR, Ap. cível n. 45.892-0, rel. Munir Karam, j. 12.03.1993)

Possessória. Manutenção de posse. Abertura pelo réu, encravando o próprio imóvel, de porta, janelas e *vitraux* em terreno consistente de corredor integrante do prédio vizinho de propriedade e posse do autor. Turbação caracterizada. Impossibilidade de se onerar a propriedade vizinha com servidão, que não se presume, ou passagem forçada, uma vez obstruída a via natural de trânsito por culpa ou conveniência pessoal do turbador. Aplicação dos arts. 696, 559 e 497 e inaplicabilidade do art. 576, todos do CC (I TACSP). (RT 648/116)

O direito real de servidão de trânsito prescinde do encravamento do imóvel dominante. Precedentes. Agravo regimental improvido. (STJ, Ag. Reg. no AI n. 431.929,4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.04.2004)

Enquanto a passagem forçada é instituto de direito real, gerando obrigações *propter rem*, impondo-se ao titular do prédio vizinho como forma de garantir o direito de ir e vir do dono do prédio encravado, independentemente do consenso porquanto decorre da própria condição física do imóvel, a servidão de trânsito visa tão somente uma melhor utilidade do imóvel, mediante a manifestação de vontade dos proprietários dos dois prédios, ou ainda,

decorrente de uma posse pública, mansa e pacífica, caracterizando-se como *ius in re aliena*. O caso dos autos afasta a primeira hipótese, na qual se amparou a pretensão nunciatória. Ainda que a prova produzida leve a concluir a existência de servidão de trânsito, a ação veio amparada em fatos e fundamentos jurídicos voltados para a pretensão nunciatória, base em passagem forçada, a caracterizar meio inadequado e, portanto, carência de ação por falta de interesse de agir. Processo extinto, de ofício, prejudicado o apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.006.164.032, 17ª Câm. Cível, rel. Elaine Harzheim Macedo, j. 27.05.2003)

O fato do proprietário não mais poder exigir o desfazimento de edificação irregular de seu vizinho, passado o prazo decadencial de ano e dia (Código Civil, art. 576), não obsta que aquele, se sentindo prejudicado, levante em seu terreno, a qualquer tempo, contramuro, ainda que em prejuízo da claridade incidente sobre o imóvel lindeiro (Código Civil, art. 573, § 2º). Considerando-se que servidão de luz não se presume (Código Civil, art. 696), compete ao proprietário de imóvel lindeiro que pretenda garantir eventual direito neste aspecto, providenciar o registro da limitação no álbum imobiliário. (II TACSP, Ap. cível n. 848.044-00/9, rel. Clóvis Castelo, j. 23.08.2004)

Nunciação de obra nova. Servidão aparente. Limitação ao direito de construir. I - Janelas que se abrem a menos de metro e meio do prédio vizinho constituem servidão de luz. A situação fática decorre da origem comum dos prédios que pertenciam ao mesmo proprietário, transmitidas à família. II - As janelas em relação ao prédio vizinho, inicialmente (mesmos proprietários) era serventia transferido o imóvel a outros, transforma-se em servidão aparente, visível, inexigível transcrição no registro imobiliário. III - Reconhecida a servidão é permanente e indivisível, limitando o direito (art. 572) de construir do prédio vizinho (serviente) que não pode impedir a luz ao dominante. Este, por sua vez, não pode ampliar a servidão. Consolida-se pela servidão a situação existente quando da venda do imóvel dominante. Negado provimento. (TJRS, 19ª Câm. Cível, AI n. 598.485.761, rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 09.11.1999)

Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Servidão de passagem. Indeferimento da liminar. A passagem forçada, inserida no Código Civil dentre os direitos de vizinhança, compreendendo limitação legal ao direito de propriedade se distingue da servidão de passagem, cuja reintegração de posse ora se pleiteia. A primeira consiste em prerrogativa conferida ao vizinho, titular de imóvel encravado, de estabelecer seu acesso à via pública, transpondo no percurso o imóvel confinante, tratando-se de imposição normativa (art. 1.378, CC) que constitui modalidade de direito real sobre coisa alheia. Enquanto a segunda tem a finalidade única de facilitar o acesso a um prédio, independentemente de existir ou não encravamento, decorrente do acordo de vontade entre os proprietários do prédio dominante e do prédio serviente. Decisão agravada que não se sustenta posto que fundada apenas no fato de não se tratar de prédio encravado, enquanto o pedido não se refere à passagem forçada, mas à servidão de passagem. Provimento do recurso. (TJRJ, AI n. 2007.002.05439, rel. Des. Roberto Wider, j. 17.04.2007)

Manutenção de posse. Servidão de passagem. Indeferimento da liminar e de pedidos de reconsideração. Existência de servidão e de se tratar de única via de acesso à propriedade do autor dependente de comprovação documental ou técnica não apresentada. Impossibilidade de presunção da existência de servidão de passagem. Necessidade de cognição exauriente. Inteligência do art. 1.378 do Código Civil. Requisitos ensejadores da liminar não caracterizados. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 714.196.3700, rel. Correia Lima, j. 19.06.2007)

Art. 1.379.0 exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião.

Parágrafo único. Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos.

CC/1916: art. 698.

O artigo em exame corresponde ao art. 698 do Código Civil de 1916 com significativa alteração, pois explicitou que somente as servidões aparentes podem ser adquiridas por usucapião. Positivou o Código Civil de 2002 a Súmula n. 415 do Supremo Tribunal Federal, de seguinte teor: “Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória”

Vimos no comentário ao artigo anterior que servidões aparentes são aquelas com sinais exteriores de sua existência, constatáveis *icto oculi*. Somente tal categoria pode gerar usucapião, pois se a posse é a visibilidade do domínio, o comportamento do possuidor deve ser público, exercido à vista de todos, especialmente daqueles que têm interesse em reagir contra a posse, evitando a consumação do prazo da usucapião. Se assim não fosse, o proprietário do prédio serviente seria colhido de surpresa, pois não teria conhecimento dos atos praticados pelo titular do prédio dominante. O preceito em exame tem estreita ligação com o do art. 1.213, ao qual se remete o leitor.

Exige a lei que as servidões, para gerar usucapião sejam apenas aparentes, não exigindo serem elas também contínuas. Podem as servidões descontínuas, que para seu exercício dependem de atos do titular do prédio dominante, gerar usucapião, se forem aparentes.

A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, de modo que o registro não é constitutivo da servidão, mas tem caráter regularizatório e publicitário, com o fim de preservar o princípio da continuidade.

A cabeça do artigo diz poder o direito real de servidão ser adquirido por usucapião ordinária, no prazo de dez anos, fazendo expressa remissão aos requisitos do art. 1.242 do Código Civil. Exige-se, além dos requisitos necessários à usucapião extraordinária, a existência de justo título e boa-fé, conceitos já analisados no referido artigo. Não há óbice a que se aplique ao direito real de servidão a usucapião de prazo reduzido de cinco anos prevista no parágrafo único do art. 1.242, desde que preenchidos seus requisitos. Não se exige o possuidor utilizar a servidão como moradia, mas, se tiver feito relevantes investimentos de caráter social e de justo título registrado e posteriormente cancelado, pode se beneficiar da nova figura prevista em lei.

O parágrafo único do art. 1.379, em exame, dispõe que se o possuidor não tiver justo título, “o prazo da usucapião será de vinte anos”. Cuida-se da usucapião extraordinária, devendo ter a posse as qualidades previstas no art. 1.238, ao qual se remete o leitor. A posse deve ser contínua, sem oposição e com *animus domini*, independentemente de boa-fé e justo título. Nada impede, como já dito, aplicar-se à usucapião de servidão o prazo reduzido do parágrafo único do art. 1.238, desde que preenchidos os requisitos de “posse trabalho”.

Há, porém, manifesta inconsistência entre os arts. 1.238 e 1.379, referente ao prazo para consumação da usucapião. Para usucapir propriedade plena, o prazo é de quinze anos, mas para usucapir mero direito real sobre coisa alheia, uma parcela do direito maior de propriedade, o prazo é de vinte anos, segundo a lei. Aparentemente, houve um descuido do legislador, que se esqueceu de efetuar a redução do prazo também para a usucapião de servidão. Na lição de Karl Engisch, na base de todas as regras hermenêuticas para harmonizar normas aparentemente conflitantes, figura como verdadeiro postulado o princípio da coerência da

ordem jurídica (*Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1988> p. 313). Por isso, a interpretação do preceito deve ser construtiva, estendendo o prazo de quinze anos também para a usucapião extraordinária de servidões. O Enunciado n. 251 do CEJ chegou à mesma conclusão: “O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de quinze anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil”.

Jurisprudência: Possessória. Servidão de passagem. Esgoto. CC. Art. 167. Possessória. Servidão de passagem. Duto de esgoto subterrâneo. Hipótese de servidão não aparente a qual só pode ser estabelecida por meio de transcrição no registro de imóveis. Art. 697 do Código Civil. Transcrição incorrente, importando na inexistência de servidão. Caracterização, outrossim, de mera tolerância de passagem, a qual não cria para os autores direito de verem estabelecida uma servidão. Recurso improvido. (I TACSP, Ap. cível n. 579.499-7/004, rel. Silveira Paulilo, j. 25.04.1996)

Reintegração de posse. Caminho. Utilização contínua ao longo de vários anos. Coloca*ção de porteiros pelo dono do prédio dominante. Servidão de passagem. Falta de titulação. Irrelevância. Procedência. Apelação. Desprovidimento. 1 - Demonstrado que a servidão de passagem perdura por longos 50 anos, de forma aparente e contínua, configura esbulho o obstá-la ao dono do prédio dominante em cujo favor se há de conferir direito à proteção possessória. 2 - Não se pode negar proteção possessória a uma servidão de caminho, não titulada, mas que se define por traços visíveis e permanentes. (TJPB, Ap. cível n. 96.001.307-2, rel. Plínio Leite Fontes, j. 24.09.1996)

Ato jurídico. Ineficácia. Compromisso de compra e venda. Área referente à servidão aérea. Adquirente que não poderia ignorar sua existência, visto tratar-se de servidão visível, aparente e conhecida de todos. Ação de rescisão contratual procedente. Recurso provido para esse fim. Voto vencido. Embora não constasse do instrumento particular a servidão aérea, é indiscutível que o apelado não poderia ignorar sua existência, visto tratar-se de servidão visível, aparente e conhecida de todos. (TJSP, Ap. cível n. 188.795-2, rel. Clímaco de Godoy, j. 09.02.1993)

Possessória. Reintegração de posse. Servidão de trânsito. Passagem datada de muitos anos e marcada por sinais visíveis. Caracterização como aparente, embora não titulada. Esbulho comprovado. Proteção possessória assegurada. Ação procedente. Aplicação da Súmula n. 415 do STF. (RT 640/184)

Ação de reintegração de posse. Servidão aparente. Demonstrando a prova que a passagem era contínua e permanente há, no mínimo, cinco anos, a sua obstrução unilateral constitui esbulho, suscetível de ser estancado pela proteção judicial. Irrelevante a existência de outra via de acesso ao local, quando esta implica prejuízo para a parte. Cabível a proteção possessória da servidão de trânsito, que não se confunde com o conceito de passagem forçada. Súmula n. 415 do STF. Apelo desprovido. (TJRS, 20ª Câ. Cível, Ap. cível n. 70.011.092.970, rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 23.03.2005)

Direito de vizinhança. Cominatória. Servidão de passagem. 1 - Servidão de passagem de esgoto, que se perpetrou no tempo, é de ser mantida a favor do titular do prédio dominante, diante da prova cabal e evidente, da sua constituição, não podendo o dono do prédio serviente, a seu bel prazer, fazer cessá-la, causando prejuízos de ordem moral. 2 - Deram parcial provimento ao recurso, apenas e tão somente para reduzir o valor da multa diária e fixar prazo

para a obrigação de fazer. (TJSP, Ap. cível n. 801.422.000, rel. Des. Vanderci Álvares, j. 20.03.2007)

CAPÍTULO II DO EXERCÍCIO DAS SERVIDÕES

Art. 1.380. O dono de uma servidão pode fazer todas as obras necessárias à sua conservação e uso, e, se a servidão pertencer a mais de um prédio, serão as despesas rateadas entre os respectivos donos.

CC/1916: art. 699.

Manteve-se o conteúdo do revogado artigo correspondente do Código Civil de 1916, apenas substituindo-se a expressão *tem direito* por *pode*.

Consagra o preceito a regra básica de ter o dono da servidão direito a tudo o que é necessário ao exercício dela. De nada valeria a servidão, sem fornecer os meios para seu regular exercício. Dessa forma, em determinadas servidões, por sua natureza, criam-se servidões acessórias: a servidão de retirada de água do prédio vizinho tem como acessória a servidão de passagem para chegar à fonte; a servidão de aqueduto tem como acessória a servidão de ingressar no imóvel vizinho para fazer limpeza e reparos imprescindíveis (SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX, p. 135-6). Essas servidões acessórias seguem o destino da principal.

O proprietário do prédio dominante pode fazer as obras necessárias a sua conservação e uso. Tais obras podem ou não estar discriminadas no título constitutivo da servidão. No silêncio do contrato, as obras são determinadas em razão da natureza da servidão e de suas condições. No curso das obras, podem ocorrer danos ao prédio serviente, somente indenizáveis se não forem inerentes ao incômodo da própria servidão ou se decorrerem de ato culposo do titular do prédio dominante.

O titular da servidão pode deixar de exercer seu direito de se utilizar dela. Logo, pode também deixar de fazer as obras necessárias a sua utilização, não podendo ser constrangido a tanto, salvo se a obrigação tiver sido expressamente convencionada, ou a omissão causar danos ao prédio serviente.

A parte final do artigo prevê a hipótese de a servidão ser constituída a favor de mais de um prédio, caso no qual, como é natural, as despesas com as obras serão rateadas entre os respectivos donos. Se o prédio dominante for um condomínio, as despesas serão rateadas de modo proporcional aos respectivos quinhões.

Art. 1.381. As obras a que se refere o artigo antecedente devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser expressamente o título.

CC/1916: art. 700.

Como alerta Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, não cria o preceito uma obrigação do titular do prédio dominante, exigível pelo titular do prédio serviente. Há somente o dever de executar as obras se quiser ter o exercício da servidão (*Direito real de servidão*. Rio de Janeiro, Aide, 1985, p. 77).

A obra pode beneficiar, de modo concomitante, ambos os prédios, o dominante e o serviente, por exemplo uma servidão de passagem, também utilizada pelo dono do imóvel one-

rado. Em tal caso, embora silente a lei, a doutrina é tranqüila no sentido de o encargo de conservação incumbir a ambas as partes, na proporção do interesse de cada uma, de modo a evitar enriquecimento sem causa.

A regra é dispositiva, razão pela qual nada impede de convencionarem as partes em sentido diverso: que despesas e obras caibam ao titular do prédio serviente. Tal obrigação, constante do título levado a registro, ganha natureza *propter rem*, irradiando efeitos em relação a terceiros e acompanhando a servidão, enquanto esta durar. Deve o registro do título fazer menção à obrigação do titular do prédio serviente, alertando eventuais adquirentes quanto às cláusulas acessórias da servidão. Caso, porém, seja a convenção firmada apenas entre as partes, sem ingressar no registro imobiliário, cria-se mero direito de crédito, inoponível a terceiros adquirentes de boa-fé.

Jurisprudência: 1 - Turbação de posse. Colocação de cadeado em porteira, transtornando o uso de servidão existente há mais de quarenta anos. Obstáculo indevido reconhecido. Irrelevância de os donos do prédio dominante também possuírem chaves do cadeado, dada a grande distância entre sua casa e a porteira, atrapalhando terceiros visitantes. 2 - Determinação de fazimento de cercas dos dois lados da servidão. Medida justificada, no caso, pela existência de gado dos donos do prédio serviente a invadir a servidão, com risco concreto de acidentes com pessoas e veículos. Obra, ademais, a ser custeada por ambas as partes, não se mostrando oneração desnecessária ao prédio serviente. *Astreintes* bem fixadas. (TJSP, Ap. cível n. 110.002.1200, rel. Soares Levada, j. 17.05.2007)

Ação cominatória. Obrigação de fazer. Servidão. Manutenção. Ônus. Prédio dominante. Apelo improvido. Impõe-se a responsabilidade do prédio dominante pela conservação da servidão de passagem, não titulada, mas aparente e permanente. Inteligência do art. 1.381 do Código Civil. (TJMG, Ap cível n. 2.0000.00.486241-7/000, rel. Sebastião Pereira de Souza, j. 19.04.2006)

Art. 1.382. Quando a obrigação incumbir ao dono do prédio serviente, este poderá exonerar-se, abandonando, total ou parcialmente, a propriedade ao dono do dominante.

Parágrafo único. Se o proprietário do prédio dominante se recusar a receber a propriedade do serviente, ou parte dela, caber-lhe-á custear as obras.

CC/1916: art. 701.

A cabeça do artigo ganhou apenas a expressão *total ou parcialmente* quanto ao abandono, implícita na legislação revogada. O abandono parcial, é claro, tem como pressuposto lógico a servidão afetar apenas parte do prédio, por exemplo um caminho de passagem. Além disso, foi acrescido um parágrafo disciplinando a hipótese de o proprietário do prédio dominante se recusar a receber o prédio serviente abandonado.

O direito de abandonar todo ou parte do prédio serviente, segundo o preceito, cabe a seu titular quando, na hipótese do artigo anterior, houver convencionalmente sido transferida a responsabilidade e o custeio das obras necessárias ao exercício da servidão. O abandono acarreta exoneração e extinção da obrigação de fazer. A norma é dispositiva, nada impede de se convencionar a renúncia antecipada do direito de abandono, ou este somente ser possível em relação a certas obras. Não cabe a figura em estudo, porém, quando o dever de realizar obras decorrer não de estipulação convencional, mas de ato culposo do titular do prédio serviente, como destruição de um aqueduto.

O termo abandono não foi usado pelo legislador em seu sentido técnico, pois não basta o comportamento intencional do titular do prédio serviente para operar transferência do fundo gravado. Deve haver instrumento público» se acima da taxa legal, levado ao registro imobiliário, que tem efeito constitutivo em aquisição e perda de direitos reais sobre coisas imóveis. Há, na verdade, negócio de alienação do prédio serviente, tendo como causa liberação da obrigação de custear ou manter as obras necessárias ao exercício da servidão. Como diz Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, essa renúncia tem dupla eficácia: é liberatória e transmissiva (*Direito real de servidão*. Rio de Janeiro, Aide, 1985, p. 81).

A novidade está no acréscimo do parágrafo único, que deixa explícito o titular do prédio dominante poder recusar-se a receber a propriedade serviente. Dessa forma, não mais tem sentido a dúvida doutrinária quanto à possibilidade dessa alienação constituir ato unilateral do titular do prédio serviente, pois exige a lei concordância do titular do prédio dominante. Sem concordância, não há alienação, mas pode haver renúncia pura, com exoneração da obrigação de custear ou manter as obras da servidão, passando o encargo, em qualquer hipótese, ao titular do prédio dominante.

Finalmente, a omissão do titular do prédio serviente em fazer ou manter as obras contratadas não acarreta perda do prédio serviente, ou de parte dele. A alienação e a renúncia previstas no preceito não são compulsórias, dependem sempre de iniciativa do titular do prédio serviente. O titular do prédio dominante, no caso de inadimplemento, tem apenas o direito de exigir realização ou manutenção das obras necessárias ao exercício da servidão, mas não a transferência da propriedade.

Art. 1.383. O dono do prédio serviente não poderá embaraçar de modo algum o exercício legítimo da servidão.

CC/1916: art. 702.

O conteúdo do artigo foi mantido, aprimorando-se a redação com a troca do termo *uso* por *exercício* mais técnico e adequado à figura da servidão.

No comentário ao art. 1.378, vimos que as servidões, quanto a seu conteúdo, podem ser afirmativas (positivas) ou negativas. As afirmativas possibilitam um comportamento positivo do titular do prédio dominante, como a servidão de passagem. As negativas não conferem ao titular do prédio dominante qualquer conduta a tomar, mas apenas a de exigir abstenção do serviente, como a servidão de não construir além de certa altura. Dessa forma, vantagens e correspondentes restrições, de acordo com a natureza da servidão, podem ser de variado teor: algumas exigem do titular do prédio serviente obrigação de não fazer, como não construir além de certa altura; outras vão além, exigindo ação de tolerância (*pati*), como suportar a incursão alheia em seu imóvel, nos casos da servidão de passagem ou tirada de água.

O inadimplemento dessas obrigações de tolerar, ou de não fazer, confere ao titular do prédio dominante invocar a tutela possessória, nos termos dos arts. 1.210 a 1.213 do Código Civil, sem prejuízo das providências previstas no art. 461 do CPC, inclusive a fixação de multa diária por descumprimento do preceito, além da composição de perdas e danos.

Como alerta Carvalho Santos, o dono do prédio serviente deve observar as restrições impostas pela servidão, mas, afora isso, conserva todas as demais faculdades inerentes ao domínio. Logo, somente é vedado ao dono do prédio serviente “fazer inovações que diminuam ou prejudiquem o uso da servidão, ou o torne mais incômodo, tendo-se em vista o seu objeto e a sua natureza, ou, para usarmos da expressão legal, o seu uso legítimo” (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX, p. 219).

Deve-se levar em conta, também, a servidão ter como causa as utilidades que proporciona ao prédio dominante e o respeito ao prédio serviente. Assim, admitem-se certas condutas do titular do prédio serviente, considerando a proporcionalidade entre as conseqüências do gravame e o incômodo ao titular do prédio dominante. Tome-se o exemplo dado por Carvalho Santos, do proprietário do prédio gravado com servidão de passagem, que coloca na entrada de seu imóvel uma porteira para preservar sua segurança, com o cuidado, porém, de oferecer uma chave ao titular da servidão, de modo a lhe causar o mínimo embaraço possível (op. cit., v. IX, p. 215).

Jurisprudência: Responsabilidade civil. Dano em imóvel. Servidão de água. Perito. Preclusão. Cerceamento de defesa. Responsabilidade civil. Danos em prédio rústico. Servidão de águas. Indenizatória ajuizada por proprietário do prédio dominante, impedido pelo dono do prédio serviente de realizar as obras necessárias para a conservação da servidão. Circunstância que provocou o desvio de águas e a conseqüente suspensão do uso da servidão. Culpa do réu caracterizada. Procedência. Sentença mantida. Perito. Pedido de nova nomeação. Indeferimento. Decisão irrecorrida. Preclusão operada. Cerceamento de defesa incorrente. (I TACSP, Ap. cível n. 387.369-8/00, rel. Maurício Vidigal, j. 09.03.1988)

Servidão. Canalização de águas pluviais. Passagem sob propriedade particular. Obstrução ou destruição. Impossibilidade. Aplicação dos arts. 698, parágrafo único, 550 e 702 do CC (I TACSP). (RT 563/132)

Possessória. Servidão de água. Esbulho. CC. Art. 702. Art. 703. Possessória. Reintegração. Servidão de curso d'água. Servidão contínua e aparente. Eliminação em virtude de obras de aterro executadas no prédio serviente. Esbulho caracterizado. Arts. 702 e 703 do CC. Ação procedente. Recurso provido para esse fim. MF n. 444/115. (I TACSP, Ap. cível n. 395.342-2/00, rel. Octaviano Lobo, j. 28.12.1988)

Ação possessória: interdito proibitório. Servidão de passagem. Ainda que não seja dado ao dono do prédio serviente embaraçar o uso legítimo da servidão, é vedado ao proprietário do prédio dominante o uso abusivo da mesma. Assim se conduz o proprietário do prédio dominante que, destruindo cerca, largando gado à solta no caminho, possibilita o ingresso de vacuns na propriedade do autor, facilitando, com tal conduta, a ação de abigeatários. Proteção interdictai concedida ao proprietário do prédio serviente pelo uso abusivo do caminho pelo senhor da servidão. Sentença mantida. Apelo negado. (TJRS, 6ª Câm. Cível, Ap. cível n. 191.148.063, rel. Milton Martins Soares, j. 13.08.1992)

Servidão de passagem. Conceituação. Manutenção de porteiros abertas na chácara serviente que acarreta a sua proprietária danos materiais. Inadmissibilidade. Imposição ao titular da servidão de realizá-la da forma menos onerosa ao prédio serviente. Código Civil, art. 704. Inexistência, ademais, de prova no sentido de que a colocação do portão de acesso à servidão constituirá óbice ao exercício da posse por parte dos réus. Recurso improvido. (I TACSP, Ap. cível n. 568.810-4/006, rel. Elliot Akel, j. 14.07.1994)

Servidão de passagem. Colocação de porteira em imóvel rural. Necessidade de segurança do patrimônio pertencente ao dono do prédio serviente. Determinação de que permaneça fechada (encostada), sem cadeado. Necessidade de abrir e fechar. Fato que não configura embaraço ao exercício do *jus in re aliena* pelo titular do prédio dominante. Ação cominatória procedente. Apelação improvida. (TJSP, Ap. cível n. 701.909.9300, rel. Des. Matheus Fontes, j. 30.01.2007)

Art. 1.384. A servidão pode ser removida, de um local para outro, pelo dono do prédio serviente e à sua custa, se em nada diminuir as vantagens do prédio dominante, ou pelo dono deste e à sua custa, se houver considerável incremento da utilidade e não prejudicar o prédio serviente.

CC/1916: art. 703.

Houve considerável alteração de conteúdo em relação ao Código Civil revogado, acrescentando também a possibilidade de remoção da servidão pelo dono do prédio dominante.

Dois vetores orientam o direito real de servidão. De um lado, a necessidade do prédio dominante e, de outro, o mínimo gravame possível ao prédio serviente. O artigo em comento reflete os dois valores prestigiados pelo legislador, em homenagem à função social da propriedade, permitindo a remoção da servidão de um local a outro, sempre que não houver qualquer prejuízo à outra parte. Por positivar a cláusula geral da função social, a norma em exame é cogente, considerando-se não escrita eventual cláusula negociata em sentido contrário.

Cuida-se de direito potestativo, tanto do titular dominante como do serviente, não sujeito à prescrição, podendo ser exercido a qualquer tempo, sem limitação do número de vezes. Independe da anuência da outra parte, razão pela qual o deslocamento da servidão pode ser adotado de modo unilateral, mediante mera comunicação. Caso haja resistência, deve-se ingressar na via judicial, fazendo-se prova da inocorrência de prejuízo para a outra parte, pois não se admite a autotutela no caso concreto. As alterações devem sempre ser levadas ao registro imobiliário, para ganhar publicidade frente a terceiros.

Para o titular do prédio serviente, a remoção da servidão está sujeita a duplo requisito cumulativo: ausência de prejuízo para o prédio dominante e pagamento de todas as despesas necessárias para a remoção. Não é necessário justificar a remoção ou demonstrar alteração das circunstâncias em comparação com o momento de sua constituição. Para o titular do prédio dominante, há terceiro requisito cumulativo: a remoção lhe trazer “considerável incremento da utilidade”, razão pela qual tem o ônus de provar também a ocorrência de benefício expressivo. Vê-se, portanto, que os requisitos não são os mesmos para os prédios serviente e dominante.

É correta a posição de Pontes de Miranda, para quem cabe também, por aplicação analógica do preceito, a remoção de modo e tempo do exercício da servidão. Assim, “nada obsta, por exemplo, que se substitua o cano ao rego ou vala, ou a bomba a motor elétrico a bomba manual. Quanto ao tempo, se a servidão exercida durante o dia melhor vantagem dá durante a noite, sem prejuízo para o prédio dominante, nem despesas a mais, nada obsta que o dono do prédio serviente mude as horas de exercício” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1983, t. XVIII, p. 385).

Finalmente, embora controversa a doutrina, nada impede a servidão de ser removida de um prédio para outro, do mesmo proprietário serviente, ou mesmo para um prédio de terceiro com expressa anuência deste. Os requisitos mencionados devem estar presentes, e a remoção, no caso, como se faz em benefício ou em gravame de prédio, deve ser levada ao registro imobiliário. Haverá, como consequência do direito potestativo de remoção, extinção de uma servidão e constituição de outra, sobre prédio diverso.

Jurisprudência: Servidão predial. Remoção de um lugar para outro. Vantagens do prédio dominante. Despesas. A servidão, que, em regra, é imutável, pode ser removida para outro lugar, contanto que não diminua as vantagens anteriormente auferidas pelo dono do prédio dominante e não acarrete despesas para ele. (TJBA, Ap. cível n. 347/89, rel. Cícero Britto)

Servidão de passagem. Remoção pelo dono do prédio serviente. Impossibilidade de diminuição das "vantagens" do prédio dominante. Inteligência do art. 703 do CC (TACMG). (RT 542/220)

Apelação. Obrigação de fazer. Caixa de distribuição de linhas telefônicas mantida por concessionária de serviço público junto ao muro de imóvel particular. Pretensão dos proprietários à remoção da caixa, para que possam abrir portão de garagem. Exigência da concessionária de pagamento dos custos da obra de remoção pelos primeiros. Inadmissibilidade. Quadro retratando servidão administrativa informalmente instituída. Administrado fazendo jus a indenização, caso o interesse público determine a instituição ou a manutenção da servidão administrativa, com prejuízo ao pleno exercício dos direitos inerentes à propriedade. Situação dos autos, porém, envolvendo mero interesse econômico da concessionária de serviços, tanto que se dispõe ela a remover a servidão. Viabilidade, portanto, de o administrado, ao invés de reclamar o pagamento de indenização, exigir que a remoção se realize sem que disso lhe advenham custos. Sentença de procedência confirmada. (TJSP, Ap. cível n. 904.147.900, rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 24.07.2007)

Art. 1.385. Restringir-se-á o exercício da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente.

§ 1º Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro.

§ 2º Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa.

§ 3º Se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la; mas tem direito a ser indenizado pelo excesso.

CC/1916: arts. 704, 705 e 706.

Os três artigos do Código Civil de 1916 foram concentrados em um só preceito, em razão da similitude da matéria tratada. Manteve-se o conteúdo dos artigos originais.

A cabeça do artigo, na lição de Carvalho Santos, significa a servidão dever ser exercida “nos termos restritos de sua constituição, de conformidade com o objetivo, ou fim, da servidão e dentro dos limites das necessidades, que ela se propusesse satisfazer” (SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX, p. 223). Como limitação à propriedade, que se presume plena, merece interpretação restritiva, quanto a sua existência e sua amplitude. Critério valioso para interpretar é saber como satisfazer as necessidades do prédio dominante com o mínimo de restrição ao prédio serviente.

Nas palavras de Pontes de Miranda, “a utilidade limita, porque não se justificaria que se diminuísse, ao prédio serviente, o valor, sem que disso se aproveitasse o prédio dominante” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1983, t. XVIII, p. 367). Em termos diversos, a necessidade do prédio dominante limita conteúdo e exercício da servidão.

Decorre do preceito não haver servidão sobre servidão, ou seja, não pode a servidão se estender a prédios diversos daquele para o qual foi constituída. Mesmo que o proprietário dominante adquira outros prédios, a eles não se estende a servidão. Apenas se admite exercício indistinto se a servidão foi constituída de modo genérico, sem fixação de sua finalidade.

A parte final do preceito reza dever-se, no exercício da servidão, tanto quanto possível, evitar agravar o encargo ao prédio serviente. A regra se interpreta em dois sentidos. No primeiro, se o exercício pode ocorrer de vários modos, indiferentemente ao prédio dominante, escolhe-se o menos gravoso ao prédio serviente. No segundo, a servidão deve ser exercida de

modos qualitativo e quantitativo compatíveis com o título. O título limita conteúdo e exercício da servidão, jamais podendo ser ultrapassados pelo titular do fundo dominante.

Os §§ 1º e 2º são regras dispositivas que somente valem no silêncio da convenção. A primeira regra diz não se admitir a ampliação da servidão para outro fim, distinto do previsto no título. Não se consideram distorções da finalidade, como visto no comentário ao art. 1.383, atividades necessárias ao exercício da servidão: por exemplo, a passagem para viabilizar tirada de água do prédio vizinho. A segunda regra é a concreção do princípio geral de direito de quem pode o mais pode o menos, pois daí não resulta dano do prédio serviente. Assim, em uma servidão de passagem para escoamento da produção de uma fábrica, podem passar não somente os caminhões, como também os veículos de passeio, ou pessoas a pé que tenham acesso ao prédio dominante.

Finalmente, o § 3º do artigo em exame contém exceção à regra de não poder a servidão ser ampliada sem consentimento do titular do prédio serviente. Reza o artigo poderem ser as servidões alargadas se as necessidades da cultura ou da indústria do prédio dominante assim o exigirem, mas contra pagamento de indenização pelo excesso. A novidade do Código está na inserção da necessidade também da indústria, omitida na lei anterior, permitindo inferir que a ampliação cabe nos prédios rústicos e nos urbanos. A norma é cogente, pois tem fundamento na função social da propriedade, permitindo a melhor utilização de seus recursos. A ampliação da servidão é compulsória, mesmo contra a vontade do serviente, tratando-se de direito potestativo do titular do prédio dominante, não sujeito, portanto, à prescrição. A recusa injustificada do titular do prédio serviente abrirá caminho para a fixação judicial de novos limites da servidão e correspondente indenização.

O Código Civil de 2002 não reproduziu o disposto no art. 706, parágrafo único, do Código Civil de 1916, no sentido de o alargamento da servidão não poder ser decorrência da “mudança na maneira de exercer”, como no caso de se pretender edificar em terreno até então destinado à cultura. A regra continua implícita no atual Código Civil, uma vez que se altera a causa da servidão, a sua finalidade original, não prevista e nem desejada pelas partes. Em tal caso, como a passagem de escoamento da produção de uma fábrica em servidão constituída originalmente para trânsito de moradores de uma residência, o alargamento não é compulsório, depende de novo negócio jurídico entre as partes ou ocorrência de usucapião.

Jurisprudência: A servidão é gravame que não se presume, e que, portanto, não se pode interpretar extensivamente. Restrita a posse anterior à finalidade determinada, somente nesse limite é suscetível de reintegração. A alteração da finalidade da passagem de atividades pastoris para atividades agrícolas, ao impor maior gravosidade ao imóvel serviente, importa pretensão à ampliação da servidão (art. 1.385, § 3º, do Código Civil/2002), e portanto ultrapassa os limites da liminar possessória. Agravo improvido. (TJRS, 19ª Câm. Cível, AI n. 70.006.800.049, rel. Leoberto Narciso Brancher, j. 28.10.2003)

Reintegração de posse. Servidão de passagem. Exercício. Tráfego de veículos automotores. Impossibilidade. Limitação da servidão ao menor ônus. À vista do que dispõe o art. 1.385 do Código Civil, o exercício da servidão deve ser realizado da forma menos incômoda ao prédio serviente. Demonstrada nos autos a impossibilidade de utilização de veículo automotor na passagem que dá acesso ao prédio dominante, não se justifica a ampliação do ônus suportado pelo prédio serviente, salvo se, em tempo futuro se demonstrar a necessidade imperiosa de se alargar seus limites, devendo ser mantido o menor ônus então existente, (art. 1.385, § 2º, do Código Civil). (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.449282-8/000, rel. Viçoso Rodrigues, j. 19.08.2004)

Art. 1.386. As servidões prediais são indivisíveis, e subsistem, no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro.

CC/1916: art. 707.

Houve melhoria apenas na redação do preceito, mantido, porém, seu conteúdo.

A existência da servidão tem causa na necessidade do prédio dominante, de tal modo que se exige o exercício ser completo para atingir sua finalidade. Decorre daí a característica da indivisibilidade do direito real de servidão, cuja consequência mais visível é não se poder adquirir ou perder por partes, pois comprometeria sua causa. É óbvio ser indivisível apenas o exercício, pois frutos e proveito decorrentes da servidão podem ser divisíveis.

Na lição de Washington de Barros Monteiro, produzem indivisibilidade da servidão as seguintes consequências: “a) a servidão não pode ser instituída em favor de parte ideal do prédio dominante, nem pode incidir sobre parte ideal do prédio serviente; b) se o proprietário do imóvel dominante se torna condômino do serviente, ou vice-versa, mantém-se a servidão; c) defendida a servidão por um dos condôminos do prédio dominante, a todos aproveita a ação” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil direito das coisas*, 37. ed. revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 276 e 278).

Diz a lei que, no caso de divisão do prédio dominante ou do serviente, a aderência da servidão faz esta aproveitar ou onerar todas as partes produtos da divisão, do mesmo modo que aproveitava ou onerava a totalidade. As partes resultantes da divisão deverão guardar uma relação de utilidade ou necessidade da servidão. O condômino contemplado com quinhão situado do lado oposto do prédio, por exemplo, pode não ter nenhum interesse em uma servidão de não construir de determinado vizinho agora distante, ou em uma servidão de passagem que atravessa apenas um dos quinhões produto da divisão do prédio serviente sem afetar as outras partes.

Cuida a indivisibilidade de atributo accidental, pois a própria lei ressalva, em determinados casos, em razão de natureza ou destino da servidão, sua utilidade não ser afetada pelo fracionamento. Em tal hipótese, se admite o fracionamento. Carvalho Santos dá como exemplo a servidão de água, nada impedindo que diversas pessoas a dividam, fracionando quantidade e período de utilização (SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX, p. 244). Tal fato pode ocorrer, inclusive, no momento da divisão do prédio dominante, fracionando-se o proveito de modo proporcional aos titulares das partes.

Jurisprudência: Registro de imóveis. Compra e venda. Imóvel desmembrado de parte maior. Existência de servidão de passagem. Prévia anuência do titular do direito real. Desnecessidade. Gravame que será transferido à nova matrícula, preservando-se tal direito. Registro deferido. Recurso provido. (JTJ 188/355)

Servidão de passagem. Imóvel encravado. CC. Possessória: servidão de passagem. Ação visando divisão de servidão de passagem. Imóvel encravado na parte dos fundos utilizado para estacionamento de veículos. Indivisibilidade das servidões prediais. Art. 707 do Código Civil. Inadequação da via eleita. Indeferimento. Sentença mantida. (I TACSP, Ap. cível n. 452.219-3/000, rel. Marcondes Machado, j. 09.01.1991)

CAPÍTULO III DA EXTINÇÃO DAS SERVIDÕES

Art. 1.387. Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez registrada, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada.

Parágrafo único. Se o prédio dominante estiver hipotecado, e a servidão se mencionar no título hipotecário, será também preciso, para a cancelar, o consentimento do credor.

CC/1916: art. 708.

Em comparação com o direito anterior, apenas o termo *transcrição* foi atualizado para *registro*, em consonância com o regime da Lei n. 6.015/73.

Traça o preceito regra geral de ser o registro, salvo exceções, constitutivo do direito real de servidão; sua extinção, em relação a terceiros, somente se dará com o respectivo cancelamento por averbação junto ao registro imobiliário. Há um fato extintivo e, como efeito desse fato, o cancelamento do registro da servidão. Entre as partes, normalmente, a servidão deixa de produzir efeito desde o fato extintivo; em relação a terceiros, somente do momento no qual se averba o cancelamento junto ao registro imobiliário.

A própria lei traça uma exceção ao princípio: nas desapropriações, o cancelamento da servidão ocorre independentemente do registro, em razão do modo originário de aquisição da propriedade pelo Poder Público. A perda da servidão por desapropriação é indenizável, devendo, por consequência, ser citado o titular do prédio dominante. Nada impede, de outro lado, o próprio Poder Público, ao desapropriar um imóvel, de optar pela preservação da servidão, em vez de indenizar, caso no qual esta será preservada, continuando a onerar o prédio serviente. A não exigência do cancelamento vale somente para a desapropriação; não vale para aquisições de imóveis pelo Poder Público a título derivado, provenientes de negócio jurídico.

Esqueceu-se o legislador, porém, de que também a usucapião do prédio serviente, dado seu modo originário de aquisição, cria uma nova cadeia dominial, desligada da propriedade anterior e de todos os direitos reais sobre coisa alheia a ela acessórios, inclusive a servidão. Logo, consumada a usucapião sobre a propriedade plena do prédio serviente, extingue-se o direito real de servidão, independentemente do cancelamento do registro. É por essa razão que o titular do imóvel dominante é litisconsorte passivo necessário na ação de usucapião sobre o imóvel serviente. Ressalva-se, é claro, a possibilidade do usucapiente possuir como seu o imóvel, mas respeitar a servidão que o grava. Em tal hipótese, a aquisição da propriedade por usucapião não provocará a extinção da servidão.

A servidão proporciona utilidade ao imóvel dominante e o valoriza, ao potencializar sua exploração. Decorre daí a regra do parágrafo único do artigo em exame: caso esteja o imóvel hipotecado, o credor hipotecário deverá anuir ao cancelamento, pois haverá desfalque da garantia real. Embora não diga a lei, o mesmo ocorrerá em relação a outros direitos reais sobre coisa alheia, como usufruto e superfície. O cancelamento da servidão, se atingir direitos do usufrutuário ou do superficiário - e normalmente isso ocorrerá - deverá contar com a anuência deles quando tiver origem em negócio jurídico.

Art. 1.388. O dono do prédio serviente tem direito, pelos meios judiciais, ao cancelamento do registro, embora o dono do prédio dominante lho impugne:

I - quando o titular houver renunciado a sua servidão;

II - quando tiver cessado, para o prédio dominante, a utilidade ou a comodidade, que determinou a constituição da servidão;

III - quando o dono do prédio serviente resgatar a servidão.

CC/1916: art. 709.

A inovação restringiu-se ao inciso II, aperfeiçoando o dispositivo. Em vez de se referir à espécie servidão de passagem, como fazia a lei revogada, alude a atual ao gênero, determinando a extinção da servidão pelo desaparecimento de utilidade ou comodidade que lhe deu causa.

O Código Civil contém um rol meramente enunciativo das causas de extinção da servidão, nos arts. 1.388 e 1.389. Além das causas enumeradas na lei, há outras, implícitas ou lógicas: perecimento do prédio dominante ou serviente, como invasão de um deles, em caráter permanente, por águas de represa ou mar; resolução do domínio de quem as constituiu, pois, resolvido o domínio dos prédios serviente ou dominante, resolvem-se os direitos reais concedidos em sua pendência, como determina o art. 1.359 do Código Civil; expiração de termo ou condição resolutiva a que se subordina a servidão, já que não tem caráter necessariamente perpétuo, podendo ser constituída por prazo certo, ou ter sua eficácia subordinada a evento futuro e incerto; usucapião do prédio serviente por terceiro, que rompe a cadeia dominial e os direitos reais atrelados à propriedade perdida; desapropriação, comentada no artigo anterior; abandono especificado, comentado no art. 1.382.

Em relação às três causas previstas de modo explícito no artigo em análise, cabem algumas observações. A cabeça do artigo tem redação deficiente, dando falsa impressão de o cancelamento do registro em razão das causas arroladas nos três incisos ocorrer exclusivamente por decisão judicial. A intervenção judicial, porém, somente se faz necessária quando depender do exame de prova dos fatos das causas extintivas. Tanto a renúncia expressa quanto o resgate, desde que deduzidos pelos interessados por documento escrito hábil, podem ser diretamente levados ao registro imobiliário, sem necessidade de decisão judicial, na forma do art. 250, III, da Lei n. 6.015/73.

Para a renúncia (inciso I), o renunciante deve ser capaz e legitimado. A regra é somente poder renunciar à servidão quem puder constituí-la, ou seja, quem pode dispor do prédio dominante. Se casado for, necessita da outorga uxória, salvo se o regime de bens for de separação absoluta. Se o prédio dominante é em condomínio, a servidão não se extingue pela renúncia de um só dos condôminos, em razão de sua indivisibilidade. A renúncia é unilateral, não se exigindo, por consequência, a anuência dos titulares do prédio serviente. A renúncia expressa é solene e exige forma de escritura pública, se acima do valor legal, em obediência ao disposto no art. 108 do Código Civil.

Pode a renúncia ser expressa ou tácita, a última dedutível do comportamento concludente do titular do prédio dominante, incompatível com a persistência da servidão. Tomem-se como exemplos os casos do titular de direito de aqueduto, que desfaz as obras e nada coloca em seu lugar; ou do titular de direito de não construir, que aconselha e auxilia o titular do prédio serviente a fazer a construção proibida. A renúncia tácita, cuja aferição depende de exame de conduta, pressupõe sempre pronunciamento judicial.

O inciso II trata da extinção por cessação da utilidade ou comodidade, que modelam o exercício da servidão. No dizer de Marco Aurélio Viana, “a extinção vem como decorrência da perda da razão de ser da servidão. O novo estado de fato supre a função que a servidão exercitava” (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 604). O binômio utilidade-comodidade serve como causa do negócio jurídico gerador do direito real de servidão. O desaparecimento posterior da causa não leva à invalidade, mas à frustração da restrição, que perde o sentido e não mais se justifica. A prova dessa causa extintiva deve ser feita judicialmente e não perante o oficial do registro, diante da necessidade de se

aferir o fato da ausência de utilidade ou comodidade. A ação é imprescritível, pois se trata de direito potestativo, sem prazo decadencial assinado em lei.

O inciso III trata do resgate da servidão pelo dono do prédio serviente. Omitiu-se a lei, porém, em definir a figura do resgate. No direito real de enfiteuse constitui prerrogativa do proprietário, que pode exercê-lo contra a vontade do enfiteuta. Na servidão, tem o resgate natureza convencional, ou, no dizer de Carvalho Santos, “é a liberação do prédio serviente, mediante acordo dos interessados” (SANTOS,). M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX, p. 227). O titular do prédio serviente recobra, readquire do dono do prédio dominante direitos e vantagens transmitidos ao constituir a servidão. A vontade geradora do negócio jurídico que serve de título para a servidão atua em sentido contrário e leva à sua morte, em negócio extintivo solene, por escritura pública, se acima do valor legal, e levado ao registro imobiliário. O resgate não constitui direito potestativo do titular do prédio serviente, mas, ao contrário, somente se dá pelo consenso das partes. Esse ajuste pode ser feito tanto no próprio negócio constitutivo da servidão, acordando desde logo as partes o direito de resgate, inclusive quanto à oportunidade e preço, quanto em negócio posterior. Caso tenha sido ajustado no momento da constituição da servidão, gera direito potestativo ao dono do prédio serviente; e, diante de eventual resistência do titular do prédio dominante, tem o primeiro ação judicial na qual deposita o preço e postula a declaração de extinção da servidão, levando o mandado judicial ao registro imobiliário. Lembre-se de que o direito de resgate é conferido para o titular do prédio serviente recomprar a restrição que onera seu prédio, não dando ao titular do prédio dominante, salvo ajuste explícito entre as partes, direito de exigir o preço sem anuência da parte contrária. Finalmente, caso o resgate seja instrumentalizado por escritura pública, pode ser levado diretamente ao registro imobiliário, sem necessidade de qualquer intervenção judicial.

Jurisprudência: Servidão de passagem. Propriedade não encravada. CC. Art. 709, II. Existência de um segundo acesso aberto em terras contíguas pertencentes ao proprietário do prédio dominante. Inutilidade da antiga servidão existente no prédio serviente reconhecida. Inteligência do art. 709, II, do Código Civil. Ação improcedente. Recurso provido. (I TACSP, Ap. cível n. 605.412-0/002, rel. Torres Júnior, j. 06.12.1995)

Servidão de passagem. Ação de extinção. Possibilidade de acesso ao imóvel por outra via a depender de obra complexa e dispendiosa. Impossibilidade de extinção da servidão. Recurso improvido. Sentença mantida. (TJSP, Ap. com revisão n. 104.796.5700, rel. Mário de Oliveira, j. 29.11.2006)

Servidão de passagem. Reconhecimento. Inadmissibilidade. Prédio não encravado. Abertura de um segundo acesso pelo proprietário do prédio dominante. Inutilidade da servidão existente no prédio serviente. Ação improcedente. Inteligência do art. 709, II, do CC (I TACSP). (RT728/252)

Servidão de trânsito. O prédio serviente está sujeito à limitação da propriedade para superar o encravamento do prédio dominante. A sua aquisição anterior àquele não serve de supedâneo à exclusão da servidão, pois o encravamento pode resultar da venda, divisão e partilha da própria área, tal qual se vê no contexto fático probatório para impor o seu restabelecimento, com a manutenção da reintegração de posse. A constituição de nova servidão após o fechamento da anterior só a excluiria se ficasse comprovado que a outra, por si só, era mais cômoda para tanto, assim não ocorrendo para manter a sua continuidade. Recurso de apelação a que se nega provimento. (TJSP, Ap. cível n. 706.073.5300, rel. Conti Machado, j. 09.05.2007)

Evidenciado pela prova dos autos que o caminho usado pelos apelados para chegar à sua casa, inclusive de automóvel, existe há muitos anos, tornando-se aparente inclusive pelas obras realizadas (calçamento), pelo qual passavam até mesmo com veículo, comete esbulho possessório o vizinho que, a despeito de existir caminho alternativo, não mais quer permitir a passagem por seu terreno. Incidência da Súmula n. 415 do STF. Pretensão dos apelantes que deve ser exercida via ação negatória de servidão, conforme o art. 1.388 do novo Código Civil, não pelo simples impedimento do uso da servidão existente. Recurso improvido. Unânime. (TJRS, Ap, cível n. 70.006.738.009, 18ª Câm. Cível, rel. Pedro Luiz Pozza, j. 18.12.2003)

Art. 1.389. Também se extingue a servidão, ficando ao dono do prédio serviente a faculdade de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção:

- I - pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa;
- II - pela supressão das respectivas obras por efeito de contrato, ou de outro título expresse;
- III - pelo não uso, durante dez anos contínuos.

CC/1916: art. 710.

Foi alterada apenas a cabeça do artigo, e para pior, criando falsa impressão de as três causas extintivas da servidão, previstas nos respectivos incisos, independem de intervenção judicial, podendo ser levadas diretamente ao registro imobiliário. Melhor seria que se agrupassem todas as causas extintivas em um único artigo, com a regra simples de que causas comprováveis documentalmente independem de intervenção judicial. Em especial a causa prevista no inciso III demanda análise de fatos - não uso - e, necessariamente, deve ser objeto de sentença judicial.

O inciso I trata da confusão que ocorre quando os prédios dominante e serviente passam a pertencer ao mesmo titular. A servidão é incompatível com a homogeneidade dominial, pressupondo prédios vizinhos pertencentes a titulares diversos. Se uma das aquisições for em caráter resolúvel, ou padecer de invalidade, desaparece a figura da confusão definitiva e a servidão persiste. Se houver condomínio, somente se extingue a servidão se em ambos os prédios houver a mesma titularidade dominial, ainda que em frações diferentes. A averbação do cancelamento pode ser feita diretamente pelo oficial do registro imobiliário, sem intervenção judicial.

A maior dúvida a respeito do tema está em saber se, cessada a homogeneidade dominial sobre ambos os prédios por causa superveniente, como alienação de um deles para terceiro, ressurgem a servidão, que estaria apenas adormecida, convertida em serventia. A doutrina se divide a respeito do tema (a favor da restauração da servidão, Serpa Lopes e Tupinambá Miguel Castro do Nascimento; contra, Carvalho Santos, Marco Aurélio Viana e Pontes de Miranda). Como provoca confusão a extinção da servidão, em caráter definitivo, a melhor posição está em negar seu ressurgimento, em homenagem à boa-fé de terceiros adquirentes, que certamente seriam surpreendidos com a restauração do registro inoperante em razão da anterior homogeneidade dominial. Caso desejem as partes, deverão constituir nova servidão, por negócio jurídico ou usucapião.

O inciso II trata da supressão das obras necessárias ao exercício da servidão, desde que essa eliminação tenha sido contratada ou haja outro título expresse a demonstrando. Esse negócio de supressão exige sempre o consentimento de todos os interessados, manifestado por escritura pública, se superior à taxa legal, pois importa renúncia ou distrato que leva à extinção de direito real. O instrumento que materializa a supressão pode ser levado diretamente ao registro imobiliário, sem intervenção judicial. Explicita a lei que a supressão tenha

causa em negócio jurídico ou outro título expresso. As mutações fáticas, que impliquem abandono ou destruição das obras, sem convenção explícita, podem apenas suspender ou impossibilitar momentaneamente o exercício da servidão, mas não a extingue. A destruição das obras sem base em título explícito pode, quando muito, configurar renúncia tácita ao direito de servidão, nos termos do art. 1.388,1.

O inciso III trata da extinção da servidão pelo não uso por dez anos contínuos. A longa inércia do titular do prédio serviente faz presumir inutilidade da servidão, e não há razão para continuar a onerar o prédio serviente.

Todas as modalidades de servidões - contínuas e não contínuas, aparentes e não aparentes, afirmativas e negativas - extinguem-se pelo não uso. Não vale aqui, portanto, a regra inversa, de somente se adquirirem pela prescrição aquisitiva (usucapião) as servidões aparentes. O não uso pode ocorrer desde o momento da constituição da servidão, ou iniciar-se em um momento posterior. A causa em exame exige reconhecimento na via judicial, pois não pode o oficial do registro imobiliário aferir situação de fato, consistente do não uso da servidão por determinado prazo.

No que se refere ao termo *a quo* contagem do prazo de dez anos, a melhor solução, embora não explicitada em nosso direito positivo, é a adoção do que contêm os arts. 3.059 do Código Civil argentino e 2.228 do Código Civil português: “a prescrição correrá, nas servidões descontínuas, desde o dia em que se deixe de usar, e nas contínuas, desde o dia em que se começar a interrupção da servidão”, vale dizer, do dia em que o titular do prédio serviente praticar o ato que lhe era vedado.

A mesma lição é enunciada por Pontes de Miranda de modo diverso, levando em conta a natureza afirmativa ou negativa da servidão: “nas servidões afirmativas (contínuas ou descontínuas), começa-se a contar o decênio do momento em que cessa o exercício; e. g., deixa de tirar água da fonte, cai o aqueduto, fechou a passagem. Nas servidões negativas, desde que o dono do prédio serviente pratica o ato que não devia praticar, não importa se houve, ou não, força maior para o não uso. O exercício, que interrompe o curso do decênio, pode ser por pessoa que represente o dono do prédio dominante, ou por terceiro, que o pratique como exercício do direito de servidão. Se o prédio dominante é comum, basta, para a interrupção, que o pratique qualquer dos comunheiros. Se contra um deles não corre o prazo, a suspensão aproveita a todos” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, t. XVIII, p. 418-9).

A maioria da doutrina não distingue o não uso da servidão e sua prescrição. Na verdade, há relevante distinção. Somente há prazo prescricional quando houver pretensão, ou seja, reação contra ato ou conduta do titular do prédio serviente que praticar o ato vedado (servidões negativas) ou impedir ao titular do prédio dominante fazer o permitido pela servidão (servidões afirmativas). No exato momento em que há o ato ilícito do titular do prédio serviente, nasce a pretensão, sujeita à prescrição pela inércia do titular do prédio dominante. Aplicam-se, aí, as causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional, previstas nos arts. 197 a 204 do Código Civil. As causas inerentes ou de iniciativa de um dos titulares do prédio dominante aos demais aproveita, em vista da indivisibilidade da servidão.

Diversa, porém, é a situação na qual, em servidões afirmativas, há pura inércia do titular, sem qualquer conduta ilícita do dono do prédio serviente. Nesse caso, não há pretensão a ser exercida, pela simples razão de não haver ação ou medida a ser proposta em face do dono do prédio serviente, que nunca se opôs à servidão. Cuida-se de singela falta de exercício de direito material, que se perderá pelo decurso do tempo. O prazo é decadencial e não prescricional, razão pela qual o prazo flui de modo contínuo, sem interrupção ou suspensão, ressalvadas as hipóteses mencionadas no art. 208 do Código Civil (cf. as posições de PONTES DE MIRANDA, R. C. *Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1983, t. XVIII, p. 419; e NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Direito real de servidão*. Rio de Janeiro, Aide, 1985, p. 247-8).

Jurisprudência: Apelação cível. Servidão de passagem. Condomínio. Extinção pelo não uso. Art. 1.389, III, do Código Civil. Preliminar. Não ocorre nulidade da sentença que analisou o pedido e julgou a lide nos estritos limites estabelecidos na petição inicial. Preliminar rejeitada. As provas documental e testemunhai produzidas nos autos evidenciam o abandono da servidão pelo prédio dominante há mais de dez anos, o que enseja a sua extinção pelo não uso, na forma do art. 1.389, III, do Código Civil. Sentença mantida. Apelo improvido. Unânime. (TJRS, 18ª Câ. Cível, Ap. cível n. 70.001.551.787, rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 10.04.2003)

Servidão *cfoacae*. Prédios, inicialmente integrantes de uma única unidade imobiliária, que guardam relação de dominância e de servidão. Desmembramento e posterior alienação de uma das partes, donde exsurge a servidão como direito real na modalidade de destinação do *pater familiae*. Aplicação analógica do disposto no inciso I do art. 1.389 do Código Civil e do art. 710 do Código revogado. Provimento do apelo. (TJRJ, Ap. cível n. 2005.001.31993, rel. Des. Marilene Melo Alves, j. 22.02.2006)

Inobstante a exigência legal de que a servidão deva constar de registro no Cartório de Registro de Imóveis, a ausência de referência na matrícula imobiliária não retira a eficácia da inscrição da servidão contemplada em escritura pública lavrada anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 6.015/73. A servidão deve desempenhar uma utilização social. Se o decurso de tempo demonstrou, pelo não uso, sua não utilidade, a servidão não pode ser considerada existente. 3 - A inexistência de atos necessários à conservação e ao uso da servidão, que são inerentes ao exercício do direito real instituído, caracteriza o abandono da servidão. (TJMG, Ap. cível n. 2.0000.00.411162-0/000, rel. Elias Camilo, j. 12.02.2004)

Conveniente lembrar que a servidão é estabelecida sob o critério de utilidade do prédio dominante, sendo que no caso de extinção por não uso, o prazo flui a partir do último ato praticado, sendo portanto o prazo prescricional interrompido a cada limpeza, a cada serviço realizado ou vistoria desenvolvida pelo recorrido, daí por que se entende como não tendo sido esgotado, por consequência, o prazo que autoriza a extinção, razão pela qual não possam os reclamos obter amparo da recorrente junto a Turma Julgadora. (TJSP, Ap. cível n. 105.858.0100, rel. Simões Vergueiro, j. 27.02.2007)

Interpelação feita exclusivamente para os efeitos do art. 119 do Código Civil não tem virtude de interromper a prescrição, por não constituir em mora o devedor (art. 172, IV, do mesmo Código). A extinção da servidão opera-se no prazo da prescrição, daí não haver óbice ao reconhecimento desta. (STJ, REsp n. 39.112/SP, rel. Min. Paulo Costa Leite, j. 02.04.1996)

TÍTULO VI DO USUFRUTO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.390.0 usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

Definição: Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, “usufruto é o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar-lhe a substância, enquanto temporariamente destacado da propriedade” (*Instituições de direito civil* - direitos reais, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, 2003). A definição se aproxima do que continha o art. 713 do revogado Código Civil, que, apesar de não reproduzido no atual, se encontra implícito, porque inalteradas as características do instituto. Prossegue o autor, afirmando que o ponto de partida de sua configuração é a distinção de dois elementos na propriedade, proveito e substância (op. cit., p. 290). Há um desdobramento dos poderes do proprietário, que outorga o proveito em caráter temporário ao usufrutuário e permanece com a substância do bem, tornando-se nu-proprietário. Convivem pacificamente os diversos poderes sobre o mesmo bem, sem se chocar ou anular, porque as titularidades se dão em planos qualitativos diferentes, ao contrário do condomínio, em que os direitos são os mesmos, apenas quantitativamente distintos.

Características: Da definição tiramos suas principais características, a saber: a) é direito real sobre coisa alheia, gravando temporariamente um bem em favor de uma pessoa (por isso alguns autores, indevidamente, denominam-no servidão pessoal), com efeito *erga omnes*, distinguindo-se, portanto, da locação; b) é temporário, podendo ser a termo, ou sob condição resolutiva, quando muito vitalício, extinguindo-se com a morte do usufrutuário, porque constituído sobre sua cabeça; c) provoca o desdobramento da posse, atribuindo a posse direta ao usufrutuário e reservando a posse indireta ao nu-proprietário; d) é intransmissível, podendo apenas ser cedido o seu exercício, como veremos no comentário ao art. 1.393 adiante.

Objeto: No que se refere ao objeto, tem o usufruto amplo espectro, ao contrário dos direitos reais de superfície e de servidão. Podem ser bens frutuários, ou usufruídos, todos aqueles passíveis de apropriação, quer sejam apenas úteis à exploração, quer sejam frugíferos. Devem ser alienáveis, para sobre eles recair o gravame real de uso e fruição, com transmissão parcial das faculdades reais, razão pela qual não se admite usufruto constituído sobre bens gravados com cláusula de inalienabilidade (art. 1.911 do CC) nem sobre bem de família. Também não o admitem os direitos intransmissíveis, por exemplo servidão, uso e habitação. Não podem constituir usufruto sobre a coisa aqueles titulares de direitos reais que não têm a prerrogativa de usar e de fruir, como o penhor, a hipoteca, ou mesmo a propriedade fiduciária. Em contrapartida, admite-se o gravame do usufruto instituído pelos titulares dos direitos reais de superfície, de anticrese, de promitente comprador imitido na posse, de enfiteuse e a propriedade resolúvel. Claro que em tais hipóteses o direito de usufruto não ultrapassa o direito real sobre o qual recai. Logo, extinta a superfície, extingue-se o usufruto, ou, resolvido o compromisso de compra e venda, com ele resolve-se o usufruto.

Embora haja resistência da jurisprudência em admitir usufruto sobre direito real de promitente comprador, tal posição é hoje injustificável. É o compromisso de compra e venda contrato preliminar impróprio, que quase esgota a atividade negociai, convertendo a escritura definitiva em simples ato devido. Os poderes federados do domínio se reúnem nas mãos do compromissário comprador, restando ao promitente vendedor um mero domínio garantia do recebimento do preço (cf. AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda* 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1983). Por isso, se há o registro do compromisso irretratável e o promitente comprador já se encontra imitido na posse e, mais, sendo o direito de promitente comprador transmissível até por trespasse, nada justifica que não possa ser dado em usufruto, nem em hipoteca, nem que garanta ao adquirente direito à reivindicação.

Pode o usufruto recair sobre coisas (bens corpóreos) móveis ou imóveis, singulares ou coletivas, assim como sobre bens incorpóreos. Admite-se usufruto sobre créditos, desde que transmissíveis. Abrangem tal modalidade direito sobre valores, direitos de coparticipação, direitos intelectuais, sobre um patrimônio ou sobre uma empresa. Cabe, por exemplo, usufruto sobre quotas e ações de sociedade anônima, ou sobre títulos da dívida pública, ou sobre os direitos patrimoniais (não os morais) de autor e de invenção. Como diz Orlando Gomes,

“o usufruto de direitos consiste na atribuição a outrem das utilidades de um direito, durante um certo período de tempo, resguardada a sua existência e integridade” (GOMES, Orlando. “Usufruto de direitos”. In: *Revista Forense*, v. 180, p. 36-41). Pode recair sobre crédito incorporado em um título, ou não, com ou sem garantia real. Intervém em tal modalidade de usufruto três protagonistas, o credor, o devedor e o usufrutuário, que exercerá os direitos de gozo, devendo, porém, preservar a substância do direito.

O atual Código Civil não reproduziu o art. 726 do Código Civil de 1916, que disciplinava o quase-usufruto, ou usufruto impróprio, incidente sobre as coisas consumíveis - às quais, para esse efeito, se equipararam às fungíveis - e que caíam no domínio do usufrutuário, que se obrigava a restituí-las no equivalente em gênero, qualidade e quantidade, regendo-se, no geral, pelas regras do mútuo. Note-se, porém, que o usufruto se extinguiu pela morte do usufrutuário, ao contrário do mútuo, cuja obrigação e crédito se transmitem aos herdeiros.

As coisas consumíveis e fungíveis não mais podem ser dadas em usufruto, como objeto principal, porque concludente é o silêncio do legislador, que resgatou a pureza da garantia real, exigindo a preservação da substância. Ressalva-se apenas a exceção do art. 1.392, § 1º, que trata dos acessórios e acrescidos consumíveis e que será abordado mais adiante.

Classificação: Classifica-se o usufruto, segundo diversos critérios, na lição de Washington de Barros Monteiro:

a) quanto à *causa*, em usufruto *legal* e *convencional*. Decorre o convencional de negócio jurídico *inter vivos* ou *causa mortis*. Em relação ao usufruto decorrente de negócio *inter vivos*, o registro imobiliário para imóveis ou a tradição, para bens móveis, são constitutivos do direito real (v. art. 1.391). É solene, porque exige forma escrita, qualquer que seja o objeto. Se recair sobre coisa imóvel, exige-se outorga uxória, salvo o regime da separação total de bens, além de escritura pública, se de valor superior à taxa legal (art. 108 do CC). Em relação à aquisição *causa mortis*, em razão da saisina o registro tem efeito somente publicitário e regularizatório. Já o usufruto legal é aquele estabelecido diretamente pela lei, em determinadas situações jurídicas, independentemente da vontade das partes. Há diversos casos de usufruto legal, previstos em nosso ordenamento: 1) o indígena do art. 231 da Constituição Federal, que atribui aos silvícolas o direito exclusivo de usufruto das riquezas naturais e utilidades das terras que ocupam; 2) o dos pais sobre os bens dos filhos menores sujeitos ao poder familiar (art. 1.689,1, do CC); 3) o dos cônjuges sobre os bens do outro, nos casos previstos em lei (art. 1.652,1, do CC). Não contempla o Código Civil de 2002 a possibilidade de constituição de usufruto vidual dos cônjuges (art. 1.611, CC/1916) e companheiros supérstites (art. 2º, I e II, da Lei n. 8.971/94), sobre parte dos bens do falecido, porque atualmente concorrem eles em propriedade plena com os herdeiros de primeira e segunda classe. Claro que os usufrutos viduais constituídos antes da vigência do Código Civil de 2002 continuam a produzir os seus efeitos, até que sejam extintos. A questão crucial da necessidade - ou não - do registro do usufruto legal será examinada no comentário ao art. 1.391. Modalidade de usufruto legal é o usufruto judicial, previsto no art. 716 do Código de Processo Civil, que, a requerimento do credor, pode recair sobre imóvel ou empresa, segundo o objeto da penhora;

b) quanto ao *objeto*, o usufruto é *geral (universal)* ou *particular*, conforme recaia sobre uma universalidade, ou parte ideal dela (patrimônio, herança), ou sobre objeto determinado;

c) quanto à *extensão*, o usufruto é *pleno*, quando abrange todos os frutos e utilidades da coisa, ou *restrito*, quando se exclui parte desses poderes. Nada impede, assim, que constem do título certas limitações dos poderes transferidos para o usufrutuário;

d) quanto à *duração*, pode ser *a termo certo, sob condição* ou *vitalício*, sendo este último extinto somente com a morte do usufrutuário. Não ultrapassa o usufruto a vida do usufrutuário, por isso se diz que é constituído sobre sua cabeça. Sua morte é causa automática de extinção do usufruto, mas a morte do nu-proprietário nenhuma consequência traz, porque os herdeiros recebem o bem onerado, salvo se o contrário foi expressamente convencionado entre as partes.

Discute-se a compatibilidade entre o usufruto e a cláusula de inalienabilidade nos seguintes termos, postos por Tupinambá Miguel Castro do Nascimento: “Há uma doação com usufruto *deducto*, impondo ao doador a cláusula de inalienabilidade à nua-propriedade. Seria possível a manutenção dessa cláusula após a morte do doador, no caso, o usufrutuário?” (*Usufruto*, 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1983). A questão é controversa. Afirmo Washington de Barros Monteiro que a persistência da cláusula, após a extinção do usufruto, caracterizaria usufruto sucessivo, uma vez que não estariam os poderes federados do domínio reunidos na mão do dono, o que é vedado por norma cogente (*Curso de direito civil* - direito das coisas, 37. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. III). A jurisprudência controverte a respeito, havendo julgados em ambos os sentidos. O melhor entendimento, porém, é no sentido de que a persistência do vínculo após a morte do usufrutuário não cria usufruto de segunda geração, porque os poderes do dono do imóvel gravado são mais amplos do que os do usufrutuário, podendo mudar sua destinação ou mesmo promover a sub-rogação em bem diverso. Além disso, é inviável cogitar de usufruto sem que haja nu-proprietário.

Jurisprudência: Direito civil. Usufruto pendente. Divisão. Possibilidade. Recurso conhecido pelo dissídio mas desprovido. Não há vedação em que, mesmo na pendência de usufruto, se promova judicialmente a divisão de imóvel entre condôminos com direito de igual natureza (STJ, REsp n. 2.707/MG, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 30.10.1990, v.u.). (*Lex-STJ* 37/48)

Usufruto. Morte do usufrutuário. Cláusula de inalienabilidade. Propriedade plena consolidada no nu-proprietário. Limitação do *jus disponendi*. Impossibilidade de extinção do vínculo. Restrição da inalienabilidade que é circunstância especial mas normal do domínio, podendo, genericamente, gravar qualquer liberalidade. Art. 1.676 do Código Civil. Recurso não provido. (*JTJ* 166/173)

Usufruto. Vitalício. Bem gravado com condição de inalienabilidade. Condição que não desaparece com a extinção do usufruto. Cessaçao deste que depende da morte do usufrutuário, dependendo a cessação do gravame da morte do adquirente. Recurso não provido. (*JTJ* 134/269)

Divisão. Condomínio. Imóvel objeto de usufruto. Ajuizamento por nu-proprietário. Cabimento, independentemente da anuência do usufrutuário, desde que os direitos deste sejam resguardados. Embargos rejeitados. (*JTJ* 144/188)

Doação. Usufruto reservado. Extinção pela morte do doador. Subsistência das cláusulas restritivas. Instituição destas que nada tem a ver com o usufruto. Cancelamento indeferido. Recurso não provido. (*JTJ* 123/83)

Doação. Imóvel doado a dois filhos com reserva de usufruto aos doadores. Nascimento de terceiro descendente. Retificação pretendida para sua inclusão como donatário. Inadmissibilidade. Extinção do processo sem julgamento do mérito. (*RT* 585/46)

Registro de imóveis. Usufruto vidual. Registro, pretendido, nas matrículas relativas aos imóveis deixados pelo finado marido. Inadmissibilidade. Necessidade de reconhecimento judicial no processo de inventário, com especificação dos bens sobre os quais recairá o ônus. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 68.107-0, rel. Luis de Macedo, j. 04.05.2000). (*Lex-TJSP* 230/383, 2000)

Art. 1.391.0 usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis.

CC/1916: art. 715.

O art. 715 do Código revogado dispunha que “o usufruto de imóveis, quando não resulte do direito de família, dependerá de transcrição no respectivo registro”.

É a usucapião, como vimos no comentário ao art. 1.238 do Código Civil, modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada e qualificada pelos requisitos exigidos em lei. Se é modo originário e não derivado, a aquisição do direito real não se subordina ao registro, como previsto no art. 1.227 do Código Civil, bastando a mera situação de fato da posse, a qual a lei empresta efeitos jurídicos, convertendo-a em direito real. Além disso, a sentença que julga procedente a ação de usucapião é meramente declaratória, retroagindo ao momento de consumação do prazo temporal previsto em lei, ou, segundo parte da doutrina, ao início da posse *ad usucapionem*. Conseqüência disso é que nem a sentença nem o registro são constitutivos do direito real. O registro tem efeito meramente publicitário e regularizador. Visa o preceito apenas a explicitar que se pode adquirir usufruto por usucapião, o que, na vigência do Código Civil de 1916, era admitido pela doutrina majoritária, embora negado por Pontes de Miranda.

Explica Lenine Nequete que se adquirem por usucapião os direitos reais que implicam posse dos objetos sobre os quais recaem, a saber: usufruto, uso, habitação e superfície. Reputam-se adquiridos pela usucapião “quando quem os constitui não é o verdadeiro proprietário, em conseqüência do que, consumada a prescrição, o direito do beneficiado subsiste em pleno vigor, com todos os seus efeitos, como se por ele mesmo houvesse sido estabelecido” (NEQUKTE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva*. Porto Alegre, Sulina, 1954). É o exemplo clássico da usucapião ordinária, de usufruto adquirido a *non domino*, após completado o prazo de dez ou cinco anos (art. 1.242 CC).

O artigo em estudo contém certa imprecisão. Deve ser lido do seguinte modo: o usufruto adquirido a título derivado por negócio jurídico *inter vivos*, tendo por objeto coisa imóvel, somente se adquire com o registro imobiliário. Isso porque, como vimos no comentário ao artigo anterior, o usufruto adquirido por testamento se transmite ao herdeiro ou legatário com a morte do testador e não com o registro imobiliário, em razão do direito de saisina. O registro, em tal caso, tem efeito meramente publicitário e regularizatório, mas não constitutivo do direito real. De igual modo, o usufruto sobre coisa móvel se constitui pela tradição, sem previsão de registro constitutivo nos arts. 127 e 129 da Lei n. 6.015/73.

Também não necessita do registro imobiliário o usufruto legal do direito de família, ainda que recaia sobre coisas imóveis, por força do que dispõe o art. 167, I, 7, da Lei n. 6.015/73, em plena vigência. Embora não tenha o atual Código Civil reproduzido o disposto no art. 715 do Código Civil revogado, o preceito acima transcrito da Lei de Registros Públicos faz explícita menção à dispensa do registro do usufruto do direito de família. A publicidade, em tal caso, decorre da própria lei, bastando, por exemplo, a terceiros interessados defrontarem com patrimônio de menor sujeito ao poder familiar, para desde logo saber que existe usufruto *ex lege* em favor dos pais.

Questão mais delicada é saber se o usufruto vidual do direito sucessório, previsto no art. 1.611 do Código Civil de 1916 e não renovado no atual, depende de registro para produzir efeitos contra terceiros de boa-fé. Embora no atual sistema o cônjuge e o companheiro supérstites não mais recebam usufruto vidual, porque podem concorrer com as classes de herdeiros que estão à sua frente, recebendo propriedade plena, a questão ainda é relevante, em relação aos óbitos ocorridos na vigência do Código Civil anterior. Há entendimento da

doutrina e dos tribunais de que o usufruto vidual tem natureza de direito real (TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro, Forense, 1991 e REsp n. 209.706/SP, rel. Min. Nancy Andrighi). O entendimento majoritário é no sentido de que, reconhecida a comunhão de aquestos, não tem o viúvo meeiro direito ao usufruto vidual, porque a sua estabilidade financeira já se encontra garantida (REsp n. 34.714/SP, rel. Min. Barros Monteiro). Caso contrário, incide sobre parte de toda a herança, inclusive a legítima dos herdeiros necessários. Além disso, embora haja dissonância na doutrina, o entendimento majoritário dos tribunais é no sentido de que o usufruto vidual deva ser levado ao registro imobiliário, para efeito publicitário e segurança do tráfego jurídico, prevenindo terceiros adquirentes de boa-fé (*RJTfERGS* 106/388, rel. Des. Edson Alves de Souza; TJSP, Ap. cível n. 68.107-0/6, rel. Des. Luis de Macedo).

Jurisprudência: Em face da regra do § 1º do art. 1.611 do CC, à viúva não se atribui a qualidade de herdeira ou legatária, mas nos próprios autos do inventário se há de reconhecer e consignar o benefício legal a seu favor. [...] É o formal de partilha (LRP, art. 212, IV), portanto, e não o requerimento da viúva ao Oficial instruído com certidões do casamento e do óbito, que se qualifica como título apto ao ingresso na tábua registral do usufruto legal que a beneficia. (STJ, REsp n. 4.625/SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.04.1991, v.u.)

Ação de anulação. Ilegitimidade de parte. A pessoa que alega ter direito a usufruto que não consta do Registro Imobiliário não tem legitimidade para promover a anulação dos atos, atingindo terceiros adquirentes. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp n. 444.928/DF, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.10.2002)

Inventário. Usufruto vidual. Casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens. Meação dos aquestos. Direito inexistente. Interpretação do art. 1.611, § 1º, do CC. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 180.856/SP, 4ª Câ. Cível, rel. Cezar Peluso, j. 27.10.1992)

Usufruto vidual. Direito de natureza sucessória. Doutrina que costuma caracterizá-lo como "legado". Quota que se calcula sobre todos os bens do acervo hereditário, alcançando inclusive a legítima dos herdeiros necessários. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 81.593-4/SP, 8ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Cesar Lacerda, j. 07.10.1998, v.u.)

Reivindicatória. Ação promovida contra titular de usufruto vidual do imóvel, recaente sobre um quarto da metade ideal. Bem a não comportar cômoda divisão. Posse da ré, exercida com base no direito hereditário, ainda assim justa, a afastar a procedência decretada. Apelação da ré provida e dos autores não provida. Aos titulares do domínio, com legitimação para reivindicar, carece razão em fazê-lo contra a viúva de seu pai, a qual, por força do usufruto vidual (art. 1.611, § 1º, CC), exerce posse justa e jurídica, ainda que em pequena porção, na complexa relação mantida sobre o imóvel, residencial e não a comportar cômoda divisão. (TJSP, Ap. cível n. 106.620-4, 2ª Câ. de Direito Privado, rel. J. Roberto Bedran, j. 29.08.2000, v.u.)

Inventário. Pedido a envolver direito sobre usufruto vidual. Falecimento do autor da herança quando já em vigor o Código Civil de 2002. Alegado direito à aplicação do disposto no art. 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916. Impossibilidade de retroação. Aplicação da nova legislação, nas circunstâncias. Arts. 1.787, 1.829, I, 1.791 e 1.831. Decisão de indeferimento em primeiro grau. Recurso da viúva não provido. (TJSP, AI n. 316.674-4/9-00/Batatais, 4ª Câ. de Direito Privado, rel. J. G. Jacobina Rabello, j. 06.11.2003, v.u.)

Arrolamento. Pretensão do cônjuge sobrevivente ao usufruto vidual. Casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens. Meação nos aquestos. Direito inexistente se o cônjuge sobrevivente foi contemplado com a meação dos bens. Interpretação do art. 1.611, § 1º, do Código Civil. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 332.586-4, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Carlos Roberto Gonçalves, j. 23.03.2004, v.u.)

Direito civil. Usufruto vidual. I - O usufruto vidual possui natureza hereditária e depende, para sua concessão, tão somente da presença dos requisitos do § 1º do art. 1.611 do Código Civil, anterior, podendo alcançar até a metade da totalidade do patrimônio do falecido, inclusive, a legítima, se não houver descendentes. II - Na impossibilidade de seu deferimento, em razão da extinção da sociedade comercial sobre a qual deveria recair, deve haver compensação na partilha ou indenização a ser verificada segundo o caso concreto. Precedentes. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 330.026/MG, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 02.03.2004)

Sucessão. Vocação hereditária. Usufruto de cônjuge viúvo casado sob regime de separação de bens. Legado de origem sucessória resultante, porém, do direito de família. Direito temporário e condicionado que independe de declaração constitutiva e, portanto, de registro. Inaplicabilidade do art. 167, 7, da Lei n. 6.015/1973 (TJSP, RT 642/117)

Civil. Usufruto vidual. Sucessão testamentária. O usufruto vidual é instituto de direito sucessório, independente da situação financeira do cônjuge sobrevivente, e não se restringe à sucessão legítima; tem aplicação, também, na sucessão testamentária. (STJ, REsp n. 648.072/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.03.2007)

Embargos de terceiro oferecidos por usufrutuário de imóvel em execução de título judicial. Escritura de compra e venda com instituição de usufruto não registrado no Cartório de Imóveis. Penhora do bem por dívida do nu-proprietário. Possibilidade. A ausência de registro do direito real sobre imóvel impede a produção de seus efeitos perante terceiros. Inteligência dos arts. 1.227 e 1.391 do Código Civil. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.17958, rel. Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho, j. 14.08.2007)

Art. 1.392. Salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acréscidos.

§ 1º Se, entre os acessórios e os acréscidos, houver coisas consumíveis, terá o usufrutuário o dever de restituir, findo o usufruto, as que ainda houver e, das outras, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, estimado ao tempo da restituição.

§ 2º Se há no prédio em que recai o usufruto florestas ou os recursos minerais a que se refere o art. 1.230, devem o dono e o usufrutuário prefixar-lhe a extensão do gozo e a maneira de exploração.

§ 3º Se o usufruto recai sobre universalidade ou quota-parte de bens, o usufrutuário tem direito à parte do tesouro achado por outrem, e ao preço pago pelo vizinho do prédio usufruído, para obter meação em parede, cerca, muro, vala ou vaiado.

CC/1916: arts. 716, 725, 726, 727 e 728.

O artigo em exame condensa os arts. 716, 725, 726, 727 e 728 do Código Civil de 1916. Houve alteração significativa, especialmente no que se refere ao § 1º do artigo em foco, que substituiu o art. 726 do Código revogado.

A cabeça do artigo contém norma dispositiva, que somente se aplica no silêncio da convenção entre as partes. Diz que o usufruto se estende aos acessórios da coisa e aos seus acrescidos. Os acessórios, segundo Caio Mário da Silva Pereira, “pela sua própria existência subordinada, não têm, nesta qualidade, uma valoração autônoma, mas liga-se-lhes o objetivo de completar, como subsidiário, a finalidade econômica da coisa principal” (*Instituições de direito civil* 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. I, p. 435). Falta-lhes autonomia, seguindo o destino da coisa principal. Assim, salvo cláusula expressa em sentido contrário, o usufruto de um imóvel abrange as construções e plantações que sobre ele se encontram, bem como os frutos, os produtos, os rendimentos e as benfeitorias.

O problema está em saber se o termo “acessórios” inclui as pertencas, que, na forma do art. 94 do Código Civil, são coisas que não constituem partes integrantes, mas que se destinam, de modo duradouro, ao uso, aformoseamento ou serviço de outra. São tudo o que o proprietário mantém no bem visando a servir à sua finalidade econômica, mas se distinguem da parte integrante, porque podem ser retiradas sem alterá-las. Conservam identidade própria e não se incorporam à coisa, à qual servem temporariamente. O art. 95 do Código Civil rompe o princípio da gravitação jurídica ao dispor que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertencas, salvo se o contrário resultar da lei, das circunstâncias ou manifestação de vontade das partes. Via de consequência, para que as pertencas - implementos agrícolas, veículos, máquinas, objetos de decoração e utensílios de casa em geral - integrem o usufruto de um imóvel, deve haver expressa convenção a respeito entre as partes. No silêncio, as pertencas são entregues ao nu-proprietário, porque não mais são consideradas imóveis por acessão intelectual.

O usufruto abrange os acrescidos, que dizem respeito às acessões, em especial avulsão, aluvião ou formação de ilhas, que aumentem a coisa usufruída.

O § 1º do artigo em exame consagra importante novidade, já mencionada no comentário ao art. 1.390. O art. 726 do Código Civil de 1916, que disciplinava o usufruto impróprio sobre bens consumíveis, não encontrou eco no sistema vigente. Desaparece, assim, a possibilidade de se constituir direito real de usufruto sobre bens consumíveis e fungíveis, cuja substância era transferida ao usufrutuário, que a devolvia no mesmo gênero, qualidade e quantidade, quebrando a característica fundamental do instituto. Agora somente tolera o legislador o usufruto sobre coisas consumíveis - e acrescente-se, fungíveis - se consistirem elas de acessórios ou acrescidos de coisa principal infungível e inconsumível ao primeiro uso. Dizendo de outro modo, não mais se admite o gravame do usufruto sobre coisa principal consumível ou fungível.

O § 2º trata da existência de florestas e recursos minerais no imóvel usufruído, com expressa menção ao disposto no art. 1.230 do Código Civil, comentado anteriormente. Claro que o usufruto não pode recair sobre minas, jazidas, demais recursos minerais, potenciais de energia elétrica, monumentos arqueológicos e outros bens referidos em lei especial, pela simples razão de que tais bens não são de propriedade do dono do solo, mas sim da União federal. Logo, não pode o proprietário transmitir ao usufrutuário o que não tem. A referência a recursos minerais se limita à hipótese do parágrafo único do art. 1.230, vale dizer, àqueles de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos à transformação industrial. No que se refere às florestas, o usufruto somente pode abranger aquelas destinadas à extração de madeira, uma vez que as matas nativas não podem ser destruídas em face da legislação ambiental. Quanto às florestas e recursos minerais passíveis de exploração, vigora a convenção entre as partes. No silêncio do título, somente se admite a extração, pelo usufrutuário, se as árvores já se destinavam pelo proprietário para o corte, ou se já havia atividade de exploração mineral no terreno (VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários o novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 628).

Finalmente, o § 3º do artigo em comento reza que, se o usufruto recair sobre universalidade ou quota-parte de bens, como o patrimônio ou a herança, o usufrutuário tem direito

à parte do tesouro achado por outrem e ao preço pago pelo vizinho, para obter meação em parede, cerca, muro, vala ou vaiado. A contrário senso, se recair o usufruto sobre coisas singulares, não se confere tal direito ao usufrutuário.

Jurisprudência: Vaga em garagem de edifício. Usufruto instituído sobre a unidade residencial. Extensão. Quando à vaga de garagem for atribuída fração ideal de terreno, considerar-se-á unidade autônoma não vinculada à unidade habitacional, não havendo como se falar em extensão do usufruto instituído sobre o apartamento, eis que inexistente relação de acessoriedade entre as unidades. Necessário se faz disposição expressa do nu-proprietário e inscrição do usufruto sobre a vaga. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp n. 39.676/SP, 3ª T., rel. Min. Cláudio Santos, j. 28.11.1994)

Usufruto. Instituição sobre unidade residencial. Extensão inadmissível à vaga de garagem à qual foi atribuída fração ideal de terreno. Desvinculação da unidade habitacional. (17718/272)

Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

CC/1916: art. 717.

O artigo em exame corresponde ao art. 717 do Código Civil de 1916, de conteúdo semelhante, mas com a ressalva de que a alienação somente poderia ser feita ao proprietário da coisa.

No dizer de Carvalho Santos, justifica-se a vedação cogente à alienação do usufruto por duas razões: "a) por melhor corresponder aos fins da instituição, que, como se sabe, ordinariamente criada para beneficiar alguém, dando-lhe meios de prover a subsistência, falharia a seus fins, desrespeitado os intuitos do instituidor, se fosse possível ser alienado; b) porque o usufruto é sem dúvida uma servidão pessoal e, portanto, um direito vinculado à pessoa, sendo evidentemente contrário à sua essência torná-la alienável" (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX, p. 366).

A inalienabilidade do usufruto não tem nenhuma incompatibilidade com a extinção por consolidação. O que proíbe a norma cogente é que o direito real de usufruto sobreviva sob a titularidade de terceiro, porque é personalíssimo do usufrutuário. A transmissão, porém, se admite quando provocar a extinção do usufruto por consolidação. São os casos da aquisição do usufruto a título gratuito ou oneroso pelo nu-proprietário ou, então, de um terceiro que adquira simultaneamente a nua-propriedade e o usufruto, consolidando a propriedade em suas mãos. Não há aí propriamente alienação do direito real, mas sim modo de sua extinção por consolidação.

Discute-se se a intransmissibilidade abrange também a partilha do direito real de usufruto pertencente ao casal. Washington de Barros Monteiro ensina que, "como servidão pessoal, vinculada à própria pessoa do usufrutuário, não admite adjudicação ao outro cônjuge, em partilha conseqüente a desquite do casal" (*Curso de direito civil - direito das coisas*, 37. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. III. No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, t. XIX, p. 63). Há, porém, precedentes dos tribunais entendendo, com razão, que a partilha não tem natureza atributiva da propriedade, de modo que escaparia da proibição de alienação, até como meio de evitar a perpetuação de disputas e conflitos entre os ex-cônjuges (FIORANELLI, Ademar. "Direito real de usufruto" In: *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 394).

Situação diversa, porém, é o caso do usufruto constituído a favor de um só dos cônjuges, ou anteriormente ao casamento. Não há comunicação do usufruto ao outro cônjuge em

razão do regime de bens adotado, ainda que da comunhão universal, porque feriria o seu caráter personalíssimo e intransmissível.

Como não pode ser o direito real de usufruto alienado, não pode também ser dado em garantia real, nem penhorado, porque não seria passível de arrematação por terceiro em hasta pública. Ressalte-se, porém, que inalienável é apenas o direito real, nada obstando que credores penhorem as utilidades do usufrutuário, por exemplo os rendimentos da coisa. Nada impede, de outro lado, que se penhore a nua-propriedade, apenas com a ressalva de que o direito real de usufruto gravará a coisa mesmo após a arrematação.

Admite-se apenas a cessão do exercício do usufruto, ou seja, o terceiro favorecido será titular de um simples direito de crédito, podendo usar ou fruir a coisa, mas não de um direito real. Não se transmite usufruto, mas apenas os poderes derivados da relação jurídica de usufruto. Nada impede que o usufrutuário, eventualmente impedido de explorar pessoalmente a coisa, possa alugá-la ou emprestá-la a outrem. Disso decorre que, extinto o usufruto, por qualquer de suas causas, extingue-se o direito de exercício dele decorrente, não podendo o cessionário do exercício opor seus direitos frente ao nu-proprietário que consolidou a propriedade em suas mãos, salvo disposição em lei especial, como ocorre na locação predial urbana. Os deveres do usufrutuário continuam os mesmos e incólumes perante o nu-proprietário, admitindo-se, apenas, que por convenção o cessionário se torne devedor solidário.

No dizer de Pontes de Miranda, “se foi transferido o exercício, o usufrutuário continua com o direito real, as pretensões, ações e exceções ligadas a esse direito” (op. cit., t. XIX, p. 56). Pode ocorrer novo desmembramento da posse, passando o usufrutuário a ser possuidor indireto e o cessionário do exercício possuidor direto, o que permite a ambos usar da tutela possessória, por ofensas de terceiros, ou mesmo entre si (v. art. 1.197). Como não se transfere direito real, a cessão do exercício não ingressa no registro imobiliário.

Jurisprudência: Civil. Usufruto. Os frutos são penhoráveis; o usufruto não. Recurso especial conhecido, mas não provido. (STJ, REsp n. 242.031/SP, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 02.10.2003, *DJ* 29.03.2004)

Penhora. Direito de usufruto. Inadmissibilidade. Alienabilidade e penhorabilidade do usufruto apenas em relação ao nu-proprietário. Inteligência e aplicação dos arts. 717 do CC e 648, I, do CPC (TJSP). (*RT* 654/89)

Execução fiscal. Penhora de nua-propriedade. Alegação de impenhorabilidade por se tratar de imóvel dado em usufruto e constituir-se em bem de família destinado à moradia da titular da nua-propriedade. Expropriação que não incide sobre o direito real relativo ao usufruto ou de imóvel residencial da coobrigante. Admissibilidade. Improcedência dos embargos mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 266.247.5600, rel. Rubens Cury, j. 18.09.2007)

É possível a concessão ao credor do usufruto do imóvel gerador das despesas condominiais, ainda que o imóvel esteja sendo utilizado para moradia pela usufrutuária. É possível a incidência de penhora sobre a nua-propriedade do imóvel gerador das despesas condominiais. Recurso improvido. Deferida, de ofício, a penhora da nua-propriedade. (TJSP, AI n. 110.929.3800, rel. Gomes Varjão, j. 15.08.2007)

Penhora. Incidência sobre o exercício do direito de usufruto. Cabimento. Impenhorável o direito real de usufruto, mas não os rendimentos provenientes de seu exercício. Defesa do devedor limitou-se a arguir a impossibilidade da penhora por pertencer a terceiro a propriedade dos bens objeto do usufruto. Argumento insuficiente para levantamento da constrição,

tendo em vista que esta não recai sobre a propriedade, mas sim sobre o exercício do direito de usufruto. Decisão mantida. Recurso desprovido. Litigância de má-fé. Configuração. Presença de afirmações que visam alterar a verdade dos fatos, bem como deduzidas pretensões contra texto expresso de lei. Condenação nas penas por litigância de má-fé de acordo com o arts. 17, I, II e V, e 18 do Código de Processo Civil. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 712.799.0200, rel. Renato Rangel Desinano, j. 19.04.2007)

Agravo de instrumento. Despesas de condomínio. Cobrança. Execução de título judicial. Condenação da usufrutuária ao pagamento do débito condominial constituído anteriormente à extinção do usufruto. Irrelevância. Natureza *propter rem* da obrigação. Imóvel que garante a dívida. Penhora do imóvel gerador das despesas condominiais. Admissibilidade. Recurso provido. (TJSP, AI n. 109.671.0600, rel. Rocha de Souza, j. 10.05.2007)

Extinção de condomínio. Fase de execução de sentença. Alienação judicial de bem com cláusula de usufruto. Inexistência de impedimento legal que obste a disposição do imóvel. Nua-propriedade que se encontra destacada dos direitos do usufrutuário. Observação apenas de que nas próximas designações de praxeamento do bem conste a existência desse ônus real, a fim de prevenir os interesses do eventual adquirente e da própria usufrutuária. Decisão mantida. Recurso improvido, com observação. (TJSP, AI n. 517.623.4200, rel. Salles Rossi, j. 27.09.2007)

Partilha em arrolamento. Pagamento da meação da viúva mediante instituição de usufruto vitalício, com atribuição de nua-propriedade integral em favor dos filhos e herdeiros. Avanço sobre a meação da viúva. Cessão de direitos hereditários configurada. Negócio jurídico com forma especial exigida por lei. Escritura pública imprescindível. Inteligência dos arts. 108 e 1.793 do Código Civil. (TJSP, AI n. 48.256.74800, rel. Oscarlino Moeller, j. 14.03.2007)

Apelação cível. União estável. Partilha de bens. Aquisição de usufruto de bem imóvel. 1 - Assiste razão ao apelante ao pleitear seja excluído da partilha igualitária imóvel que, nos termos de contrato de promessa de compra e venda, foi adquirido por seu filho. Ademais, dito negócio jurídico foi celebrado após o período em que se deu a separação fática dos conviventes considerando-se a data de ruptura informada pela própria autora. 2 - Quanto à partilha do usufruto, não é admissível porque, nos termos do art. 1.393 do CC, o direito ao usufruto não comporta atos de transferência ou alienação, apenas o seu exercício que pode ser cedido por título gratuito ou oneroso. 3 - A toda a evidência que, em se tratando de direito de feição personalíssima e ante o fim de uma vida em comum, não se pode cogitar de exercício conjunto. Proveram, à unanimidade (segredo de justiça). (TJRS, Ap. cível n. 70.012.219.911, 7ª Câ. Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 23.11.2005)

CAPÍTULO II DOS DIREITOS DO USUFRUTUÁRIO

Art. 1.394.0 usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos.

CC/1916: art. 718.

Este artigo inaugura o Capítulo “Dos Direitos do Usufrutuário” traçando as suas principais prerrogativas. A regra é supletiva, porque nada impede que as partes, nos limites da autonomia privada, estabeleçam outros direitos, ou mesmo restrinjam alguns deles.

Tem o usufrutuário direito à posse direta do bem - sem o que não poderá exercer as demais prerrogativas - que, caso não lhe seja entregue pelo nu-proprietário, enseja ação petítória, com base no *ius possidendi*. Caso, porém, receba a posse e depois a perca por ato ilícito de terceiro, ou mesmo do nu-proprietário, pode usar da autotutela e da tutela possessória, com base no *ius possessionis*. A posse do usufrutuário é justa e presumivelmente de boa-fé, porque dispõe de uma causa que a justifica.

Tem também direito ao uso do bem, mediante exploração direta, para dele extrair o seu proveito, mas sem desfalcocar a substância e respeitando sua destinação. A utilização, como vimos no comentário ao art. 1.392, abrange os acessórios e os acréscimos, mesmo que omissos o título, bem como as pertencas, se assim se convencionou. Sua utilização, porém, não se equipara à do dono, porque, embora deva proceder em conformidade com a função social, não pode converter o destino econômico, estético ou histórico da coisa, sob pena de comprometer a substância, ainda que possa potencializar a exploração, se o proprietário o fazia de modo incompleto.

Pode, ainda, administrar o bem usufruído, escolhendo como pretende extrair-lhe o melhor proveito. Administrar envolve certa liberdade de escolha do usufrutuário, deliberando, por exemplo, se usará o bem, ou se o emprestará, ou se o locará, e a quem, tirando, assim, a máxima produtividade e potencializando o proveito, independentemente da anuência do nu-proprietário.

Finalmente, pode o usufrutuário receber os frutos naturais e civis do bem, extrair o proveito e o rendimento que gera. Torna-se o usufrutuário proprietário dos frutos colhidos, podendo aliená-los e apropriar-se do respectivo preço, sem necessidade de prestar contas ao nu-proprietário. Em determinados casos, como veremos adiante, pode o usufrutuário ser privado da administração, mas nunca do direito à percepção dos frutos, que é da essência do instituto. O termo fruto não se interpreta aqui em sentido estrito, mas, segundo clássica doutrina, engloba também os produtos (CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX), desde que não exaura a substância da coisa.

Jurisprudência: Arrendamento rural. Usufruto. Rompe-se o arrendamento rural quando extinto o usufruto pela morte do usufrutuário arrendador. (STJ, REsp n. 8.105/SP, 4ª T.ª rel. Min. Fontes de Alencar, j. 11.12.1995, DJ 08.04.1996)

Proprietário de imóvel gravado com usufruto vitalício. Morte do usufrutuário. Locação sem consentimento. O proprietário de imóvel gravado com usufruto vitalício tem legitimação para, após a morte do usufrutuário, ajuizar ação de despejo objetivando a retomada do imóvel locado, ainda que o contrato de locação tenha sido celebrado sem o seu consentimento. Nos termos dos arts. 4º § 1º e 7º da Lei n. 6.649/1979. (STJ, REsp n. 36.398/SP, 6ª T.ª rel. Min. Vicente Leal, j. 15.08.1995, DJ 04.03.1996)

Arrendamento rural. Usufruto. Extinção. A extinção do usufruto não resolve o contrato de arrendamento rural firmado pelo usufrutuário. Cabe ao titular do domínio, consolidada a propriedade plena, respeitar aquele contrato. De qualquer sorte, ainda assim não fosse, não poderia despedir o arrendatário antes de findo o prazo mínimo de que cogita a legislação. (STJ, REsp n. 30.295/SP, 3ª T.ª, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 25.04.1994)

Usufruto. Ação proposta pelo usufrutuário, pleiteando a restituição do imóvel (lote), do qual foi despojado. 1. Legitimidade ativa para a ação reivindicatória. O usufrutuário tem as ações que defendem a posse e, no tempo petitário, ao lado da confessória, tem também a ação reivindicatória. Doutrina sobre o tema. Não ocorrência, no particular, de ofensa ao art. 524 do

Código Civil, uma vez julgado precedente o pedido de reivindicação, com imissão na posse do imóvel. (STJ, REsp n. 28.863/RJ, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 11.10.1993, DJ22.11.1993)

Prestação de contas. Ação proposta por filhos menores contra o pai, que se encontra na administração e usufruto de seus bens. Inadmissibilidade. Usufrutuário que estando no exercício do usufruto e do pátrio-poder, não tem obrigação legal de prestar contas ao titular do domínio. Ação improcedente. Recurso provido para esse fim. (JTJ 125/231)

Usufruto. Ação reivindicatória do imóvel. Legitimidade ativa *ad causam* do nu-proprietário e do usufrutuário, posto que ambos se reúnem em comunhão de interesses. Declaração de voto. (TJSP, RT 666/90)

Cousufruto. Utilização por um dos usufrutuários com exclusividade de imóvel gravado com direito real de usufruto. Direito do outro cousufrutuário, enquanto perdurar o direito real sobre coisa alheia, de postular a fixação de valor locativo correspondente à sua cota parte. Adoção do método da renda, amparado em elementos sólidos pelo perito judicial. Adequação do valor locativo, apurado em data posterior, ao período em que perdurou o usufruto. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível n. 339.183.4/6-00, rel. Francisco Loureiro, j. 27.07.2006)

O usufrutuário tem legitimidade para figurar no polo passivo da ação de cobrança relativa às despesas de consumo de água e coleta de esgoto, na medida em que, como detentor que é de um direito real e dispondo "da posse, uso, administração e percepção dos frutos" (Código Civil, art. 1.394), é ele quem se beneficia, direta ou indiretamente, de tais serviços. (TJSP, Ap. cível n. 931.021-0/5/SP, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Mendes Gomes, j. 23.10.2006, v.u., voto n. 11.164)

Art. 1.395. Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito a perceber os frutos e a cobrar as respectivas dívidas.

Parágrafo único. Cobradas as dívidas, o usufrutuário aplicará, de imediato, a importância em títulos da mesma natureza, ou em títulos da dívida pública federal, com cláusula de atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos.

CC/1916: art. 719.

O artigo em exame corresponde ao art. 719 do Código Civil de 1916, com profundas alterações. Rezava o dispositivo revogado que o usufrutuário de títulos de crédito podia não só cobrar a respectiva dívida, como livremente empregar a quantia recebida, por sua própria conta e risco. Em contrapartida, o nu-proprietário, cessado o usufruto, podia recusar os novos títulos, exigindo a quantia em dinheiro.

Vimos que o usufruto pode recair não somente sobre coisas, mas também sobre créditos. Na lição clássica de Carvalho Santos, o usufruto recai sobre o objeto da prestação devida ao credor, caracterizando-se um direito e gozo sobre a prestação (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX).

Há dois momentos distintos no usufruto sobre créditos. No primeiro, antes do vencimento, pode o usufrutuário apenas receber eventuais juros. Vencida a dívida, pode cobrar o capital, aplicá-lo e receber os rendimentos, até a extinção do usufruto. Nada impede, porém, que o nu-proprietário, em razão da inércia do usufrutuário, tome as medidas assecuratórias

em face do devedor, para a preservação de seu crédito, inclusive efetuando a cobrança, com o fito de impedir a prescrição.

O usufrutuário deve notificar o devedor, para que lhe pague diretamente o crédito. O pagamento feito pelo devedor ao nu-proprietário será ineficaz frente ao usufrutuário. Sem notificação, o pagamento é eficaz, mas o credor nu-proprietário que receber diretamente o crédito do devedor deve entregá-lo ao usufrutuário, para que este possa aplicá-lo e receber os rendimentos. Se, ao invés, houve remissão ou compensação, a obrigação se extingue, mas o nu-proprietário deve pagar os juros que renderia o capital, até o prazo final do usufruto.

Restringiu o Código Civil de 2002 a liberdade do usufrutuário, impondo-lhe, no parágrafo único, obrigação alternativa na aplicação imediata das dívidas recebidas: a) ou em títulos da mesma natureza, porque se presume que atenda ao desejo do nu-proprietário, que fez a aplicação original; b) ou em títulos da dívida pública federal com cláusula de atualização monetária, investimento que prima pela segurança do retorno. Forra-se o usufrutuário, assim, dos riscos com a perda do crédito, salvo conduta culposa. Embora não explicita o preceito, é da natureza do usufruto que o usufrutuário zele pela incolumidade da substância do bem alheio. Óbvio, portanto, que, dentre as alternativas postas pelo legislador, deverá optar por aquela que melhor preserve a incolumidade do crédito. Assim, por exemplo, se o investimento inicial feito pelo nu-proprietário era seguro, mas, por circunstâncias supervenientes, deixou de sê-lo, não poderá o usufrutuário renovar a aplicação, na busca exclusiva de melhores rendimentos, colocando em risco o capital alheio.

De outro lado, a aplicação da dívida de modo diverso do previsto no parágrafo único, salvo convenção entre as partes, torna o usufrutuário inadimplente, abrindo ao nu-proprietário a possibilidade da adoção das medidas necessárias à preservação da incolumidade do crédito, ou mesmo a extinção do usufruto.

Art. 1.396. Salvo direito adquirido por outrem, o usufrutuário faz seus os frutos naturais, pendentes ao começar o usufruto, sem encargo de pagar as despesas de produção.

Parágrafo único. Os frutos naturais, pendentes ao tempo em que cessa o usufruto, pertencem ao dono, também sem compensação das despesas.

CC/1916: art. 721.

O artigo em exame reproduz inteiramente o que continha o art. 721 do Código Civil de 1916. Traduz regra simples, que se restringe aos frutos naturais gerados pelo bem dado em usufruto.

Frutos naturais são as riquezas ou utilidades periódicas e decorrentes do próprio desenvolvimento orgânico que gera a coisa, sem desfalque de sua substância. Nada impede que haja contribuição do homem para a melhoria da produtividade ou da qualidade dos frutos.

A regra alcança apenas os frutos naturais pendentes, ou seja, aqueles ainda vinculados ou unidos à coisa principal. Os frutos pendentes no início do usufruto pertencem ao usufrutuário, sem que despenda este o valor do custeio para produzi-los. Em contrapartida, os frutos pendentes ao final do usufruto pertencem ao nu-proprietário, também sem a obrigação de indenizar as despesas de custeio. As regras são parelhas e equânimes, razão pela qual se mostra acertada a posição de Carvalho Santos, para quem, se o usufrutuário colher os frutos por antecipação, quebra o equilíbrio do preceito, e por isso deve devolvê-los, ou o equivalente, ao nu-proprietário retomante (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX).

Ressalva o legislador, corretamente, apenas eventual direito de terceiro em relação aos frutos, no momento da constituição do usufruto. Se um terceiro era arrendatário das terras e tinha frutos pendentes a colher, tal direito deve ser respeitado pelo usufrutuário, que se sub-roga em parcela dos poderes dominiais ao arrendante. O inverso, porém, não é verdadeiro. O terceiro que contrata com o usufrutuário tem conhecimento do direito real de usufruto, que produz efeitos *erga omnes* assim como de seu termo ou condição. Logo, os frutos pendentes, produto de trabalho e de investimento de terceiro, se perdem a favor do nu-proprietário com a extinção do usufruto, mas há direito de indenização pelas despesas de custeio em face do usufrutuário.

Art. 1.397. As crias dos animais pertencem ao usufrutuário, deduzidas quantas bastem para inteirar as cabeças de gado existentes ao começar o usufruto.

CC/1916: art 722.

O artigo em exame é idêntico ao art. 722 do Código Civil de 1916. Traduz para o usufruto de animais, essencialmente bens fungíveis, a regra geral de que o usufrutuário tem o proveito, enquanto o nu-proprietário tem a substância da coisa.

São as crias frutos naturais e, como tais, pertencem ao usufrutuário. Ressalta o preceito, todavia, que os animais mortos, ou mesmo os improdutivos, devem ser repostos com as crias, para que o rebanho seja devolvido na íntegra, porque, como já dito, são bens fungíveis, e a substância pertence ao nu-proprietário. A reposição deve obedecer à mesma qualidade dos animais perdidos, no que se refere à raça e ao sexo, evitando o comprometimento da coisa coletiva. É indiferente que a perda de animais seja imputável ou não ao usufrutuário, segundo a melhor doutrina. Se as crias não bastarem para repor as perdas, cabe ao usufrutuário adquirir novas cabeças e fazer a substituição, ou o equivalente em dinheiro. Ao invés, se as crias excederem as perdas, o saldo de cabeças pertence ao usufrutuário.

Embora haja controvérsia na doutrina, o melhor entendimento é o de que a regra se aplica somente aos animais considerados formando um só todo, *uti universitas*, e não aos animais considerados de modo singular, como coisa infungível. A regra se aplica por analogia também às árvores frutíferas.

Art. 1.398. Os frutos civis, vencidos na data inicial do usufruto, pertencem ao proprietário, e ao usufrutuário os vencidos na data em que cessa o usufruto.

CC/1916: art. 723.

A regra diz respeito aos frutos civis, ou seja, aos rendimentos que a coisa produz, tais como juros e aluguéis. Como é sabido, os frutos civis reputam-se vencidos dia a dia (art. 1.215 do CC), o que facilita a aplicação da regra. Os frutos vencidos na data do início do usufruto pertencem ao nu-proprietário, enquanto os frutos vencidos ao seu término pertencem ao usufrutuário.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento adverte que o início do usufruto se dá com a tradição das coisas móveis e o registro das imóveis, enquanto o término somente ocorre com a ocorrência da causa extintiva, para os móveis, e o cancelamento do registro, para os imóveis. Tais datas são fundamentais para a contagem e a titularidade dos frutos civis (*Usufruto*, 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1983, p. 102).

A mesma regra do art. 1.396, anteriormente comentado, no que diz respeito aos direitos de terceiros, se estende aos frutos civis. Os frutos vencidos durante o usufruto somente pertencem ao usufrutuário se não houver anterior direito de terceiros sobre eles.

Art. 1.399. O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio, mas não mudar-lhe a destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário.

CC/1916: art. 724.

O artigo em exame corresponde ao art. 724 do Código Civil revogado, com diversas alterações. O preceito revogado mencionava alteração do tipo de cultura, ao invés de destinação econômica em geral. Aludia, ainda, à possibilidade de se fazer tal alteração, no caso de usufruto legal.

Traduz o dispositivo a essência do usufruto, com entrega do proveito ao usufrutuário e manutenção da substância do bem com o nu-proprietário. A utilidade em poder do usufrutuário pode dar-se por exploração direta do bem - uso - ou mediante arrendamento a terceiro, com percepção de frutos. A regra, de resto, está afinada com o que contém o art. 1.393, anteriormente comentado, que veda a alienação do direito real de usufruto, mas admite a cessão de seu exercício - direito obrigacional - a título oneroso ou gratuito.

Lembre-se que no caso de extinção do usufruto a locação do imóvel celebrada pelo usufrutuário poderá ser denunciada no prazo de noventa dias pelo proprietário, salvo se este tiver anuído à locação. Escoado o prazo sem denúncia, presume-se que o proprietário concorda com a locação, nos mesmos termos em que foi contratada (art. 7º da Lei n. 8.245/91).

A redação do artigo é mais abrangente do que a do preceito correspondente do Código de 1916. Agora a vedação atinge a mudança não somente do gênero de cultura, que dizia respeito a atividades eminentemente rurais, mas de toda forma de destinação econômica. Tome-se como exemplo um imóvel de natureza residencial, que não poderá ser locado pelo usufrutuário para fins comerciais, ou vice-versa.

A regra deve ser interpretada com razoabilidade, admitindo-se destinação diversa da original, se não houver nenhum prejuízo ao nu-proprietário ou mudança substancial ou risco de depreciação ou deterioração do bem. Não se pode esquecer que a norma visa à preservação da substância e, se esta não for afetada, perde sentido a restrição, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da função social do negócio jurídico.

A alteração da destinação, segundo consta do artigo, está subordinada a expressa autorização do proprietário, a qualquer tempo, inclusive constando desde logo do próprio título.

Embora não mais mencione o artigo que o usufruto legal escapa de tal limitação, a regra está implícita no ordenamento. O usufruto legal dos pais sobre os bens dos filhos menores sujeitos ao poder familiar abrange a prerrogativa de dirigir a pessoa e os bens do menor, sempre em seu proveito. Não faz sentido, por isso, que esteja o pai proibido de dar destinação econômica diversa ao bem do filho, mesmo porque este somente pode concordar representado pelo próprio genitor.

CAPÍTULO III DOS DEVERES DO USUFRUTUÁRIO

O capítulo em estudo disciplina os deveres do usufrutuário, que podem ser, quanto ao tempo, contemporâneos ao nascimento, à execução ou à extinção do usufruto. Alguns dos artigos se aplicam a todas as modalidades de usufruto, enquanto outros se limitam a certas espécies (CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX, p. 413).

Art. 1.400. O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará caução, fidejussória ou real, se lha exigir o dono, de velar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto.

Parágrafo único. Não é obrigado à caução o doador que se reservar o usufruto da coisa doada.

CC/1916: arts. 729 e 731,1.

O artigo em exame corresponde ao art. 729 do Código Civil de 1916, sem nenhuma alteração em seu *caput*. O parágrafo único corresponde ao inciso I do art. 731 do revogado Código, que contemplava outras hipóteses, agora não renovadas, de dispensa da caução.

Reúne o preceito dois deveres prévios do usufrutuário, exigíveis antes mesmo do início do exercício do usufruto, embora depois de sua constituição. Tais deveres são dispositivos, de modo que podem ser dispensados por convenção entre as partes. Nenhum deles impede o exercício do usufruto, embora acarretem sanções diversas.

O primeiro dever do usufrutuário é o de inventariar, à sua custa, os bens que receber. Isso porque o usufrutuário recebe a coisa como se acha e deve devolvê-la depois de certo tempo. Visa o inventário, assim, a constatar quais são os bens dados em usufruto, em que quantidade e em que estado eles se encontram, com o propósito de evitar controvérsia no momento da devolução. Disso decorre que inventariar é um dever e um direito do usufrutuário, porque reverte em seu proveito. Inventariar é descrever quais são os bens, enumerá-los, dar a sua qualidade e quantidade e, em especial, descrever o seu estado atual, embora seja dispensável mencionar o seu valor. As despesas com a realização do inventário correm por conta do usufrutuário, salvo se os bens já se encontrarem inventariados por causa diversa, como no caso do herdeiro que entrega legado de usufruto ao usufrutuário. Pode constar do próprio título ou de ato escrito posterior. O proprietário tem direito de participar da vistoria, para a qual deve ser notificado, assim como dela discordar, caso em que cabe decisão judicial.

E quais as consequências da ausência de inventário? Uma delas é que o inventário pode ser exigido como obrigação de fazer pelo proprietário, em especial se o exercício já se iniciou. Outra consequência divide a doutrina, embora a melhor corrente, capitaneada por Pontes de Miranda, entenda caber ao proprietário a exceção do contrato não cumprido. Enquanto não se prestar inventário, inexigível é a entrega da posse ao usufrutuário (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, t. XIX, p. 108). Em caso de omissão, quando não feito ou reclamado por qualquer das partes, presume-se que os bens entregues se achavam em bom estado, cabendo ao usufrutuário, no momento da devolução, destruir essa presunção relativa.

O segundo dever do usufrutuário é prestar caução, real ou fidejussória, para as duas principais obrigações assumidas, quais sejam, de conservação e devolução do bem, no momento em que se extinguir o usufruto. O proprietário diz se quer ou não a prestação de caução, que não é decorrência automática do usufruto, mas depende da exigência do dono. Ainda que dispensada num primeiro momento, pode o proprietário exigí-la durante o exercício do usufruto, desde que haja risco concreto de dissipação ou deterioração dos bens. O usufrutuário, exigida a caução, tem o direito de escolher qual modalidade de garantia prestará, desde que idônea. O descumprimento do dever de prestar garantia não impede o exercício do usufruto, mas apenas retira do usufrutuário o poder de administrar, como será analisado no artigo seguinte.

O parágrafo único reza que no usufruto *deducto*, ou seja, proveniente de doação com reserva, se dispensa o doador usufrutuário da garantia. Apenas ressalva-se que a regra não

atinge negócios a título oneroso. Há omissão quanto ao usufruto legal, que era expressamente mencionado no Código Civil de 1916, mas o melhor entendimento é o de que, apesar do silêncio do legislador, há certa incompatibilidade entre o usufruto que deriva diretamente da lei, em razão de fato ou situação jurídica, e a caução que deriva de exigência do proprietário. Além disso, a falta de caução poderia limitar o usufruto legal, que, por sua vez, tem incidência e regime cogentes (NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usufruto*, 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1983, p.84).

Cabem breves observações sobre as obrigações do usufrutuário - conservar e devolver - que recebem a caução. Na lição clássica de Carvalho Santos, deve o usufrutuário, como bom pai de família, responder pela perda ou deterioração do bem a que der causa, ainda que por culpa leve. Deve, mais, restituir a coisa incólume ao dono findo o usufruto, mantida a sua substância, sem alterações nas suas qualidades fundamentais, como visto no comentário ao artigo anterior.

Art. 1.401.0 usufrutuário que não quiser ou não puder dar caução suficiente perderá o direito de administrar o usufruto; e, neste caso, os bens serão administrados pelo proprietário, que ficará obrigado, mediante caução, a entregar ao usufrutuário o rendimento deles, deduzidas as despesas de administração, entre as quais se incluirá a quantia fixada pelo juiz como remuneração do administrador.

CC/1916: art. 730.

A regra é simples. Caso o usufrutuário descumpra o seu dever de prestar caução suficiente, ainda que por impossibilidade de fazê-lo, pode exercer o usufruto, mas perde parte de suas prerrogativas para o nu-proprietário. Perde o poder de administrar o usufruto, de escolher qual destino dará ao bem. Remanesce o direito de receber os frutos e rendimentos da coisa, cuja administração passa ao dono, ou a terceiro que indicar. Nada impede que, a qualquer tempo, enquanto durar o usufruto, cumpra o usufrutuário seu dever de prestar caução e obtenha ou recobre a administração.

A parte final do artigo inverte a caução, que deve ser agora prestada pelo nu-proprietário ao usufrutuário, como garantia do repasse das rendas, sem, no entanto, cominar sanção para o caso de inadimplemento. Duas soluções são possíveis. A primeira, mais operativa e simples, é a de compensar os inadimplementos e devolver a administração ao usufrutuário. A segunda é a de entregar a administração a terceira pessoa, dispensando-a de qualquer caução.

Art. 1.402. O usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do usufruto.

CC/1916: art. 732.

As coisas em geral, umas mais, outras menos, se deterioram ou se depreciam naturalmente em razão da passagem do tempo e de sua utilização. Se o exercício do usufruto é regular, não responde o usufrutuário pelas deteriorações. Não fosse assim, estaria tolhido em seus direitos básicos de usar e fruir. Do mesmo modo, não responde pela perda ou deterioração ocorridas sem culpa, ou decorrentes de caso fortuito ou força maior, porque a coisa se perde para o dono (*res perit domino*).

Como alerta Carvalho Santos, o proprietário não recebe menos do que entregou, como parece à primeira vista. Recebe a mesma coisa, apenas gasta, depreciada por seu uso normal,

como, de resto, também estaria se tivesse continuado em suas mãos, em razão da natural deterioração pela exploração ordinária e pelo decurso do tempo (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX, p. 434).

Indispensável, porém, que o desgaste e a deterioração sejam produto natural do uso normal e do decurso do tempo. Se decorrentes de qualquer ato imputável ao usufrutuário, quer comissivo, quer omissivo, ainda que com culpa leve, ou por falta de conservação que lhe incumbia, ou por alteração da destinação econômica sem anuência do dono, os riscos se deslocam inteiramente, gerando o dever de indenizar, ou de repor o bem em seu estado normal. Em termos diversos, o exercício irregular do usufruto, em qualquer de suas modalidades, constitui ato ilícito e obriga o usufrutuário a indenizar.

Art. 1.403. Incumbem ao usufrutuário:

- I - as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu;
- II - as prestações e os tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída.

CC/1916: art. 733.

O artigo em exame corresponde ao art. 733 do Código Civil de 1916, sem alterações substanciais. Apenas o inciso II recebeu nova redação, mais técnica e adequada aos encargos do usufruto.

O inciso I atribui ao usufrutuário o encargo de arcar com as despesas ordinárias de conservação. Lembre-se, porém, que o preceito é complementado pelo art. 1.404. Além de ordinárias, as despesas também devem ser módicas. Por ordinárias se entendem aquelas despesas normais para a conservação do bem, as de mera manutenção no estado em que se encontra, evitando a deterioração ou o desgaste acentuado. As despesas ordinárias, embora deva-se evitar um rol casuístico, têm as marcas da previsibilidade, periodicidade e regularidade.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento exemplifica como ordinárias as despesas como a pintura de um prédio ou a lavagem de um carro, ou a troca de seus pneus ou amortecedores, pois ocorrem dentro de um certo período e são suscetíveis de previsão. O conserto da estrutura de um prédio ou a retífica de um motor com baixa quilometragem, por sua vez, são extraordinários, porque irregulares e imprevisíveis (*Usufruto*, 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1983, p. 88-9). Já o conceito de modicidade é dado pelo próprio legislador no art. 1.404, comentado adiante.

O inadimplemento do usufrutuário confere ao nu-proprietário a pretensão de exigir compulsoriamente a realização de despesas, ou que as faça diretamente e as cobre do devedor. Além disso, se a falta de manutenção colocar a coisa em risco, o nu-proprietário pode exigir caução, ou mesmo a extinção do usufruto. A regra, todavia, deve sempre ser interpretada em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, na sua função de controle, evitando desproporção entre o descumprimento da obrigação e as suas conseqüências.

O inciso II confere ao usufrutuário o encargo de arcar com o pagamento de prestações e tributos que incidam sobre o imóvel ou a sua renda. Como prestações, tomem-se o pagamento das despesas ordinárias de condomínio, foros, no caso de imóvel enfiteutico, assim como tarifas sobre serviços públicos. Como tributos incidentes sobre o imóvel, tomem-se o IPTU e o imposto territorial rural, inteiramente a cargo do usufrutuário. Como tributos incidentes sobre a renda, tomem-se o imposto de renda e eventuais contribuições sobre o lucro de pessoa jurídica.

Jurisprudência: Recurso especial. Tributário. Imposto predial e territorial urbano. Usufruto. Legitimidade passiva do usufrutuário. Precedente deste sodalício. Segundo lição do

saudoso mestre Pontes de Miranda, "o direito de usufruto compreende o usar e fruir, ainda que não exerça, e a pretensão a que outrem, inclusive o dono, se o há, do bem, ou do patrimônio, se abstenha de intromissão tal que fira o uso e a fruição exclusivos. É direito, *erga omnes*, de exclusividade do usar e do fruir". O renomado jurista perlustra, ainda, acerca do dever do usufrutuário de suportar certos encargos, que "os encargos públicos ordinários são os impostos e taxas, que supõem uso e fruto da propriedade, como o imposto territorial e o predial". Na mesma linha de raciocínio, este Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria, assentou que, "em tese, o sujeito passivo do IPTU é o proprietário e não o possuidor, a qualquer título [...]. Ocorre que, em certas circunstâncias, a posse tem configuração jurídica de título próprio, de investidura do seu titular como se proprietário fosse. É o caso do usufrutuário que, como todos sabemos, tem a obrigação de proteger a coisa como se detivesse o domínio" (REsp n. 203.098/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 08.03.2000). Destarte, nas hipóteses de usufruto de imóvel, não há falar em solidariedade passiva do proprietário e do usufrutuário no tocante ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana quando apenas o usufrutuário é quem detém o direito de usar e fruir exclusivamente do bem. Recurso especial improvido (STJ, REsp n. 691.714/SC, 2ª T., rel. Min. Franciulli Netto, j. 22.03.2005, v.u.). (RSTJ 195/244)

Usufruto. Pagamento do IPTU. 1 - O usufrutuário, que colhe os proveitos do bem, é o responsável pelo pagamento do IPTU, nos termos do art. 733, II, do Código Civil, na proporção de seu usufruto (STJ, REsp n. 203.098/SP, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.12.1999, v.u., DJ 08.03.2000, p. 106). (Lex-STJ 130/229)

Ação de indenização por perdas e danos. Improcedência. Inconformismo. Cabimento parcial. Ré tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido. Ré tem que concorrer no pagamento das despesas de manutenção do telhado, na mesma proporção de seu usufruto. Apelação parcialmente provida. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 310.857.4000, rel. Ribeiro da Silva, j. 28.06.2007)

Condomínio. Despesas condominiais. Cobrança. Usufruto. Simples alegação sem comprovação. Responsabilidade solidária entre o eventual nu-proprietário e a usufrutuária pelo pagamento das cotas condominiais, filho e mãe respectivamente. Reconhecimento. Ajuizamento da ação também em face da usufrutuária. Desnecessidade. Procedência da ação mantida. (TJSP, Ap. sem revisão n. 965.465.700, rel. Jayme Queiroz Lopes, j. 17.05.2007)

Agravo de instrumento. Execução fundada no descumprimento de condenação imposta em ação de cobrança de despesas de condomínio. Pleito de "extinção de usufruto", deduzido pelo condomínio-credor, com base no art. 1.410, VII e VIII, do CC. Total inconsistência. Extinção de usufruto fundada nos citados dispositivos de legitimidade ativa exclusiva do nu-proprietário. Pedido, ademais, reclamando a instauração de específica ação de conhecimento, tanto porque não guarda nenhuma relação com o instituto da fraude de execução, do que, aliás, nem sequer cogita o credor. Indeferimento mantido. (TJSP, AI n. 109.695.9800, rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 13.02.2007)

A obrigação de pagar a taxa de despesas de condomínio é *propter rem*, atingindo o proprietário ou o compromissário comprador que atualmente ocupa o imóvel, independentemente do período. Acordo de divórcio (compromisso do casal compromissário comprador de doar o imóvel ao filho, com usufruto do varão), que não atinge direitos de terceiro. Apelos improvidos. (TJSP, Ap. sem revisão n. 102.885.2900, rel. Dyrceu Cintra, j. 22.01.2007)

Art. 1.404. Incumbem ao dono as reparações extraordinárias e as que não forem de custo módico; mas o usufrutuário lhe pagará os juros do capital despendido com as que forem necessárias à conservação, ou aumentarem o rendimento da coisa usufruída.

§ 1º Não se consideram módicas as despesas superiores a dois terços do líquido rendimento em um ano.

§ 2º Se o dono não fizer as reparações a que está obrigado, e que são indispensáveis à conservação da coisa, o usufrutuário pode realizá-las, cobrando daquele a importância despendida.

CC/1916: art. 734.

O artigo em exame corresponde ao art. 734 do Código Civil de 1916, com redação idêntica em seu *caput* e § 1º. A novidade está na adição do § 2º, que regula a possibilidade de o usufrutuário efetuar por conta própria as reparações que cabem ao proprietário, para posteriormente ser ressarcido.

Como já mencionado no comentário ao artigo anterior, para que as reparações incumbam ao usufrutuário, devem atender a dois requisitos cumulativos: ser ordinárias e módicas. Via de conseqüência, as reparações extraordinárias e as ordinárias que não forem módicas ficam a cargo do proprietário.

Claro que, se o usufrutuário deu causa aos estragos que exigem a reparação, por culpa, ainda que leve, tal critério é desprezado e o usufrutuário deve assumir, em razão do ato ilícito, a reparação integral. Além disso, a norma em exame é dispositiva, de tal modo que nada impede que as partes convençionem em sentido contrário. Em poucas palavras, o critério legal somente se aplica aos casos em que não houver disposição em contrário no título ou em negócio posterior entre as partes e quando resultar do fortuito ou do estrago natural da coisa.

Vimos no comentário ao artigo anterior o que são despesas ordinárias. Para evitar a incerteza que o termo indeterminado despesa módica, ou pequena, certamente acarretaria, tratou o legislador de fixar seu conceito, no § 1º: são módicas as despesas superiores a dois terços do líquido rendimento de um ano. A contagem de um ano, segundo Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, é aquela “que vai, retrocedendo, do dia em que a necessidade da reparação apareceu, até o mesmo mês e dia do ano antecedente” (*Usufruto*, 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1983, p. 89).

O § 2º do artigo em exame supre lacuna do Código Civil de 1916, disciplinando a sanção que sofre o proprietário que deixa de fazer as reparações que lhe incumbem. Faculta agora a lei ao usufrutuário, desde que as reparações sejam necessárias à conservação da coisa - excluindo, portanto, as úteis e voluptuárias que as faça por sua própria conta e as cobre posteriormente do proprietário. Lembre-se, porém, que a lei confere um direito ao usufrutuário. Nada impede que este permaneça inerte, correndo o proprietário o risco com a deterioração ou perda da coisa, do que não poderá reclamar.

A parte final do *caput* confere ao proprietário que realize despesas com reparações necessárias à conservação da coisa, ou que aumentarem o seu rendimento, a possibilidade de cobrar do usufrutuário juros do capital despendido. Radica-se a regra no fato de o dono ter interesse na preservação da substância, mas a despesa reverter em proveito imediato do usufrutuário. Os juros são os legais, nada impedindo que as partes convençionem juros diversos, desde que respeitadas a norma cogente da Lei da Usura.

Art. 1.405. Se o usufruto recair num patrimônio, ou parte deste, será o usufrutuário obrigado aos juros da dívida que onerar o patrimônio ou a parte dele.

CC/1916: art. 736.

O artigo em exame corresponde ao art. 736 do Código Civil de 1916, com expressiva alteração. Não mais trata dos juros incidentes sobre usufruto de coisa singular, mas somente de patrimônio ou parte dele, vale dizer, universalidade de direito.

A regra é no sentido de que aquele que adquire usufruto sobre patrimônio ou parte dele, que constitui universalidade de direito, sucede a título universal, razão pela qual se obriga pessoalmente pelos juros da dívida que eventualmente onerar tal patrimônio.

Note-se que a regra diz respeito apenas aos juros, pelos quais responde pessoalmente o usufrutuário. Óbvio que, se for o usufruto constituído em fraude de credores ou de execução, será ineficaz frente aos credores, cabendo ao usufrutuário apenas o direito de remir a dívida, para a persistência do direito real.

Art. 1.406.0 usufrutuário é obrigado a dar ciência ao dono de qualquer lesão produzida contra a posse da coisa, ou os direitos deste.

CC/1916: sem correspondente.

Constitui o artigo em exame novidade, sem correspondência com regras do velho Código Civil.

A regra complementa o dever do usufrutuário de restituir a coisa no mesmo estado em que a recebeu. A incolumidade diz respeito não só ao estado físico, como também à integridade jurídica. Decorre daí o dever do usufrutuário de cientificar o dono de toda e qualquer agressão injusta à posse, assim como de qualquer outra afronta que possa atingir os direitos deste, como, por exemplo, ofensa a direito de vizinhança, penhoras e arrestos.

Lembre-se que o usufrutuário, na qualidade de possuidor direto da coisa, pode usar da tutela possessória, ou das ações de vizinhança em nome próprio, o que não o exonera de cientificar o proprietário, para que este, como assistente, possa exercer os direitos que entenda corretos.

Note-se que tal dever já era implícito no velho Código Civil, tanto assim que Caio Mário da Silva Pereira, ao arrolar os deveres do usufrutuário, afirma que “compete ao usufrutuário defender a coisa usufruída, repelir as ocupações e as vias de fato de terceiros, impedir a constituição de situações jurídicas adversas ao nu-proprietário, avisar o proprietário das pretensões de terceiros, exercer o que seja mister para que não pereçam as servidões ativas, obstar que se criem servidões passivas, abster-se de tudo que possa danificar a coisa, diminuir-lhe o valor, ou restringir as faculdades residuais do proprietário (*Instituições de direito civil*- direitos reais, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. IV, p. 302).

Art. 1.407. Se a coisa estiver segurada, incumbe ao usufrutuário pagar, durante o usufruto, as contribuições do seguro.

§ 1º Se o usufrutuário fizer o seguro, ao proprietário caberá o direito dele resultante contra o segurador.

§ 2º Em qualquer hipótese, o direito do usufrutuário fica sub-rogado no valor da indenização do seguro.

CC/1916: art. 735.

O artigo em exame corresponde ao art. 735 do Código Civil de 1916, com alteração mínima, de cunho meramente gramático.

Constata-se, de início, que o seguro da coisa dada em usufruto é meramente facultativo, não constituindo obrigação do usufrutuário fazê-lo, salvo convenção a respeito no título.

Pode ocorrer, porém, de a coisa já se encontrar segurada, quando da constituição do usufruto, caso em que ao usufrutuário incumbirá o pagamento do prêmio.

Pode o usufrutuário contratar o seguro da coisa usufruída, mas eventual indenização será paga ao proprietário, em típica estipulação em favor de terceiro.

Em qualquer hipótese, quer seja o seguro feito pelo usufrutuário, quer pelo nu-proprietário, ocorrido o sinistro, o usufrutuário fica sub-rogado no valor da indenização do seguro.

Jurisprudência: Direito civil. Usufruto. Destruição da coisa. Incêndio. Seguro firmado. Recebimento da indenização. Usufrutuário. Legitimidade. Sub-rogação legal. Arts. 735, 737 e 739, IV, do Código Civil. Doutrina. Circunstâncias da causa. Recurso desacolhido. Havendo previsão legal da sub-rogação do usufrutuário à indenização, quando, segurada a coisa, sem razão negar-se sua legitimidade para obter diretamente da seguradora o recebimento do *quantum* indenizatório, notadamente na espécie, em que o imóvel foi reconstruído e não há notícia de controvérsia entre os nu-proprietários do bem (seus filhos) e a usufrutuária. (STJ, REsp n. 317.504/RJ, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.08.2001)

Art. 1.408. Se um edifício sujeito a usufruto for destruído sem culpa do proprietário, não será este obrigado a reconstruí-lo, nem o usufruto se restabelecerá, se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio; mas se a indenização do seguro for aplicada à reconstrução do prédio, restabelecer-se-á o usufruto.

CC/1916: art. 737.

O artigo em exame corresponde ao art. 737 do Código Civil de 1916, com poucas alterações substanciais.

A regra é simples. Se o prédio dado em usufruto for destruído sem culpa do nu-proprietário e por este reconstruído, como o investimento e o dispêndio do capital são novos e sem contribuição do usufrutuário, o usufruto não se restabelece.

Caso, porém, esteja o prédio segurado, por quem quer que seja, e o produto da indenização, no qual se sub-roga o seguro, for invertido na reconstrução do prédio, o usufruto se restabelecerá.

Art. 1.409. Também fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização paga, se ele for desapropriado, ou a importância do dano, ressarcido pelo terceiro responsável no caso de danificação ou perda.

CC/1916: art. 738.

Disciplina o artigo três causas de sub-rogação do usufruto: desapropriação e indenização paga por terceiro que causar a perda ou danificação da coisa usufruída.

A desapropriação é modo originário de aquisição da propriedade, de forma que não subsiste o direito real de usufruto em face do expropriante. Em contrapartida, há o imperativo legal do pagamento do justo preço, de maneira que o patrimônio do proprietário muda qualitativamente, mas não quantitativamente. Decorrencia disso é que sobre a quantia paga se sub-roga o usufruto, que passa a recair sobre bem fungível, a ser restituído, devidamente atualizado, quando da extinção do direito real. Anota Carvalho Santos, e com razão, que, se parte da indenização for paga ao usufrutuário pelo não recebimento dos frutos durante certo período, tal valor, assim como ocorreria com os frutos, pertence ao usufrutuário.

Igual fenômeno ocorre no caso de perda ou deterioração da coisa usufruída, causada por ato ilícito de terceiro. A indenização paga por terceiro é também onerada pelo usufruto, lembrando que, se houver mera danificação, o valor é invertido na recuperação da coisa. Se o terceiro for insolvente, o usufruto se extingue.

Jurisprudência: Indenização. Imóvel desapropriado. Vínculo de usufruto sobre o mesmo. Sub-rogação na indenização. Pedido de levantamento dos juros e correção monetária. Deferimento. Impossibilidade. Decisão reformada para determinar o levantamento tão só dos juros. (TJSP, *RT* 684/184)

Usufruto. Imóvel sob nua-propriedade do réu e usufruto vitalício de sua mãe. Desapropriação do bem que leva à aplicação da regra do art. 738 do Código Civil antigo. Entrega, entretanto, do valor da indenização pela mãe ao filho. Pretensão dos outros filhos a receber parte dos rendimentos produzidos por esse capital, já que o réu nunca os entregava à mãe. Inexistência de tal direito. O usufrutuário não é obrigado a fruir do bem, podendo deixar de fazê-lo a título de liberalidade a favor do nu-proprietário. Recurso do réu provido para julgar improcedente a ação. (TJSP, Ap. cível n. 167.776-4/4-00, rel. Morato de Andrade, j. 27.02.2007)

CAPÍTULO IV DA EXTINÇÃO DO USUFRUTO

Art. 1.410.0 usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:

I - pela renúncia ou morte do usufrutuário;

II - pelo termo de sua duração;

III - pela extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de trinta anos da data em que se começou a exercer;

IV - pela cessação do motivo de que se origina;

V - pela destruição da coisa, guardadas as disposições dos arts. 1.407, 1.408, 2ª parte, e 1.409;

VI - pela consolidação;

VII - por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395;

VIII - pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai (arts. 1.390 e 1.399).

CC/1916: arts. 739 e 741.

O artigo em exame corresponde ao art. 739 do Código Civil de 1916, com diversas alterações, acrescentando e modificando causas de extinção do usufruto.

Vimos anteriormente que o usufruto é sempre temporário, vedada por norma cogente a perpetuidade. Há causas previstas no próprio negócio de constituição e outras na lei, que levam à extinção.

O *caput* do art. 1.410 reza que, se o usufruto recai sobre coisa imóvel, a causa não opera por si só a extinção, mas deve ser levada ao registro imobiliário. O registro, salvo o caso do

usufruto legal, da usucapião e com origem em sucessão hereditária, é constitutivo do direito real, de modo que, para a simetria do sistema, deve a causa extintiva ser averbada no registro imobiliário, para que produza efeito *erga omnes*. Note-se que a averbação da causa deve ser feita mesmo no caso de usufruto adquirido por usucapião ou sucessão hereditária, se foi este levado a registro por mandado judicial, em homenagem ao que dispõem o art. 252 da Lei n. 6.015/73 e o art. 1.245, § 2º, do Código Civil. De outro lado, a extinção do usufruto incidente sobre bens móveis se opera pela incidência da causa, independentemente de qualquer ato ulterior, por falta de previsão legal.

Tal regra produz relevantes conseqüências, especialmente em relação a terceiros. Tupinambá de Castro Nascimento dá diversos exemplos de efeitos de usufruto cuja causa extintiva já se operou, mas sem averbação do cancelamento no registro imobiliário. Tome-se o caso de usufruto a termo, cujos frutos colhidos após decurso do prazo pertencem ao proprietário, mas que podem ser penhorados pelo terceiro credor do usufrutuário, enquanto não se averbar o cancelamento. Também o contrato de cessão de exercício de natureza pessoal - comodato, ou locação - entre o usufrutuário e terceiro não pode ser denunciado pelo proprietário, antes da averbação do cancelamento. Em termos diversos, o usufruto ganha uma ultra-atividade após o advento da causa extintiva, mas antes do cancelamento (*Usufruto*, 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1983, p. 121). Em relação às partes cientes da ocorrência da extinção, porém, os efeitos cessam com a causa e não com a averbação, de modo simétrico ao que ocorre com a constituição.

A primeira causa de extinção do usufruto é a morte do usufrutuário. O usufruto é constituído sobre a cabeça do usufrutuário e a este não sobrevive, salvo no caso de usufruto simultâneo com cláusula de acrescer, que será comentado no art. 1.411 a seguir. Trata-se de causa legal e de ordem pública, prevalecendo sobre eventual causa convencional, como, por exemplo, a morte que ocorre antes do termo negociado. A morte do nu-proprietário é irrelevante, porque, salvo disposição negociada expressa em sentido contrário, seus herdeiros recebem a coisa gravada por direito real. A morte do usufrutuário pode ser real ou presumida (art. 7º do CC) ou mesmo do caso de ausência, após operar-se a sucessão definitiva (art. 39 do CC). Não altera a questão a morte do usufrutuário causada ou buscada pelo nu-proprietário, porque não prospera o usufruto sem titular e, como direito personalíssimo, não se transmite aos herdeiros. Ocorrendo o óbito, a averbação do cancelamento do registro se faz mediante simples pedido formulado ao registrador, sem necessidade de intervenção judicial, não se aplicando o disposto no art. 1.112, VI, do CPC, mas sim o disposto no art. 250, III, da Lei n. 6.015/73.

A segunda causa é a renúncia do usufrutuário, por ato unilateral, mas comunicada ao usufrutuário. Caso incida sobre coisa imóvel, a renúncia é solene, por instrumento público, e somente produz efeitos perante terceiros após averbação do cancelamento no registro imobiliário.

A terceira causa é pela incidência do termo de duração do usufruto. Não prevalece o termo se ocorrer antes a morte do usufrutuário. Embora não diga de modo expresso a lei, também o advento de condição resolutiva, aposta de modo convencional no título constitutivo, leva à extinção do usufruto. Acrescente-se, ainda, o caso de o usufruto ter sido constituído sobre imóvel com propriedade resolúvel. Resolvido o domínio, caem todos os direitos reais concedidos na sua pendência. Mais uma vez, o advento do termo e da condição comprovável de modo documental permite o cancelamento do registro independentemente de decisão judicial.

A quarta causa é a extinção da pessoa jurídica beneficiária do usufruto, quer de direito público, quer de direito privado. As sociedades irregulares, por lhes faltar personalidade jurídica, não são usufrutuárias, mas apenas os sócios que a compõem. Coloca a lei uma causa legal, impondo que o usufruto de pessoa jurídica não pode ultrapassar trinta anos, contados

da data do início do exercício. Foi o prazo reduzido de cem para trinta anos, somente incidente sobre os usufrutos constituídos na vigência do Código Civil de 2002, porque, em relação aos antigos, há ato jurídico perfeito. Nada impede que as partes convençionem prazo inferior a trinta anos. O que não se admite é a convenção por prazo superior, porque a norma é cogente, de modo que o termo é automaticamente reduzido, sem invalidar, no entanto, a própria constituição do direito real.

A quinta causa é pela cessação do motivo que originou o usufruto. Embora divirja a doutrina tradicional a respeito, o melhor entendimento, já referendado pelo Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 101/377), é no sentido de que a causa em exame se aplica tanto ao usufruto convencional como ao legal. O motivo a que alude a lei é o externo, determinante e comum a ambas as partes, desprezadas as razões íntimas, subjetivas e individuais. No dizer de Orlando Gomes, é a razão o móvel determinante que move as partes a realizar determinado contrato (*Contratos*, 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 61). No usufruto legal, tome-se como exemplo a cessação do poder familiar, que extingue o usufruto do pai sobre os bens dos filhos. No usufruto convencional, tome-se como exemplo, citado por Clóvis, o usufruto instituído para que o usufrutuário conclua seus estudos, ou realize determinada pesquisa científica. O cancelamento, aqui, pode exigir intervenção judicial, se a cessação do motivo determinante depender de exame de fatos não provados documentalmente e de modo cabal, inviáveis de serem aferidos pelo registrador na esfera administrativa. A alteração da redação do dispositivo provocou dúvida em doutrina, sobre a necessidade do motivo determinante ser ou não declarado no título. Razoável entender a desnecessidade do motivo determinante ser expresso, bastando que seja inequívoco e comum a ambas as partes, não sendo suficiente as simples razões íntimas e psicológicas do nu-proprietário (frs., a respeito, Carlos Alberto Garbi, *Relação jurídica de direito real e usufruto*, Método, 2008, p. 278).

A sexta causa é a destruição da coisa, que causa a perda do objeto, ressalvadas as hipóteses de sub-rogação, previstas nos arts. 1.407, 1.408 e 1.409, anteriormente comentados. Nos casos em que há sub-rogação - seguro, desapropriação e culpa de terceiro, que indeniza o proprietário -, o usufruto se transfere para o bem sub-rogado, com todas suas características e sem solução de continuidade. Embora fale a lei em destruição - melhor seria perecimento -, o melhor entendimento é no sentido de que não há necessidade de ser total. A perda parcial ou a deterioração grave, que comprometa a qualidade frugífera ou a possibilidade de exploração, também conduzem à extinção, pela incompatibilidade de o usufrutuário extrair as utilidades da coisa. Embora haja controvérsia na doutrina, a transformação radical da coisa não equívale à destruição, desde que persistam as qualidades frugíferas e o interesse do usufrutuário.

A sétima causa é a consolidação, que nada mais é do que a reunião, na mesma pessoa, das qualidades de nu-proprietário e usufrutuário. Pode ocorrer em razão de o usufrutuário adquirir a nua-propriedade, por qualquer razão, ou o inverso, de o nu-proprietário adquirir o usufruto. Como vimos no comentário ao art. 1.393, a inalienabilidade do usufruto não tem nenhuma incompatibilidade com a extinção por consolidação. O que proíbe a norma cogente é que o direito real de usufruto sobreviva sob a titularidade de terceiro, porque é personalíssimo do usufrutuário. A transmissão, porém, se admite quando provocar a extinção do usufruto por consolidação. São os casos da aquisição do usufruto a título gratuito ou oneroso pelo nu-proprietário, ou, então, de um terceiro que adquira simultaneamente a nua-propriedade e o usufruto, consolidando a propriedade em suas mãos. Não há aí propriamente alienação do direito real, mas sim modo de sua extinção por consolidação.

A oitava causa é a culpa do usufrutuário, que aliena, deteriora ou deixa arruinar os bens, ao não promover os cuidados de reparação. A novidade do inciso está em adicionar a hipótese do usufruto dos títulos de crédito, quando o usufrutuário não dá ao crédito recebido a regular aplicação prevista em lei. Constata-se que em todos os casos há inadimplemento do

usufrutuário, ou na forma de abuso de exercício - alienação - ou na forma de mau uso - deterioração - dos bens entregues ao seu proveito. Vimos em comentário ao art. 1.393 que a alienação do usufruto é nula, salvo nos casos de consolidação. O que a lei pune, portanto, é a tentativa de alienação, ainda que o nu-proprietário recupere a coisa em poder de terceiro. Já as deteriorações devem ser visíveis, duráveis e culposas. A conduta é sempre culposa, o que exige investigação de fato imputável ao usufrutuário, necessariamente na via judicial, descabendo o pedido de cancelamento direto ao oficial registrador. Além disso, não é a extinção automática, porque pressupõe a iniciativa do nu-proprietário, que, aliás, tem a opção de exigir a reparação, a extinção ou os dois pedidos cumulativos. Como alerta Carvalho Santos, tem o juiz ampla liberdade ao examinar os atos culposos do devedor, especialmente a sua gravidade. Pode, assim, determinar a extinção pura e simples, como a extinção apenas de uma parte, manter o usufrutuário na posse dos bens, mas obrigando-o a reparar os danos, ou a prestar caução, ainda quando esta tenha sido anteriormente dispensada (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. IX). O não pagamento de tributos e despesas condominiais atribuíveis ao usufrutuário pode também colocar em risco jurídico de perda a coisa, em razão da excussão. Abre-se ao nu-proprietário a obrigação alternativa de pagar as dívidas e reavê-las do usufrutuário, ou de pedir a extinção do usufruto por conduta culposa.

Finalmente, a nona causa de extinção é o não uso, ou a não fruição da coisa em que o usufruto recai. No silêncio da lei, o prazo é o ordinário, previsto no art. 205 do Código Civil. No regime do velho Código Civil, havia na doutrina divergência sobre o prazo aplicável, se o ordinário para as pretensões pessoais (vinte anos) ou o decenal, ou quinquenal para as pretensões reais, com clara preferência pela última corrente, matéria ainda relevante, em razão de seus reflexos no direito intertemporal.

Deve haver distinção entre duas situações. A primeira é a inércia do usufrutuário de exercer a pretensão contra a violação de seu direito subjetivo de tirar o proveito do objeto do direito real de gozo e fruição. Em tal hipótese, o que se perde não é o direito material de usufruto, mas sim a pretensão de obter ou reaver o bem objeto do usufruto. Tanto isto é verdade, que se o bem objeto do usufruto cuja pretensão se encontra prescrita for voluntariamente entregue ao usufrutuário, não pode este ser compelido a devolvê-lo, tal como ocorre no pagamento de dívida prescrita. O prazo em tal hipótese será prescricional de dez anos e começa a correr da data em que deveria ter sido entregue o bem ao usufrutuário, ou da data em que o usufrutuário praticou o último ato de proveito em relação ao bem usufruído. Nada impede, de outro lado, que corra contra o nu-proprietário e contra o usufrutuário a prescrição aquisitiva por posse *ad usucapionem* de terceiro, pelos prazos previstos nos arts. 1.238 a 1.242 e 1.260 a 1.261, de acordo com a natureza da coisa possuída.

A segunda situação é o simples não exercício do direito pelo usufrutuário, sem qualquer resistência do nu-proprietário ou de terceiros. Não há aqui pretensão, pois não houve violação a direito subjetivo, e o prazo será decadencial de dez anos, com termo inicial na data em que poderia o usufrutuário exercer o direito.

Jurisprudência: Registro de imóveis. Usufruto. Reconhecimento judicial de extinção em razão do falecimento da usufrutuária. Inadmissibilidade. Providência que pode ser obtida mediante simples requerimento ao Cartório de Registro Imobiliário. Carência decretada. Recurso não provido. A extinção do usufruto, pelo falecimento da usufrutuária, pode ser diretamente obtida no Cartório de Registro Imobiliário, instruindo-o, por óbvio, com certidão de óbito. Inexistindo, no caso, oposição de quem quer que seja, manifesta a falta de interesse processual, assim justificando o decreto de carência. (TJSP, Ap. cível n. 200.650-1/Campinas, rel. Paulo Costa Manso, j. 15.12.1993)

Extinto, por morte do usufrutuário, o usufruto instituído por ato *inter vivos*, o cancelamento do gravame, no registro de imóveis, independe de prévia decisão judicial. (TJRJ, *RP* 27/270)

No mesmo sentido, *RTJ* 82/251, *RJTJRGs* 65/366, *RD*112/41, 13/86 e 9/130, entre outros.

A cessação da causa de que se origina o usufruto constitui modalidade de extinção desse direito real que se aplica tanto aos usufrutos legais como aos convencionais. 3 - Incidência das Súmulas ns. 5 e 7, STJ quanto à imposição de a usufrutuária residir obrigatoriamente no imóvel objeto do usufruto e tocante à culpa da mesma pela má conservação do prédio. (STJ, REsp n. 133.189/CE, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 14.04.1998)

Usufruto. Extinção. Reconhecimento judicial em razão do falecimento da usufrutuária. Inadmissibilidade. Providência que pode ser obtida mediante simples requerimento ao cartório de registro imobiliário. Carência decretada. Recurso não provido. (*JTJ* 155/137)

Usufruto. Renúncia. Promessa tácita. Execução específica prevista no art. 639 do Código de Processo Civil. Não cabimento. Renúncia que deve ser expressa, cuidando-se, ademais, de ato unilateral. Recurso não provido. (*JTJ* 134/268)

Usufruto. Desistência. Imóvel. Necessidade de escritura pública. Hipótese, ademais, de usufrutuário analfabeto. Subsistência do usufruto. Sentença confirmada. (*JTJ* 122/44)

Usufruto. Extinção parcial. Morte do nu-proprietário deixando herdeiro testamentário. Consolidação do direito real nas mãos do usufrutuário ascendente do nu-proprietário apenas em relação à metade ideal do imóvel. Extinção total inadmissível. Aplicação do art. 739, V, do CPC. (TJSP, *RT* 637/71)

Usufruto. Extinção. Outorga vitalícia sem causa determinante expressa. Art. 739, III, do Código Civil, inaplicável ao caso. Motivo da instituição mencionado no exórdio que, ademais, não se acha afastado. Sentença contrária à autora que se mantém. Recurso seu improvido, não conhecido o agravo retido. (TJSP, Ap. cível n. 36.342-4, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Ivan Sartori, j. 07.05.1998, v.u.)

Ação de cobrança. Valores vencidos pagos e a vencer referentes a aluguel e demais despesas decorrentes da impossibilidade de residir em imóvel cujo usufruto fora concedido por ocasião da separação consensual. Ausência de registro do usufruto em Cartório de Registro de Imóveis. Impossibilidade. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 30.985-4/Jardinópolis, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Barbosa Pereira, j. 07.05.1998, v.u.)

Usufruto. Extinção. Omissão reiterada da obrigação do usufrutuário. Não pagamento de taxas condominiais e impostos incidentes sobre o imóvel. Perigo de perecimento do bem evidenciado. Incidência, na hipótese, das disposições do art. 1.410, VII, do CC. Decisão mantida. Apelo improvido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 383.613-4/7-00/Santos, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. José Roberto Bedran, j. 14.03.2006, v.u.)

Tutela antecipada. Ação de extinção de usufruto cumulada com perdas e danos. Quebra do usufrutuário do dever de pagar tributos incidentes sobre o imóvel. Retomada liminar da administração do bem. Pedido de arresto sobre a renda de outros usufrutos incidentes sobre imóveis diversos. Concessão parcial da liminar, para efeito de atribuir de imediato a administração

do imóvel às autoras, inclusive para que os aluguéis revertam no abatimento da dívida fiscal. Recurso provido em parte. (TJSP, AI n. 429.746.4/7-00, rel. Francisco Loureiro, j. 12.01.2006)

A exegese do inciso VII, do art. 1.410, do Código Civil indica que se afigura plenamente possível a extinção de usufruto quando o usufrutuário não envia os cuidados necessários para a preservação do bem. No entanto, não é toda e qualquer deterioração que autoriza a extinção do usufruto, com fulcro em tal preceito. É preciso que seja uma deterioração anormal, a qual ultrapassa os limites do mero uso transmutando-se em manifesto abuso, o que não restou devidamente provado nos autos. (TJMG, Ap. cível n. 1.0042.04.009338-9/001, rel. Cláudia Maia, j. 03.05.2007)

Art. 1.411. Constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, extinguir-se-á a parte em relação a cada uma das que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber ao sobrevivente.

CC/1916: art. 740.

O artigo em exame corresponde ao art 740 do Código Civil de 1916, com alteração apenas formal em sua redação, sem nenhuma mudança substancial. Disciplina o preceito a extinção do usufruto simultâneo e a exceção ao princípio de que o usufruto se extingue necessariamente com a morte do usufrutuário.

Prevê a norma que, no caso de usufruto simultâneo ou conjuntivo, qual seja, aquele constituído em favor de uma pluralidade de usufrutuários, a um só tempo, a extinção será feita parte a parte, em relação a cada um dos que falecerem. Essa é a regra geral, que consolida quotas de propriedade plena nas mãos do nu-proprietário, na medida em que forem falecendo os usufrutuários.

A exceção a tal regra está na possibilidade de estipulação expressa de cláusula de acrescer, pela qual a parte ideal do usufruto cabente ao usufrutuário falecido não se consolida nas mãos do nu-proprietário, mas, ao invés, se soma à parte do usufrutuário sobrevivente, de tal modo que subsiste íntegra até que o último usufrutuário venha a falecer.

Não se admite por norma cogente, porém, a figura do usufruto sucessivo, pela qual, com a morte de um usufrutuário, ou cusufrutuário, sua parte se transmite a terceiro que até então gozava dessa qualidade. Em termos diversos, não se admite que, com a morte de um usufrutuário, alguém que até então não o era passe a sê-lo, recebendo o direito do falecido.

Lembre-se de que, no caso de usufrutos legados conjuntamente a favor de duas ou mais pessoas, a parte do que faltar acresce aos colegatários, independentemente de disposição expressa no testamento, por força do que dispõe o art. 1.946 do Código Civil de 2002.

Jurisprudência: Doação. Reserva de usufruto. Direito de acrescer. Possibilidade. Hipótese de usufruto simultâneo e não sucessivo. Recurso provido. (JTJ 170/209)

Registro de imóveis. Escritura de compra e venda. Estabelecimento de cláusula de exercício simultâneo de usufruto em favor do nu-proprietário. Inadmissibilidade. Consideração do estabelecido como cláusula não escrita. Impossibilidade. Natureza administrativa da qualificação registrar que não comporta interpretação da vontade dos interessados. Cindibilidade do título, ademais, possível apenas em relação a pretensões distintas ao registro. Dúvida procedente. Recurso provido. (JTJ 149/324)

Usufruto. Extinção parcial. Aquisição pelo usufrutuário de metade ideal do imóvel, na qualidade de herdeiro necessário. Bem partilhado e arrematado em hasta pública, nos autos do inventário. Circunstância que não configura alienação pelo usufrutuário. Consolidação parcial do usufruto, em relação à metade ideal do imóvel gravado. Recurso provido para esse fim. (JTJ 117/291)

Usufruto vitalício com cláusula de acrescer que garante a usufrutuária supérstite o direito integral da garantia por ele representada, sem que o óbito do outro usufrutuário faça cessar ou reduzir a garantia do usufruto. Morte do usufrutuário que não é causa eficiente para modificar a cláusula de acrescer, que beneficia o usufrutuário supérstite. Menoridade dos nu-proprietários, ao tempo da instituição do usufruto e que hoje já não mais existe, em razão da maioria adquirida, não é causa que invalida o usufruto e nem o torna ineficaz com relação à cláusula de acrescer. Efeito suspensivo revogado. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 485.127-4/2-00, rel. Salles Rossi, j. 31.05.2007)

Doação. Reserva de usufruto com direito de acrescer. Possibilidade. Hipótese de usufruto simultâneo e não sucessivo. Estipulação expressa. Aplicação do art. 740 do Código Civil. Inocorrência de violação da legítima. Recurso parcialmente provido. Possível é a doação com reserva de usufruto e previsão do direito de acrescer. Hipótese em que não se identifica o proibido usufruto sucessivo, mas, sim, usufruto simultâneo. (TJSP, AI n. 238.539-1/Junqueirópolis, rel. Costa Manso, j. 02.02.1995, v.u.)

TÍTULO VII DO USO

Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família.

§ 1º Avaliar-se-ão as necessidades pessoais do usuário conforme a sua condição social e o lugar onde viver.

§ 2º As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico.

CC/1916: arts. 742 a 744

O direito real de uso, de escassa utilização em nossos costumes, foi mantido no atual Código Civil com sua principal característica de usufruto restrito, em miniatura, ou limitado às necessidades do usuário ou de sua família.

Podem ser objeto do direito real de uso coisas móveis e imóveis, desde que não consumíveis ou fungíveis. As fontes do direito real de uso podem ser a convenção, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, a título oneroso ou gratuito, e a usucapião; mas não contempla o Código Civil o uso decorrente diretamente da lei, como o faz com o usufruto e o direito real de habitação legal. Caso recaia sobre coisa imóvel, o registro é constitutivo do direito real.

Tal como o direito real de usufruto, o direito real de uso é sempre temporário e pode ser subordinado a termo ou condição. Podem ser titulares do direito real pessoas naturais e jurídicas, as últimas desde que destinem a coisa para suprir necessidades relativas à própria atividade. Ao contrário do usufruto, o uso não comporta cessão de exercício a terceiros, porque é personalíssimo. É também intransmissível, *inter vivos* ou *causa mortis*, salvo nos casos em que importar em consolidação e extinção do direito real.

No dizer de Caio Mário da Silva Pereira, a principal distinção entre os direitos reais de usufruto e de uso está em que “enquanto o usufrutuário auferir toda a fruição da coisa, ao usuário não é concedida senão a utilização reduzida aos limites de suas necessidades” (*Instituições de direito civil* 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. IV, p. 307).

É certo que a cabeça do artigo refere que o usuário não somente usará a coisa, como também receberá os frutos, quando o exigirem as necessidades suas e de sua família. Pode receber frutos naturais e civis, mas na medida de suas necessidades. Pontes de Miranda diz que os frutos destinados ao consumo por necessidade integram o conceito de uso, e não de fruição (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, v. XIX, p. 323).

O § 1º dá balizas ao intérprete, para que saiba até onde vão as necessidades do usuário. Note-se que somente a percepção de frutos está limitada à necessidade do usuário e de sua família, enquanto o excesso pertence ao nu-proprietário. Já o uso deve ser pessoal, mas não está contido no conceito de necessidade. Para dar parâmetros do que considera necessidade, o legislador menciona exemplificativamente os termos “local onde viver” e “condição social do usuário”. Outros fatores devem ser levados em conta, como profissão, hábitos, saúde e idade do usuário, como alerta Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (*Usufruto*, 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1983, p. 193). A necessidade é sempre aferida levando em conta as circunstâncias do caso concreto, lembrando a possibilidade de alteração no curso do tempo, podendo ser aumentada ou diminuída.

O § 2º do artigo em exame define o que é família, para efeito do direito real de uso. O conceito é restrito aos filhos solteiros, ao cônjuge e às pessoas que prestam serviço doméstico ao usuário, numa noção peculiar de família. Estão excluídos, portanto, filhos casados ou em regime de união estável, além de outros descendentes, ascendentes e colaterais. Discute-se se o companheiro está abrangido no conceito legal de família. Embora omissa a lei, não se vê razão plausível para que a união estável, entidade familiar de estatura constitucional, fique fora da proteção legal. O elemento fático essencial é a dependência econômica, que, segundo a mais autorizada doutrina (Pontes de Miranda, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Maria Helena Diniz), pode se estender a pessoas estranhas às linhas parentais, como afilhados e crianças que vivam às expensas do usuário.

Jurisprudência: Apelação com revisão. Arbitramento de aluguel. Imóvel que, por acordo em separação consensual, permaneceu na posse da ex-mulher e filhas. Impossibilidade. Constituição de direito real de uso com nítida natureza alimentar. Estabelecida em acordo de separação judicial cláusula estipulando a posse direta do imóvel do casal à mulher e filhas, houve a constituição de direito real de uso com nítida natureza alimentar, a inviabilizar qualquer pretensão de se reconhecer uma relação de locação em favor do varão. Apelação desprovida. (TJSP. Ap. com revisão n. 880.264.700, rel. Andrade Neto, j. 20.06.2007)

Art. 1.413. São aplicáveis ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.

CC/1916: art. 745.

Estende o preceito o regime jurídico do usufruto ao uso, naquilo que não contrariar sua natureza, quanto aos direitos e deveres do usufrutuário.

Algumas regras do usufruto, porém, não se estendem ao uso, como vimos acima. Tomem-se como exemplos a incedibilidade, a indivisibilidade do uso e a impossibilidade de constituição *ex lege*. No que se refere ao direito de acrescer, previsto no art. 1.411 anteriormente comentado, não depende ele de cláusula expressa no uso, em vista de sua indivisibilidade.

TÍTULO VIII DA HABITAÇÃO

Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.

CC/1916: art. 746.

Direito real de pouca utilização, pode ter origem em negócio jurídico *inter vivos*, levado ao registro imobiliário, negócio jurídico *causa tnortis*, usucapião ou diretamente na lei.

Expressa a lei que a habitação é espécie do gênero uso. É o uso com finalidade exclusiva de habitar ou ocupar um imóvel como moradia. Via de consequência, é vedado usar o prédio com finalidade diversa, como atividade empresarial. A quebra desse dever constitui mau uso e leva à extinção do direito real. Como bem adverte Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, é tolerada a utilização mista do imóvel, desde que preponderantemente residencial (*Usufruto*, 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1983, p. 205).

Note-se, porém, que, ao contrário do uso, a utilização do imóvel não está limitada pela necessidade do morador e de sua família. Embora não diga expressamente a lei, pode habitar o prédio não somente o titular do direito real, como também sua família, sendo inoperante qualquer cláusula em sentido contrário, porque importaria em quebra de entidade de estatura constitucional. O conceito de família é o mesmo do direito real de uso, inclusive o companheiro e outras pessoas que se encontram sob guarda ou dependência do habitador.

Não se admite nem a alienação nem a cessão do exercício do direito real de habitação, dado o seu caráter personalíssimo. É direito real temporário e não ultrapassa a vida de seu titular.

Sem dúvida alguma, a mais freqüente hipótese de direito real de habitação é a legal, prevista no art. 1.831 do Código Civil de 2002, que reza: “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”

Houve significativa alteração no direito real de habitação do cônjuge sobrevivente em relação ao que dispunha o Código Civil de 1916. Tipifica-se o instituto como um verdadeiro legado *ex lege*. É legado porque recai sobre bem determinado. É *ex lege* porque independe do negócio jurídico do testamento, integrando capítulo da sucessão legítima.

Tem a norma o escopo de permitir ao cônjuge supérstite continuar a viver no lugar e entre as coisas nas quais se desenvolveu a vida familiar, ou ao menos a sua última parte. A primeira observação é a de que tem o cônjuge viúvo direito real de habitação qualquer que seja o regime de bens do casamento. Pode, portanto, não herdar quota de propriedade plena, em razão do regime de bens do casamento, mas lhe é assegurada, em qualquer hipótese, a permanência na habitação, bastando apenas que seja o único imóvel daquela natureza a inventariar. Não mais vigora, por consequência, a regra do sistema anterior, em que o direito ao instituto estava circunscrito aos casados pelo regime da comunhão universal, que não recebiam o usufruto vidual.

Prossegue o art. 1.831 do Código Civil de 2002 afirmando que o direito real de habitação é atribuído sem prejuízo da participação que caiba ao cônjuge supérstite na herança, subordinado, somente, à existência de um único imóvel de natureza residencial no espólio. O Código Civil de 2002, ao atribuir ao viúvo, em determinadas situações, quota de propriedade plena e mais o direito real de habitação, criou um dilema que não existia no sistema de

1916. Basta imaginar a hipótese, nada acadêmica, de cônjuge supérstite que, em razão do regime de bens, concorre somente com um descendente. Caso o único bem do espólio seja um imóvel residencial, o viúvo receberia metade do imóvel como herança e mais o direito real de habitação vitalício sobre ele. Ao descendente restaria apenas a nua propriedade sobre a outra metade da herança, o que, a toda evidência, agrediria sua legítima. Nada impede, todavia, que o cônjuge supérstite renuncie ao direito real de habitação, como, de resto, assentou o Enunciado n. 271 da III Jornada de Direito Civil 2004 do CEJ da Justiça Federal: “Art. 1.831. O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança” Não custa lembrar que o direito real de habitação, que decorre diretamente da lei, não é constituído pelo registro imobiliário, de modo que devem adquirentes de imóveis sempre tomar a cautela de exigir a renúncia do supérstite.

Conclui-se que o art. 1.831, ao consignar expressamente que se assegura ao viúvo o direito real de habitação sem prejuízo de sua quota na herança, criou uma exceção à regra do art. 1.846 do Código Civil, que garante aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança. São normas de igual estatura, ambas cogentes, de tal modo que o princípio secular da intangibilidade da legítima ganha uma exceção, prevista na própria lei. Essa antinomia aparente deve-se, certamente, a uma desatenção do legislador, que não notou o descompasso entre a atribuição de quota de propriedade plena ao viúvo e o acréscimo do direito real de habitação, “sem prejuízo da participação que caiba ao cônjuge” Essa expressão ampla era compatível somente com o Código de 1916, no qual o cônjuge era herdeiro de terceira classe, sem possibilidade de concorrência com classes superiores.

Além disso, o art. 1.831 do Código Civil de 2002 não mais subordina, tal como ocorria no Código de 1916, a eficácia do direito real de habitação à persistência da viuvez. Logo passou o viúvo a dispor de direito real vitalício sobre a residência do casal, podendo, inclusive, nela habitar com o novo cônjuge, o que em alguns casos gerará situações curiosas, especialmente quando os filhos do primeiro leito não mais morarem com o genitor sobrevivente, fazendo nascer conflito entre os interesses da família e do supérstite. É certo que o Projeto de Lei n. 276, de 2007, sana a omissão, fazendo retornar ao direito positivo a condição resolutiva do art. 1.611, § 2º, vale dizer, o direito real de habitação somente existe enquanto perdurar a viuvez.

Outra inconsistência notável do Código Civil de 2002 é a ausência de menção ao companheiro sobrevivente como titular do direito real de habitação. Essa omissão apenas coroa o tratamento severo - e incompreensível - que o art. 1.790 conferiu ao companheiro no direito sucessório, retirando diversas conquistas consagradas pelas Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96.

Uma interpretação literal e exegética do art. 1.831 - tão ao gosto do pensamento liberal que orientou o Código de 1916 - levaria à fácil conclusão de que o direito real de habitação é prerrogativa reservada exclusivamente ao cônjuge viúvo, excluindo-se o benefício do companheiro viúvo. Há quem sustente que o tratamento radicalmente diverso dado ao cônjuge e ao companheiro sobreviventes nada mais é do que a melhor expressão da norma constitucional, que não equiparou o casamento à união estável, mas, em vez disso, conferiu primazia ao primeiro.

Essa conclusão, a nosso ver, não pode prevalecer, sob a ótica civil-constitucional. Óbvio que o casamento não se equipara à união estável, podendo gerar - como gera - direitos e deveres distintos a cônjuges e companheiros. O que se discute é a possibilidade de a legislação infraconstitucional alijar, de modo tão grave, alguns direitos fundamentais anteriormente assegurados a partícipes de entidades familiares constitucionalmente reconhecidas. Como frisado anteriormente, o escopo do direito real de habitação é assegurar ao supérstite a preservação de um ambiente que lhe é caro, permitindo-lhe permanecer no imóvel residencial e entre objetos do casal, assegurando-lhe a manutenção de um bem essencial - a moradia.

Jurisprudência: O direito real de habitação não exige registro imobiliário. (STJ, REsp n. 565.820, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.09.2004, *DJ* 14.03.2005)

O direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente se dá *ex vi legis*, dispensando registro no álbum imobiliário, já que guarda estreita relação com o direito de família. (STJ, REsp n. 74.729/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 09.12.1997)

O titular do direito real de habitação tem legitimidade ativa para utilizar a defesa possessória, pouco relevando que dirigida contra quem é compossuidor por força do art. 1.572 do Código Civil de 1916. Fosse diferente, seria inútil a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação. 2 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 616.027, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14.06.2004, *DJ* 20.09.2004)

Ao cônjuge sobrevivente, observadas as prescrições legais, é assegurado o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado à residência da família, a teor do disposto no § 2º, do art. 1.611, do Código Civil de 1916. Neste contexto, recusa o entendimento pretoriano, a extinção do condomínio pela alienação do imóvel a requerimento do filho, também herdeiro. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença julgando improcedente a ação de extinção de condomínio. (STJ, REsp n. 234.276/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 14.10.2003)

No mesmo sentido, REsp n. 107.273/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.12.1996.

Ação possessória. Reintegração de posse. Co-herdeiro que, aproveitando-se do afastamento da viúva meeira da propriedade objeto de inventário, toma posse do imóvel e passa a fazer obras no local como se fosse o único dono do prédio, proibindo o ingresso daquela na propriedade. Ato que caracteriza esbulho possessório, apto a dar sustentação à demanda. Condômino que, em se tratando de condomínio indivisível, tem o direito de usar livremente da coisa conforme seu destino e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão. Viúva meeira, ademais, que, sem prejuízo da parte que lhe caiba da herança, tem assegurado o direito real de habitação, mormente se o único imóvel inventariado é o que se destinava à residência da família. Inteligência dos arts. 623,1, e 1.611, § 2º, do CC. Voto vencido. (I TACSP, *RT* 801/216)

Direito real de habitação. Imóvel residencial comum. Inventário. Partilha. Uso por viúva meeira. Invocação inadmissível. Existência de outros bens da mesma natureza a ela atribuídos. Aluguel devido aos demais sucessores a título de indenização. Aplicação do § 2º do art. 1.611 do CC. (TJSP, *RT* 616/83)

Condomínio. Direito real de habitação instituído em favor de condômino. Cancelamento somente possível na forma do disposto nos arts. 739 a 741, c/c o art. 748 do CC. Circunstância que, porém, não impede a extinção do condomínio. Possibilidade de divisão da coisa comum a qualquer tempo, conforme o art. 629. Direito de habitação que, mesmo em caso de alienação do bem, deve ser respeitado, inclusive por terceiro, desde que haja registro no cartório de imóveis. (TJSP, *RT* 668/90)

Direito de habitação. Coisa comum. Cônjuge supérstite. Presença de todos os pressupostos do direito real de habitação. Art. 1.611, § 2º, do Código Civil. Faculdade de o beneficiário alugar no imóvel quem bem ele queira. Aplicação do art. 748 do Código Civil. Inexistência de obrigação da viúva e do filho que com ela reside de pagar aluguel. Recurso não provido. (J7J121/51)

Art. 1.415. Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la.

CC/1916: art. 747.

Consagra o princípio da divisibilidade do direito real da habitação, que pode ser concedido a mais de uma pessoa, em partes certas ou em partes ideais.

Ao contrário do que ocorre no condomínio, aquele que usa com exclusividade a coisa dada em habitação comum não tem o dever de indenizar os demais cotitulares, pagando-lhes aluguel ou retribuição pela moradia exclusiva.

Cabe aos demais cotitulares excluídos da habitação apenas o ajuizamento de ação possessória, ou petítoria, para garantia do direito de também habitar o prédio. Não se admite, por consequência, ação de indenização entre cotitulares, em razão de habitação exclusiva de um deles.

Jurisprudência: Condomínio. Utilização exclusiva da coisa comum. Aluguel. Inadmissibilidade. Hipótese em que se trata de cônjuge sobrevivente, casada sob o regime de comunhão universal de bens. Direito real de habitação. Inteligência do art. 1.611, § 2º do Código Civil. Titular do direito, ademais, que não está obrigado a morar sozinho. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 235.776-2/Santos, rel. Oliveira Santos, j. 13.06.1994)

Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.

CC/1916: art. 748.

Diversas regras do usufruto se estendem à habitação. Tomem-se como exemplo a temporariedade, os deveres de guarda, conservação e restituição do habitador, a prestação de caução e as causas de extinção do direito real. A cláusula de acrescer, no caso de co-habitação, deve ser expressa, tal como no usufruto.

Não se estende ao direito real de habitação, em razão de sua natureza personalíssima, a possibilidade de cessão do exercício que se admite no usufruto.

Jurisprudência: A renúncia ao usufruto não alcança o direito real de habitação, que decorre de lei e se destina a proteger o cônjuge sobrevivente mantendo-o no imóvel destinado à residência da família. O direito real de habitação não exige o registro imobiliário. (STJ, REsp n. 565.820/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.09.2004)

Direito de habitação. Contrato vitalício registrado. Falta de pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel. Fato não extintivo do direito real. Hipótese em que não se cuida de contrato de direito obrigacional resolúvel por inadimplemento. Débito cobrável pela via processual própria. Aplicação dos arts. 676, 733, II, c/c os arts. 148, 739 e 746 do CC. (TJRJ, RT 643/166)

TÍTULO IX

DO DIREITO DO PROMITENTE COMPRADOR

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrendimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

CC/1916: sem correspondente.

Nesta quarta edição do *Código Civil Comentado*, acrescentei parte do texto que escrevi recentemente sobre o compromisso de compra e venda (“Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda” In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. Saraiva, série Direito-GV, p. 167-219). Justifica-se a inserção, pois os arts. 1.417 e 1.418 regulam apenas o direito real de promitente comprador, enquanto o contrato, de uso extremamente freqüente, encontra-se disciplinado em diversas leis especiais.

“Define-se contrato preliminar, ou pré-contrato, ou contrato promessa, ou *pactum de contrahendo* na lição de Pontes de Miranda, como ‘o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, se obrigam a concluir outro negócio jurídico* (Pontes de Miranda. *Tratado das ações*. vol. VII. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p.284). As partes, ou uma delas, prometem celebrar mais tarde outro contrato, que será o principal (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* vol. III. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 81).

Múltiplas razões justificam a utilização do contrato preliminar: assegura-se a realização do contrato prometido, em um momento que existe algum obstáculo material ou jurídico à sua imediata conclusão, ou as partes não podem observar as formalidades legalmente exigidas; uma das partes não dispõe da soma ou de outros meios necessários, mas desde logo quer estabelecer vínculo negociai; vantagens fiscais em postergar a celebração do contrato prometido, com diferimento do recolhimento de impostos e emolumentos; o contrato definitivo refere-se à coisa futura ou alheia; é preciso obter o consentimento de terceiros (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-promessa. Uma síntese do regime atual* 4. ed. revista e atualizada. Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 13).

Uma nova e relevante função atípica a um contrato preliminar, via de regra não cogitada pela doutrina, é a de servir de instrumento de garantia ao recebimento do preço. Especialmente na promessa de compra e venda, é comum que o promitente vendedor retenha a propriedade do imóvel vendido, até satisfação integral de seu crédito. Ao invés de utilizar a garantia real da hipoteca, ou da propriedade fiduciária sobre imóveis (Lei n. 9.514/97), que exigem a excussão do objeto da garantia, optam pelo compromisso de compra e venda, a ser resolvido no caso de inadimplemento do promitente comprador, com conseqüente devolução do imóvel ao promitente vendedor. Essa escolha de mecanismos de garantia vai provocar profundos efeitos quanto à possibilidade de retomar a coisa prometida à venda e quanto à devolução das parcelas do preço pagas.

A multiplicidade e a diversidade de funções do contrato preliminar não permitem, por conseqüência, afirmar que o seu objeto sempre será a celebração de um contrato futuro, sem a criação de efeitos substanciais, que podem apenas ser antecipados em caráter excepcional. Claro que a celebração de um contrato preliminar que tem por objeto mediato coisa alheia, ou futura, ou que dependa do consentimento de terceiros, ou de estudos e documentos não disponíveis no momento de sua celebração, terá escassa produção de efeitos substanciais e,

sem dúvida, o objeto principal será a celebração de um contrato definitivo. Situação diametralmente diversa é a dos contratos preliminares que têm por função apenas a garantia do recebimento do preço parcelado, ou a obtenção de vantagens fiscais. Em tais funções, o contrato preliminar produz desde logo efeitos substanciais e a celebração do contrato definitivo é apenas mais uma das obrigações - nem sempre a principal - assumida pelas partes.

O contrato principal, ou final, por seu turno, variará de acordo com a função do contrato preliminar, com preponderância de natureza solutória, ou liberatória, enquanto consistir no cumprimento de obrigações assumidas no contrato precedente, e constitutivo, no concernente às novas relações que dele resultarem em caráter definitivo (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda*: promessa 3c reserva de domínio. Belo Horizonte, Editora Bernardo Álvares S.A., 1960, p. 99).

O art. 462 do Código Civil dispõe que o 'contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos do contrato definitivo'. Adotou nosso Código posição intermediária, exigindo a presença dos requisitos essenciais do contrato principal a ser celebrado, mas não a presença de um acordo completo. Há espaço a uma hierarquização de assuntos, deixando as partes lacunas que serão mais tarde objeto de nova regulamentação convencional, ou, na falta de consenso futuro, poderão encontrar solução na lei, nos usos ou na equidade. O que se exige para o contrato preliminar é um mínimo de precisão, de tal modo que se possibilite a identificação fundamental de seu conteúdo, permitindo a conclusão do contrato definitivo sem deixar ao arbítrio das partes questões que comprometam o seu equilíbrio (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002*: contrato preliminar e adjudicação compulsória, in Revista dos Tribunais, vol. 843, p. 64). Ressalvou o legislador, porém, a não incidência do princípio da atração das formas entre o contrato preliminar e o definitivo, pondo fim à dúvida doutrinária e consolidando sedimentado entendimento jurisprudencial que sempre admitiu o compromisso de compra e venda de bens imóveis por instrumento particular. Diga-se, aliás, que a liberdade de formas cumpre exatamente uma das funções do contrato preliminar, vinculando as partes até que celebrem o negócio solene.

O compromisso de compra e venda como contrato preliminar impróprio. Defende José Osório de Azevedo Júnior, em obra que já se tornou clássica sobre o tema, ser o contrato de compromisso de compra e venda preliminar impróprio. Partiu da premissa da prática negociada revelar que 'os tradicionais poderes inerentes ao domínio (*jus atendi., fruendi et abutendi*) são transferidos ao compromissário comprador, enquanto o compromitente vendedor conserva para si a propriedade nua, vazia, ou menos ainda que propriedade nua* (AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 18).

O domínio remanesce em poder do promitente vendedor afetado ao recebimento do preço, como mecanismo de garantia. E arremata José Osório, 'à medida que o crédito vai sendo recebido, aquele pouco que restava do direito do promitente vendedor, isto é, aquela pequena parcela do poder de dispor, vai desaparecendo, até se apagar de todo' (José Osório, op. cit., p. 19). Pago o preço, de modo paradoxal o domínio formal que se encontra em nome do promitente vendedor não lhe confere mais nenhum direito, mas apenas o dever inexorável de outorgar a escritura definitiva.

O fato é que a jurisprudência, de modo consciente ou não da natureza imprópria do contrato de compromisso de compra e venda, ou apenas intuindo tal situação, passou gradativamente a antecipar todos os efeitos da escritura definitiva para o momento do contrato preliminar. Reconhecem os tribunais que a carga negociada, as consequências práticas, o conteúdo econômico do negócio se concentram no primeiro contrato e não no segundo.

Os exemplos são enumerados de modo didático por José Osório de Azevedo Júnior (José Osório, op. cit., p. 49):

a) as questões relativas à capacidade das partes e vícios do negócio jurídico são examinadas tendo em vista a data da celebração do compromisso, inclusive a fraude contra credores. Disso decorre que o prazo decadencial para ajuizamento da ação pauliana tem termo inicial na data do registro do compromisso, ou na data que teve ciência do negócio o credor, o que antes ocorrer;

b) o promitente comprador devidamente imitido na posse do imóvel, ainda que sem o registro do contrato, pode afastar a penhora sobre o imóvel, em execução movida por credor do promitente vendedor, se foi o negócio celebrado antes da citação do executado. Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça bem elucida o entendimento sobre o tema: ‘É assente na jurisprudência desta Corte de Justiça que a celebração de compromisso de compra e venda, ainda que não tenha sido levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis, constitui meio hábil a impossibilitar a constrição do bem imóvel, discutido em execução fiscal, e impede a caracterização de fraude à execução, aplicando-se o disposto no enunciado da Súmula n. 84 do STJ: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.’ (REsp n. 974062/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 20.09.2007);

c) o direito de preferência do condômino sobre coisa indivisível (art. 504 do CC) e da Lei do Inquilinato pode ser exercido contra o compromissário comprador, não havendo por que se esperar a lavratura da escritura de venda e compra. O prazo começa a contar da data do registro do compromisso ou da data em que o condômino tomou ciência da promessa, o que antes ocorrer (REsp n. 198516/SP, rel. Barros Monteiro, j. 23.02.1999, *LEXSTJ* 129/131 e *RSTJ* 133/391, que, embora diga respeito a contrato de compra e venda não registrado, no corpo do voto estende a preferência ao pré-contrato);

d) a superveniência de leis novas criando obstáculos ou entraves não alcança imóveis já prometidos à venda, ainda que não tenha sido o contrato registrado. Idem a indisponibilidade de bens já prometidos à venda anteriormente (Embargos de terceiro. Liquidação extrajudicial de instituição financeira. Indisponibilidade e arresto do patrimônio dos administradores, com fundamento na Lei n. 6.024/74. Prova cabal de que o embargante adquiriu o imóvel mais de uma década antes da liquidação. Compromisso de compra e venda com firmas reconhecidas e imissão do promitente comprador na posse do imóvel. Embargos procedentes. TJSP, Ap. cível n. 383.194.4/3-00, rel. Francisco Loureiro, j. 24.05.2007);

e) do mesmo modo que se exige alvará para a alienação de imóvel de incapaz, também se exige em caso de compromisso de compra e venda;

f) é válida a escritura definitiva outorgada após a morte do mandante, em cumprimento a compromisso de compra e venda, irretratável e irrevogável, com o preço inteiramente pago, na forma do art. 684 do Código Civil.

g) cabe ação reivindicatória ajuizada por promitente comprador com contrato irretratável levado ao registro imobiliário. Julgou em data recente o Superior Tribunal de Justiça que ‘promessa de compra e venda irretratável e irrevogável transfere ao promitente comprador os direitos inerentes ao exercício do domínio e confere-lhe o direito de buscar o bem que se encontra injustamente em poder de terceiro. Serve, por isso, como título para embasar ação reivindicatória* (REsp n. 252020/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.09.2000);

h) é anulável a promessa de compra e venda de ascendente a descendente sem consentimento dos demais descendentes e do cônjuge;

i) ‘A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel* (Súmula n. 308 do Superior Tribunal de Justiça);

j) o promitente comprador com contrato não registrado, mas imitido na posse, é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de cobrança de despesas de condomínio edilício.

Verifica-se, em resumo, que os tribunais gradativamente e de modo mais ousado antecipam para o momento do contrato preliminar impróprio de compromisso de compra e venda todos os efeitos típicos do contrato definitivo. É, sem dúvida, o reconhecimento de que em muitos casos, o compromisso, usado em função e como mecanismo de garantia do recebimento do preço, concentra a carga negociai e as conseqüências da escritura definitiva.

O direito real de promitente comprador. Os arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil disciplinam o direito real de promitente comprador com título levado ao registro. O contrato compromisso de compra e venda, desde que subordinado a certos requisitos - impossibilidade de arrependimento e registro imobiliário -, converte-se de direito de crédito em direito real de aquisição.

O Código Civil de 1916 não contemplava o direito real de promitente comprador, que, em vez disso, tinha em seu art. 1.088 perigosa armadilha, uma vez que permitia ao promitente vendedor arrepender-se do negócio até o momento da escritura definitiva.

Leis especiais, porém, já conferiam a possibilidade de registro ao compromisso de compra e venda, garantindo-lhe eficácia contra terceiros e impossibilitando o arrependimento. A primeira delas, inspirada na legislação uruguaia, foi o Decreto-lei n. 58/37, que se destinava somente aos imóveis loteados. Posteriormente, a Lei n. 649/49 estendeu o regime jurídico do compromisso de compra e venda do Decreto-lei n. 58/37 aos imóveis não loteados. Finalmente, a Lei n. 6.766/79 disciplinou o parcelamento do solo urbano e também o compromisso de compra e venda de imóveis loteados. A Lei n. 4.591/64, que trata do condomínio edilício e da incorporação imobiliária, também contém dispositivos sobre promessa de compra de unidade autônoma futura. A doutrina apenas divergia quanto à natureza do compromisso de compra e venda levado a registro. A maioria se posicionava no sentido de que consistia verdadeiro direito real de aquisição, embora determinados autores defendessem que se tratava de mero contrato com eficácia real.

O que se extrai do preceito em estudo é a presença de dois requisitos cumulativos, para que o contrato de compromisso de compra e venda, que gera apenas direito de crédito, converta-se em direito real e ganhe oponibilidade contra todos, a saber: a) não contenha cláusula de arrependimento; b) seja registrado no Registro Imobiliário competente.

Aos dois requisitos explicitados no artigo em exame devem ser somados os previstos nos arts. 462 e 463 do Código Civil, que disciplinam o gênero dos contratos preliminares, no qual se insere a espécie compromisso de compra e venda. Assim, os contratos preliminares, salvo quanto à forma, devem conter todos os requisitos do contrato principal, no caso a compra e venda, declinando as partes contratantes, o objeto e o preço.

Examinemos os dois requisitos previstos neste artigo, individualmente. O primeiro é a ausência de cláusula de arrependimento. O contrato de compromisso de compra e venda não é daqueles que, nos termos do art. 473 do Código Civil, anteriormente comentado, admitem por força de lei ou de sua natureza a rescisão unilateral. A cláusula de arrependimento ou a opção de denúncia devem ser expressamente previstas no contrato. Podem importar na perda do sinal pago, como nas arras penitenciais, ou nem isso. O que importa é que, no silêncio do contrato, não há possibilidade de arrependimento unilateral de qualquer das partes. Mais ainda: no regime dos contratos relativos aos imóveis loteados (art. 25 da Lei n. 6.766/79), norma de ordem pública impõe que os contratos sejam irretratáveis. Logo, sob tal regime, eventual cláusula se considera não escrita e não impede o registro nem a aquisição do direito real.

Mesmo nos contratos relativos a imóveis não loteados, o entendimento pacificado dos tribunais é no sentido de que o direito de arrependimento, expressamente pactuado, encontra limites nos princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio e função social do contrato. Assim, não se admite o direito de arrependimento quando o preço se acha integralmente pago (Súmula n. 166 do STF), ou, em corrente mais avançada, quando já se iniciou a execução do

contrato. Dizendo de outro modo, quando a cláusula de arrependimento se dá mediante a figura das arras penitenciais, deve ser exercida a faculdade de retratação no prazo assinado. Ultrapassado o pagamento do sinal e iniciado o pagamento do preço, não mais se fala em arras penitenciais, que passam a integrar o valor da coisa. Quando a cláusula de arrependimento é pactuada sem prazo, o exercício de ato de execução implica renúncia à faculdade de se retratar, em vista da estabilidade e da firmeza dos contratos. Em suma, o direito de arrependimento somente pode ser exercido até o início da execução do contrato de compromisso de compra e venda (José Osório de Azevedo Júnior, op. cit., p. 263; Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, v. XIII, n. 3, § 1.525).

Disso decorre que, mesmo nos casos de imóveis não loteados com cláusula de arrependimento expressa, escoado o prazo das arras penitenciais, ou iniciada a execução do contrato, não mais cabe a retratação e, por consequência, pode o compromisso ser levado a registro e se converter em direito real.

O segundo requisito é o registro imobiliário do contrato de compromisso de compra e venda. Como vimos anteriormente, o registro é constitutivo da propriedade e de outros direitos reais adquiridos a título derivado e inter vivos. Antes do registro, há mero direito de crédito entre as partes. Após o registro, converte-se em direito real, com oponibilidade contra todos, de modo que eventuais novos atos de disposição ou de oneração praticados pelo promitente vendedor em benefício de terceiros, ainda que de boa-fé, são ineficazes frente ao promitente comprador. Lembre-se que retroage o registro - e todos os seus efeitos - à data do ingresso e à prenotação do título no registro imobiliário.

Note-se que, embora o art. 167,1, n. 9, da Lei n. 6.015/73, disponha serem títulos registráveis os contratos de compromisso de compra e venda, de cessão deste e de promessa de cessão, com ou sem cláusula de arrependimento [...]o Código Civil - lei posterior que, apesar de geral, trata da mesma matéria - dispôs de modo diverso, exigindo a característica da irretratabilidade. Prevalece, portanto, o disposto na lei posterior, de tal modo que, atualmente, somente podem ingressar no registro os compromissos irretratáveis.

As prestações principais, acessórias e os deveres laterais de conduta assumidos pelas partes no compromisso de compra e venda. Provocou o princípio da boa-fé uma revolução na maneira de encarar a relação obrigacional, que deixou de ser considerada somente um direito de crédito, em contraposição a um dever de prestar, e passou a significar uma relação jurídica total entre as partes, uma relação complexa, visualizada como um processo, composto por uma sucessão de atos tendentes a um fim, qual seja, a satisfação do interesse do credor (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo, Editora José Buchatsky, 1976, p. 10).

No contrato de compromisso de compra e venda, segundo a doutrina majoritária, o objeto seria a celebração do contrato definitivo. Logo, manifestar consentimento no contrato definitivo consistiria a prestação principal. Já as prestações secundárias ou acidentais consistiriam nos deveres de pagar o preço, fornecer a documentação relativa ao imóvel, certidões pessoais dos promitentes vendedores, certidões fiscais e previdenciárias, autorizações e alvarás administrativos, enfim, tudo aquilo que possa interessar à perfeição da prestação principal.

Além dos deveres de prestação, a obrigação como relação complexa, destinada à satisfação do interesse do credor, gera também deveres laterais de conduta, com o escopo de garantir o desenvolvimento regular do contrato como um todo, de modo a não frustrar a confiança da parte contrária. São deveres que não têm conteúdo fixo e nem número determinado e se revelam apenas na medida em que necessários para a realização das finalidades da própria relação obrigacional (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 160). Cria condições para uma consecução sem estorvos do fim contratual.

Vimos acima que o contrato de compromisso de compra e venda pode ser, em determinados casos, preliminar impróprio, porque antecipa carga negocial e os efeitos do contrato definitivo. De igual modo, os efeitos principais e acessórios de prestação, bem como os laterais (ou anexos) de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, são antecipados de acordo com a causa do contrato.

A par da prestação principal das partes manifestarem consentimento na celebração do contrato principal, há múltiplos deveres acessórios de prestação, ainda que não previstos no contrato pelas partes. Tomem-se como exemplo os deveres de fornecer toda a documentação relativa ao imóvel, bem como certidões e documentos pessoais das partes (inclusive fiscais e previdenciárias) e a regularização de construções existentes sobre o solo.

Há ainda deveres laterais (anexos) de conduta, que abrangem não somente as fases de formação e execução do contrato, como também as fases pré e pós-contratual. São deveres que não se definem *a priori*, mas que surgirão desde as negociações preliminares e se projetam até mesmo depois da celebração do contrato definitivo. Tomem-se como exemplos os deveres pré-contratuais, na fase da pontuação, de se alertar o adquirente sobre restrições ou limitações administrativas existentes sobre o imóvel, questões relevantes de vizinhança, alterações iminentes no zoneamento, problemas relativos à solidez da obra e de composição do solo. Os deveres pós-contratuais de fornecer documentos que porventura tenha o alienante em mãos, que auxiliem discussões dominiais, ou facilitem a retificação do registro imobiliário.

A cláusula geral da boa-fé objetiva, na sua função de controle, interfere de modo significativo na execução do contrato de compra e venda. Controla o exercício abusivo de direitos, que não tragam benefícios ao credor e gerem desproporcional sacrifício do devedor, confere efeitos à inércia prolongada (*surrectio e supressio*) e ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*) dos contratantes. Evita, mais, que qualquer dos contratantes invoque em seu proveito normas que ele próprio violou (*tu quoque*).

Tomem-se como exemplos a resolução do contrato em razão de inadimplemento de pequena monta da outra parte, que não compromete a economia do contrato (teoria do adimplemento substancial), a prolongada inércia quanto à cobrança de determinadas verbas ou de multa moratória, e a própria exceção do contrato não cumprido, com especial enfoque para o cumprimento imperfeito (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

É verdade, porém, que cada vez mais, em atenção aos princípios da boa-fé objetiva e função social, o princípio da relatividade dos contratos recebe nova leitura. A Súmula n. 308 do Superior Tribunal de Justiça dispõe: ‘A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel’.

A súmula acima referida constitui importante marco e tem relevante aplicação nas relações negociais. É o reconhecimento pelos tribunais de que, em determinadas situações jurídicas, o contrato de compromisso de venda e compra, mesmo não levado a registro, ganha eficácia frente a terceiros. Como constou de julgado do Superior Tribunal de Justiça, ‘ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros adquirentes de boa-fé’ (REsp n. 329.968/DF, DJ 04.02.2002).

A tendência de se conferir efeitos contra terceiros ao compromisso de compra e venda não levado a registro também se extrai da Súmula n. 84 do STJ de seguinte teor: ‘É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro’.

As obrigações do promitente comprador. O dever de consentir na celebração do contrato definitivo. O pagamento do preço. A mora. A resolução. A cláusula penal. As benfeito-

rias e acessões. Na função de mero contrato preparatório, sem dúvida a prestação principal de ambas as partes no compromisso de compra e venda será a de prestar consentimento no contrato definitivo. Cuida-se de obrigação de fazer, juridicamente fungível, passível de substituição por sentença judicial, na forma dos arts. 461 do Código de Processo Civil e 464 do Código Civil. Comum tomar-se tal obrigação como devida pelo promitente vendedor em benefício do promitente comprador.

A obrigação, porém, é recíproca. Existe o direito de o promitente comprador liberar-se da obrigação de outorgar a escritura, de recuperar a sua liberdade e evitar todos os ônus de um imóvel registrado em seu nome, por exemplo, lançamento de impostos, despesas condominiais e eventual responsabilidade civil pelo fato da coisa. Na visão contemporânea do direito obrigacional, o pagamento, em sentido amplo, é não somente um dever, como também um direito do devedor para liberar-se da prestação. Cabe, assim, ação de obrigação de fazer também do promitente vendedor contra o promitente comprador, para que a sentença substitua a escritura injustamente negada pelo adquirente. Problema surge com o registro da escritura, ou da sentença que a substitui, que exige o recolhimento do ITBI e o pagamento das custas e emolumentos devidos ao registrador e ao Estado, ou de imposto predial em atraso. Em tal caso, abre-se em favor do promitente vendedor uma obrigação alternativa. Ou recolhe os impostos e taxas, faz o registro e posteriormente pede o reembolso, ou requer ao juiz a fixação de multa (art. 461 do CPC) até que o promitente comprador promova o recolhimento das citadas verbas e o registro.

Em caso recente, a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu o seguinte: ‘Ação ajuizada pelos promitentes vendedores contra os promitentes compradores para compeli-los a receber a escritura do imóvel, cujo preço se encontra integralmente pago. Interesse dos promitentes vendedores para que as taxas e tributos ou mesmo obrigações *propter rem*, ou responsabilidade civil por ruína do prédio, não recaiam sobre quem mantém formalmente o domínio, mas despido de todo o conteúdo, já transmitido aos adquirentes* (TJSP, Ap. cível n. 466.654.4/8-00, 4ª Câm. Dir. Privado, j. 7.12.2006).

O contrato de compromisso de compra e venda, na freqüente função de instrumento de garantia do recebimento do preço, ou de contrato preliminar impróprio, desloca a prestação principal do promitente comprador, de consentir na celebração da escritura definitiva, para o pagamento do preço. A prestação de pagar o preço, via de regra, é positiva, líquida e a termo, o que, na forma do art. 397 do Código Civil, torna a mora *ex re*, independentemente de qualquer notificação ou interpelação. Vigora o aforismo *dies interpellat pro omine*, razão pela qual a multa e os juros moratórios são devidos desde o vencimento da dívida. Para cobrar as parcelas do preço, não há necessidade de qualquer interpelação ou notificação ao devedor. Mais de uma vez julgou o Superior Tribunal de Justiça que ‘para a simples cobrança das prestações inadimplidas, é desnecessária a interpelação judicial prevista no art. 1º do Decreto-lei n. 745, de 1969, só exigível quando se quer rescindir o contrato. Recurso especial não conhecido* (REsp n. 480435/RJ). É por isso que ‘para a simples cobrança das prestações, a citação faz as vezes da interpelação prevista no Decreto-lei n. 745, de 07.08.69* (REsp n. 109716/SP).

Discute-se se o crédito relativo ao preço é líquido e constitui título executivo. A questão não comporta resposta única. Dependerá da função do contrato de compromisso e do estágio de cumprimento em que se encontra. Se o promitente vendedor já tiver cumprido suas prestações substanciais — a entrega da posse do imóvel, ou a realização das obras de infraestrutura, se for o imóvel loteado, ou a conclusão da obra, se for unidade autônoma em construção — restando apenas ao promitente comprador o pagamento do preço, perde o contrato a sua bilateralidade. Resta apenas ao promitente comprador cumprir a sua prestação principal de pagamento do preço. É por isso que os tribunais, embora não seja o tema pacífico, em mais de uma oportunidade assentaram que ‘tem a jurisprudência, inclusive a do

Colendo Superior Tribunal de Justiça, proclamado que o contrato bilateral pode servir de título executivo quando o credor desde logo comprova o integral cumprimento da sua prestação (arts. 585, II, e 615 do CPC) (REsp n. 170.446/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado, *DJU* 14.09.1998, p. 82). Ou, ainda: O contrato bilateral pode servir de título executivo de obrigação de pagar quantia certa, desde que definida a liquidez e certeza da prestação do devedor, comprovando o credor o cumprimento integral da sua obrigação (*RSTJ* 85/278). Essa jurisprudência formou-se em face da nova redação dada ao inciso II do art. 585, que considera título executivo o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, afastando as restrições que anteriormente existiam, podendo abranger, hoje, qualquer tipo de obrigação* (TJSP, AI n. 208.214-4/8). Caso o contrato ainda tenha prestações recíprocas a serem cumpridas, a cobrança pode ser feita pela via da ação monitória.

A penhora, no caso de execução de parcelas do preço, pode recair nos direitos do promissário comprador sobre o próprio imóvel, ainda que o único de natureza residencial. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, assumida a dívida para aquisição da moradia, não se aplica ao caso a regra da impenhorabilidade do art. 1º da Lei n. 8.009/90, mas sim as ressalvas previstas no art. 3º do mesmo diploma (REsp n. 54.740-7/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; no mesmo sentido, *RT* 723/417). Pode parecer estranho que o promitente vendedor, ainda titular do domínio, requeira recaia a penhora sobre bem próprio, onerado por direitos do promitente comprador. Ocorre que os direitos de compromissário comprador têm natureza patrimonial e são passíveis de alienação - cessão - a terceiros, inclusive por mero trespasse. Logo, são perfeitamente penhoráveis e aptos à excussão. O arrematante se sub-rogará na posição de promitente comprador, com os créditos e obrigações inerentes ao contrato. Pode ainda o credor adjudicar os direitos de promitente comprador, na forma prevista no Código de Processo Civil, ou arrematar para si o imóvel.

Em razão do inadimplemento da obrigação do pagamento do preço, abre-se ao promitente vendedor obrigação alternativa: ou executa a prestação ou pede a resolução do contrato. Os efeitos econômicos são radicalmente distintos, inclusive no caso de arrematação por terceiro, pelo próprio exequente, ou de adjudicação. Isso porque não há, em tal hipótese, devolução das parcelas pagas pelo promitente comprador, não incidindo as normas cogentes do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 413 do Código Civil, impeditivos ou limitativos das cláusulas de perdimento, ou de decaimento. Como decidiu em data recente o Tribunal de Justiça de São Paulo, a unidade autônoma não retorna às mãos do credor, diante da ilegalidade da incidência da cláusula comissória. O credor apenas promove a excussão do imóvel, vendendo-o em hasta pública. Se o preço apurado for superior ao crédito, a sobra é devolvida ao devedor; se inferior, remanesce crédito a ser executado (TJSP, AI n. 455.955-4/8-00, 4ª Câmara, Dir. Privado, j. 29.06.2006).

No regime dos imóveis loteados (art. 38 da Lei n. 6.766/79) cabe lembrar que o preço do imóvel somente é exigível se o loteamento se encontrar devidamente registrado e com as obras de infraestrutura concluídas dentro do prazo legal. Como decidiu recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo, *a Lei n. 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano, exige que o projeto de loteamento seja aprovado e submetido a registro junto ao Oficial de Registro Imobiliário, acompanhado dos documentos elencados no art. 18. Entre esses documentos, figura o comprovante da aprovação de cronograma das obras de infraestrutura, com a duração máxima de 4 (quatro) anos (TJSP, Ap. cível n. 501.986.4/6-00, 4ª Câmara, Dir. Privado, j. 29.11.2007). É uma espécie de *exceptio non adimpleti contractus* de ordem pública, que permite ao promissário comprador sustar o pagamento do preço, e ao juiz conhecer de ofício da matéria. Pode-se dizer que a regularidade do empreendimento constitui pressuposto para o válido desenvolvimento do processo, de modo que pode o juiz, já no despacho inicial, determinar ao autor que junte certidão atualizada comprovando o registro do loteamento e, se for o caso, a averbação da conclusão das obras de infraestrutura.

Como acima mencionado, a ausência de pagamento do preço, por parte do promitente comprador, abre ao promitente vendedor obrigação alternativa a seu favor: ou executa a prestação ou resolve o contrato. Como diz Caio Mário da Silva Pereira, ‘descumprido o contrato bilateral, abre-se uma alternativa para ao lesado, para exigir sua execução ou resolvê-lo com perdas e danos’ (*Instituições de direito civil* 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. III, p. 156). A opção pela resolução, porém, não se opera de pleno direito, ainda que tenham as partes convenicionado cláusula resolutiva expressa, na forma do art. 473 do Código Civil. As leis especiais que disciplinam o contrato de compromisso de compra e venda - Decreto-lei n. 58/37, Leis ns. 6.766/79 e 4.591/64 atenuam a dureza da cláusula e, por normas cogentes, impõem notificação premonitória para o fim de converter a mora, que, como visto, normalmente é *ex re*, em inadimplemento absoluto. Os prazos exigidos nas leis são, respectivamente, de 15 dias para imóveis não loteados, 30 dias para imóveis loteados e 10 dias para unidades autônomas futuras construídas pelo regime de administração (ou preço de custo).

Como o exercício do direito de resolução supõe e requer uma manifestação de vontade unilateral do contratante lesado, com o propósito de formar ou extinguir relações jurídicas concretas, a doutrina mais moderna o tem tratado como direito potestativo. Fala-se, assim, em direito formativo (porque transforma um estado jurídico) extintivo (porque essa transformação desfaz a eficácia jurídica já produzida) (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*-resolução. 2. ed. atualizada. Rio de Janeiro, Aide, 2003, p. 26). Ao contrário do que afirmam alguns doutrinadores, a cláusula resolutiva expressa não se confunde com a condição resolutiva. No dizer de Pontes de Miranda, não se pode elevar o inadimplemento a uma condição, em sentido técnico. Na verdade, o inadimplemento faz apenas nascer ao credor o direito formativo à resolução. A condição seria, então, o exercício desse direito pelo credor, o que é inadmissível (Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Revista dos Tribunais, 1984, t. XXV, p. 338). Em termos diversos, ocorrendo o inadimplemento do promitente comprador, o contrato não se encontra extinto, mas nasce para o promitente vendedor a opção entre cobrar o preço ou resolver o contrato. A notificação, assim, não serve para constituir o promitente comprador em mora, mas sim para convertê-la em inadimplemento absoluto e, com isso, abrir caminho para o exercício do direito potestativo de resolução. Tanto isso é verdade que o pagamento das parcelas fora da data aprazada, mas antes da interpelação, certamente será acrescido dos juros e multa moratórios (AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. ‘Compromisso de Compra e Venda’. In: CAHALI, Youssef (coord.). *Contratos nominados*: doutrina e jurisprudência. Editora Saraiva, 1995, p. 286).

O descumprimento que dá margem à resolução é o definitivo, pela impossibilidade do devedor ou pela inutilidade da prestação para o credor. Cabe invocar, aqui, a clássica lição de Agostinho Alvim, para quem ‘há inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação; há mora quando persiste essa possibilidade’ (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Editora Saraiva, 1959, p. 46). Há, assim, falta imputável ao devedor, que torna irrecuperável o cumprimento da prestação, ainda que tardio. A obrigação, pois, não foi cumprida, nem poderá mais sê-lo. Disso decorre ser inviável a resolução decorrente de simples mora, ou seja, quando persiste, ainda, a possibilidade e o interesse do credor no recebimento da prestação. A mora, no caso, tem dois efeitos fundamentais: por um lado obriga o devedor a reparar os danos que causa ao credor o atraso no cumprimento; por outro, lança sobre o devedor o risco da impossibilidade da prestação. A resolução do contrato, porém, não é um efeito da mora, mas só nasce para o credor quando a mora se converter em não cumprimento definitivo da obrigação (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral* 6. ed. Coimbra, Almedina, 1996, v. II, p. 124).

A notificação pode ser judicial ou extrajudicial. Já se admitiu inclusive a notificação por simples carta com aviso de recebimento, desde que resulte inequívoco que o devedor tomou

conhecimento do ato (TJSP, Ap. cível n. 497.173.4/4-00, 4ª Câm. Dir. Privado, j. 25.05.1997). Não se aceitam, porém, simples convites para comparecimento à sede da credora, ou meras cartas ou avisos de cobrança, sem a ressalva expressa da finalidade de conversão da mora em inadimplemento absoluto (TJSP, Ap. cível n. 337.153.4/5-00, 4ª Câm. Dir. Privado, j.

09.03.2006). Encontra-se em plena vigência a Súmula n. 76 do Superior Tribunal de Justiça: 'A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor'. Em determinados casos, quando litigam as partes em ação diversa - consignação em pagamento, anulatória de cláusula contratual, inexigibilidade de crédito - e resulta claro que o promitente comprador não deseja purgar a mora, mas discutir ou negar a dívida, a notificação perde sua finalidade e pode ser dispensada. Nos demais casos, a ausência de notificação leva à carência da ação de resolução do contrato, por falta de inadimplemento absoluto.

Não é qualquer inadimplemento que leva à resolução do contrato, mas somente o substancial. A sanção radical da extinção do contrato deve corresponder à falta de proporcional gravidade, sob pena de se violar o princípio da boa-fé objetiva, na sua função de controle. O melhor entendimento, adotado por inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, é o de que a extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no julgado líder, assentou posição de que 'o adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso' (REsp n. 272.739/MG).

Caso típico de incidência da teoria do adimplemento substancial é o do compromisso de compra e venda com preço diferido ao longo do tempo, quando restam apenas algumas poucas parcelas sem pagamento. As parcelas já pagas atingem percentual elevado do preço total, de modo que o equilíbrio contratual já não mais é rompido pelo descumprimento. Em tal caso, pode o promitente vendedor executar as parcelas faltantes do preço, mas não pedir a resolução do contrato. Aplica-se então a teoria da mitigação (*doctrine of mitigation*), segundo a qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, por sua ação, o resultado danoso (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por do devedor*. 2.ed. Rio de Janeiro, Aide, p. 136).

A resolução do contrato por inadimplemento depende de intervenção judicial ou, decorrido o prazo de purgação da mora, opera extrajudicialmente? No que se refere aos imóveis não loteados, o entendimento amplamente majoritário é no sentido de que ainda na presença de cláusula resolutiva expressa, não pode a estipulação persistir, à luz do art. 1º do Decreto-lei n. 745/69, que alterou o art. 22 do Decreto-lei n. 58/37, norma de natureza cogente. O novo Código Civil não alterou as normas de leis especiais que regem a matéria. A resolução depende de reconhecimento judicial, e o pedido de reintegração de posse é cumulativo e sucessivo. Em termos diversos, a reintegração pressupõe necessariamente a resolução do contrato e dela é consequência.

Reconheço a existência de alguma vacilação jurisprudencial, mas o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de se exigir a prévia resolução do contrato e a consequente reintegração de posse, como pedido sucessivo. Nesse sentido, assentou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira julgado com a seguinte ementa: 'I - A cláusula de resolução expressa, por inadimplemento, não afasta a necessidade da manifestação judicial para verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel. II - A ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a rescisão (*rectius*, resolução) do contrato. Destarte, inadmissível a

concessão de liminar reintegratória em ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel* (REsp n. 204.246/MG).

Seguiu tal julgado a esteira de anterior precedente do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, no REsp n. 237.539/SP, nestes termos: ‘Logo, o litígio há de ser solucionado em juízo, e no processo será apreciada não apenas a existência da cláusula, mas também a verificação das circunstâncias que justifiquem a resolução do contrato, pois bem pode acontecer que o inadimplemento não tenha a gravidade suficiente para extinguir o contrato. Com isso quero dizer que a cláusula de resolução expressa não afasta, em princípio, a necessidade da manifestação judicial, para verificação dos pressupostos que justificam a cláusula de resolução. A própria lei já tratou de flexibilizar o sistema do Código ao exigir a notificação prévia (art. 1º do Decreto-lei n. 745/69), a mostrar que as relações envolvendo a compra e venda de imóveis, especialmente em situação como a dos autos, de conjunto habitacional para população de baixa renda, exigem tratamento diferenciado, com notificação prévia e apreciação em concreto das circunstâncias que justificam a extinção do contrato, atendendo ao seu fim social. No sistema brasileiro, a regra é que a resolução ocorra em juízo, uma vez que somente ali poderá ser examinada a defesa do promissário, fundada, entre outras causas, em fato superveniente e no adimplemento substancial, as quais, se presentes, impediriam a extinção do contrato*.

No que se refere aos imóveis loteados, o art. 32 da Lei n. 6.766/79 dispõe que no caso de inadimplemento de qualquer das parcelas do preço, após interpelação dos compromissários compradores, o contrato estará automaticamente resolvido, com cancelamento do registro imobiliário, e a posse do compromissário comprador se tornará injusta, em razão da precariedade, cabendo a reintegração de posse do imóvel. Apesar do exposto texto de lei, parece melhor exigir-se a resolução judicial do contrato. As razões dessa equiparação são expostas com clareza por José Osório de Azevedo Júnior: a) inadimplemento absoluto ou relativo pressupõe culpa do devedor, sem o que é mero retardamento, e envolve o exame de matéria de fato, insuscetível de análise pelo registrador, sem prévio contraditório; b) se a resolução de compromisso de imóvel não loteado exige pronunciamento judicial, seria um contrassenso que no caso de imóvel loteado, em que há maior disparidade de forças, dispensasse-se a intervenção do Poder Judiciário; c) se a resolução opera com força *ex tunc*, devem retornar as partes ao *status quo antee* seria impossível, na esfera administrativa, o Oficial do Registro Imobiliário apurar o *quantum* do preço devolvido, além de indenizações por acessões e benfeitorias (AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 3.ed. Malheiros, p. 112/114). Embora a jurisprudência colecionasse precedentes em ambos os sentidos, recente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo assentou o seguinte: ‘Compromisso de Compra e venda. Imóvel loteado. Inadimplemento do compromissário comprador. Resolução extrajudicial do contrato, com fundamento no art. 32 da Lei n. 6.766/79. Ajuizamento de ação de reintegração de posse com pedido de concessão de liminar. Impossibilidade sem prévia resolução judicial do contrato. Extensão aos imóveis loteados do regime resolutório dos imóveis não loteados. Indeferimento da liminar mantida. Recurso não provido’ (AI n. 422.973.4/1-00, 24.11.2005).

Finalmente, no que se refere às unidades autônomas futuras, construídas por regime de administração, os tribunais admitem a aplicação do art. 63 da Lei n. 4.591/64. Após notificação do condômino inadimplente para purgar a mora em 10 dias, o contrato se resolve sem intervenção judicial, e os direitos do promissário comprador podem ser levados a leilão extrajudicial, para com o produto reembolsar os adiantamentos dos demais condôminos para levantamento da obra.

Persiste dúvida se o mesmo regime jurídico se estende às unidades futuras construídas em regime de empreitada a preço global, certo e determinável. Aparentemente existe contradição entre as regras do art. 63, que pressupõem a reversão do produto do leilão extrajudicial da uni-

dade aos condôminos que custearam a obra, e a construção a preço fechado, em que a edificação é paga pela construtora/incorporadora, sem repasse da quota do inadimplente aos demais adquirentes. Ocorre que a Lei n. 4.864/65, em seu art. 1º, VIT, estende às incorporações a preço fechado a possibilidade de resolução e venda extrajudicial da unidade futura do inadimplente ao construtor e incorporador. O que acima foi dito em relação ao imóvel loteado aqui se reproduz, pois a resolução e venda extrajudicial impedem a aferição de inadimplemento culposos e subtraem o mecanismo de devolução de parte do preço pago pelo adquirente.

Há, porém, precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo estendendo às incorporações por empreitada a preço certo o regime do art. 63 da Lei n. 4.591/64: ‘Incorporação. Regime de empreitada a preço certo. Alienação extrajudicial de unidade, decorrente de rescisão do compromisso em razão da mora dos adquirentes. Alegação de nulidade do leilão, por não previsto expressamente no contrato, só cabível para o regime de construção a preço de custo e inadequado para obra já pronta e com posse entregue. Vícios inexistentes. Incidência das disposições da Lei n. 4.864, de 29.11.1965, que criou medidas de estímulo à construção civil e ampliou o âmbito das vendas extrajudiciais decorrentes do inadimplemento dos compradores, com poderes, para tanto, delegados à própria incorporadora. Improcedência da ação declaratória dos adquirentes e procedência da ação de imissão de posse do arrematante. Sentença mantida. Apelação não provida’ (Ap. cível n. 180.020-4/0-00, rel. José Roberto Bedran, j. 08.08.2006).

A resolução, nos contratos de execução diferida e fracionada, provoca efeitos *ex tunc*, retornando as partes ao estado anterior, com composição das perdas e danos por parte do contratante inadimplente. No dizer de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução produz efeitos liberatórios e recuperatórios. Produz a liberação de ambas as partes, que tornam ao estado anterior. Produz o direito à restituição das prestações já pagas, que, no caso do compromisso de venda e compra, implica na devolução da coisa ao promitente vendedor e do preço ao promitente comprador (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* 2. ed. Aide, p. 259). O promitente vendedor devolve o preço e o promitente comprador devolve a coisa ocupada, como consequência natural da resolução e independentemente de pedido expresso da parte. Fixou o Superior Tribunal de Justiça em inúmeras oportunidades, que ‘em havendo rescisão do compromisso de compra e venda, o desfazimento da relação contratual implica, automaticamente, como decorrência lógica e necessária, na restituição das prestações pagas, reservada uma parte, que fica deduzida, em favor da alienante, para ressarcir-se de despesas administrativas, sendo desnecessário que tal devolução conste nem do pedido exordial (quando o autor é o vendedor), nem da contestação (quando o autor é o comprador), por inerente à natureza da lide’ (REsp n. 500038/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior). Logo, resolvido o contrato, não há necessidade de reconvenção ou mesmo de pedido contraposto para a devolução das parcelas pagas pelo promitente comprador, compensadas com as perdas e danos. O juiz pode de ofício determinar a restituição, como seu efeito natural.

O retorno ao estado anterior decorrente da natureza da resolução, com composição de perdas e danos, levou à interessante situação, na qual o promitente comprador que deixou de pagar as parcelas do preço tem interesse em postular a extinção do contrato, para reaver ao menos parte do valor já pago. Como explica o autorizado Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ‘o devedor pode propor a demanda quando fundamentar o pedido na superveniente modificação das circunstâncias, com alteração da base objetiva do negócio. É o que tem sido feito com muita intensidade relativamente a contratos de longa duração para aquisição de unidades habitacionais, em que os compradores alegam a insuportabilidade das prestações reajustadas por índices superiores aos adotados para a atualização dos salários’ (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Aide, p. 165).

O Superior Tribunal de Justiça, em dezenas de julgados, assentou admitir-se ‘a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não

mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel' (REsp n. 59.870/SP, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 09.12.2002; REsp n. 78.221/SP, rel Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 26.08.2003, *DJ* 29.09.2003 p. 253, muitos outros).

A posição, que se encontrava absolutamente sedimentada nos tribunais, teve recente revés. Julgado do Superior Tribunal de Justiça criou limitação temporal ao direito do promitente comprador pedir a resolução do contrato por impossibilidade superveniente. Entendeu que a iniciativa somente pode ser tomada pelo adquirente até a entrega das chaves ou imissão na posse do imóvel (REsp n. 476780/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 11.06.2008).

Constam do corpo do aresto as seguintes passagens, para justificar a limitação temporal do pedido de resolução: 'deve haver, evidentemente, um limite fático-temporal para o exercício deste direito reconhecido na situação em que, diversamente do comum dos casos, ele é investido na posse do imóvel e passa a ocupá-lo ou alugá-lo a terceiros, transformando o apartamento, que era novo, em usado, iniciando o desgaste que ocorre com a ocupação, alterando o valor comercial do bem, que naturalmente, quando vendido na denominada 1ª locação, tem maior valia'.

E arremata o julgado: 'se a desistência unilateral pelo comprador puder ser postergada para além da ocupação do imóvel, isso ameaça a integridade de obras futuras, posto que um capital disponibilizado para um empreendimento seguinte, já em andamento, sofrerá corte pela restituição que se imporá ante a desconstituição de uma venda implementada em todos os sentidos, notadamente pela entrega e ocupação do imóvel, que passa de novo a usado'.

A crítica que se faz à recente alteração de posicionamento é que, na verdade, a justificativa do pedido de resolução por iniciativa do adquirente nunca foi o simples arrependimento, pois o contrato é irretratável, mas sim a impossibilidade superveniente de arcar com o pagamento do preço. O inadimplemento fatalmente ocorrerá, com a resolução do contrato ou a execução do preço, e a consequência prática da alteração é apenas impedir a iniciativa do adquirente, após a imissão na posse.

Parece mais razoável, ao invés de limitar a iniciativa do pedido de resolução no tempo, limitando-a à data da imissão na posse, exigir prova da impossibilidade superveniente do promitente comprador e dosar com rigor as perdas e danos sofridas pelo promitente vendedor com a utilização e depreciação do imóvel pelo adquirente. Constata-se que em sede de cumprimento de sentença de muitos julgados, as perdas e danos do promitente vendedor foram subestimados, de modo que o valor a restituir, muitas vezes, iguala-se ou mesmo supera o valor atual e depreciado do imóvel. A correção de tal distorção não se dá pela limitação da iniciativa do pedido de resolução, mas sim pelo cálculo cuidadoso das perdas e danos sofridos pelo promitente vendedor, a serem compensados com a devolução de parcelas do preço, especialmente determinando valor de mercado de retribuição pelo uso do imóvel, com termo inicial na data da ocupação.

Tem o juiz a delicada tarefa de calibrar a cláusula penal, tornando-a proporcional aos reais prejuízos do promitente vendedor. Deve levar em conta, assim, as despesas administrativas, fiscais e com intermediação da venda frustrada por circunstância superveniente imputável aos adquirentes. Não se pode esquecer de eventual depreciação, ou mesmo de valorização do imóvel, para chegar ao justo montante das perdas e danos. Deve levar em conta, sobretudo, eventual período de ocupação do imóvel pelo promitente comprador, desde a entrega da posse direta até a efetiva devolução das chaves ao promitente vendedor. Note-se que a indenização pela ocupação, ao contrário do que se vê em muitos julgados, deve ter termo inicial na data da imissão da posse, e não na data do inadimplemento, sem o que não haveria efetivo retorno das partes ao estado anterior, diante do enriquecimento sem causa do promitente comprador, que ocuparia gratuitamente o imóvel durante certo lapso de tempo. Todas essas verbas devem ser compensadas com a devolução das parcelas do preço pagas. Em

certos casos, mesmo a perda integral das parcelas do preço não será suficiente para cobrir os danos da parte inocente do contrato.

No que se refere às arras, ou sinal, é entendimento corrente do Superior Tribunal de Justiça que ‘compreendem-se no percentual a ser devolvido ao promitente comprador todos os valores pagos à construtora, inclusive as arras’ (REsp n. 355.818/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior; REsp n. 23.118/MG, rel. Min. Nancy Andrighi; REsp n. 257.582/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). Entender o contrário seria, por via oblíqua, consagrar o enriquecimento sem causa do promitente vendedor, em frontal vulneração ao princípio cogente do equilíbrio contratual, especialmente quando se trate de arras confirmatórias. Também se entende ‘abusiva a cláusula que fixa a multa pelo descumprimento do contrato com base não no valor das prestações pagas, mas no valor do imóvel, onerando demasiadamente o devedor’ (Ag. Reg. nos Emb. Decl. no AI n. 664744/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.08.2008).

Decidiu em data recente o Tribunal de Justiça de São Paulo que o crédito relativo à devolução das parcelas é da natureza da resolução, de modo que a pretensão está sujeita ao prazo prescricional ordinário, não ao trienal do enriquecimento sem causa (TJSP, Ap. cível n. 486.081.4/9-00, 4ª Câmara. Dir. Privado j. 24.05.2007).

Além disso, o crédito correspondente à devolução de parte das parcelas pagas rende juros de mora. A dúvida que persiste é o termo inicial da contagem dos juros. Inicialmente, entendeu-se que a mora não é do descumprimento do contrato resolvido, mas sim da obrigação de devolução de parte do preço pago. Decidiu em tal sentido o Superior Tribunal de Justiça que, ‘tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos devem ser regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo art. 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo art. 406 do atual Código Civil’ (REsp n. 594486/MG, rel. Min. Castro Filho). Decisão mais recente da mesma Corte, contudo, adotou posicionamento diferente, entendendo que ‘na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão (REsp n. 1008610/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 26.03.2008). Entendo mais adequada a primeira corrente, que manda pagar os juros moratórios contados da citação, momento em que tem o promitente vendedor conhecimento da pretensão de restituição de parte do preço pago pelo adquirente. A segunda corrente, que manda pagar os juros de mora a contar do trânsito em julgado, aparentemente viola o que dispõe o art. 405 do Código Civil, além de estimular a litigância e o retardamento dos julgamentos, com sucessivas interposições de recursos, postergando o momento trânsito.

A cláusula que determina a perda das acessões e benfeitorias erigidas pelo promitente comprador segue o mesmo regime jurídico acima referido. Tem, sem dúvida, a natureza de cláusula penal compensatória, sujeita, portanto, ao regime do art. 413 do Código Civil. O art. 34 da Lei n. 6.766/79, norma cogente aplicável aos imóveis loteados, dispõe serem indenizáveis as benfeitorias necessárias e úteis levadas a efeito pelo adquirente. Apenas diz não serem indenizáveis as benfeitorias erigidas em desacordo com o contrato ou com a lei. Não há como acolher, porém, a tese de que a acessão não é indenizável, porque clandestina e irregular junto a órgãos municipais. O que menciona o art. 34, parágrafo único, da Lei n. 6.766/79, não é a aprovação da construção, mas sim que esteja esta de acordo com a lei. Entender o contrário significaria que a construção irregular na esfera administrativa, mas com inegável valor de mercado, seria adquirida a título gratuito pelo promitente vendedor, em manifesto enriquecimento sem causa. Claro que as despesas correspondentes à regularização do imóvel deverão ser abatidas da indenização, como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso recente (TJSP, Ap. cível n. 425.300.4/3-00, 4ª Câmara. Dir. Privado, j. 01.03.2007).

Não se pode também deixar de perceber nítida tendência dos empreendedores em tentar a fuga das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor e do art. 413 do Código Civil sob a criação de novas formas societárias. A tendência dos tribunais é no sentido de desprezar a estrutura jurídica da empreendedora - associação, clube de investimento, cooperativa ou sociedade - com o objetivo de alienação de unidades autônomas futuras, em construção ou a construir, ou de alienação de lotes. O que se privilegia é a natureza da atividade, que sempre consiste, com maior ou menor variação, em serviços remunerados de construção de unidade autônoma futura, vinculada a fração ideal de terreno, ou de lotes (cf., entre dezenas de outros, TJSP, Ap. cível n. 479.000.4/4-00,4ª Câm. Dir. Privado j. 24.05.2007). Questão delicada é a da necessidade das cooperativas promoverem o registro da incorporação imobiliária, antes de lançar ao público empreendimentos de venda associativa de unidades autônomas futuras ou em construção. São omissas a Lei n. 4.591/64 e as Normas da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo a respeito do tema. A princípio, não há necessidade da incorporação, pois inútil aos cooperados, que constroem pelo regime associativo de preço de custo da obra. Admite-se, porém, a necessidade do aludido registro, inclusive de sua efetivação por determinação judicial, desde que presentes dois requisitos cumulativos: a) a existência de indícios de que a forma social cooperativa mascara atividade empresarial; b) a utilidade do registro aos cooperados, permitindo-lhes maior e eficaz garantia do recebimento das unidades autônomas futuras (TJSP, AI n. 471.689.4/9-00,4ª Câm. Dir. Privado, j. 07.12.2006)".

Jurisprudência: *In casu*, o direito de arrependimento não restou pactuado no compromisso de compra e venda, como anotou a respeito o v. acórdão recorrido [...], *in verbis*: "E mais, pelo que verifico dos elementos trazidos aos autos, não havia qualquer acerto quanto à possibilidade de arrependimento, tornando completamente inaplicável o disposto no art. 1.088 do CCB". (STJ, REsp n. 424.543/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.03.2003)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 8.202/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 07.05.1991; STJ, REsp n. 20.014/SP, rel. Min. Cláudio Santos, j. 16.12.1992; STJ, REsp n. 57.225, rel. Min. Nilson Naves, j. 09.04.1996.

A jurisprudência do STJ reconhece como justo título, hábil a demonstrar a posse, o instrumento particular de compromisso de venda e compra. O bem de família, sobrevivendo mudança ou abandono, é suscetível de usucapião. (STJ, REsp n. 174.108/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.09.2005)

O contrato de compra e venda, ainda que não tenha sido levado a registro no Ofício de Registro de Imóveis, constitui meio hábil a inviabilizar a constrição do bem imóvel, em sede de execução fiscal. Comprovada a posse do bem pelo terceiro embargante e a inexistência de fraude à execução, cabe assegurar a pretendida posse nos termos da Súmula n. 84, STJ: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro". (STJ, Ag. Reg. no REsp n. 622.714/SC, rel. Min. Denise Arruda, j. 04.08.2005)

A morte do vendedor, subsequentemente ao contrato de promessa de compra e venda, nada obstante verificada antes da transferência junto ao agente financeiro (credor hipotecário) e da formalidade do registro imobiliário, quita o respectivo contrato de financiamento em proveito do adquirente, como forma de impedir eventual enriquecimento sem causa e, também, em decorrência da sub-rogação de fato "nas obrigações de mútuo hipotecário", com o pagamento das prestações e do prêmio do seguro neles embutido. (STJ, REsp n. 122.032/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 27.05.2003)

A propriedade imobiliária transfere-se, entre vivos, mediante registro do título translativo no Registro de Imóveis. O direito real à aquisição do imóvel, no caso de promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, somente se adquire com o registro. Nessa perspectiva, malgrado a quitação de contrato de compra e venda de imóvel no ato de sua realização, não assiste direito à promissária compradora à expedição de alvará para outorga de escritura, após declaração de quebra da vendedora (art. 52, VII, do Decreto-lei n. 7.661/45). (STJ, REsp n. 431.432/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 14.12.2004)

O entendimento pacificado no âmbito da 2ª Seção deste STJ é no sentido de que, em contratos de financiamento para construção de imóveis pelo SFH, a hipoteca concedida pela incorporadora em favor do Banco credor, ainda que anterior, não prevalece sobre a boa-fé do terceiro que adquire, em momento posterior, a unidade imobiliária. (Súmula n. 308 do STJ). (STJ, REsp n. 625.045/G0, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, 17.05.2005)

Promitente comprador com título devidamente registrado, relativo a bem arrematado pela instituição financeira, tem legitimidade ativa para ajuizar a ação de imissão de posse, embora não acobertado pelo Decreto-lei n. 70/1966. (STJ, REsp n. 634.126/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 01.09.2005)

Somente quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa, é que se reconhece legitimidade passiva ao promitente comprador de unidade autônoma quanto às obrigações respeitantes aos encargos condominiais, ainda que não tenha havido o registro do contrato de promessa de compra e venda. Sem que tenha ocorrido essa demonstração, não há como se reconhecer a ilegitimidade da pessoa em nome de quem a unidade autônoma esteja registrada no livro imobiliário. (STJ, REsp n. 660.229/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.10.2004)

A promessa de compra e venda, se não averbada no registro imobiliário, não possibilita ao comprador anular posterior transferência de domínio a terceiros. (STJ, REsp n. 235.288/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 09.12.2003)

Resolução. Alienação de imóvel a terceiro de boa-fé. Resolvido o negócio de compra e venda de imóvel, o terceiro adquirente de boa-fé, que confiou no registro e hoje é titular do domínio, não é atingido pelos efeitos da extinção da primitiva relação de direito obrigacional que existia entre o primeiro proprietário e o que vendeu o terreno aos réus. Art. 859 do CC. (STJ, REsp n. 101.571/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 14.05.2002)

Considera-se como relevante a data de alienação do bem e não o seu registro no Cartório de Imóveis para se aferir a existência de fraude à execução. Precedentes. Bem afastada a alegação de fraude à execução, eis que para admiti-la necessário, ao menos, que o imóvel tenha sido alienado posteriormente à propositura da ação executiva. (STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 198.099/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.11.1998)

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Nesta quarta edição do Código Civil Comentado, tal como no artigo anterior, acrescentei trechos de texto que escrevi recentemente sobre o compromisso de compra e venda (“Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda” In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. Saraiva, série Direito-GV, p. 167-219). Justifica-se a inserção, pois o art. 1.418 regula apenas a adjudicação compulsória, mas não toca nas demais prestações acessórias e deveres laterais de conduta que derivam do compromisso de compra e venda e que com extrema frequência ocorrem nos tribunais.

“As obrigações do promitente vendedor. O dever de consentir na celebração do contrato definitivo. A adjudicação compulsória. A entrega da posse. A documentação relativa ao imóvel. De modo simétrico ao que foi dito no artigo anterior, as obrigações do promitente vendedor variarão de acordo com a função, o objetivo, a operação econômica desejada pelas partes no contrato de compromisso de compra e venda. Caso cumpra o contrato o papel de mero preliminar, enquanto as partes se preparam para a celebração da escritura de compra e venda, sem dúvida a obrigação principal do promitente vendedor consistirá em consentir no contrato definitivo. Essa obrigação de manifestar vontade consiste num *facere* juridicamente fungível, porque pode ser suprida por decisão judicial. Desde o Decreto-lei n. 58/37, admite-se que a emissão do consentimento prometido e injustamente negado seja suprida por sentença judicial.

A adjudicação compulsória, na lição de Ricardo Arcoverde Credie, pode ser definida como 'a ação pessoal que pertine ao compromissário comprador, ou ao cessionário de seus direitos à aquisição, ajuizada com relação ao titular do domínio do imóvel - que tenha prometido vendê-lo através de contrato de compromisso de venda e compra e se omitiu quanto à escritura definitiva - tendente ao suprimento judicial desta outorga, mediante sentença constitutiva com a mesma eficácia do ato não praticado*' (CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Adjudicação compulsória*. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 1997).

Embora defenda José Osório de Azevedo Júnior a tese da possibilidade da dispensa da escritura definitiva, substituída pelo compromisso acompanhado de prova da quitação, tal conclusão implica violação ao disposto no art. 108 do Código Civil ('O compromisso de compra e venda'. In: ERANCIULU NÍTO, Domingos (coord.), MENDES, Gilmar Ferreira & MARTINS PILHO, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo, LTr, 2003, p. 450).

Não pode prevalecer, portanto, o Enunciado n. 87 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, por ocasião da Jornada de Direito Civil realizada entre 11 e 13 de setembro de 2002, cujo teor é o seguinte: "Considera-se também título translativo, para fins do art. 1.245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1.417 e 1.418 do CC e § 6º do art. 26 da Lei n. 6.766/79)"¹

Possível, porém, que compromissos de compra e venda de imóveis de valores inferiores a trinta salários-mínimos, desde que contenham todos os requisitos do negócio principal, sejam neste convertidos (art. 170 do CC) e, recolhidos os impostos correspondentes, levados diretamente a registro, com transferência plena do direito de propriedade, em homenagem ao que dispõem os arts. 104 e 108 do atual Código Civil, anteriormente comentados. De igual modo, no que se refere a imóveis loteados destinados à população de baixa renda, o art. 26 da Lei n. 6.766/79 admite a transferência da propriedade plena mediante registro do compromisso de venda e compra acompanhado da prova da respectiva quitação (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Compromisso de compra e venda*, RT 843/58 e seguintes).

Para que o compromisso de compra e venda gere direito à adjudicação compulsória, deve preencher determinados requisitos, a saber: a) que o contrato preliminar tenha sido celebrado com observância do disposto no art. 462 do Código Civil, ou seja, que contenha todos os requisitos essenciais do contrato a ser celebrado, com exceção da forma; b) que do contrato preliminar não conste cláusula de arrependimento. Caso contrário, as partes terão a

possibilidade de desistir da celebração do negócio definitivo, de modo que não faria sentido admitir a execução específica, restando ao prejudicado receber o valor da cláusula penal (art. 408 do CC), as arras (art. 420 do CC) ou indenização por perdas e danos. Lembre-se, porém, que a lei e a jurisprudência colocam diversos limites à cláusula de arrependimento e ao momento em que pode ser alegada; c) que o promitente vendedor esteja em mora; d) que haja adimplemento da contraprestação devida pelo promitente comprador, se exigível.

O art. 1.418 do Código Civil, ora comentado, menciona dever ser o compromissário comprador titular de direito real, vale dizer, o compromisso de compra e venda se encontrar registrado, para que possa exigir a adjudicação compulsória. Tal exigência constitui manifesto retrocesso e ofende todo o entendimento doutrinário e jurisprudencial construído sobre o tema. A Súmula n. 239 do Egrégio STJ condensa o entendimento dos tribunais: 'O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis'.

Admitir interpretação literal do art. 1.418 do Código Civil, ou seja, o registro como requisito para a adjudicação, criaria manifesta contradição em termos. Os demais contratos preliminares admitiriam execução específica, à exceção do mais relevante deles, que é o compromisso de compra e venda. Além disso, geraria situação de manifesta injustiça. Colocaria o promitente comprador, cujo contrato não obteve registro por falha meramente formal - erro na menção de um dado pessoal das partes, ou de uma medida perimetral - nas mãos do promitente vendedor, que poderia exigir vantagem indevida para outorgar a escritura devida.

Para contornar a exigência absurda criada pelo atual Código Civil, necessária se faz interpretação construtiva, com saída técnica e razoável para a questão. Basta entender que adjudicação compulsória é espécie do gênero execução de obrigação de fazer, de prestar declaração para concluir contrato (art. 461 do CPC). Logo, o promitente comprador com título registrado usa a espécie adjudicação compulsória (art. 1.418 do CC), enquanto o promitente comprador sem título registrado usa o gênero do art. 461 do Código de Processo Civil, que alberga todos os contratos preliminares. O resultado prático é rigorosamente o mesmo e produzirá a sentença judicial todos os efeitos do contrato ou declaração não emitida.

A única e relevante diferença entre ambas as situações - contrato registrado e sem registro - é a oponibilidade perante terceiros. Se o imóvel tiver sido alienado nesse meio tempo a terceiro de boa-fé, que obteve o registro, o promitente comprador sem título registrado terá direito apenas de exigir do promitente vendedor a devolução do preço, mais perdas e danos, mas não a sentença substitutiva da escritura de venda e compra. Se o contrato estiver registrado, produz efeito erga omnes e impede a disposição e a criação de direito real antagônico.

Em suma, o registro do contrato preliminar no oficial competente não é requisito para que o contratante possa exigir a celebração do contrato principal, mas mero pressuposto de oponibilidade a terceiros de boa-fé.

Situação extremamente comum é a do promitente vendedor não ter o domínio do imóvel ou, ainda, a outorga de escritura registrável depender de uma série de providências para a regularização da propriedade, tais como aprovação de loteamento, desmembramento, instituição de condomínio edilício, retificação do registro, apresentação de certidões negativas fiscais, ou outros entraves. Em tais casos, a sentença de adjudicação compulsória, ou sentença substitutiva de vontade, será inócua, porque inábil para ingressar no registro imobiliário. Lembre-se que a sentença apenas substitui o contrato definitivo e está sujeita, como qualquer título, ao exame qualificador do oficial registrador e à obediência aos princípios registrários.

O promitente comprador, diante de tais obstáculos, terá execução de obrigação de fazer distinta contra o promitente vendedor, qual seja, a de promover a regularização do imóvel para, ato subsequente, outorgar a escritura, ainda que em pedidos sucessivos formulados na mesma inicial. Se a obrigação de regularizar não for juridicamente fungível, como na prática

via de regra não o é, o pedido cominatório se mostra perfeitamente adequado para compelir o devedor a cumprir com exatidão a prestação de transmitir domínio hígido ao adquirente. Muitas vezes, não resta outra opção ao adquirente que pretenda regularizar a situação domínial de seu imóvel que não a ação de usucapião. Ainda que a prestação de regularizar não esteja expressamente avençada, é um daqueles deveres acessórios, ou laterais, que interessam ao exato cumprimento da prestação principal, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da obrigação vista como processo.

Em casos excepcionais, em que a regularização dos entraves formais ao registro da escritura - e da sentença que a substitui - encontre-se em vias de ser atingida, pode ter a ação de adjudicação compulsória utilidade ao promitente comprador. Estará o adquirente munido de título, ciente, porém, de que o ingresso no registro de imóveis está subordinado a prévias medidas ou providências formais. Em caso recente, assim julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo: 'Compromisso de venda e compra. Contrato particular quitado, porém não levado a registro perante o Oficial de Registro de Imóveis. Impossibilidade de registro de lote situado em loteamento irregular. Carência da ação afastada. Apreciação do mérito, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC. Loteamento que se encontra em vias de regularização, já obtida a aprovação da Prefeitura Municipal de Guarulhos. Interesse em postular a adjudicação. Reconhecimento do direito dos autores ao suprimento judicial da outorga da escritura definitiva do imóvel, ressalvando-se que a aquisição do domínio pelo registro somente poderá ser feita após a regularização do empreendimento. Remessa dos autos ao Ministério Público para apuração de crime previsto na Lei n. 6.766/79. Ação parcialmente procedente. Recurso provido em parte' (TJSP, Ap. cível n. 341.210.4/0-00, j. 07.08.2008).

O inadimplemento do promitente vendedor faz nascer obrigação alternativa em favor do promitente comprador. Pode ajuizar a execução de obrigação de fazer - ou adjudicação compulsória - ou, ainda, pedir a resolução do contrato, cumulada com perdas e danos.

Não está sujeita a adjudicação compulsória a prazo prescricional. Cuida-se de direito potestativo, podendo ser exercido a qualquer tempo em face do promitente vendedor, que somente cede frente a usucapião consumado em favor de terceiro (STJ, REsp n. 369206/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Além da obrigação de outorgar a escritura definitiva, assume o promitente vendedor outras obrigações, especialmente no caso de o compromisso de compra e venda ter a função de garantia do recebimento do preço. Ganha relevo, nessa hipótese, a obrigação de entregar a posse da coisa desimpedida ao adquirente. O inadimplemento gera ao promitente comprador a pretensão de ver-se imitado na posse, estando ou não o seu contrato registrado. Mostra-se rigorosamente irrelevante o nome que se dê à ação. O que interessa é seu fundamento no *ius possidendi*, vale dizer, o direito de obtenção da posse como efeito da titularidade de uma relação jurídica de direito pessoal ou real preexistente. O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, assentou não ser 'necessário o registro para o ingresso da ação petítória de imissão de posse, na forma de precedente da Corte' (REsp n. 25871 1/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.04.2001). Isso porque, segundo aquele tribunal, "obrigando-se o promitente vendedor no contrato a proceder a entrega do imóvel ao promissário comprador, desde logo ou em determinado tempo, a este é facultado o exercício da ação de imissão de posse, ainda que não esteja a promessa registrada no álbum imobiliário" (REsp n. 93015/PR, rel. Min. Barros Monteiro, *RSTJ* 921283).

Ocorre que em casos frequentes a entrega da posse ao promissário comprador está subordinada à prévia construção da acessão, especialmente sob a forma de unidade autônoma, no regime da incorporação imobiliária da Lei n. 4.591/64. A obrigação deixa de ser apenas de dar e envolve um fazer que, via de regra, é juridicamente infungível. Cabe ao promissário comprador exigir a entrega da coisa, sob pena de incidência de multa, ou, então, resolver o contrato por inadimplemento do promitente vendedor, recuperando a totalidade

das parcelas pagas, acrescidas de danos materiais e, em certos casos, também morais. Note-se que aqui não se cogita de impossibilidade superveniente do adquirente, mas de inadimplemento do alienante, razão pela qual a devolução é da integralidade das parcelas pagas, sem qualquer retenção e acrescida de perdas e danos. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que ‘resolvida a relação obrigacional por culpa do promitente vendedor que não cumpriu a sua obrigação, as partes envolvidas deverão retornar ao estágio anterior à concretização do negócio, devolvendo-se ao promitente vendedor faltoso o direito de livremente dispor do imóvel, cabendo ao promitente comprador o reembolso da integralidade das parcelas já pagas, acrescida dos lucros cessantes’. (REsp n. 644984/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi).

Questão ligada à entrega da posse do imóvel, interessante e atual, a ser abordada como pressuposto da resolução é a da quebra antecipada do contrato. Há situações em que se pode deduzir, conclusivamente, que o contrato não será cumprido, de tal forma que não seria razoável aguardar o vencimento da prestação, ou obrigar o contratante fiel e cumprir, desde logo, a prestação correspondente. Não há, propriamente, quebra da prestação principal ainda não vencida, mas sim quebra da confiança no cumprimento futuro, pautada em elementos objetivos e razoáveis. Admite-se, em tais casos, a resolução do contrato, desde logo. Tomem-se como exemplos casos recentes, em que se contratou a aquisição futura de apartamento, a ser construído, mediante pagamento parcelado. Aproximando-se a data da entrega da unidade, sem que nem as fundações do edifício estivessem concluídas, razoável supor que não seria entregue na data apazada ou próxima. Viável a resolução, abrindo desde logo ao adquirente a possibilidade de reaver os valores pagos e de exonerar-se dos pagamentos vincendos. No dizer de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é possível o inadimplemento antes do tempo sempre que o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento, de tal sorte que se possa deduzir conclusivamente, diante dos dados objetivos existentes, que não haverá cumprimento. Evidenciada a impossibilidade da prestação, há quebra da confiança e desaparece o interesse social na manutenção de um vínculo que somente gerará lesão ao contratante inocente (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. revista e atualizada. Aide, p. 130). Foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo o seguinte, a respeito do tema: ‘Compromisso de compra e venda. Resolução do contrato por atraso na entrega da obra. Quebra antecipada por violação positiva do contrato. Descompasso entre o cronograma e o andamento da obra, com clara indicação de não entrega na data prevista. Inadimplemento antecipado da obrigação da empreendedora. Efeito *ex tunc* da sentença resolutória. Restituição integral, atualizada e imediata das parcelas pagas. Ação procedente. Recurso improvido’ (TJSP, Ap. cível n. 306.617.4/1-00, 4ª Câ. Dir. Privado, j. 02.02.2006).

Não basta a entrega física da posse do imóvel ao promitente comprador. A celebração do contrato definitivo de compra e venda exige também perfeição jurídica. Isso envolve, no caso de promessa de venda de unidade autônoma futura, a expedição do habite-se e a instituição do condomínio edilício (Lei n. 4.591/64). No caso de imóvel loteado, o prévio registro do loteamento e a realização de obras de infraestrutura (Lei n. 6.766/79). Não se pode esquecer que o compromisso de compra e venda é contrato translativo, que visa, em última análise, a aquisição da propriedade imóvel. Por isso, deve o promitente vendedor atender todos os requisitos substanciais, formais, fiscais e administrativos para que o contrato e a futura escritura possam ingressar no registro imobiliário e provocar a aquisição da propriedade. Desdobros, desmembramentos, retificações do registro, averbações de construções, certidões negativas fiscais e previdenciárias, enfim, tudo o que estiver sob o crivo do princípio da legalidade e passível de qualificação pelo Oficial do Registro constituem prestações acessórias e, ainda que não previstas no contrato, são devidas pelo promitente vendedor, para viabilizar a prestação principal e atender o interesse do promitente comprador.

Em todos os casos, qualquer que seja o regime jurídico do compromisso de compra e venda, indispensável a apresentação de documentação completa do imóvel, do promitente

vendedor e, se o caso, de seus antecessores, de modo a evitar a ocorrência de evicção total ou parcial. As certidões pessoais do alienante devem proporcionar segurança jurídica ao adquirente. Por isso, são levadas em conta as condições e as qualificações pessoais do promitente vendedor. O crescente desenvolvimento da desconsideração da personalidade jurídica faz com que sejam exigíveis pesquisas em nome da pessoa jurídica da qual o promitente vendedor é cotista, a fim de conhecer a existência de passivos fiscais, previdenciários e trabalhistas que possam afetar de algum modo o patrimônio dos sócios.

A ausência ou deficiência da documentação podem provocar tanto o efeito da suspensão da exigibilidade de parcelas do preço, proporcionais ao risco - *exceptio non rite adimpleti contractus*- como em casos mais graves, nos quais se constate violação que comprometa a economia do contrato e afete de modo substancial o interesse da parte, até mesmo a resolução (TJSP, Ap. cível n. 503.502.4/3-00, 4ª Câm. Dir. Privado, j. 29.11.2007). Evidente que, violado o dever acessório de prestação, abre-se em favor do promitente comprador obrigação alternativa de exigir o exato cumprimento da obrigação ou de resolver o contrato”.

Jurisprudência: Em se tratando de ação de adjudicação compulsória, o valor da causa deverá corresponder ao valor do contrato cujo cumprimento se pretende. (STJ, REsp n. 557.469/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.10.2004)

Em consonância com o Enunciado n. 239 da súmula desta Corte, o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis. A hipoteca outorgada pela construtora ao agente financiador em data posterior à celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador não tem eficácia em relação a este último. (STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 575.115/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 28.10.2004)

Promessa de compra e venda. Escritura definitiva. Adjudicação. Prescrição. Não prescreve o direito de a promissária compradora obter a escritura definitiva do imóvel, direito que só se extingue frente ao de outrem, amparado pelo usucapião. (STJ, REsp n. 369.206/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.03.2003)

Celebrado o compromisso de compra e venda, ainda que não registrado, mas sem cláusula de direito de arrependimento e pago o preço dos imóveis pelo promissário comprador, é cabível a tutela jurisdicional que tenha por escopo a pretensão executiva de suprir, por sentença, a anuência do promitente vendedor em outorgar a escritura definitiva de compra e venda do imóvel. Se o promitente vendedor não prometeu celebrar em seu nome o contrato definitivo de compra e venda, mas tão somente apor anuência em escritura pública a ser outorgada por terceiro, desnecessária é a citação de sua mulher, que menos protegida estaria se citada fosse, hipótese em que poderia responder pelo descumprimento da obrigação de natureza pessoal assumida por seu cônjuge. (STJ, REsp n. 424.543/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.03.2003)

Na ação de outorga de escritura não há que se exigir o prévio registro do compromisso de compra e venda, pois a sentença opera a mera substituição da vontade do promitente vendedor, cumprindo em seu lugar a obrigação de formalizar o contrato de compra e venda prometido; na ação de adjudicação compulsória o registro imobiliário do pré-contrato somente se mostra imprescindível para surtir efeitos *erga omnes*, hipótese em que a sentença transfere a propriedade do bem, ao passo que, não havendo o prévio registro, produzirá efeitos apenas entre as partes, tão somente substituindo a vontade do vendedor, nos termos da Súmula n. 239/STJ. (STJ, REsp n. 195.236/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 23.10.2001)

Promessa de venda e compra. Adjudicação compulsória. Falta de individualização do imóvel. Impossibilidade jurídica do pedido. Constitui uma das condições específicas da ação de adjudicação compulsória a individualização do imóvel objeto do pedido. Sem tal requisito, torna-se inexecutível o julgado que porventura a defira. (STJ, REsp n. 51.064/CE, rel. Min. Barros Monteiro, j. 28.05.1996)

Adjudicação compulsória. Compromisso de compra e venda. Cessão de direitos de com-promissário comprador de imóvel loteado, com preço quitado. Negócio que pode ser feito por mero trespasse, independentemente da anuência do promitente vendedor. Impossibilidade de oferecimento de *exceptio non adimpeti contractus* com base em contrato diverso de prestação de serviços, feito com a promissária compradora original e cedente de direitos. Ação procedente. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 319.340.4/7-00, rel. Francisco Loureiro, j. 01.06.2006)

Compromisso de venda e compra. Obrigação de fazer. Ação ajuizada pelos promitentes vendedores contra os promitentes compradores para compeli-los a receber a escritura do imóvel, cujo preço se encontra integralmente pago. Interesse dos promitentes vendedores para que as taxas e tributos ou mesmo obrigações *propter rem*, ou responsabilidade civil por ruína do prédio, não recaiam sobre quem mantém formalmente o domínio, mas despidido de todo o conteúdo, já transmitido aos adquirentes. Ação procedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 466.654.4/8-00, rel. Francisco Loureiro, j. 07.12.2006)

TÍTULO X DO PENHOR, DA HIPOTECA E DA ANTICRESE

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

CC/1916: art. 755.

O artigo em exame abre o título que disciplina os direitos reais de garantia no Código Civil de 2002. O título é composto de um capítulo dedicado às disposições gerais, aplicáveis a todos os direitos reais de garantia e três capítulos subsequentes, dedicados, respectivamente, ao penhor, à hipoteca e à anticrese. Lembre-se de o Código Civil 2002 ter tratado da propriedade fiduciária como modalidade da propriedade e não como direito real de garantia. Graças, porém, à afetação do instituto, nitidamente voltado a garantir o adimplemento de uma obrigação, diversos dos dispositivos estudados a seguir se estendem à propriedade fiduciária.

Como explica Caio Mário da Silva Pereira, ligada à ideia de patrimônio está a noção de garantia. O patrimônio da pessoa responde por suas obrigações. É uma garantia geral, ou comum, efetivada mediante meios técnicos previstos nas normas processuais, como arresto, penhora, seqüestro e arrecadação. Com o preço obtido com a excussão dos bens do devedor, em hasta pública, o credor satisfaz seu crédito (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* > 18. ed. atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. IV, p. 321-2). Nem sempre, porém, o credor se satisfaz com a garantia geral ou comum e exige privilégios e garantias especiais, fidejussórias ou reais. São fidejussórias quando uma pessoa estranha à relação obrigacional se responsabiliza pelo adimplemento da obrigação. São reais quando se vincula um determinado bem do devedor ou de terceiro ao pagamento de uma dívida.

Diferem os direitos reais de gozo e fruição dos direitos reais de garantia. Os primeiros não são acessórios e conferem ao titular a faculdade de usar ou gozar a coisa diretamente. Já os segundos - de garantia - são sempre acessórios a uma obrigação e apenas afetam um bem ao cumprimento de uma obrigação, através da realização de seu preço em hasta pública, ou de sua renda.

O artigo em exame reproduz quase integralmente o contido no art. 755 do Código Civil de 1916. Apenas substitui o termo *coisa* por *bem*; o que se mostra apropriado, pois existe penhor sobre créditos e títulos, isto é, sobre bens incorpóreos.

Os dois principais efeitos dos direitos reais de garantia são preferência (salvo quanto à anticrese) e seqüela. O dispositivo em estudo trata da seqüela e destaca o bem ficar sujeito por vínculo real ao cumprimento da obrigação. Isso quer dizer a garantia real aderir ao bem e o acompanhar independente de seu titular. O bem, embora alienado a terceiros, continua afetado ao cumprimento da obrigação, diante da oponibilidade geral do direito real. Essa oponibilidade autoriza o credor munido de garantia real a perseguir a coisa em poder de quem se encontre.

Não se esqueça, porém, o teor da recente Súmula n. 308 do STJ, objeto do comentário ao art. 1.417, que cria importante exceção à seqüela do credor hipotecário frente ao compromisso comprador do imóvel dado em garantia, quando houver, por parte do credor, afronta aos deveres de cuidado e diligência na constituição da garantia real. Tem a súmula o seguinte teor: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

O artigo destaca, também, o caráter acessório dos direitos reais de garantia, que se vinculam ao cumprimento de uma obrigação. O crédito garantido pode ser atual, sob condição ou mesmo crédito futuro. São direitos reais garantindo direitos pessoais e seguem a sorte jurídica destes; nula ou extinta a obrigação, nula ou extinta a garantia real. Em razão da falta de autonomia, a garantia real não pode ser transmitida sem transmissão do direito principal.

Jurisprudência: Condomínio. Alienação de bem dado em garantia de hipoteca. Admissibilidade. Ocorrência de fato superveniente que se sobrepõe à proibição de venda. Transferência dos encargos ao novo adquirente. Cobrança da dívida sempre assegurada pelo direito de seqüela e de preferência. Recurso não provido. A hipoteca, garantia real, ainda que o bem venha a trocar de mãos, sempre assegurará cobrança da dívida contra o eventual novo adquirente. Afinal, como disposto na lei, os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente. (I TACSP, Ap. n. 264.117-2, 16ª Câm. Cível, rel. Des. Jacobina Rabello, 27.06.1995, v.u.)

Aquisição de unidade imobiliária em construção. Hipoteca. Celebração do contrato e pagamento do preço antes da outorga da garantia hipotecária. Súmula n. 308 da Corte. Está orientada a jurisprudência da Corte no sentido de que quando a escritura de aquisição da unidade imobiliária é posterior ao contrato de financiamento com garantia real, sendo que, no caso, o preço foi integralmente pago também antes, com quitação reconhecida no próprio instrumento, o adquirente não é atingido pela hipoteca outorgada pela construtora ao agente financeiro. (STJ, REsp n. 713.668/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 02.06.2005)

Penhora. Nomeação de bens. Preclusão. Decreto de livre penhora. Impossibilidade. Existência de debêntures gravadas pelo penhor. Prevalhecimento, independentemente de nomeação. Aplicação dos arts. 1.419 do novo Código Civil e 655, § 2º, do Código de Processo Civil. Recurso provido. (TJSP, AI n. 7.058.117-4/SP, 24ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Roberto Mac Craken, j. 13.07.2006)

Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

§ 1º A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono.

§ 2º A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver.

CC/1916: arts. 756 e 757.

O artigo em exame corresponde aos arts. 756 e 757 do Código Civil de 1916, com significativas alterações, especialmente no referente aos §§ 1º e 2º.

Os requisitos de validade dos direitos reais de garantia são três: quem pode dar em garantia (requisito subjetivo), o que pode ser dado em garantia (requisito objetivo) e como pode ser dado em garantia (requisito formal). O artigo em exame trata dos dois primeiros requisitos, subjetivo e objetivo.

O primeiro período do artigo em estudo diz somente poder dar em garantia real aquele que pode alienar. A regra tem razão de ser. Os direitos reais de garantia se consideram alienação em potencial, pois um bem é destacado do patrimônio do devedor, ou de terceiro, e afetado à solução de uma obrigação. O inadimplemento acarreta faculdade do credor de promover a excussão do bem dado em garantia. Por isso, diz-se somente o proprietário poder outorgar garantia real. Pouco importa o bem estar gravado com direito real e gozo e fruição, ou mesmo por outra garantia real, caso no qual eventual arrematante deverá respeitar o ônus preexistente.

Não basta, todavia, ser somente proprietário, pois se exige ter também a livre disposição da coisa, isto é, que se possa exercer pessoalmente o direito de onerar. Diversos proprietários não têm capacidade para alienar, enquanto outros não têm legitimação para tanto.

Quanto à falta de capacidade, os absolutamente incapazes são representados e relativamente assistidos pelos titulares do poder familiar. Exige-se, porém, na forma do art. 1.691 do Código Civil, ao qual se remete o leitor, autorização judicial para alienar e gravar de ônus real os imóveis dos filhos. A falta de autorização judicial culmina de nulidade o ato, inclusive quanto aos relativamente incapazes (parágrafo único do art. 1.691). Note-se a restrição alcançar somente bens imóveis, de tal modo que os bens móveis podem ser alienados e, portanto, ser dados em penhor e garantia fiduciária. No referente aos bens de tutelados e curatelados, contra a opinião de Clóvis Bevilacqua, o entendimento é no sentido de tanto os bens móveis como os imóveis poderem ser onerados, desde que mediante prévia autorização judicial.

Não legitimados, falidos e inventariante, em relação aos bens do espólio, dependem de prévia autorização judicial, e o Poder Público, de autorização legislativa para onerar os bens. As pessoas casadas, salvo o regime da separação absoluta de bens, não podem outorgar garantia real sobre coisa imóvel sem outorga uxória. O entendimento majoritário, contra a opinião de Washington de Barros Monteiro, é no sentido de poderem os ascendentes hipotecar bens para garantir obrigações com descendentes, pois eventual excussão será feita a terceiros em hasta pública.

Pode ser a garantia real constituída mediante representação legal, como visto, ou convencional. No caso de representação convencional, deve o mandatário ter poderes expressos para hipotecar e especiais para gravar certo e determinado bem. O entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça, com base em lição de Pontes de Miranda, é no sentido de que “expresso é o poder de vender, hipotecar, e especial é a identificação do ato concreto, ou

melhor dizendo, usando as palavras do mestre, poderes especiais são os poderes outorgados para a prática de algum ato determinado ou de alguns atos determinados. Não pode hipotecar o imóvel o mandatário que tem procuração para hipotecar, sem dizer qual o imóvel; recebeu poder expresso, mas poder geral, e não especial” (STJ, REsp n. 98.143/PR, rel. iMin. Menezes Direito).

Mais ainda: o conflito de interesses entre mandante e mandatário torna anulável o negócio, por força dos arts. 117 e 119 do Código Civil e nulo, no regime do Código de Defesa do Consumidor. Entendeu o STJ ser nula a cláusula-mandato autorizando a construtora hipotecar imóvel de promitente comprador que já quitou o preço ou não utilizará financiamento.

O segundo período do *caput* do art. 1.420 trata do requisito objetivo, o que pode ser dado em garantia real. Reza que só os bens que se podem alienar são passíveis de ser onerados por garantia real. A razão da regra é a já exposta, de a oneração real constituir alienação em germe, em razão da possível excussão no caso de inadimplemento.

Nosso ordenamento jurídico contempla diversos casos de inalienabilidade. No próprio Código Civil, os arts. 1.848 e 1.911 preveem a cláusula de inalienabilidade, imposta em doação ou testamento. Também o art. 101 reza os bens públicos de uso comum do povo e de uso especial serem inalienáveis enquanto conservarem sua qualificação. O art. 1.717 dispõe o bem de família somente poder ser alienado após consentimento dos interessados, seus representantes legais e ouvido o Ministério Público. Há, ainda, os bens considerados indisponíveis por força de leis especiais, como os casos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92, art. 7º) e administradores de instituições financeiras em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência (Lei n. 6.024/74, art. 36).

Não se confundem inalienabilidade e impenhorabilidade. Há bens impenhoráveis por força de lei, mas que admitem a alienação - e, portanto, oneração voluntária. Tomem-se como exemplos, tirados do art. 649 do Código de Processo Civil: anel nupcial, retratos de família, livros, máquinas e utensílios necessários ou úteis ao exercício profissional. De igual modo, o imóvel residencial e os bens que guarnecem a casa, impenhoráveis por força do disposto na Lei n. 8.009/90, são alienáveis e passíveis de oneração real, caso no qual, como é evidente, são passíveis de constrição na execução da garantia (MAMHDH, Gladston. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 51).

Nada impede, por outro lado, serem alienados e, portanto, objeto de instituição de garantia real, bens litigiosos, ou que se encontrem penhorados, arrestados ou seqüestrados. Apenas se ressalta a garantia ser ineficaz frente ao anterior credor, que poderá levar o bem à hasta pública sem conceder preferência ao credor garantido.

O § 1º do artigo em estudo, no dizer de Pontes de Miranda, trata da “pós-eficalização” da garantia real constituída a *non domino* (*Tratado de direito privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, t. XX, p. 27). Impecável a redação do preceito no Código Civil de 2002. A garantia outorgada por quem não é dono, ao contrário do dito no Código de 1916, não se revalida, simplesmente por não ser inválida, mas apenas ineficaz em relação ao verdadeiro proprietário. A regra tem estreita simetria com o disposto no art. 1.268, que trata da aquisição de coisa móvel a *non domino*, que ganha plena eficácia se for adquirida *a posteriori* pelo alienante. Não há, aqui, promessa de outorga de garantia, mas mera garantia ineficaz, que ganha, de modo automático e independentemente de qualquer outra emissão de vontade das partes, plenos efeitos se a coisa for adquirida pelo outorgante. Lembre-se, finalmente, do atual Código ter eliminado a indesejada menção da pessoa que “possuía a título de proprietário”. É absolutamente indiferente o outorgante possuir ou não o bem; basta, pela redação atual, a garantia recair sobre bem do qual não é o outorgante dono.

O § 2º do artigo em exame corrige outra imperfeição do revogado Código Civil. Inicia o preceito enunciando regra de senso comum, de um condômino não poder, sem o consentimento dos demais, dar em garantia real a totalidade da coisa comum. É evidente não poder

onerar - porque ineficaz - a parte ideal alheia da coisa comum. A novidade está na segunda parte do § 2º, dizendo poder o condômino onerar em garantia real sua parte ideal sem anuência dos demais condôminos. Se pode o condômino o mais, alienar sua parte ideal» pode o menos, dá-la em garantia real. O Código Civil de 1916, porém, exigia, se a coisa fosse indivisível, a anuência dos demais condôminos. A preocupação era com especialização da garantia e direito de preferência do art. 1.139 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 504 do Código Civil de 2002, que não se justificavam, pois a garantia pode recair sobre parte ideal, e a preferência somente seria exercida se a coisa comum fosse à hasta pública. O Código Civil de 2002 elimina a incorreção e permite que o condômino dê em garantia real sua parte ideal, quer o bem seja divisível, quer seja indivisível, sem necessidade de ouvir seus comunheiros. A questão de eventual preferência somente se revolverá no momento da alienação de parte ideal da coisa comum.

Ressalte-se a existência de julgado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “hipotecado o bem imóvel, não pode a penhora, em execução movida a um dos proprietários, recair sobre parte dele. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real” (STJ, REsp n. 143.804/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter. No mesmo sentido, STJ, Ag. Reg. n. 198.099/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito). Tal posição, todavia, é frontalmente contrária ao teor do dispositivo ora comentado, que permite, de modo explícito, a hipoteca sobre parte ideal de coisa indivisível, sem anuência dos demais condôminos. Como adverte Gladston Mamede, o aresto implica o que a lei visa evitar, ou seja, que o gravame atinja todo o bem, lesionando direito de terceiros, em decorrência de obrigação assumida por só um dos condôminos (op. cit., p. 56).

Jurisprudência: Não se conhece de recurso especial que julgou nulas as cláusulas que permitiam à construtora dispor do imóvel alienado a terceiros, instituindo hipoteca em favor do banco. Súmula n. 5, STJ. Precedentes. (STJ, REsp n. 410.306/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27.08.2002)

Registro de imóveis. Hipoteca. Inadmissibilidade. Prévia constituição de hipoteca oriunda de cédula de crédito rural. Arts. 59 do Decreto-lei federal n. 167/67 e 1.420 do Código Civil de 2002. Recurso não provido. (TJSP, JTJ 279/671)

1 - Os titulares de conta poupança mantida em conjunto são credores solidários do banco. A recíproca não é verdadeira: penhor constituído por um dos titulares com o banco, não faz o outro devedor solidário. 2-0 saldo mantido na conta conjunta é propriedade condominial dos titulares. Por isso, a existência de condomínio sobre o saldo, que é bem divisível, impõe-se que cada titular só pode empenhar, licitamente, sua parte ideal em garantia de dívida (arts. 757 do Código Bevilacqua e 1.420, § 2º, do novo Código Civil). 3-0 banco credor que, para se pagar por dívida contraída por um dos titulares da conta conjunta de poupança, levanta o saldo integral nela existente, tem o dever de restituir as partes ideais dos demais condôminos que não se obrigaram pelo débito. (STJ, REsp n. 819.327, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.03.2006)

Art. 1.421.0 pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.

O artigo em exame disciplina um dos efeitos dos direitos reais de garantia: sua indivisibilidade.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, a indivisibilidade se compreende em dois sentidos. No primeiro, significa sua adesão ao bem por inteiro e em cada uma de suas partes. O devedor não consegue eximir a coisa do ônus, sob argumento de excesso de garantia (*Instituições de direito civil* 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. IV, p. 330). Nada impede, por outro lado, o credor optar por penhorar apenas um ou alguns dos bens dados em garantia real. Além disso, o gravame abrange os acessórios da coisa, ressalvada a hipótese das pertencas, que devem constar do título. Em um segundo sentido, significa persistir a garantia real integralmente sobre o bem onerado, no caso de pagamento parcial da dívida, ainda que compreenda vários bens.

O art. 1.429 do Código Civil de 2002, adiante comentado, em complementação ao princípio da indivisibilidade da garantia real, veda ao herdeiro do devedor a faculdade de fazer a remição parcial da dívida, liberando os respectivos quinhões. Note-se, porém, a norma ser dispositiva, de tal modo que pode ser afastada por convenção em contrário contida no próprio título, admitindo a liberação parcial da garantia, na medida da redução da dívida. Deve constar do título quais bens serão liberados e em qual ordem, para evitar a preferência da liberação ficar a cargo do juiz; que, em tal caso, atenderá ao princípio da menor oneração do devedor.

Além disso, prevê a lei poderem, na própria quitação parcial, as partes liberar determinado bem da garantia, ainda que não o tenham convencionado no título, fazendo menção de qual bem se trata.

Lembre-se, finalmente, o art. 1.488 do Código Civil, adiante comentado, criar importante exceção ao princípio da indivisibilidade, nos casos de imóveis loteados ou sobre os quais for instituído condomínio edilício.

Jurisprudência: O exequente, a princípio, não está obrigado a penhorar todos os bens objeto de uma única hipoteca, constituída em favor de terceiro, mas, apenas, aqueles suficientes para garantir a execução, inclusive para não incorrer em excesso de penhora. (STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 120.993/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.03.1997)

Redução da garantia hipotecária. Inviável a liberação de parte do imóvel dado em garantia hipotecária, sob pena de violação do princípio da indivisibilidade da hipoteca. Inteligência do art. 1.421 do Código Civil. (TJRS, Ap. cível n. 70.015.128.945, 18ª Câmara Cível, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 31.08.2006)

Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

Parágrafo único. Excetua-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.

CC/1916: art. 759.

O artigo em exame disciplina os princípios de excussão e preferência - ou privilégio - dos direitos reais. Corresponde ao art. 759 do Código Civil de 1916, com alteração meramente lexical no *caput*. Houve alteração significativa no parágrafo único do preceito, amoldando-o aos casos de privilégios decorrentes diretamente da lei, multiplicados na legislação especial.

A excussão significa que, “vencida a não paga a obrigação, ao credor assiste o poder de executar o bem dado em garantia, isto é, promover pela via judicial a sua venda em público pregão, para com o preço pagar-se preferencialmente aos outros credores” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 330). Disso decorre, vencida a obrigação, não poder o credor se apropriar da coisa dada em garantia (cláusula comissória), conduta vedada pela norma cogente do art. 1.428, adiante comentado.

O direito do credor se circunscreve a executar a garantia. Ressalte-se nem sempre a alienação da coisa dada em garantia ser feita em hasta pública. Diversos dispositivos do próprio Código Civil (penhor, art. 1.433, IV; propriedade fiduciária, art. 1.364) e de leis especiais (Lei n. 9.514/97, art. 27, propriedade fiduciária sobre bens imóveis) autorizam a alienação extrajudicial dos bens dados em garantia. Afora os casos previstos em lei, a excussão é feita em hasta pública.

Em certos casos vai a lei mais longe, admitindo a alienação do bem dado em garantia em leilão extrajudicial, sem qualquer ajuizamento prévio de ação de execução. É o caso do Decreto-lei n. 70/66, que disciplina a execução de imóveis vinculados ao SFH. Duvidosa a constitucionalidade da execução extrajudicial, por ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Após grande controvérsia nos tribunais inferiores, o Supremo Tribunal Federal fixou que a CF de 1988 recepcionou o Decreto-lei n. 70/66, não se chocando com os preceitos dos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º, pois ao devedor está aberta a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, questionando a exigibilidade da dívida ou a correção formal do procedimento de alienação do imóvel pelo credor (entre outros, RE ns. 148.872, 223.075 e 240.361).

A polêmica se renova em razão do disposto no art. 66-B da Lei n. 4.728/65, com a redação dada pela recente Lei n. 10.931/2004. Dispõe o preceito poder o credor fiduciário promover a venda do bem fungível dado em garantia, independente de prévio pronunciamento judicial, com posterior prestação de contas ao devedor.

O art. 3º, § 1º, do Decreto-lei n. 911/69, com a redação dada pela Lei n. 10.931/2004, dispõe a propriedade do bem já se consolidar nas mãos do credor após cinco dias da apreensão, independentemente de sentença, que pode expedir novo documento e efetuar sua alienação extrajudicial. Resta saber como os tribunais reagirão a essa venda antecipada previstas em lei. O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, fixou a venda antecipada de bens empenhados no regime do art. 41 do Decreto-lei n. 167/67 somente se admitir nas hipóteses excepcionais dos arts. 670, 793 e 1.113 do CPC antes do julgamento dos embargos (STJ, REsp n. 38.781/GO, rel. Min. Waldemar Zveiter; STJ, REsp n. 32.185/GO, rel. Min. Barros Monteiro).

Além do direito à excussão, fixa o *caput* do artigo em exame direito de preferência ou prelação do credor hipotecário ou pignoratício no recebimento do crédito garantido. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, essa noção desponta “no fato de pagar-se o credor mediante a venda do bem sobre que incide, independentemente a garantia geral ou comum, e prioritariamente em relação a ela” (op. cit., p. 328).

A preferência do credor garantido acarreta, no caso de concurso de credores, e apenas em relação ao produto da excussão do bem dado em garantia real, que fique fora do rateio proporcional entre os credores quirografários. O credor com garantia real primeiro satisfaz seu crédito. Se houver sobras, haverá rateio entre os credores quirografários. Ao contrário, se o produto da excussão do bem dado em garantia real não bastar para satisfação do crédito, o devedor continua pessoalmente obrigado. O crédito, porém, esgotada a garantia real, converte-se de privilegiado em quirografário, em relação ao restante do patrimônio do devedor.

Também se extingue a garantia real no caso de perda do bem dela objeto. Há entendimento corrente de o crédito se converter de privilegiado em quirografário, de modo que em processo falimentar não se admite a restituição convertida em dinheiro, e a habilitação se dá sem privilégio.

Determina a parte final do artigo em estudo se observar, quanto à hipoteca, a ordem do registro, pois nada impede que incidam várias hipotecas sobre o mesmo bem, como admite de modo explícito o art. 1.476, adiante estudado. Em tal caso, será estabelecida uma gradação de preferências, na ordem dos respectivos registros das hipotecas. Não contempla a lei a possibilidade de multiplicidades de penhores sobre o mesmo bem, pois não há como transmitir posse direta a mais de um credor. Os penhores especiais, por seu turno - rural, industrial e mercantil -, tornam o bem inalienável e, portanto, insuscetível de ser dado em garantia de segundo grau.

O parágrafo único do artigo em estudo ressalva a preferência do crédito com garantia real não superar o privilégio decorrente diretamente da lei. Determinados credores, em razão de sua posição pessoal ou da natureza de seus créditos, são contemplados diretamente pelo legislador com o benefício do privilégio: credores trabalhistas, fiscais, previdenciários e acidentários. São os casos, ainda, das despesas de condomínio edilício, em relação ao imóvel, ou das despesas da massa, no processo falimentar. Lembre-se, em tais casos, havendo execução coletiva contra o devedor, o crédito com garantia real deve ser habilitado e não executado em via própria.

Jurisprudência: As mercadorias dadas em garantia, em penhor mercantil/alienação fiduciária, quando não encontradas, não podem ser objeto de restituição, cabendo incluir o crédito, como quirografário, na lista a que se refere o art. 102 da Lei de Falências. (STJ, REsp n. 249.181/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 26.06.2001)

Falência. Habilitação de crédito. Penhor mercantil. Coisas fungíveis consumidas. Garantia extinta. Classificação do crédito como quirografário. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 102, § 4º, da LF. Consumidas as coisas fungíveis dadas em garantia real, o crédito só pode classificar-se como quirográfico, na falência do devedor. (I TACSP, Ap. n. 91.412-4/SP, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.02.1999. No mesmo sentido, I TACSP, Ap. n. 153.005-4-0/SP, rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 06.06.2000; TJSP, Ap. n. 338.060.4/8-00/SP, rel. Francisco Loureiro, j. 15.12.2005)

É assente, em sede doutrinária e jurisprudencial, que por força da natureza jurídica de seus créditos, o arrematante, credor trabalhista, à luz do que dispõe o art. 690, § 2º, do CPC, está dispensado de exhibir o preço, salvo se exceder ao crédito, porquanto é exequente de crédito trabalhista que, a *fortiori*, goza de preferência legal sobre os demais créditos, inclusive o tributário (Precedentes: STJ, REsp n. 172.195, rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 11.09.2000; STJ, REsp n. 445.341, rel. Min. Vicente Leal, DJ 11.11.2002; STJ, REsp n. 193.233, rel. Min. José Delgado, DJ 26.04.1999; STJ, REsp n. 21.341, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 24.08.1992). A natureza privilegiada do crédito trabalhista tem fundamento nos arts. 449, § 1º, da CLT, 186 do CTN, 30 da Lei n. 6.830/80 e 759, parágrafo único, do Código Civil de 1916, agora com a redação mais abrangente e precisa do art. 1.422, parágrafo único, do novo Código Civil, instituído pela Lei n. 10.406, de 10.01.2002. (STJ, REsp n. 687.686/SC, Min. Luiz Fux, j. 01.09.2005)

Tratando-se da execução de quotas de condomínio, não há falar em preferência do credor hipotecário, considerando precedente da 3ª Turma assinalando que em tal caso se trata de conservação do imóvel, "sendo indispensáveis à integridade do próprio crédito hipotecário, inevitavelmente depreciado se a garantia perder parte do seu valor. (REsp n. 208.896/RS, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 19.12.2002)". (STJ, REsp n. 577.547/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.06.2004)

Na linha da jurisprudência desta Corte, a preferência do credor hipotecário independe de sua iniciativa na execução ou na penhora. A arrematação de imóvel gravado de hipoteca garante ao credor hipotecário a preferência no recebimento de seu crédito em relação ao exequente. (STJ, REsp n. 162.464/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001)

Civil. Crédito hipotecário. Preferência. O credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 159.930/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 06.03.2003)

A preferência do credor hipotecário não depende de sua iniciativa na execução, ou na penhora. A escritura da garantia real e a sua inscrição no registro imobiliário são suficientes para preservar a prelação dele. O credor hipotecário, formulando o pedido de prelação, recebe preferentemente o valor pertinente ao gravame. (STJ, REsp n. 1.499/PR, rel. Min. Waldeimar Zveiter, j. 29.06.1990)

Concurso de credores. Direito de preferência. Cobrança de despesas de condomínio. Satisfação preferencial de crédito hipotecário, destinando-se ao exequente o sobejo decorrente de eventual arrematação. Admissibilidade. Preferência decorrente do direito real de garantia, independente de anterior ajuizamento de execução e penhora do bem. Exegese do art. 1.422 do Código Civil. Prevalhecimento em relação aos créditos decorrentes da natureza da dívida, *propter rem*. Recurso provido. (TJSP, AI n. 1.036.585-0/1/0sasco, 34ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Gomes Varjão, j. 19.04.2006)

Art. 1.423. O credor anticrético tem direito a reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga; extingue-se esse direito decorridos quinze anos da data de sua constituição.

CC/1916: art. 760.

O artigo em estudo dispõe o direito real de anticrese, de rara utilização, não ser dotado de excussão, mas apenas de seqüela e faculdade de retenção sobre frutos e rendimentos do imóvel dado em garantia.

Guarda estreita relação com o art. 1.506, adiante comentado. O direito real de anticrese confere ao credor a faculdade de receber frutos e rendimentos de bem imóvel e compensá-los com a dívida garantida. Disso decorre o credor anticrético se pagar com os frutos e não com o preço da excussão.

Assina o artigo prazo quinzenal de caducidade do direito real de anticrese. O prazo não é prescricional, pois inexiste previsão de violação de direito e, portanto, de pretensão. É prazo contínuo, cujo decurso provoca automático cancelamento do direito real e inversão da qualidade da posse direta do credor, que, de justa, passa a precária. O termo inicial do prazo é a constituição do direito real, que se dá com o registro imobiliário, a teor do art. 1.227 do Código Civil.

Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese e hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia:

I - o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;

- II - o prazo fixado para pagamento;
- III - a taxa dos juros, se houver;
- IV - o bem dado em garantia com as suas especificações.

CC/1916: art. 761.

O artigo em exame trata do requisito formal dos direitos reais de garantia - especialização.

A principal alteração está na parte final do *caput*, não mais referindo a falta de especialização acarretar “pena de não valerem contra terceiros”, como dizia o velho Código Civil, mas a ineficácia da garantia real. A falta de especialização não afeta a garantia no plano da validade, mas no da eficácia perante terceiros. Vale entre as partes, consoante a prova resultante do título, mas é inoponível frente a terceiros; o que, na prática, retira as consequências de seqüela e preferência.

Como diz Caio Mário da Silva Pereira, a garantia real é um começo de alienação e, por isso, importa não somente às partes, como também a terceiros que negociam com o devedor e devem conhecer a parcela do patrimônio livre (*Instituições de direito civil* 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. IV, p. 127). Importa a todos os demais credores, ou terceiros com pretensão de negociar com o devedor, saber o que foi dado em garantia real e quais as características da obrigação garantida.

O inciso I refere que o contrato deve conter valor do crédito, sua estimação ou valor máximo. Deve a obrigação ser mensurável em dinheiro, ou ter valor estabelecido pelas partes no título, com base na autonomia privada. Não há necessidade da obrigação ser líquida no momento de sua formação, mas apenas no momento de sua execução. Interessa, a teor do art. 585, III, do Código de Processo Civil, conhecer-se o *quantum debeatur* no momento do vencimento, para ser possível executar a hipoteca. Tomem-se como exemplos casos nos quais, no momento da escritura, não seja conhecido o total exato do crédito, dependente ainda do acréscimo de encargos ou fatos posteriores, já predeterminados pelas partes no título. Contratos de conta-corrente garantida, de construção, ou mesmo obrigações de fazer, desde que previamente determinados os valores da prestação, comportam garantia hipotecária (CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. X, p. 29). Podem as partes estimar valor máximo do crédito, conferindo a possibilidade de se garantir parte da dívida. O que exceder será crédito quirografário.

O inciso II diz que deve conter o contrato prazo fixado para pagamento. Na omissão, aplica-se a regra do art. 331 do Código Civil, podendo o credor exigir de imediato o crédito, salvo prazo moral decorrente da própria natureza da obrigação, ou do princípio da boa-fé objetiva.

O inciso III diz que deve conter o contrato a taxa de juros, se houver, permitindo a terceiros conhecer a exata situação do devedor. Abrange juros convencionais, tanto compensatórios como moratórios. A omissão não torna o negócio inteiro ineficaz, mas apenas os juros omitidos não mais gozarão de preferência e seqüela frente a terceiros. Não há necessidade de menção aos juros legais, correção monetária, ou incidência de honorários, verbas decorrentes da lei, que lhes confere publicidade.

Finalmente, o inciso IV diz que deve constar do contrato a coisa dada em garantia, com suas especificações. Admite-se o penhor sobre bens fungíveis, que, porém, devem ser especializados em gênero, quantidade e qualidade. No referente a hipoteca e anticrese, que recaem sobre bens imóveis, infungíveis por natureza, devem constar as características dos prédios, individualizando-os e os distinguindo de qualquer outro, em atenção ao princípio da especialidade do registro imobiliário. Não se admitem, portanto, hipotecas ou penhores gerais sobre todo o patrimônio ou parte ideal dele sem discriminação dos bens. Admite-se, em

casos especiais, hipoteca ou garantia fiduciária sobre coisas futuras, em especial unidades autônomas em construção.

A falta de especialização pode levar à invalidade da garantia, se houver absoluta ausência de dados de identificação do bem. Se forem os dados incompletos, de modo a gerar dúvidas e incertezas, a garantia será ineficaz perante terceiros, mas valerá entre as partes, se forem encontrados bens correspondentes à descrição genérica feita no título (MAMEDE, Gladston. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 86).

Jurisprudência: Hipoteca. Especificação da coisa. Incorporação. Novas unidades. Instituída a hipoteca sobre certas unidades no ato levado a registro, não pode a garantia ter eficácia frente a terceiros para estender-se sobre outras não indicadas no registro. (STJ, REsp n. 239.231/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.12.1999)

Os requisitos elencados no art. 761 do Código revogado (art. 1.424 do CC/2002) não constituem elementos nucleares do penhor, sem os quais inexistiria o próprio contrato; sequer se ligam à validade mesma do acordo, que está a depender da capacidade do agente, da licitude do objeto e de forma prevista ou não defesa em lei. Constituem, ao revés, verdadeiras condições de sua plena eficácia no mundo jurídico, isto é, da validade de sua oponibilidade a terceiros. Assim, devem ser mantidas, porque válidas, as disposições firmadas entre as partes originárias. (STJ, REsp n. 226.041, rel. Min. Hélio Ouaglia Barbosa, j. 12.06.2007)

Hipoteca. Direito real de garantia. Princípio da especialização violado. Obrigação principal extinta. Embargos de terceiro acolhidos. Recurso improvido. "A alvitrada prorrogação da garantia, em desrespeito ao princípio da especialidade, na linha da argumentação da recorrente, para abranger outros débitos, perdas e danos, indenizações e multas, consoante dispõe a cláusula décima primeira, não tem eficácia". (TJSP, Ap. com revisão n. 10.344.41000, rel. Des. Artur Marques, j. 16.04.2007)

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;

II - se o devedor cair em insolvência ou falir;

III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata;

IV - se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído;

V - se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.

§ 1º Nos casos de perecimento da coisa dada em garantia, esta se sub-rogará na indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso.

§ 2º Nos casos dos incisos IV e V, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado se o perecimento, ou a desapropriação recair sobre o bem dado em garantia, e esta não abranger outras; subsistindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados ou destruídos.

A garantia real é sempre acessória a uma obrigação principal e segue sua sorte jurídica, inclusive o termo da dívida garantida. É o denominado vencimento normal. Pode ocorrer, ainda, vencimento antecipado da obrigação em geral, que, como é evidente, acarreta também vencimento do acessório.

Ao lado do vencimento antecipado da obrigação em geral, previsto no art. 333 do Código Civil, ou de casos previstos pelas partes no contrato, desde que sem ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e equilíbrio do contrato, elenca o artigo em exame outros casos legais, independentemente de estipulação. São casos nos quais se reforça a garantia do credor, em razão do agravamento dos riscos por fatos supervenientes.

O inciso I prevê o caso de deterioração ou depreciação do bem objeto da garantia. Deterioração é o estrago, a degradação física; enquanto depreciação é a desvalorização econômica do bem. Não alude a lei a suas causas, podendo o estrago ter qualquer origem, imputável ou não ao devedor, ou mesmo proveniente de caso fortuito ou força maior, desde que superveniente à constituição da garantia. Apenas o fato imputável ao próprio credor - tome-se como exemplo o penhor - não provoca o vencimento antecipado da dívida. Anota Gladston Mamede, com razão, que a pronta iniciativa do devedor, ou do terceiro proprietário garantidor, em recuperar a coisa deteriorada, mantém incólume a garantia do credor e evita o vencimento antecipado (MAMEDE, Gladston. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 91). A depreciação natural da coisa, pelo uso razoável e decurso do tempo, não produz vencimento antecipado da dívida, assim como a deterioração mínima, desproporcional à consequência alvitrada na lei. Reza o preceito o vencimento antecipado não ser automático, exigindo prévia intimação do devedor para que reforce ou substitua a garantia, em prazo razoável, compatível com a complexidade da operação. Decorrido o prazo, considera-se, a partir daí, vencida a obrigação.

O inciso II prevê o vencimento antecipado se o devedor cair em insolvência ou falir. Falência, recuperação judicial, liquidação extrajudicial de instituição financeira e insolvência civil provocam, por expressa força de lei, vencimento antecipado das dívidas do falido, insolvente ou liquidando. As três primeiras situações somente se caracterizarão por força de decisão judicial e acarretarão vencimento antecipado e habilitação na execução coletiva, como crédito privilegiado. Já o termo *cair em insolvência* não exige decretação da insolvência civil do devedor, mas a mera constatação de fato de tal estado, no qual o passivo supera o ativo, apurável no curso da execução (CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. X, p. 73).

Podem as partes convencionar outros fatos, que não caracterizam tecnicamente a insolvência, como protesto de títulos, ajuizamento de execuções contra o devedor, ou penhora do bem dado em garantia real, por credor diverso, provocarem também vencimento antecipado da dívida, por majorarem o risco do credor. Sem previsão contratual, porém, tais situações não caracterizam, por si, insolvência ou falência, nem são causa legal de vencimento antecipado.

O inciso III prevê a hipótese de falta de pagamento pontual das prestações, se acordaram as partes o parcelamento do preço, ou da solução da obrigação. O não pagamento de qualquer das parcelas provoca o vencimento antecipado das demais. Vence-se a dívida toda e, por consequência, a garantia real. A regra é dispositiva, valendo no silêncio do contrato, mas nada impede que se convencie o contrário. Embora divirja a doutrina, a corrente majoritária afirma o não pagamento dos juros, que vencidos incorporam-se ao capital, também provocarem vencimento antecipado da dívida e da garantia. O preceito do vencimento antecipado é previsto na lei em benefício do credor, podendo haver renúncia expressa ou tácita. O recebimento posterior da prestação em atraso é modalidade tácita de renúncia da benesse.

É evidente a regra do inciso III dever ser lida em consonância com os princípios cogentes que regem o direito contratual, em especial boa-fé objetiva, função social e equilíbrio. O atraso no pagamento da prestação deve revestir-se de certa gravidade para provocar o efeito severo

do vencimento antecipado e total da dívida. Atraso mínimo, que não acarreta maior prejuízo ao credor, nem altera de modo significativo a utilidade da prestação, pode ainda ser pago, sem necessidade de solução integral da obrigação, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

O inciso IV trata do perecimento da coisa, tomado em sentido lato, de desaparecimento, destruição ou esgotamento, qualquer que seja sua causa, com ou sem culpa do devedor. Apenas se ressalta o perecimento por culpa exclusiva do credor, como no caso do penhor, que não altera o vencimento da obrigação. Note-se que se perde a garantia, mas permanece íntegro o crédito como quirografário. Tem o devedor o direito potestativo de substituir a garantia por outra, de valor igual ou superior, para evitar o vencimento antecipado da obrigação.

O § 1º do artigo em exame trata da hipótese de pagamento de indenização da garantia perecida, por seguradora ou por terceiro causador do dano. Há o vencimento antecipado e se opera sub-rogação do objeto da garantia, substituído pelo valor da indenização. A seguradora ou o causador do dano, em tal caso, deve pagar diretamente ao credor com garantia real até o valor do bem destruído, sob pena de pagar mal. Decorrencia disso, embora duvidosa a questão, é a possibilidade do credor com garantia real cobrar diretamente a dívida do causador do dano ou da seguradora.

O último inciso trata da desapropriação do bem objeto da garantia real, caso no qual o expropriante pagará ao credor preferencial, que se habilitará na desapropriação e dela será citado, o valor integral do crédito. Se houver sobras, são devidas ao proprietário do bem, que o deu em garantia real. Por outro lado, se a indenização for insuficiente para extinguir a obrigação, remanesce crédito quirografário contra o devedor.

Finalmente, o § 2º trata do perecimento ou desapropriação (incisos IV e V) que atingem somente uma parte dos bens objeto da garantia real. Embora o preceito somente aluda à hipoteca, não se vê razão para não estendê-lo às demais garantias reais, em especial à propriedade fiduciária. Diz a regra que se todos os bens dados em garantia forem atingidos há vencimento antecipado. Se somente parte dos bens forem atingidos, parte proporcional da obrigação, correspondente à redução da garantia, vence antecipadamente, desde que, é óbvio, seja a prestação divisível. Finalmente, se remanescerem bens suficientes para a garantia do crédito, a garantia permanece incólume, e razão não há para vencimento antecipado.

Jurisprudência: Uma vez requerida a execução da dívida, pelo vencimento antecipado decorrente da falta de pagamento de uma prestação, o pagamento da parcela vencida terá o efeito de extinguir o processo se, no momento de apreciar o pedido do devedor, não existirem outras parcelas em atraso e executáveis de imediato. Não haveria razão para extinguir o processo, que continuará pelo saldo remanescente, se outras parcelas já podiam ser cobradas judicialmente. (STJ, REsp n. 237.547/MA, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.12.1999)

Destruídos por incêndio os bens dados em garantia, a hipoteca passará a incidir sobre o valor do respectivo seguro, e a seguradora deve pagar o credor hipotecário, a quem assistirá preferência, até seu completo reembolso. (STJ, REsp n. 1.533/PR, rel. Athos Gusmão Carneiro, j. 27.03.1990)

Civil. Vencimento antecipado da dívida. A cláusula que, para a hipótese de falta de pagamento das prestações do preço antecipa o vencimento da dívida, acarreta a mora *ex re*, que, por sua própria natureza, dispensa a notificação do devedor. (STJ, REsp n. 453.609/PR, rel. Min. Ari Pargendler, j. 24.09.2002)

Nas cédulas de crédito rural o inadimplemento de parcelas pecuniárias, ou de outra obrigação constante da avença, enseja, nos termos do art. 11 do Decreto-lei n. 167/67, o vencimento antecipado da dívida, ainda que não haja convenção expressa a respeito, por se tra-

tar de relação jurídica *ex lege*. (STJ, REsp n. 35.319/CE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 10.05.1994)

Contrato de financiamento. Desembolso de parcela contratada. Vencimento antecipado da dívida da empresa garante em outro contrato. Art. 11 do Decreto-lei n. 413/69. Art. 1.092 do Código Civil. 1 - Para que a instituição financeira pudesse gozar da proteção do art. 1.092 do Código Civil, seria necessário provar que a autora, contratante, estivesse ela própria inadimplente. E isso o acórdão recorrido não afirmou. O fato de, eventualmente, a garante estar inadimplente em outro contrato, não autoriza a outra parte a estender a inadimplência à contratante. O art. 11 do Decreto-lei n. 413/69 não tem esta extensão. (STJ, REsp n. 443.510/CE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.06.2003)

Execução por título extrajudicial. Consórcio de imóvel. Extinção do feito por falta de exequibilidade do título. Inadmissibilidade. Consorciado contemplado. Bem adquirido por escritura pública com pacto de hipoteca, onde ficou discriminado o saldo devedor e a previsão de vencimento antecipado no caso de inadimplemento. Título hábil a instruir processo de execução, a teor do que estabelece o art. 585, II, do Código de Processo Civil. Dívida que está perfeitamente delimitada. Hipótese de reforma da sentença acatada, para que a ação executiva tenha seguimento normal. Apelo provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 108.091.6800, rel. Des. Jacob Valente, j. 20.06.2007)

Art 1.426. Nas hipóteses do artigo anterior, de vencimento antecipado da dívida, não se compreendem os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido.

CC/1916: art. 763.

O preceito determina, no caso de vencimento antecipado da obrigação e da garantia, redução dos juros compensatórios - ou remuneratórios - relativos ao tempo ainda não decorrido. É regra que visa a evitar enriquecimento sem causa do credor. É natural, se a obrigação teve vencimento antecipado por qualquer das hipóteses do artigo anterior, e será adimplida de imediato pelo devedor, decotarem-se os juros relativos ao período vindouro. Se o devedor não usará o capital alheio pelo prazo previsto, a remuneração deve ser reduzida de modo proporcional e de acordo com a taxa convencional.

Como anota Gladston Mamede, o preceito alcança descontos para pagamento à vista que, na verdade, significam remuneração indireta para pagamentos a prazo, além de outros encargos, como prêmios de seguro, taxas administrativas e correção monetária prefixada (*Código civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 105). É evidente que se houver vencimento antecipado, mas sem pagamento, os juros compensatórios serão abatidos, mas o crédito será acrescido de juros moratórios contados do vencimento (*mora ex re*) ou da interpeção ou citação (*mora ex persona*).

A norma em questão, que traduz aplicação das cláusulas gerais que vedam o enriquecimento sem causa e asseguram o equilíbrio contratual, tem natureza cogente e não comportam previsão negociada em sentido contrário.

Art. 1.427. Salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalorize.

CC/1916: art. 764.

O artigo em exame é norma dispositiva. Comporta, assim, cláusula negociai em sentido contrário, pela qual assume o terceiro prestador da garantia real integralmente os riscos por deterioração ou perecimento da coisa e o dever de substituí-la ou reforçá-la.

É possível a um terceiro não devedor prestar garantia real. Não se torna, com isso, fiador ou devedor solidário, pois apenas vincula bem especializado de seu patrimônio ao adimplemento de obrigação alheia. A responsabilidade se limita ao bem dado em garantia, pois o terceiro não é devedor. Feita a excussão, não responde o terceiro por eventual saldo devedor.

A regra é no sentido de não se estender ao terceiro prestador da garantia real o regime jurídico dos incisos I e IV do art. 1.425, comentado. O terceiro somente é obrigado a substituir ou reforçar o bem dado em garantia real que se deteriorou, pereceu ou desvalorizou por culpa sua. Se o evento não lhe é imputável, a obrigação se vence antecipadamente para devedor, mas sem obrigação do terceiro repor ou reforçar a garantia.

De outro lado, se o fato é imputável ao terceiro, por dolo ou qualquer grau de culpa, a solução é outra. Cabe ação de obrigação de fazer, para reforço ou substituição da garantia contra o terceiro, tanto ao credor como ao devedor prejudicados. Este último pode, ainda, cobrar do terceiro inadimplente perdas e danos decorrentes do vencimento antecipado da obrigação.

Aplicam-se ao terceiro as regras que envolvem sub-rogação da garantia por seu valor indenizado por seguradora, causador do dano ou expropriante, previstas no inciso V e § 1º do art. 1.425 do Código Civil.

O regime jurídico do artigo em estudo, ao contrário do sustentado por parte da doutrina, não se estende ao terceiro adquirente do bem dado em garantia real. A alienação não produz efeitos frente ao credor preferencial, em vista dos efeitos *erga omnes* da garantia real, não sendo justo se este tivesse situação mais desfavorável do que frente ao devedor.

Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Parágrafo único. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida.

CC/1916: art. 765.

O artigo em estudo corresponde ao art. 765 do CC/1916. O *caput* manteve-se sem qualquer alteração. A inovação está no acréscimo do parágrafo único, que trata da possibilidade do devedor contratar com o credor a dação em pagamento do bem objeto da garantia real.

Veda o preceito a cláusula comissória, também denominada *lex comissoria* ou pacto comissório. Na lição de Clóvis Bevilacqua, consiste na estipulação de que o credor ficará com a coisa dada em garantia real se a dívida não for paga no vencimento (*Direito das coisas*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, 1.1, p. 40). Deve ser evitada a utilização do termo pacto comissório, com duplo sentido, pois significa também pacto adjeto da compra e venda por cláusula resolutiva expressa no regime do Código Civil de 1916.

A proibição é de ordem pública e prevalece sobre a vontade das partes em todos os direitos reais de garantia, inclusive a propriedade fiduciária. Abrange tanto o ato constitutivo da garantia como convenção posterior (*ex intervallo*). Admite o parágrafo único apenas a dação em pagamento após vencimento da obrigação.

A sanção cominada pelo legislador é a nulidade, que pode ser conhecida *ex officio* tão logo chegue a conhecimento do juiz e não convalesce pelo decurso do tempo. A invalidade alcança apenas a cláusula comissória, de natureza acessória, mas mantém íntegras a garantia real e a obrigação, cabendo ao credor o direito à excussão.

A cláusula comissória é condenada pela maioria das legislações ocidentais por duas razões: por proteger o devedor fraco da exploração gananciosa do credor e por evitar o bem dado em garantia ser apropriado sem correspondência com seu valor de mercado.

A invalidade alcança os negócios jurídicos indiretos, que mascaram a cláusula comissória sob a aparência de convenção lícita, por fraude à lei, nos termos do art. 166, VI, do Código Civil. Os exemplos mais comuns são contratos de venda e compra com pacto de retrovenda, ou compromissos de compra e venda com objetivo de garantia a contrato de mútuo. O negócio indireto se verifica “quando as partes recorrem, concretamente, a um negócio determinado, para obter, através do mesmo, resultado diverso daquele típico da estrutura do próprio negócio; as partes visam, assim, um escopo que não é típico do próprio negócio” (UMA, Alvino .*A fraude no direito civil* São Paulo, Saraiva, 1965, p. 80).

O negócio em fraude à lei tem dois requisitos cumulativos: existência de norma imperativa no ordenamento jurídico, necessariamente incidente quando presente determinada situação jurídica; e realização de negócio jurídico suscetível de produzir, por meio indireto, exatamente o resultado previsto como indesejado pela norma jurídica imperativa, ou que seja atingido resultado a ele equivalente (PEREIRA, Regis Veiasco Fichtner. *Fraude à lei*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 93). Em suma, feita a prova de que negócios aparentemente lícitos se prestam à apropriação pelo credor de bens dados em garantia, há fraude à lei e nulidade absoluta.

O parágrafo único deste artigo disciplina a possibilidade, admitida de modo tranqüilo por doutrina e tribunais, do devedor, no vencimento do crédito ou após, dar o bem objeto da garantia real em pagamento ao credor. A dação em pagamento está prevista nos arts. 356 e seguintes do Código Civil e exige o consentimento do devedor nunca ser contemporâneo à constituição da garantia real. O consentimento necessário à dação somente pode ser dado no momento do vencimento da obrigação ou após. A promessa de dação, manifestada no momento da constituição da garantia real, ofende a vedação de cláusula comissória, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

Jurisprudência: Sendo nula a cláusula que estabelece o pacto comissório, pode isso proclamar o juiz de ofício. Desse modo, não releva, que sua existência só haja sido apontada pelo réu após oferecimento de resposta. (STJ, REsp n. 10.952/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.10.1991)

É nulo o negócio simulado, que permita ao credor ficar com o objeto da garantia, no caso da dívida não ser paga no vencimento. Em decorrência dos motivos, e relevante, da nulidade, o pacto comissório não se limita aos casos expressamente previstos no art. 765 do Código Civil. Hipótese de sua aplicação em compra e venda (escritura e compromisso). (STJ, REsp n. 2.216/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 28.05.1991)

Havendo pacto comissório, disfarçado por simulação, não se pode deixar de proclamar a nulidade, não pelo vício da simulação, mas em virtude daquela avença não ser tolerada pelo direito. (STJ, REsp n. 21.681/SP, Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.06.1992)

Admissível a dação em pagamento, não o é, entretanto, a promessa de fazê-la, mediante avença no mesmo ato em que contratado o mútuo e constituída a garantia hipotecária (STJ, REsp n. 10.952/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.10.1991). (*RSTJ* 28/564)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que o pacto comissório não se limita aos casos expressamente previstos no art. 765 do Código Civil, diversamente da posição do Supremo Tribunal Federal, o qual entendia que a norma nele contida tinha abrangência restrita. Hipótese em que a divergência não tem qualquer

reflexo no caso concreto porquanto a nulidade do negócio resulta da desproporção entre o valor do direito transferido em garantia e o valor do empréstimo garantido, cuja diferença representa juros usurários que acarretam a nulidade da avença. (STJ, REsp n. 475.040/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 24.06.2003)

O credor hipotecário pode arrematar o bem penhorado em execução promovida por terceiro. Impertinência na espécie da norma inscrita no art. 765 do Código Civil de 1916. (STJ, REsp n. 158.405/SR rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.08.2003)

Pacto comissório. Simulação. A proibição atinge todas as hipóteses em que, para garantir o pagamento de mútuo, se convencie deva o credor ficar com bem de propriedade do devedor. A dação em pagamento é lícita quando visa simplesmente a saldar o débito, não se vislumbrando que a ela se tenha condicionado o mútuo. Hipótese em que isso não ocorreu, pois a renegociação da dívida, com a concessão de novo prazo, vinculou-se a negócio simulado em que o credor recebeu bens e na mesma oportunidade, prometeu vendê-los ao devedor, mediante pagamentos mensais que, em realidade, correspondiam a amortizações do empréstimo. Nulidade reconhecida. (STJ, REsp n. 41.233/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 22.03.1994)

Ação anulatória. Pretensão objetivando o reconhecimento da invalidade de escrituras públicas de venda e compra de imóvel, com o conseqüente cancelamento dos registros respectivos no ofício imobiliário. Procedência da demanda decretada corretamente em primeiro grau. Escrituras reproduzidas nos autos que foram lavradas com o intuito de garantir a quitação de dívida decorrente de empréstimos, desviando-se então tais atos de sua finalidade usual. Hipótese, destarte, em que se encobre negócio de mútuo, com autêntica cláusula comissória e cobrança de juros onzenários, sendo de rigor a aplicação da sanção de nulidade. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 255.288-4/3/Santo André, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 17.02.2004, v.u.)

Compromisso de compra e venda. Ação ordinária intentada para compelir promitentes vendedores a desocupar e entregar o imóvel. Ação julgada procedente. Negócio jurídico celebrado para garantir contrato civil de mútuo com estipulações usuárias. Negócio dissimulado, realizado com fraude à lei, por encobrir pacto comissório vedado pelo art. 765 do Código Civil. Nulidade do negócio jurídico que é apreciada apenas incidentalmente, ante a ausência de reconvenção para, diante da linha defensiva adotada, reconhecer a improcedência da ação, que não se alicerça em direito subjetivo legitimamente constituído. Recurso parcialmente provido. (I TACSP, Ap. cível n. 118.469-4/0/Santo André, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Cesar Lacerda, j. 21.05.2001, v.u.)

Adjudicação compulsória. Compromisso de venda e compra. Contrato celebrado para garantia de pagamento de empréstimo. Dissimulação de pacto comissório. Fraude à lei. Nulidade pronunciada. Ação julgada improcedente. Improvimento ao recurso, nesse ponto. É nula a cláusula de comisso, ainda quando mascarada debaixo da aparência de compra e venda com pacto de resgate, ou simulando-se compromisso de compra e venda em garantia de empréstimo em dinheiro. (I TACSP, Ap. cível n. 073.974-4/8/Mirassol, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Cesar Peluso, j. 18.09.2001, v.u.)

Compra e venda de bem móvel. Ato simulado utilizado para encobrir negócio de mútuo com pacto comissório. Inadmissibilidade. Nulidade reconhecida. Improcedência da ação de imissão de posse e procedência da reconvenção. O pacto comissório desnatura o contrato de segurança real, por isso que estabelece uma venda condicional, ao mesmo passo que preju-

dica, se não inutiliza, os seus fins, por não dar lugar à concorrência de compradores, desde que, em última análise, é uma alienação ajustada a determinada pessoa. A proibição do pacto comissório é de ordem pública, e a violação da norma constitui causa de nulidade absoluta, que pode ser pronunciada até mesmo de ofício. (TJSP, Ap. cível n. 87.843-4/Campinas, 6ª Câ. de Direito Privado, rel. Mohamed Amaro, j. 23.09.1999, v.u.)

Pacto comissório. Ação objetivando o reconhecimento judicial de sua inviabilidade. Negócio nulo e não anulável. Inaplicabilidade do art. 152 do Código Civil. Inteligência do art. 765 do mesmo diploma legal. Sentença de procedência. Recurso não provido. Apesar de o art. 152 do Código Civil referir-se atecnicamente às "nulidades" do art. 147, este cuida, na verdade, de causas de anulabilidade do ato jurídico, cabendo no rol do art. 145 as de nulidades absoluta, entre elas a prevista no art. 765 (v. art. 145, V). Por outras palavras, o pacto comissório é nulo (e não anulável), não se sujeitando ao regime do artigo por primeiro mencionado, tendo eficácia *ex tunc* a sentença declaratória de sua invalidade. (TJSP, Ap. cível n. 83.341-4/SP, 6ª Câ. de Direito Privado, rel. Antonio Carlos Marcato, j. 01.06.2000, v.u.)

Negócio jurídico. Compra e venda de imóvel, formalizada para garantir pagamento de mútuo. Dissimulação de pacto comissório. Fraude à lei. Aplicação analógica do art. 765 do Código Civil de 1916. Nulidade pronunciada, com idêntica conclusão em relação à subsequente dação em pagamento do bem a terceiro. Ação dos vendedores procedente, com rejeição do pedido de imissão de posse formulado pelo terceiro adquirente. Sentença mantida. Apelações dos réus não providas (TJSP, rel. J. R. Bedran). (*Lex-TJSP* 274/46, 2004)

Compra e venda. Pacto comissório. Confirmada que a compra e venda se realizou de forma fictícia, visando encobrir o pacto comissório proibido, cumpre ao juiz decretar a nulidade dos negócios fraudulentos. Mutuante que, a despeito disso, faz jus à cobrança do valor devido com os juros legais, em ação apropriada. Art. 765 do Código Civil de 1916 e 1.428 do de 2002. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 211.211-4/1-00/SP, 4ª Câ. de Direito Privado, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 17.11.2005, v.u.)

Art. 1.429. Os sucessores do devedor não podem remir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões; qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo.

Parágrafo único. O herdeiro ou sucessor que fizer a remição fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito.

CC/1916: art. 766.

O preceito é desdobramento da indivisibilidade da garantia real, que recai sobre o bem por inteiro e beneficia cada parcela da dívida. A norma é dispositiva, cabendo convenção das partes em sentido contrário.

O artigo em exame dispõe que se houver sucessão subjetiva, com substituição do devedor - ou de terceiro prestador da garantia real - por terceiros, em razão de ato *inter vivos* ou *causa mortis*, a remição do bem objeto da garantia real está subordinada ao pagamento integral da dívida. Dizendo de outro modo, ainda que o sucessor receba parte ideal do bem dado em garantia, somente pode obter a liberação mediante solução integral da obrigação, pois não pode o sucessor ter direitos superiores ao do devedor originário.

Como anota Gladston Mamede, este artigo não se aplica somente ao sucessor hereditário, mas a toda e qualquer hipótese de "sucessão subjetiva na qual se tenha substituição do proprie-

tário do bem gravado por ônus real por uma multiplicidade de proprietários, haja compropriedade ou não” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 119). Lembre-se, porém, que o art. 1.488 do atual Código Civil, adiante comentado, cria importante exceção ao princípio da indivisibilidade, nos casos de imóvel loteado ou em condomínio edilício.

Explica Carvalho Santos o seguinte, a respeito do preceito: se um dos herdeiros ou sucessores do devedor pagar sua parte da dívida, não pode pretender a liberação de sua parte na coisa dada em garantia enquanto a dívida não estiver inteiramente quitada; e, ainda que esse herdeiro pague sua parte da dívida, seu quinhão continua a responder por ela até seu integral pagamento (*Código civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. X, p. 97).

Nada impede um dos sucessores pagar integralmente a dívida e obter a liberação da garantia, sub-rogando-se em todos os direitos que competiam ao credor originário, de modo automático, sem necessidade de qualquer interpelação. Pode cobrar dos demais devedores a totalidade da dívida, excluída apenas sua quota-parte, que se extinguiu pela confusão. A garantia real onerará inteiramente a coisa, até a solução da obrigação.

Art. 1.430. Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante.

CC/1916: art. 767.

O dispositivo regula a responsabilidade do devedor pelo remanescente da dívida, caso o produto da excussão não baste pela solução integral da obrigação, que abrange juros, encargos contratuais, custas processuais e honorários advocatícios.

O devedor continua obrigado pessoalmente pelo saldo. Esgotada a garantia, o credor preferencial se converte em quirografário. Pode executar o saldo, sem necessidade, a princípio, de ajuizar ação de conhecimento. Em determinados casos, quando permite a lei a alienação extrajudicial do bem dado em garantia, como na propriedade fiduciária, o devedor deve ser intimado a acompanhar a venda, sem o que eventual saldo devedor não comporta execução sem prévio acerto em ação monitória ou de conhecimento. É evidente que, se a garantia real for prestada por terceiro, não há obrigação pessoal pelo saldo, pois o terceiro não é devedor, mas apenas vincula determinado bem de seu patrimônio à solução da obrigação.

Jurisprudência: Execução hipotecária. Arrematação pelo credor. Preço inferior ao da dívida. Extinção do processo. Arts. 767 e 849, VII, Código Civil. Não se concilia com o justo, quando a dívida remanescente, resultante da capitalização crescente de sacrificantes juros e maior que o valor da avaliação do imóvel hipotecado, objeto de arrematação pelo credor hipotecário, iniciar-se nova execução para a cobrança do saldo devedor. A arrematação pelo próprio credor, além do mais, libera o objeto para outra venda, por preço atualizado, permitindo-lhe novas vantagens patrimoniais, e, inclusive, superando a diferença remanescente da dívida originária que deu causa a execução. Não é desajustada, pois, à razão e ao direito, a afirmação do reptado acórdão concluindo que a arrematação pelo credor do imóvel dado em garantia exonera o devedor da obrigação pela dívida remanescente. (STJ, REsp n. 30.197/RJ, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 31.08.1994)

Se o credor não pode valer-se do processo executivo, pertinente é a ação monitória, como no caso do recebimento do saldo remanescente em caso de venda extrajudicial do bem. Quando os embargos enfrentam o mérito, combatendo os juros e a capitalização, pedin-

do até perícia para a apuração do valor real do débito, devidamente impugnados, não se há de afastar a monitória por falta de liquidez do débito. (STJ, REsp n. 647.002/PR, rel. Min. Carlos Alberto, Menezes Direito, j. 25.09.2006)

CAPÍTULO II DO PENHOR

Seção I ***Da Constituição do Penhor***

Art. 1.431. Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.

Parágrafo único. No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar.

CC/1916: arts. 768 e 769.

O artigo em exame inaugura o capítulo relativo ao penhor e, em comparação com preceito similar do Código Civil de 1916, troca o termo “tradição” pela expressão “transferência efetiva da posse”.

Na definição clássica de Clóvis Bevilacqua, penhor “é o direito real, que compete ao credor sobre coisa móvel ou mobilizável, suscetível de alienação, que o devedor, ou alguém por ele, entrega efetivamente ao mesmo credor, em garantia de uma dívida” (*Direito das coisas*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 49).

Aplicam-se ao penhor os requisitos objetivos, subjetivos e formais disciplinados no capítulo dos princípios gerais dos direitos reais de garantia, já comentados. Somente pode empenhar o proprietário, com poder de disposição, seja o próprio devedor, seja terceiro prestador da garantia. O penhor de bem alheio é ineficaz frente ao dono e convalesce se o devedor adquirir posteriormente sua propriedade.

Somente podem ser empenhados bens móveis ou mobilizáveis, passíveis de alienação. Recai o penhor, via de regra, sobre bens móveis, infungíveis ou fungíveis (chamados de penhores irregulares), ou mesmo sobre bens incorpóreos, como créditos, desde que especializados. É possível o penhor sobre bens mobilizáveis, como as safras agrícolas, e, por exceção, sobre bens imóveis por acessão, como plantações. O penhor exige forma escrita, por instrumento público ou particular, para que seja levado ao registro, especializando o bem dado em garantia e a dívida garantida.

O penhor, segundo diz a lei, “constitui-se pela transferência efetiva da posse” Não mais usa a lei o termo “tradição”. Correta a alteração, porque a tradição transfere a propriedade da coisa móvel e tem como causa o negócio jurídico de alienação. No penhor não há tradição, mas apenas desdobramento da posse, mediante entrega efetiva da posse direta do bem empenhado ao credor, cabendo ao devedor a posse indireta (art. 1.197 do CC). Ambos são possuidores e têm tutela possessória contra atos ilícitos praticados por terceiros, ou um contra o outro. O credor não pode usar a coisa, que se encontra afetada ao cumprimento de uma obrigação. Pode apenas guardá-la, como depositário, para devolvê-la oportunamente, no momento da solução da obrigação. Pode, quando muito, apropriar-se dos frutos da coisa e usá-los no abatimento da dívida, como veremos adiante.

O penhor comum não admite a entrega fictícia da posse, ou, como dizia o Código Civil de 1916, pelo constituto possessório (cláusula *constituti*). A entrega real e efetiva da posse

direta é constitutiva do penhor. Sem ela, não há direito real de garantia. Antes da entrega, há apenas promessa de penhor, que constitui mera obrigação de fazer, de cunho estritamente pessoal (PKRKIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* > 18. ed. atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. IV, p. 341).

A entrega é feita ao “credor, ou a quem o represente” A expressão “representação do credor” é usada em sentido amplo, abrangendo tanto a representação legal como convencional com poderes especiais, ou mesmo a apresentação de pessoas jurídicas por seus órgãos previstos em estatuto, ou mesmo prepostos a tanto habilitados.

O parágrafo único deste artigo ressalva que nos penhores especiais rural (agrícola e pecuário), industrial, mercantil e de veículos não há efetiva entrega da posse dos bens empenhados ao credor. A posse direta permanece em poder do devedor, que deve guardá-los e conservá-los, enquanto o credor tem a posse indireta dos bens. Não mais fala a lei - corretamente - em cláusula *constituti*, ou constituto possessório, para que a posse direta dos bens permaneça com o devedor. Vimos, no comentário ao art. 1.204, que na figura do constituto possessório o possuidor de uma coisa em nome próprio passa a possuí-la em nome alheio. Exemplo clássico é o que se verifica quando o alienante conserva a coisa em seu poder, mediante cláusula contratual, denominada *cláusula constituti* O adquirente, assim, recebe a coisa por mera convenção, sem posse física. O alienante apenas deixa de possuir para si mesmo e passa a possuir em nome do adquirente, ou seja, converte sua posse em detenção, sem nenhum ato exterior que ateste essa mudança. Nos penhores especiais, tal fenômeno não ocorre. O devedor continua com a posse da coisa, em nome próprio, podendo usá-la e fruí-la. O credor recebe a posse indireta e jurídica da coisa, sem apreensão ou contato físico. Ambos são possuidores, na forma do art. 1.197 do Código Civil, e podem usar a tutela possessória contra atos ilícitos praticados por terceiros, ou um contra o outro.

Art. 1.432. O instrumento do penhor deverá ser levado a registro, por qualquer dos contratantes; o do penhor comum será registrado no Cartório de Títulos e Documentos.

CC/1916: arts. 770 e 771.

O artigo em exame corresponde aos arts. 770 e 771 do CC/1916, com expressivas alterações. Não mais menciona o contrato lavrado em duplicata nem o registro como mera faculdade.

O penhor comum se constitui pela efetiva entrega da posse do bem ao credor e ganha publicidade e oponibilidade contra terceiros com o registro no Oficial de Títulos e Documentos. Em termos diversos, o registro não é requisito de validade nem constitui o penhor comum. Apenas a eficácia do penhor é que está subordinada ao registro.

Independentemente do registro, pode o credor promover a excussão do bem empenhado no caso de inadimplemento da obrigação garantida. O privilégio em concurso de credores e a seqüela, vale dizer, os efeitos que se produzem frente a terceiros é que estão subordinados ao registro. Os arts. 127, II, 144 e 145 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) regulam o registro do penhor, que deve estar devidamente especializado, discriminando o bem empenhado, com quem se encontra a posse e todas as características da obrigação garantida.

Exige o penhor forma escrita, porque menciona este artigo o “instrumento do penhor”, título hábil a ingresso no Registro de Título e Documentos. Pode ser por instrumento público ou particular, mas ambos devem ser registrados, para ganhar eficácia *erga omnes*.

O registro dos penhores especiais, nos quais a posse dos bens empenhados permanece em poder do devedor, têm natureza e locais distintos. São constitutivos do direito real, por-

que suprem ausência de publicidade da posse. São feitos no registro imobiliário (penhores rural, industrial e mercantil) e no registro de títulos e documentos, anotados no certificado de propriedade do veículo (penhor sobre veículos).

Jurisprudência: Execução. Penhora sobre veículos automotores. Registro de penhor cedular (cédula de crédito comercial) no Cartório de Registro Imobiliário. Ineficácia em relação a terceiros. Tratando-se de veículos automotores dados em penhor cedular, para a eficácia da garantia em relação a terceiros, é necessário o seu registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou na repartição competente para expedir licença ou registrá-los. (STJ, REsp n. 200.663/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.03.2004)

Seção II

Dos Direitos do Credor Pignoratício

Art. 1.433. O credor pignoratício tem direito:

I - à posse da coisa empenhada;

II - à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua;

III - ao ressarcimento do prejuízo que houver sofrido por vício da coisa empenhada;

IV - a promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração;

V - a apropriar-se dos frutos da coisa empenhada que se encontra em seu poder;

VI - a promover a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial, sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, devendo o preço ser depositado. O dono da coisa empenhada pode impedir a venda antecipada, substituindo-a, ou oferecendo outra garantia real idônea.

CC/1916: arts. 772, 773 e 774.

O artigo em exame condensa os arts. 772, 773 e 774 do Código Civil de 1916, com diversas alterações. Elenca de modo ordenado os direitos do credor pignoratício. São faculdades de ordem dispositiva e que decorrem da lei, aplicando-se no silêncio do contrato. Nada impede, porém, que as partes convençionem regras em sentido contrário, salvo em relação a direitos fundamentais à caracterização do penhor, como a transferência da posse ao credor.

O primeiro direito do credor (inciso I) é à posse do bem empenhado, até a solução completa da obrigação. A posse é a direta, que não anula a posse indireta do devedor. Ambos têm direito à tutela possessória, contra terceiros, e um para coibir os atos ilícitos do outro. A posse do credor, porém, é afetada à garantia do cumprimento da obrigação. Não pode, assim, usar e explorar o bem, mas apenas guardá-lo, como depositário, até a solução da obrigação. O preceito somente se aplica ao penhor comum, porque, como já visto, quanto aos penhores especiais - rural, industrial, mercantil e sobre veículos -, a posse dos bens permanece com o devedor.

O segundo direito do credor (inciso II) é à retenção do bem empenhado, até que se indenizem as despesas devidamente justificadas que tiver feito, desde que não sejam causadas por culpa sua. O preceito deve ser lido em consonância com o art. 1.434, adiante comentado. O credor retém a posse da coisa até integral satisfação de seu crédito, inclusive as despesas necessárias à manutenção e preservação do bem. Tais despesas devem estar devidamente justificadas e comprovadas pelo credor. Cabe ao credor a prova da existência, da necessidade e

da origem das despesas. Não cabe a retenção se as despesas decorrem de comportamento culposo do próprio credor. A regra se dirige ao devedor e ao terceiro prestador da garantia, mas não ao arrematante, porque o credor satisfará seu crédito e reembolso de despesas com o produto da venda.

O terceiro direito (inciso III) do credor é o de reaver do devedor ou do prestador da garantia o prejuízo que sofreu por vício do bem empenhado. O prejuízo não se refere à própria desvalorização ou depreciação do bem empenhado, mas ao patrimônio do credor, como no caso de animais contaminados, ou de mercadorias com pragas.

O quarto direito do credor (inciso IV) é à excussão, a penhorar e vender o bem empenhado, no caso de inadimplemento do devedor. Assinala Gladston Mamede que a lei prevê três modalidades de realização da garantia: a) execução judicial; b) leilão administrativo; c) venda amigável (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 149). O contrato de penhor é título executivo extrajudicial (art. 585, III, do CPC), de modo que, na execução judicial, deve a penhora recair sobre o bem dado em garantia, independentemente de nomeação, avaliado e levado a leilão. O Decreto n. 4.371/2002 regula o penhor da Caixa Econômica Federal e prevê, em seu art. 36, § 1º, leilão administrativo feito por prepostos da credora especialmente designados, após a publicação de editais em jornais de grande circulação.

Finalmente, admite a lei venda amigável do bem empenhado, desde que expressamente ajustada pelas partes. A convenção nesse sentido pode ser feita no momento da contratação do penhor, ou em momento posterior, antes ou depois do vencimento da obrigação. Exige-se apenas que a cláusula seja expressa, para afastar o modo normal de excussão, que é o judicial. Admite ainda a lei que a venda amigável seja autorizada por procuração com poderes especiais e expressos outorgados pelo devedor ao credor. Devem constar da procuração poderes especiais para alienar e expressos quanto ao bem que será alienado. O que não se admite é o comportamento do representante contrário ao interesse do representado, sob pena de invalidade da alienação (arts. 117 e 119 do CC). Isso significa que a alienação por preço vil, sem avaliação convencional e exata do bem empenhado ou sem conferir ao devedor a prerrogativa de acompanhar a venda, constitui situação ilícita no regime do Código Civil, porque fere os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual e é abusiva no regime do Código de Defesa do Consumidor.

Em suma, a alienação amigável, via de regra imposta pelo credor ao devedor no momento da concessão do crédito, não pode se revestir de condições especialmente gravosas à parte mais frágil, amputando-lhe prerrogativas básicas, como a venda por preço mínimo e acompanhada pelo interessado. Há o correlato dever do credor de prestar contas ao devedor, com restituição do saldo, se houver. Evidente que a cláusula, ou poderes conferidos ao credor, para venda amigável, não lhe permite se apropriar do bem empenhado, sob pena de violação à proibição cogente da cláusula comissória. Como ressalta Caio Mário da Silva Pereira, “na hipótese de ser o credor autorizado a vender a coisa amigavelmente, não pode comprá-la para si mesmo, pois que uma tal operação envolveria o pacto comissório, vedado por lei. Promovendo, todavia, a excussão do penhor, nada impede a adjudicação na forma e nos termos do que prescreve a lei processual” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. IV, p. 343).

O quinto direito do credor é o de apropriar-se dos frutos do bem empenhado que se encontra em seu poder. O preceito deve ser lido em conjunto com o inciso III do art. 1.435, adiante comentado. Pode apropriar-se dos frutos, mas deve imputá-los nas despesas, juros e no capital da obrigação garantida.

O sexto direito do credor (inciso VI) é promover a venda antecipada do bem empenhado, sempre que houver receio fundado de sua perda ou deterioração, sem substituição da garantia pelo devedor. Não se confundem a venda antecipada com o vencimento antecipado da obrigação garantida, previsto no art. 1.425, acima comentado. Para o vencimento antecipa-

do se exige a real perda ou deterioração do bem dado em garantia (incisos I e IV). Para a venda antecipada, se contenta o legislador com o receio fundado, a probabilidade efetiva de perda ou deterioração, cuja prova fica a cargo do credor, quer a obrigação esteja vencida ou não. O que desejou o legislador, aliás, foi evitar a perda ou deterioração e o conseqüente vencimento antecipado da obrigação, permitindo que a garantia se sub-rogue do bem para seu preço.

Exige a lei que a venda antecipada se dê mediante prévia autorização judicial, não valendo, por conseqüência, a mera previsão contratual entre as partes. A autorização se obtém em medida cautelar inominada e o preço obtido será depositado em conta judicial. A venda pode ser judicial ou amigável, como visto no inciso anterior, desde que devidamente acompanhada pela parte interessada, intimada para tanto. Podem o devedor ou o dono da coisa - e por isso devem ser ouvidos previamente sobre o pedido - elidir a venda antecipada do bem empenhado, ofertando substituição idônea da garantia.

Jurisprudência: Apelação. Desapropriação para reforma agrária. Credor pignoratício. Sub-rogação. Impossibilidade. Improvimento. O art. 31 do Decreto-lei n. 3.365/41, bem como o art. 5º, III, do Lei n. 492/37, ao garantirem a sub-rogação dos créditos com garantia real no valor de indenização não implica a concretização deste direito automaticamente, a qual dependerá, primeiramente, da excussão da dívida pelas vias próprias. O direito de retenção da coisa empenhada, assegurado pelo art. 772 do Código Civil de 1916 (art. 1.433, II, do diploma atual), não prevalece sobre imissão na posse decorrente de expropriação. (TRF, 5ª Região, Ap. cível n. 285.218, rel. Des. Edilson Nobre, j. 20.04.2006)

Art. 1.434. O credor não pode ser constrangido a devolver a coisa empenhada, ou uma parte dela, antes de ser integralmente pago, podendo o juiz, a requerimento do proprietário, determinar que seja vendida apenas uma das coisas, ou parte da coisa empenhada, suficiente para o pagamento do credor.

CC/1916: sem correspondente.

Tem o credor direito de reter a posse direta, até integral satisfação de seu crédito, inclusive as despesas com o bem empenhado. Lembre-se, porém, de que a garantia do penhor é acessória à obrigação, de modo que segue sua sorte jurídica. Extinta a obrigação por qualquer causa, extingue-se o penhor e o bem deve ser devolvido ao devedor.

Além disso, o direito de retenção da posse direta não pode ser abusivo. Inadimplida a obrigação, o credor mantém a posse do bem e promove a execução, com o objetivo de executar o bem empenhado e se pagar. A inércia prolongada do credor de posse do bem empenhado, em detrimento do devedor, pode configurar abuso de direito, a teor do art. 187 do Código Civil. Prescrita a pretensão, com ela prescreve a garantia real. Antes mesmo da prescrição, constatado que a inércia do credor excede manifestamente as funções econômica e social da garantia, ou a boa-fé objetiva, pode o devedor pedir ao juiz a devolução do bem empenhado, ou exigir que se execute de uma vez o crédito.

Reproduz o preceito o princípio da indivisibilidade da garantia real (art. 1.421 do CC, já comentado), que recai sobre a totalidade dos bens empenhados e que os bens empenhados respondem pelo integral pagamento da dívida. Isso quer dizer que não tem o devedor, salvo convenção expressa no título, ou anuência do credor, o direito de obter a liberação parcial dos bens empenhados, proporcional aos pagamentos feitos.

Cria este artigo em sua parte final, porém, exceção relevante ao princípio da indivisibilidade, em atenção às cláusulas gerais do abuso de direito (art. 187 do CC), boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e equilíbrio contratual. Dispõe que pode o juiz, provocado pelo dono

dos bens empenhados, determinar a alienação de apenas uma das coisas, ou de parte dela, suficiente para o pagamento do credor. A regra está em consonância com o art. 620 do Código de Processo Civil, que determina que a execução se fará do meio menos gravoso para o devedor.

São requisitos da excussão parcial da garantia: a) intervenção judicial, provocada pelo dono dos bens empenhados, ou pelo devedor, interessado na medida; b) que a alienação de um dos bens, ou de parte, baste para integral satisfação do credor, abrangendo principal, encargos, custas judiciais, honorários advocatícios e despesas com conservação da garantia.

Seção III ***Das Obrigações do Credor Pignoratício***

Art. 1.435. O credor pignoratício é obrigado:

I - à custódia da coisa, como depositário, e a ressarcir ao dono a perda ou deterioração de que for culpado, podendo ser compensada na dívida, até a concorrente quantia, a importância da responsabilidade;

II - à defesa da posse da coisa empenhada e a dar ciência, ao dono dela, das circunstâncias que tornarem necessário o exercício de ação possessória;

III - a imputar o valor dos frutos, de que se apropriar (art. 1.433, inciso V) nas despesas de guarda e conservação, nos juros e no capital da obrigação garantida, sucessivamente;

IV - a restituí-la, com os respectivos frutos e acessões, uma vez paga a dívida;

V - a entregar o que sobeje do preço, quando a dívida for paga, no caso do inciso IV do art. 1.433.

CC/1916: arts. 774 e 775.

O artigo em exame elenca as obrigações do credor pignoratício, em norma dispositiva, que pode ser contrariada pela vontade das partes, em cláusula contratual expressa. Nada impede, por outro lado, que o contrato crie mais deveres ao credor do que os previstos em lei.

A primeira obrigação do credor é à custódia da coisa, para restituí-la íntegra quando da solução da obrigação. Deve conservar a coisa, com diligência e cuidado, respondendo pela perda ou deterioração a que der causa, por ato culposo ou doloso. Por outro lado, se a coisa se perder ou deteriorar sem culpa do credor, por caso fortuito ou força maior, o risco é do proprietário (*res perit domino*), que é o devedor ou terceiro prestador da garantia. Ressalte-se que, em determinados casos, há relação de consumo, e o dever de guarda é exercido em caráter habitual, como nos casos de instituições financeiras. A responsabilidade então é objetiva e somente há excludente por falta de nexo causai, em especial fortuito externo, não ligado à atividade do credor. Já decidiu o STJ que, em relação de consumo, é abusiva a cláusula que prefixa o valor do bem empenhado a ser indenizado abaixo do mercado.

Completa o preceito dizendo que, no caso de responsabilidade do credor frente ao devedor, o prejuízo é compensado com a dívida garantida. É um caso de compensação especial determinada pelo legislador, na qual uma das obrigações pode não ser líquida. Apura-se o dano e em seguida se procede à compensação. Se o dano for de valor inferior ao valor da obrigação garantida, o saldo pode ser executado, inclusive com penhora do bem deteriorado. Se o bem se perder, o saldo do crédito se converte em quirografário.

Diz ainda o inciso I que o credor tem a custódia do bem empenhado como depositário. Caso não devolva o bem empenhado após a solução da obrigação, tornar-se-á o credor depositário infiel, sujeito à sanção da prisão civil. Discute-se a constitucionalidade da prisão civil

nos depósitos de garantia de crédito, porque a sanção estaria limitada ao depósito de guarda (STJ, REsp n. 11.409/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter). No caso da custódia do credor, porém, este não usa ou explora a coisa e a apropriação dos frutos presta apenas para abatimento da dívida. Evidente que existem algumas distinções entre o contrato de depósito do art. 628 do Código Civil e o depósito necessário do credor pignoratício, uma vez que o depositante não pode reaver o bem a qualquer tempo. O depósito advém da lei, independentemente de consentimento específico do credor pignoratício e se assemelha à figura do depósito necessário dos arts. 647 e seguintes do Código Civil. Por isso, não pode o credor pignoratício equiparar-se ao devedor fiduciante ou ao devedor pignoratício rural, industrial e mercantil e beneficiar-se do entendimento de que o depósito atípico, ou de uso, não serve para a prisão civil. Aqui não há depósito de uso e o credor será considerado depositário infiel.

O segundo dever do credor pignoratício (inciso II) é a defesa da posse. Deve o credor restituir o bem empenhado incólume física e juridicamente ao devedor no momento da solução da obrigação. Por isso, tem o direito e o dever de defendê-la dos ataques injustos de terceiros. Pode, para tanto, usar dos remédios possessórios - reintegração, manutenção e interdito proibitório - e da autotutela do art. 1.210, § 1º, do Código Civil. Além disso, a lei atribui ao credor a obrigação de cientificar o dono da coisa de seu ato, para que este adote, se quiser, as medidas defensivas cabíveis. Não exige a lei forma especial para a cientificação, bastando a prova de que o dono do bem empenhado conhece a existência do litígio sobre a coisa. A omissão do credor acarreta o dever de indenizar, caso se demonstre o nexo causal entre sua inércia na defesa ou na cientificação e a perda ou a deterioração do bem empenhado.

O terceiro dever do credor (inciso III) é imputar os frutos dos quais se apropriar no pagamento das despesas de guarda, conservação, juros ou capital da dívida. O preceito tem estrita ligação com o art. 1.433, V, do Código Civil, já comentado. A apropriação dos frutos decorre da lei, independentemente de convenção entre as partes, embora seja norma dispositiva. O credor apenas retém a posse dos frutos e, com a extinção do penhor, deve devolvê-los ao dono juntamente com o bem empenhado. Pode optar, porém, por compensar os frutos, utilizando-os para abater as despesas com a coisa, os juros e o capital da obrigação garantida, sucessivamente.

O quarto dever do credor (inciso IV) é a restituição da coisa empenhada, uma vez paga a dívida e as despesas com a guarda e a conservação do bem empenhado. A posse direta e justa se converte em posse injusta, marcada pelo vício da precariedade. A mora é *ex re* e independe de notificação ou interpelação. Cabe ao devedor o ajuizamento de ação possessória ou de ação de depósito contra o credor inadimplente, que somente se exime da obrigação se demonstrar que o bem se perdeu por força maior ou caso fortuito. A devolução é feita acompanhada dos frutos e das acessões, que se incorporam ao bem. No que se refere aos frutos, podem ser compensados com a dívida, como visto anteriormente.

O quinto e último dever do credor (inciso V) é devolver o saldo do preço do produto da excussão do bem empenhado, quando superar o valor da obrigação garantida. Faz o preceito remissão ao inciso IV do art. 1.433 do Código Civil, que alude não somente à execução judicial como também à alienação administrativa ou à venda amigável. O que sobejar do preço de venda, em qualquer modalidade, após pagamento do principal, encargos legais e contratuais, custas, honorários advocatícios e despesas com a conservação do bem, é restituído ao dono do bem empenhado. No caso de alienação judicial, o próprio juiz controla e determina o levantamento do saldo pelo dono do bem. Nos casos de alienação extrajudicial, deve o credor prestar contas ao devedor e devolver-lhe incontinenti o saldo, notificando-o para vir recebê-lo. A inércia do devedor não autoriza o credor a apropriar-se do saldo, que deve ser consignado em pagamento, para evitar os efeitos da mora. Somente com a prescrição ordinária da pretensão - dez anos - é que se desobriga o credor pignoratício de devolver o saldo ao devedor.

Jurisprudência: Levadas as joias a leilão por equívoco, porque a autora quitou o valor devido no contrato de penhor, descabe a indenização apurada com base na cláusula catorze daquele contrato, pois a mesma diz respeito unicamente aos casos de extravios ou danos, não sendo aplicável quando se trata da obrigação de indenizar por negligência. A avaliação efetuada pela CEF quando os bens lhe são entregues não corresponde ao valor de mercado, distanciando-se de qualquer critério real, possuindo como finalidade única estabelecer valores no contrato. A indenização decorrente de culpa, de negligência confessada, envolve não só o dano material como aquele que reveste o prejuízo sob o aspecto afetivo ligado a preservação dos bens, quer por provenientes de vínculos familiares, quer por derivarem de realização de satisfações pessoais, sem esquecer da hipótese de investimento. (STJ, REsp n. 719.354/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 24.05.2005)

O contrato de penhor, acessório ao contrato de mútuo, extinguiu-se na espécie pelo implemento da prestação do mutuário, não subsistindo a cláusula limitativa da responsabilidade do credor, de sorte que o extravio do bem empenhado, no período em que o credor pignoratício detinha o bem na qualidade de simples depositário, impõe a indenização ampla determinada pelo art. 774, IV, CC. II - A regra geral da convivência humana, a qual o direito deve proteção, e que a indenização pela reparação deve ser a mais completa possível, a fazer justiça no caso concreto. Somente nos casos ressalvados ou autorizados por lei se mostra admissível limitação da responsabilidade. (STJ, REsp n. 83.717/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.11.1996)

CC. Depositário. Depósito mútuo. Penhor mercantil. Art. 1.280. Depósito. Vinho. Penhor mercantil dado à conta de garantia de mútuo. Banco credor que descure das cautelas relativas ao armazenamento. Perecimento da coisa. Responsabilidade do depositário. Situação que não autorizava a incidência da regra do art. 1.280 do Código Civil (1916), por se cuidar de depósito processual. Indenizatória parcialmente procedente, pois afastado o lucro cessante. Recursos não providos. (TJSP, Ap. cível n. 914.263-4, 15ª Câmara. Direito Privado, rel. Waldir de Souza José, j. 12.07.2005)

Contrato. Penhor. Furto das joias. Responsabilidade da depositária. Indenização pelo valor de mercado dos bens. Admissibilidade. Inexistência de dano moral (TRF, 3ª Região). (RT769/415)

Seção IV **Da Extinção do Penhor**

Art. 1.436. Extingue-se o penhor:

I - extinguindo-se a obrigação;

II - perecendo a coisa;

III - renunciando o credor;

IV - confundindo-se na mesma pessoa as qualidades de credor e de dono da coisa;

V - dando-se a adjudicação judicial, a remissão ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada.

§ 1º Presume-se a renúncia do credor quando consentir na venda particular do penhor sem reserva de preço, quando restituir a sua posse ao devedor, ou quando anuir à sua substituição por outra garantia.

§ 2º Operando-se a confusão tão somente quanto à parte da dívida pignoratícia, subsistirá inteiro o penhor quanto ao resto.

O artigo em exame arrola o preceito das causas de extinção do penhor, sem caráter taxativo. Outras causas, além das previstas na lei, são indicadas pela doutrina: a resolução do domínio do bem empenhado, a usucapião do bem empenhado; o decurso do prazo do penhor; a remição ou resgate do penhor.

O *caput* substituiu corretamente o termo “resolve-se” por “extingue-se”. A resolução é termo com significado próprio, de extinção do contrato bilateral por inadimplemento do devedor ou onerosidade excessiva. É espécie de extinção do contrato.

A primeira causa de extinção do penhor é a extinção da obrigação garantida. Como explica Clóvis Bevilacqua, “o penhor é constituído para assegurar o pagamento de uma obrigação. É acessório desta. Se a obrigação se extingue, desaparece a razão de ser do penhor; ele extingue-se por via de consequência e falta de fundamento” (*Direito das coisas*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 96).

Como acessório da obrigação, o penhor segue a sorte jurídica desta. É irrelevante que a extinção se dê por pagamento ou sem pagamento (novação, compensação, confusão, transação). Anota Caio Mário da Silva Pereira que “quando o débito é extinto sem satisfação do credor, poderá subsistir a relação pignoratícia, mas é preciso que interfira a vontade neste sentido, como ocorre com a novação; se outra obrigação se contrair extinguindo-se a primeira, resolve-se com esta o penhor que a assegurava; mas subsistirá se, ao novar-se, o penhor é transferido explicitamente para a nova *obligatio*” (*Instituições de direito civil* 18. ed. atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. IV, p. 358).

No caso de pagamento com sub-rogação, o *solvens* assume a posição do antigo credor, com as garantias e qualidades do crédito original (art. 349 do CC).

Também não sobrevive o penhor à extinção da obrigação por decadência ou por invalidade - nulidade ou anulabilidade. Embora divirja a doutrina, o melhor entendimento é o de que, prescrita a pretensão da obrigação garantida, não mais faz sentido a persistência do penhor, diante de sua inexigibilidade. É verdade que o pagamento voluntário pelo devedor de crédito prescrito é eficaz e não comporta repetição, mas nenhuma relação guarda com a garantia real do penhor. Parece evidente que, prescrita a pretensão, a retenção do bem empenhado pelo credor até o pagamento constituiria manifesto ato ilícito.

A segunda causa de extinção é o perecimento da coisa. Pode o perecimento dar-se pela destruição total ou perda da coisa. Se a destruição for parcial, persiste o penhor sobre o remanescente, em vista da indivisibilidade da garantia real. Se o bem empenhado se encontrava no seguro, ou for indenizado por terceiro causador da perda, não se opera extinção, mas sub-rogação no valor da indenização, como visto no comentário ao art. 1.425, § 1º, do Código Civil. Se o bem empenhado se perdeu por culpa do credor, seu valor é compensado com o da obrigação garantida. Lembre-se de que o penhor se extingue pela perda do bem, mas persiste a obrigação como crédito quirografário, com vencimento antecipado (art. 1.425 do CC).

A terceira causa de extinção é a renúncia do credor, que pode desistir da garantia em vista de seu caráter patrimonial e disponível. Somente aquele que tem a livre disposição de seus bens pode renunciar à garantia. Pode a renúncia dar-se por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Se ocorrer por procurador, se exigem poderes expressos e especiais. Não se exige outorga uxória, por se tratar de bens móveis.

A renúncia pode ocorrer de forma expressa, sempre por escrito, para constituir título hábil a instruir pedido de cancelamento no registro de títulos e documentos ou imobiliário (no caso de penhores especiais).

Pode, ainda, ocorrer de forma tácita, como previsto nas três hipóteses exemplificativas do § 1º deste artigo. Nada impede que outros comportamentos concludentes do credor, embora não arrolados no dispositivo, deixem evidenciado o desejo de renunciar à garantia. As hipóteses do § 1º são a) o consentimento na venda do bem empenhado sem reserva do

preço; b) a restituição de sua posse ao devedor que, na forma do art. 387 do Código Civil, já comentado, que prova a renúncia do credor à garantia, mas não ao crédito. Claro que essa regra não se aplica aos casos de penhores especiais rural, industrial e mercantil, ou sobre veículos, nos quais a posse direta não se transmite ao credor; c) a anuência do credor à substituição da garantia.

A quarta causa de extinção (inciso IV) é a confusão, porque é natural que, se o credor adquire o bem empenhado, não mais há direito real de garantia sobre coisa alheia. Do mesmo modo, se a própria obrigação se extingue em razão da confusão, com ela se extingue a garantia real acessória. O § 2º deste artigo completa o preceito, ressaltando que, se a confusão se opera apenas quanto à parte da garantia, persiste o penhor quanto aos demais bens empenhados.

Finalmente, a quinta e última causa da extinção do penhor (inciso V) opera pela adjudicação, arrematação e remição-resgate (e não remissão-perdão, como se encontra grafado neste artigo). A excussão do bem empenhado faz com que o credor se satisfaça com o respectivo preço, de modo que o arrematante receba o bem livre e desonerado. É irrelevante que o crédito garantido supere o valor da arrematação, porque o saldo, esgotada a garantia, se converterá em crédito quirografário. Igual fenômeno ocorre se há venda amigável autorizada por cláusula contratual ou por procuração, se o credor adjudica o bem empenhado, ou se há o resgate da dívida por terceiro interessado ou parentes do devedor.

Não explicita o preceito a possibilidade de credor quirografário penhorar e levar o bem empenhado a leilão e seus efeitos em relação ao credor garantido. Aplica-se por analogia o disposto no art. 1.501 do Código Civil, adiante comentado. O bem empenhado é alienável e, portanto, penhorável. Não extingue o penhor devidamente registrado a arrematação ou adjudicação feitas por credor quirografário, se não foi notificado o credor pignoratício que não foi, de qualquer modo, parte na execução. A arrematação e adjudicação são válidas, mas ineficazes frente ao credor pignoratício, continuando empenhado o bem.

Os penhores especiais pecuário, industrial e mercantil tornam os bens inalienáveis e, portanto, impenhoráveis. Serão analisados nos comentários aos arts. 1.445 e 1.449 do Código Civil os efeitos da inalienabilidade/impenhorabilidade frente aos demais credores com privilégio legal.

Jurisprudência: A impenhorabilidade dos bens entregues em garantia hipotecária tanto em cédula de crédito rural como em cédula de crédito industrial é relativa, sendo admitida nos seguintes casos: a) em sede de execução fiscal, haja vista a preferência dos créditos tributários (REsp n. 471.899/SP, rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 06.09.2004; REsp n. 563.033/SP, deste relator, *DJ* de 22.03.2004; REsp n. 318.883/SP, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 31.03.2002; REsp n. 268.641/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 11.11.2002; REsp n. 309.853/SP, rel. Min. José Delgado, *DJ* de 27.08.2001); b) após o período de vigência do contrato de financiamento (REsp n. 131.699/MG, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 24.11.2003; REsp n. 539977/PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* de 28.10.2003; REsp n. 451.199/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 26.05.2003); e c) quando houver a anuência do credor (STJ, REsp n. 532.946/PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* de 13.10.2003). [...] *In casu*, a regra da impenhorabilidade prevista no art. 69, do Decreto-lei n. 167/67, foi relativizada tendo em vista que o valor do bem excede a dívida garantida pela hipoteca. 4 - A *ratio essendi* do art. 69, do Decreto-lei n. 167/67, é a de proteger a satisfação do crédito e o direito de preferência do credor (RE n. 140.437/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 03.02.1995). 5 - A exegese do referido preceito explicita a preferência do detentor da garantia real sobre os demais credores na arrematação do bem vinculado à hipoteca". (STJ, REsp n. 633.463/BA, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.03.2005)

O perecimento por completo da coisa empenhada não induz à extinção da obrigação principal, pois o penhor é apenas acessório desta, perdurando, por conseguinte, a obrigação do devedor, embora com caráter pessoal e não mais real. Segundo o disposto no inciso IV do art. 774 do Código Civil/1916, o credor pignoratício é obrigado, como depositário, a ressarcir ao dono a perda ou deterioração, de que for culpado. Havendo furto ou roubo do bem empenhado, o contrato de penhor fica resolvido, devolvendo-se ao devedor o valor do bem empenhado, cabendo ao credor pignoratício o recebimento do valor do mútuo, com a possibilidade de compensação entre ambos, de acordo com o art. 775 do Código Civil/1916. (STJ, REsp n. 730.925/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.04.2006)

Art. 1.437. Produz efeitos a extinção do penhor depois de averbado o cancelamento do registro, à vista da respectiva prova.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame merece interpretação cuidadosa. O preceito pode ser dividido em duas partes: a) os efeitos da averbação do cancelamento do registro; b) a prova, ou seja, o título necessário para fazer a averbação do cancelamento.

Quanto à primeira parte, cabe lembrar que o registro do penhor gera consequências diversas, de acordo com sua modalidade. No comentário ao art. 1.432 do Código Civil, vimos que o penhor comum, ou vulgar, se constitui com a entrega da posse direta do bem empenhado ao credor. O registro não tem efeito constitutivo do direito penhor, mas apenas efeito publicitário. Gera oponibilidade contra terceiros de boa-fé. Os arts. 1.438, 1.448 e 1.462, adiante comentados, que tratam respectivamente dos penhores rural, industrial/mercantil e de veículos, são expressos ao dispor que o direito real se *constitui* pelo registro. Como não há entrega da posse direta do bem empenhado ao credor, fica a cargo do registro toda a publicidade inerente ao direito real. Sem registro, não há direito real de penhor.

Disso decorre que a extinção do penhor deve ser averbada nos respectivos registros (títulos e documentos para os penhores comum e de veículos; registro de imóveis para os penhores rural, industrial e mercantil), como, de resto, preveem os arts. 164/165 (*RTD*) e 248/254 (*RI*) da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73).

Embora este artigo, de modo imperfeito, dê a impressão de que todos os efeitos da extinção do penhor ocorrem somente depois da averbação do cancelamento do registro, isso não é exato. Na verdade, há um fato extintivo e, como efeito desse fato, o cancelamento do registro do penhor. Entre as partes, via de regra o penhor deixa de produzir efeito desde o fato extintivo, mas, em relação a terceiros, somente a partir do momento em que se averba o cancelamento junto ao registro de títulos e documentos ou imobiliário, dependendo da modalidade da garantia.

O que visa a lei é preservar o interesse de terceiros de boa-fé, como o cessionário do crédito pignoratício que, fiado no registro, ignora o anterior fato extintivo. Lembre-se apenas de que até mesmo em relação a terceiros há causas extintivas que constituem modo originário de aquisição da propriedade e que independem de ingresso no registro, como a usucapião ou desapropriação do bem empenhado.

A segunda parte do artigo diz que a averbação do cancelamento do registro se faz “à vista da respectiva prova”. O art. 250 da Lei n. 6.015/73 melhor regula o tema e dispõe que o cancelamento se faz: a) em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado; b) a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado; c) a requerimento do interessado, instruído com documento hábil.

Exige-se um título instrumentalizado em documento para a averbação do cancelamento. Nem sempre se faz necessária a intervenção judicial. Em diversos casos, basta o requerimento da parte acompanhado de documento suficiente para, a um exame extrínseco, demonstrar a causa extintiva. A renúncia expressa instrumentalizada pelo credor por escrito, a quitação passada pelo credor, o decurso do prazo e o documento demonstrativo da alienação amigável da coisa empenhada a terceiro bastam para obtenção do cancelamento. Em outros casos, quando a causa extintiva depender do exame de fatos não demonstrados na face do título, como o perecimento da coisa, há necessidade de intervenção judicial e o cancelamento se faz à vista de mandado.

Seção V **Do Penhor Rural**

Subseção I **Disposições Gerais**

Art. 1.438. Constitui-se o penhor rural mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição em que estiverem situadas as coisas empenhadas.

Parágrafo único. Prometendo pagar em dinheiro a dívida, que garante com penhor rural, o devedor poderá emitir, em favor do credor, cédula rural pignoratícia, na forma determinada em lei especial.

CC/1916: art. 796.

Legislação correlata: arts. 1º a 3º, Lei n. 492, de 30.08.1937.

O penhor rural abrange os penhores agrícola e pecuário. Inicialmente, o legislador traça regras comuns às duas espécies, para, em seguida (arts. 1.442 e segs.), cuidar da disciplina específica de cada uma delas. O penhor rural, ao lado dos penhores industrial e mercantil, atende às necessidades do tráfico jurídico e imposições do desenvolvimento econômico. Leva em conta que a transferência da posse direta do bem empenhado ao credor nem sempre é o desejável ou possível. O agricultor desprovido das sementes ou dos implementos agrícolas, o pecuarista sem a posse de suas matrizes e reprodutores, dados em garantia pignoratícia, certamente inviabilizariam a própria atividade econômica.

Por isso se criaram os penhores especiais, cuja marca principal é a manutenção da posse direta em poder do próprio devedor, para que este empregue o bem empenhado em sua atividade econômica e possa, com isso, gerar fundos para adimplir a obrigação.

Dispõe o *caput* deste artigo que se constitui o penhor rural mediante o registro imobiliário do instrumento público ou particular. Ao contrário do penhor comum, não há entrega da posse direta do bem empenhado ao credor. A posse direta permanece nas mãos do próprio devedor, ou de terceiro prestador da garantia. Ao credor é transferida somente a posse indireta e jurídica sobre o bem empenhado. Não mais alude a lei, corretamente, à *cláusula constituti*, ou ao constituto possessório. O constituto possessório é modo de aquisição e perda da posse, pelo qual o alienante permanece fisicamente com a coisa, mas em nome do adquirente. A posse do alienante se degrada em detenção. No penhor agrícola, não é isso o que ocorre. Há mero desdobramento da posse, nos termos do art. 1.197 do Código Civil, acima comentado. O devedor é possuidor direto e o credor, possuidor indireto, ambos com direito à tutela possessória. A situação jurídica é apenas inversa à do penhor comum, na qual a posse direta é transferida ao credor, enquanto ao devedor remanesce a posse indireta.

Em contrapartida, há necessidade de se conferir publicidade mais eficaz ao penhor, porque não conta o credor com a posse (visibilidade do domínio) sobre o bem empenhado. Deve-se criar mecanismo de alerta a terceiros de boa-fé, para que possam saber e conhecer que o bem móvel que se encontra com o devedor está onerado por direito real de garantia, dotado de seqüela. Esse mecanismo é o registro imobiliário, que nos penhores especiais tem natureza constitutiva e não meramente publicitária. Sem o registro imobiliário, não há direito real de penhor. É ineficaz o registro no oficial de títulos e documentos. O registro é feito na circunscrição imobiliária onde estiverem localizadas as coisas empenhadas, sob pena de ineficácia perante terceiros, como já reconhecido pelo STJ (Ag. Reg. no AI n. 37.388/RS, rel. Min. Dias Trindade). É lançado no Livro III, de modo que fácil fica a terceiro que vai negociar com o devedor, mediante simples consulta ao indicador pessoal do registro de imóveis, saber quais bens móveis se encontram empenhados e quais as obrigações garantidas. Não há necessidade de o devedor ser proprietário ou titular de direito real sobre imóvel rural, porque o penhor tem por objeto apenas bens móveis. O penhor não é registrado na matrícula do imóvel, mas apenas no Livro III. Logo, o arrendatário pode dar em garantia os bens móveis de sua propriedade que se encontram em imóvel rural alheio.

Corrigiu este artigo a posição da Lei n. 492/37, que em seu art. 1º dispunha que o devedor permanecia como depositário dos bens empenhados. O atual Código Civil, em posição absolutamente afinada com a jurisprudência dominante do STJ, eliminou o termo “depositário”. Reconheceu que tem devedor muito mais do que a simples guarda e o dever de restituição do bem empenhado. O devedor é proprietário do bem empenhado e tem a posse direta e os correlatos direitos de usar e de fruir. Como frisou o Ministro Athos Gusmão Carneiro, ao julgar o REsp n. 12.507/RS, a prisão civil só se admite nos depósitos para guarda e não nos depósitos para garantia de crédito, sob pena de regressão aos tempos prístinos de prisão por dívidas, proibidas pela Constituição Federal.

O entendimento do STJ é todo no sentido de que, em se tratando de depósito de bens fungíveis e consumíveis celebrado em garantia de outro contrato, não cabe o ajuizamento de ação de depósito com pedido de prisão do depositário inadimplente, uma vez que, na espécie, são aplicáveis as regras do mútuo. Na hipótese de contrato de depósito clássico e autônomo, ainda que de bens fungíveis, ocorrendo infidelidade, é cabível o ajuizamento de ação de depósito com pedido de prisão do depositário dos bens (REsp n. 440.832/RS, REsp n. 406.858/RS, HCn. 28.385/PR, HC n. 24.829/SP, HCn. 37.967/SP, REsp n. 193.728/GO, REsp n. 218.118/SP, entre outros).

No caso de inadimplemento, cabe excussão do penhor e até mesmo pedido de tutela antecipada, preenchidos os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, para que a posse direta seja transferida ao credor, ou a terceiro. Não cabe, porém, a ação de depósito contra o devedor pignoratício. Como já decidiu o STJ, “conquanto admissível a tradição simbólica à perfectibilização do penhor cedular, não cabe a ação de depósito para reaver os bens que lhe serviram de objeto” (REsp n. 106.023/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha. No mesmo sentido, REsp n. 122.751/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Finalmente, o parágrafo único deste artigo prevê a possibilidade de emissão de cédula rural pignoratícia, regulada em lei especial. A lei especial é o Decreto-lei n. 167/67, que se encontra em vigor, salvo naquilo que contrastar com o atual Código Civil, em especial a qualificação do devedor como depositário dos bens empenhados. Define-se como “títulos representativos de operações de financiamento, constituídos a partir de empréstimos concedidos por instituições financeiras, ou entidades a estas equiparadas, a pessoa natural (física) ou jurídica que se dedique à respectiva atividade” (MAMEDE, Gladston. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 180).

Como diz Caio Mário da Silva Pereira, “a cédula é título formal, líquido, certo e exigível pela soma nela inscrita, que dispensa a outorga conjugal e é oponível a terceiros. Facilmente

negociável, comporta redesconto no Banco Central, e constitui título executório extrajudicial. Pode ser endossada em preto ou em branco” (*Instituições de direito civil* 18. ed. atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. IV, p. 349). Constitui poderoso instrumento de mobilização do crédito rural e deve ser levada ao registro imobiliário.

Jurisprudência: Não dá ensejo à ação de depósito o inadimplemento de contrato de abertura de crédito garantido com penhor mercantil de bens fungíveis, por não se configurar, a espécie, depósito clássico, mas mero mútuo, cujas regras devem incidir na espécie, de conformidade com o art. 1.280 do CC anterior. Inviável, da mesma forma, o pedido prisional. (STJ, REsp n. 92.713/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 01.06.2004)

O depósito de coisas fungíveis não enseja ação de depósito, nem prisão civil, aplicando-se, no caso, as regras do mútuo comum. Ag. Reg. no REsp n. 521.828/PR, Min. Humberto Gomes de Barros. No mesmo sentido, STJ, REsp n. 293.633/PR (*RJTAMG* 86/377), REsp n. 178.368/PR, HCn. 11.676/RJ, REsp n. 188.462/GO (*RJADCOAS2MW2*).

Segundo entendimento firmado na 3ª Turma, "o cabimento de prisão civil, nos casos de penhor mercantil, deve submeter-se à mesma orientação aplicada aos casos de alienação fiduciária, por cuidarem, ambos, de depósito atípico" e que, "considerando a Corte Especial ser ilegítima a prisão de devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária, ilegal é também a prisão decretada nos casos de penhor mercantil" (HCn. 24.931/SP, rel. Min. Pádua Ribeiro, *DJ* 12.08.2003). (STJ, HCn. 36.104/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.08.2004)

O art. 1º da Lei n. 492/37, que regula o penhor rural, estipula que essa modalidade de garantia se constitui "pelo vínculo real resultante do registro", de sorte que não se pode tratar como tal o ajuste ao qual falte esse requisito formal. (STJ, REsp n. 35.109/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.09.1996)

Civil. Penhor agrícola. Registro. Não contraria o art. 69 do Decreto-lei n. 167/67 o acórdão que tem por improcedente ação rescisória, pelo inciso V do art. 485, tendo em vista a falta de registro do contrato de penhor agrícola no local de situação do imóvel onde se encontra a lavoura apenhada. (STJ, Ag. Reg. no AI n. 37.388/RS, rel. Min. Dias Trindade, j. 14.07.1993)

Processual civil. Civil. Arresto. Bem gravado por cédula de crédito rural. Registro tardio do título. Efeito constitutivo da inscrição. Inexistência de direito de preferência ao crédito anterior ao registro. (STJ, REsp n. 698.576/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.04.2005)

Art. 1.439. O penhor agrícola e o penhor pecuário somente podem ser convencionados, respectivamente, pelos prazos máximos de três e quatro anos, prorrogáveis, uma só vez, até o limite de igual tempo.

§ 1º Embora vencidos os prazos, permanece a garantia» enquanto subsistirem os bens que a constituem.

§ 2º A prorrogação deve ser averbada à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor.

Ao contrário do penhor tradicional, que não é subordinado à limitação de tempo, o penhor rural, para não embarçar em demasia as atividades do dono do bem empenhado, tem prazos máximos fixados por norma cogente, a saber: três anos o penhor agrícola e quatro anos o penhor pecuário. Nada impede que a garantia seja fixada por prazo inferior. A fixação por prazo superior se considera não escrita, fulminada por nulidade, de modo que se reduz aos prazos máximos admitidos em lei.

Dispõe este artigo que os prazos máximos de três e quatro anos sejam prorrogados, por outro período, até limite de igual tempo e por apenas uma vez. A cláusula antecipada de prorrogação automática é nula de pleno direito, por fraude à norma cogente proibitiva. A convenção que prorroga o prazo de garantia deve ser averbada no registro imobiliário, para ganhar eficácia contra terceiros.

O parágrafo primeiro deste artigo reza que vencido o prazo da garantia, esta não se extingue de modo automático, mas persiste enquanto subsistirem os bens que a constituem. Outros bens - safras ou crias de animais - não integrarão o penhor, mas a safra e os animais existentes ao final do termo continuarão onerados e podem ser levados à excussão.

Jurisprudência: Registro de imóveis. Cédula rural pignoratícia. Título que tem prazo superior a três anos, o que contraria a limitação legal prevista no art. 61 do Decreto-lei n. 167/67, reafirmada no art. 1.439 do Código Civil. Dúvida julgada procedente para o fim de manter a recusa do registro do título. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 718-6/9-00/Teodoro Sampaio, rel. Gilberto Passos de Freitas, j. 26.07.2007, v.u.)

Art. 1.440. Se o prédio estiver hipotecado, o penhor rural poderá constituir-se independentemente da anuência do credor hipotecário, mas não lhe prejudica o direito de preferência, nem restringe a extensão da hipoteca, ao ser executada.

CC/1916: art. 783.

Legislação correlata: art. 4º, Lei n. 492, de 30.08.1937.

Diz este artigo que o penhor rural pode constituir-se sobre o imóvel hipotecado, sem anuência do credor hipotecário, nem prejuízo de seu direito de prelação. Nos termos do art. 79 do Código Civil, são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar, natural ou artificialmente. Disso decorre que plantações são bens imóveis por definição legal, mas por exceção podem ser também objeto de penhor, por serem mobilizáveis.

Em tese, pode ocorrer do mesmo bem - plantações - ser objeto simultaneamente de garantia hipotecária e pignoratícia. Permite a lei tal situação, sem anuência do credor hipotecário, que nenhum prejuízo sofre, porque mantém incólumes seus direitos de seqüela e prelação. A anterior hipoteca registrada goza de preferência sobre o penhor posterior, quando houver coincidência de objetos.

A maior dificuldade está na conciliação da regra deste artigo com o disposto nos arts. 59 e 69 do Decreto-lei n. 167/67, que dispõe que os bens objeto de penhor ou hipoteca constituídos pela cédula e crédito rural não serão alienados nem penhorados, arrestados ou seqüestrados por outras dívidas do devedor ou o terceiro prestador da garantia. Tal preceito, como abaixo veremos, sofre sérias restrições da jurisprudência, especialmente quando o credor que faz a penhora tem privilégio legal. De todo modo, a melhor interpretação é no sentido de que o art. 1.440 é exceção à regra da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens objeto de hipoteca cédular, mesmo porque esta permanece incólume para o credor hipotecário, que não perde a prelação nem a seqüela.

Jurisprudência: Execução de cédula rural pignoratícia. Duplicidade de execução com o ajuizamento de outra distinta referente ao título dado em garantia sob a forma de penhor mercantil. Jurisprudência da Corte. Ambas as turmas que compõem a Seção de Direito Privado da Corte convergem no entendimento de que não se admite a execução da mesma dívida em processos distintos. (STJ, REsp n. 608.897/MT, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.04.2005)

Cédula de crédito rural. Execução por título extrajudicial. Hipoteca. Penhora. Imóvel. Penhora. Execução por título extrajudicial. Construção sobre imóvel onerado com hipoteca em cédulas rurais de crédito. Penhora declarada nula pelo juiz, *ex officio*, em face do art. 69 do Decreto-lei n. 167/67. Impenhorabilidade, porém, que não é ilimitada e se circunscreve ao tempo de vigência do contrato. Cédulas hipotecárias vencidas e credor cedular ciente da execução promovida pelo agravante. Penhora válida e direito de prelação a ser observado. Agravo provido para este fim. (TJSP, Ap. cível n. 128.6997-1, rel. Cerqueira Leite, j. 14.04.2004)

Direito de preferência. Penhora. Crédito rural. Penhora. Imóvel gravado por cédulas de crédito rural. Despacho que tornou nula a penhora baseando-se no art. 69 do Decreto-lei n. 167/67. Desacolhimento. Títulos que, vencidos e não pagos, estão sendo cobrados. Possibilidade de se penhorar o imóvel, pois a impenhorabilidade persiste somente até o vencimento das referidas cédulas. Direito de preferência do credor pignoratício que deverá ser intimado da penhora. Agravo provido. (TJSP, AI n. 113.6700-1, rel. Alberto Mariz de Oliveira, j. 19.02.2003)

Omissão. CPC, art. 600. Depósito. Cédula rural pignoratícia. Penhor. Depósito. Penhor. Determinação de apresentação de bens dados em decorrência de cédula rural pignoratícia. Não apresentação. Inadmissibilidade. Omissão que caracteriza-se como ato atentatório à dignidade da justiça. Fixação da multa em 15% sobre o valor atualizado do débito. Aplicação do art. 600, III e IV, do CPC. Imposição de multa configurada. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 115.6232-4, rel. Antonio Marson, j. 12.12.2002)

Execução por título extrajudicial. Penhora incidente sobre bem hipotecado em razão de cédula de crédito rural já vencida. Admissibilidade. Impenhorabilidade, decorrente do Decreto-lei n. 167/67, que perdura durante a vigência do contrato. Credor hipotecário, contudo, que goza da preferência, devendo ser intimado do ato da construção determinada. Agravo provido para esse fim. (TJSP, AI n. 104.3464-9, rel. Marciano da Fonseca, j. 30.10.2001)

Art. 1.441. Tem o credor direito a verificar o estado das coisas empenhadas, inspecionando-as onde se acharem, por si ou por pessoa que credenciar.

CC/1916: sem correspondente.

A regra é simples e corolário lógico da posse direta do bem empenhado permanecer nas mãos do devedor, que pode usá-lo e receber seus frutos.

Esse direito de inspeção, embora de natureza dispositiva, decorre da lei e se aplica ainda que nada tenham as partes convencionado a respeito. Permite o credor verificar se o devedor mantém seu dever de custódia e íntegro o bem empenhado. A inspeção pode ser feita pessoalmente pelo credor, ou por terceiro por ele autorizado. A recusa injustificada do devedor abre ao credor o direito de obter judicialmente a inspeção. Podem convencionar as partes que a recusa do devedor provoca o vencimento antecipado da dívida.

Embora silencie o Código Civil de 2002, alerta com razão Gladston Mamede que se encontra em vigor o disposto no art. 76 do Decreto-lei n. 167/67, que determina o seguro compulsório dos bens empenhados, quando houver expedição de cédula rural (*Código Civil Comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 195).

Subseção II Do Penhor Agrícola

Art. 1.442. Podem ser objeto de penhor:

- I - máquinas e instrumentos de agricultura;
- II - colheitas pendentes, ou em via de formação;
- III - frutos acondicionados ou armazenados;
- IV - lenha cortada e carvão vegetal;
- V - animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola.

CC/1916: art. 781.

Legislação correlata: art. 6º, Lei n. 492, de 30.08.1937.

O artigo em exame abre o estudo do penhor agrícola, que tem por objeto as operações de financiamento da atividade de plantio e produção de vegetais. Vimos que seu prazo de validade máximo é de três anos, prorrogáveis por igual período.

Podem constituir o penhor agrícola não somente o proprietário do imóvel onde se dá o plantio, como também o enfiteuta, o superficiário, o usufrutuário, o arrendatário e o parceiro, independentemente de consentimento do dono do solo (CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. X, p. 173).

Os cinco incisos deste artigo arrolam bens empenháveis, em caráter exemplificativo. Nada impede que outros bens destinados à produção agrícola possam ser dados em garantia real, embora não elencados na lei.

O inciso I menciona máquinas e instrumentos de agricultura, que abrange implementos agrícolas, tratores, caminhões. Não se confunde com o penhor de veículos, embora, para melhor publicidade e conhecimento de terceiros de boa-fé, nada impeça a anotação do gravame nos certificados de propriedade dos veículos.

O inciso II se refere às colheitas pendentes ou em vias de formação. É uma exceção à regra de que a garantia real deve incidir sobre coisas existentes, ou que não adquiriram sua forma definitiva. Não admite a lei, porém, o penhor sobre colheitas futuras, ainda não plantadas, mas somente sobre aquelas que se encontram, no mínimo, já plantadas ou em via de formação no ano do contrato (BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 85). Embora ainda não existente, a colheita integra automaticamente a garantia à medida que vai se formando, sem necessidade de qualquer novo ato ou consentimento das partes.

Assentou o STJ, em relação ao penhor sobre safras futuras, que “não cabe ação de depósito para restituição de bem inexistente ao tempo da celebração do contrato de financiamento” (REsp n. 47.027/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). A mesma Corte foi mais longe e assentou, em caso em que foi realizada a penhora sem constatação da real existência da colheita, que “infidelidade do depósito de safra futura, mesmo que judicial, não autoriza a pena de prisão civil” (HC n. 26.639/SP, rel. Min. Ari Pargendler. No mesmo sentido, HC n. 11.283/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

Os demais incisos deste artigo, claros por si, não comportam maiores considerações.

Jurisprudência: Embargos de terceiro. Nulidade do penhor rural. Descrição minuciosa do imóvel em que encontráveis os bens empenhados. Inexigência. A norma do art. 2º, § 2º, VI, da Lei n. 492, de 30.08.1937, foi derogada pelo art. 14, V, do Decreto-lei n. 167, de 14.02.1967. Basta, assim, a menção do local em que os bens empenhados podem ser encontrados. Requisito satisfeito no caso. (STJ, REsp n. 109.280/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.04.2002)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Depósito judicial. Execução de cédula rural. Garantia pignoratícia de safra futura. Penhora. Se o devedor, ao tempo da lavratura do auto de penhora, que ocorreu em mera conformidade com a estimativa do penhor cedular, não mais possuía o objeto deste, depósito não houve, carecendo a prisão, nessa hipótese, de justa causa. (STJ, RHC n. 11.283/SP, Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03.05.2001)

Depósito. Penhor rural. Safra futura. Não cabe ação de depósito para a restituição de bem inexistente ao tempo da celebração do contrato de financiamento. (STJ, REsp n. 47.027/RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 29.11.1994)

Art. 1.443. O penhor agrícola que recai sobre colheita pendente, ou em via de formação, abrange a imediatamente seguinte, no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a que se deu em garantia.

Parágrafo único. Se o credor não financiar a nova safra, poderá o devedor constituir com outrem novo penhor, em quantia máxima equivalente à do primeiro; o segundo penhor terá preferência sobre o primeiro, abrangendo este apenas o excesso apurado na colheita seguinte.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 7º da Lei n. 492, de 30.08.1937.

Este artigo disciplina a extensão legal, independentemente da vontade do devedor, da garantia real para a primeira safra subsequente, se a colheita originalmente empenhada se perdeu ou foi insuficiente para cobrir a dívida.

Como acentua Glasdton Mamede (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 212), essa prorrogação não é automática, mas depende de manifestação de vontade do credor. Incide ainda o art. 7º, § 2º, da Lei n. 492/37: “Assiste ao credor o direito de, exibindo a prova do tanto quanto na colheita se lhe consignou, ou se apurou, ou de ter-se frustrado no todo ou em parte, requerer ao juiz competente da situação da propriedade agrícola que faça expedir mandado para a averbação de estender-se o penhor à colheita imediata”.

Em termos diversos, a perda ou insuficiência da colheita original exige exame de fatos a serem provados, de modo que deve haver requerimento judicial de extensão da garantia e averbação no registro imobiliário, para conhecimento de terceiros. Sem tais providências, não pode o credor simplesmente penhorar e executar o produto da colheita subsequente.

Jurisprudência: [...] Conforme se depreende do disposto na Lei n. 492/37, somente no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a colheita objeto do penhor agrícola é que este se estende à safra seguinte, não havendo notícia de que tenha ocorrido tal hipótese, com as providências cabíveis. (STF, Ag. Reg. no AI n. 187.357/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 17.06.1999)

Subseção III Do Penhor Pecuário

Art. 1.444. Podem ser objeto de penhor os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios.

CC/1916: art. 784.

Legislação correlata: arts. 10 e 11, Lei n. 492, de 30.08.1937.

O artigo em exame abre a subseção que disciplina o penhor pecuário. Além dos animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios a que se refere este artigo, pode também ser empenhado o maquinário utilizado na produção.

A posse direta dos animais permanece com o devedor ou prestador da garantia, que transfere ao credor apenas a posse indireta e jurídica. Não há necessidade de descrição do local onde se encontram os animais empenhados. Isso porque, segundo decidiu o STJ, “a norma do art. 2º, § 2º, VI, da Lei n. 492, de 30.08.1937, foi derogada pelo art. 14, V, do Decreto-lei n. 167, de 14.02.1967. Basta, assim, a menção do local em que os bens empenhados podem ser encontrados. Requisito satisfeito no caso” (REsp n. 109.280/RS, rel. Min. Barros Monteiro).

Gladston Mamede acentua, com razão, ser “comum que o financiamento seja concedido para a aquisição dos animais, empenhando-se as cabeças que sejam adquiridas” com o crédito garantido. Em tal caso, o desvio do crédito e sua aplicação em finalidade diversa constitui infração penal prevista no art. 20 da Lei n. 7.492/86 (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 218).

Art. 1.445.0 devedor não poderá alienar os animais empenhados sem prévio consentimento, por escrito, do credor.

Parágrafo único. Quando o devedor pretende alienar o gado empenhado ou, por negligência, ameace prejudicar o credor, poderá este requerer se depositem os animais sob a guarda de terceiro, ou exigir que se lhe pague a dívida de imediato.

CC/1916: arts. 785 e 786.

Legislação correlata: arts. 12 e 35, Lei n. 492, de 30.08.1937.

Veda a lei a alienação dos animais empenhados, sem prévio consentimento do credor, por escrito. O consentimento do credor é formal e anterior à venda. Se não houver qualquer ressalva quanto à persistência da garantia, ou sua sub-rogação, ou substituição, a anuência à venda provoca a extinção do penhor. Pode a anuência se referir a apenas parte dos animais, caso em que a garantia se concentra no remanescente, em razão do princípio da indivisibilidade.

Embora haja controvérsia na doutrina, a alienação dos animais sem tal consentimento é nula e não produz efeitos frente ao credor, que pode promover sua excussão, ainda que se encontrem em poder de terceiros. A alienação de qualquer bem dado em garantia real é ineficaz frente ao credor garantido, em razão da seqüela. Os bens empenhados em geral são alienáveis, porque não afetam a garantia, em razão do vínculo real que os prende à obrigação. No penhor pecuário, porém, dadas suas peculiaridades, com o risco de perda dos animais, o legislador foi além. No dizer de Pontes de Miranda, “as alienações sem o consentimento do titular do direito de penhor não tem eficácia. Tudo se passa como se fossem alienações de

coisa alheia. Daí a vindicabilidade do titular do direito de penhor, sem necessidade de qualquer ação” (*Tratado de direito privado*, 3. ed. São Paulo, RT, 1984, v. XXI, p. 48).

A inalienabilidade dos animais empenhados acarreta também sua impenhorabilidade e a impossibilidade de dá-los em nova garantia, sem consentimento do credor original. Apenas se ressalva que, segundo entendimento do STJ, cabe a penhora em execução movida por credores com privilégio legal superior ao do credor pignoratício. Parte da jurisprudência vai além e admite a penhora por outros credores, quando não advier qualquer prejuízo ao credor pignoratício, preservando sua prelação.

O parágrafo único deste artigo disciplina duas hipóteses em que a garantia é colocada em risco pelo devedor: a) quando pretende alienar os bens por atos inequívocos, como anúncios ou leilões; b) quando por negligência ameaça a perda, deterioração ou desvalorização dos animais, em razão de maus tratos, insuficiência de pastagens de água ou falta de vacinas adequadas.

A consequência para ambos os casos é a faculdade alternativa de o credor requerer o pagamento imediato da dívida garantida, em vista de seu vencimento antecipado por disposição legal, ou o depósito dos animais, sob a guarda de terceiros. Cabe ao credor o ônus da prova do risco de deterioração da garantia, ou da pretensão de alienação, por parte do devedor.

Na lição de Pontes de Miranda, cabem as seguintes ações ao credor pignoratício, nas hipóteses contempladas por este artigo: a) a ação cautelar de depósito, em caso de intenção de alienar, ou de ameaça de prejuízo ao titular do direito de penhor, por negligência, com a alternativa de pagamento imediato da dívida; b) a ação de vindicação pignoratícia contra o outorgado da alienação, por força do art. 622 do Código Civil de 1916 e art. 12 da Lei n. 492; c) a ação possessória do titular do penhor, por ser-lhe ofendida, com a posse de terceiro, a posse mediata de titular do direito de penhor (PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p.48-9).

Jurisprudência: 1 - O art. 69, do Decreto-lei n. 167/67, preceitua que "Os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos pela cédula de crédito rural não serão penhorados, arrestados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro empenhador ou hipotecante, cumprindo ao emitente ou ao terceiro empenhador ou hipotecante denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão". 2 - A impenhorabilidade dos bens entregues em garantia hipotecária tanto em cédula de crédito rural como em cédula de crédito industrial é relativa, sendo admitida nos seguintes casos: a) em sede de execução fiscal, haja vista a preferência dos créditos tributários (REsp n. 471.899/SP, rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* 06.09.2004; REsp n. 563.033/SP, deste relator, *DJ* 22.03.2004; REsp n. 318.883/SP, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 31.03.2002; REsp n. 268.641/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 11.11.2002; REsp n. 309.853/SP, rel. Min. José Delgado, *DJ* 27.08.2001); b) após o período de vigência do contrato de financiamento (REsp n. 131.699/MG, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 24.11.2003; REsp n. 539.977/PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 28.10.2003; REsp n. 451.199/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 26.05.2003); e c) quando houver a anuência do credor (REsp n. 532.946/PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 13.10.2003). 3 - *In câsu*, a regra da impenhorabilidade prevista no art. 69, do Decreto n. 167/67, foi relativizada tendo em vista que o valor do bem excede a dívida garantida pela hipoteca. 4 - A *ratio essendi* do art. 69, do Decreto-lei n. 167/67, é a de proteger a satisfação do crédito e o direito de preferência do credor (RE n. 140.437/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 03.02.1995). 5 - A exegese do referido preceito explicita a preferência do detentor da garantia real sobre os demais credores na arrematação do bem vinculado à hipoteca. 6 - Concluindo as instâncias ordinárias, que possuem irrestrito acesso às provas dos autos, concluíram que a penhora não comprometerá a possível execução da garantia hipotecária, revela-se

insindicável a esta Corte Superior, por força da incidência da Súmula n. 7/STJ, rever tal posicionamento. (STJ, REsp n. 633.463/BA, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.03.2005)

Art. 1.446. Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor.

Parágrafo único. Presume-se a substituição prevista neste artigo, mas não terá eficácia contra terceiros, se não constar de menção adicional ao respectivo contrato, a qual deverá ser averbada.

CC/1916: art. 787.

Legislação correlata: art. 12, §§ 2º e 3º, Lei n. 492, de 30.08.1937.

Na lição de Carvalho Santos, o penhor pecuário tem a peculiaridade de aumento com as crias e diminuição com a morte ou extravio dos animais empenhados. No caso de penhor de um rebanho - animais da mesma espécie -, a natureza da universalidade de fato continua a mesma com os acréscimos e diminuições, porque é considerado como um todo. Claro que os novos animais devem ser da mesma espécie e qualidade dos originais, para integrar o rebanho (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. X, p. 187). A regra vale somente para os animais fungíveis, jamais para os animais infungíveis e empenhados como tais, como campeões ou reprodutores.

A regra é a de que o penhor se estende, independentemente de convenção expressa entre as partes, sobre os novos animais comprados ou nascidos para substituir os mortos ou extraviados.

Há sub-rogação real presumida dos animais originais para os novos animais. A presunção é relativa e pode ser destruída por prova em sentido contrário, a cargo do devedor pig-noratório, ou terceiro prestador da garantia real.

A presunção da sub-rogação real se limita às partes, mas não tem eficácia frente a terceiros, antes de aditado o contrato, a ser averbado no registro imobiliário. Indaga-se a razão pela qual deve ser o contrato aditado, diante da presunção de eficácia entre as partes. Isso se dá porque o registrador imobiliário não pode efetuar a averbação sem título escrito.

Seção VI

Do Penhor Industrial e Mercantil

Art. 1.447. Podem ser objeto de penhor máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais, utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias-primas e produtos industrializados.

Parágrafo único. Regula-se pelas disposições relativas aos armazéns gerais o penhor das mercadorias neles depositadas.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 273 (*revogado*), Código Comercial.

O artigo em exame abre a seção que disciplina os penhores industrial e mercantil. A maior novidade está na reunião, em um único capítulo, dessas modalidades de penhores, que se encontram regulados em legislação esparsa. Traça o Código Civil de 2002 apenas poucas

regras genéricas, de modo que, como acentua Caio Mário da Silva Pereira, “naquilo que as normas aqui constituídas não revogarem as especiais, ou não regularem o negócio jurídico respectivo, prevalecem subsidiariamente as que compõem a legislação própria” (*Instituições de direito civil* 18.ed. atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. IV, p. 350).

Arrola este artigo, em caráter exemplificativo, os bens que podem ser dados em penhor industrial ou mercantil. O Decreto-lei n. 413/69, no art. 20, que se encontra em vigor, ainda em caráter exemplificativo, elenca bens distintos, inclusive fazendo menção a títulos da dívida pública, ações de companhias e empresas e papéis de crédito negociável em comércio, bem como a outros que o Conselho Monetário Nacional venha a admitir como garantia de financiamentos. Grosso modo, podem ser dados em penhor todos os tipos de equipamentos e acessórios instalados e em funcionamento, além de matérias-primas e produtos industrializados e os acabados.

Como os demais penhores especiais, sua marca principal é que os bens empenhados continuam sob a posse direta do devedor pignoratício e a constituição do direito real ocorre pelo registro imobiliário.

O parágrafo único deste artigo dispõe que se regula pelas disposições dos armazéns gerais o penhor das mercadorias neles depositadas. A legislação especial a que se refere é o Decreto n. 1.102 de 1903, ainda em vigor. Como explica Marco Aurélio S. Viana, “nesse diploma legal temos a disciplina relativa às empresas que têm por fim a guarda e conservação de mercadorias, cabendo-lhe a emissão de títulos especiais que representam as mercadorias. Os títulos expedidos pelos armazéns são o *conhecimento de depósito* e o *warrnnt*. O primeiro incorpora o direito de propriedade sobre as mercadorias, enquanto o *warrnnt* se refere ao crédito e valor das mesmas” (*Comentários ao Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 754).

Jurisprudência: Contrato. Compra e venda. Penhor mercantil. Contrato. Compra e venda de equipamentos com garantia de penhor mercantil. Agravante que adquiriu máquinas da agravada, pretendendo utilizá-los em sua atividade comercial, oferecendo aos seus clientes um serviço de revelação fotográfica de alta qualidade. Caso em que não se cuida de relação de consumo, mas de operação de compra e venda mercantil, como insumo da atividade empresarial. Inaplicabilidade da legislação consumerista, nem por força da equiparação prevista em seu art. 29. Agravo desprovido. (TJSP, AI n. 129.0812-2, rel. José Marcos Marrone, j. 05.05.2004)

Art. 1.448. Constitui-se o penhor industrial, ou o mercantil, mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição onde estiverem situadas as coisas empenhadas.

Parágrafo único. Prometendo pagar em dinheiro a dívida, que garante com penhor industrial ou mercantil, o devedor poderá emitir, em favor do credor, cédula do respectivo crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 271 e 272 (*revogados*), Código Comercial.

Vale aqui o que foi dito no comentário ao art. 1.431 acima, embora diga respeito ao penhor rural. Dispõe o *caput* deste artigo que se constitui o penhor industrial ou mercantil mediante o registro imobiliário do instrumento público ou particular. Ao contrário do penhor comum, não há entrega da posse direta do bem empenhado ao credor. A posse direta permanece nas mãos do próprio devedor, ou de terceiro prestador da garantia. Ao credor é transferida somente a posse indireta e jurídica sobre o bem empenhado. Não mais alude a

lei, corretamente, à *cláusula constituti*, ou ao constituto possessório. O constituto possessório é modo de aquisição e perda da posse, pelo qual o alienante permanece fisicamente com a coisa, mas em nome do adquirente. A posse do alienante se degrada em detenção. No penhor industrial ou mercantil não é isso o que ocorre. Há mero desdobramento da posse, nos termos do art. 1.197 do Código Civil, acima comentado. O devedor é possuidor direto e o credor possuidor indireto, ambos com direito à tutela possessória. A situação jurídica é apenas inversa à do penhor comum, na qual a posse direta é transferida ao credor, ao passo que ao devedor remanesce a posse indireta.

Em contrapartida, há necessidade de se conferir publicidade mais eficaz ao penhor, porque não conta o credor com a posse (visibilidade do domínio) sobre o bem empenhado. Deve-se criar mecanismo de alerta a terceiros de boa-fé, para que possam saber e conhecer que o bem móvel que se encontra com o devedor está onerado por direito real de garantia, dotado de seqüela. Esse mecanismo é o registro imobiliário, que nos penhores especiais tem natureza constitutiva e não meramente publicitária. Sem o registro imobiliário, não há direito real de penhor. É ineficaz o registro no oficial de títulos e documentos. O registro é feito na circunscrição imobiliária onde estiverem localizadas as coisas empenhadas, sob pena de ineficácia perante terceiros, como já reconhecido pelo STJ (Ag. Reg. n. 37.388/RS, rel. Min. Dias Trindade). É lançado no Livro III, de modo que fica fácil a terceiro que vai negociar com o devedor, mediante simples consulta ao indicador pessoal do registro de imóveis, saber quais bens móveis se encontram empenhados e quais as obrigações garantidas.

Este artigo não menciona que o devedor pignoratício é depositário dos bens empenhados. Reconheceu que tem devedor muito mais do que a simples guarda e dever de restituição do bem empenhado. O devedor é proprietário do bem empenhado e tem a posse direta e os correlatos direitos de usar e de fruir. Como frisou o Min. Athos Gusmão Carneiro, ao julgar o REsp n. 12.507/RS, a prisão civil só se admite nos depósitos para guarda e não nos depósitos para garantia de crédito, sob pena de regressão aos tempos prístinos de prisão por dívidas, proibidas pela Constituição Federal.

O entendimento do STJ é todo no sentido de que, em se tratando de depósito de bens fungíveis e consumíveis celebrado em garantia de outro contrato, não cabe o ajuizamento de ação de depósito com pedido de prisão do depositário inadimplente, uma vez que, na espécie, são aplicáveis as regras do mútuo. Na hipótese de contrato de depósito clássico e autônomo, ainda que de bens fungíveis, ocorrendo infidelidade, é cabível o ajuizamento de ação de depósito com pedido de prisão do depositário dos bens (REsp n. 440.832/RS, REsp n. 406.858/RS, HC n. 28.385/PR, HC n. 24.829/SP, HC n. 37.967/SP, REsp n. 193.728/GO, REsp n. 218.118/SP, entre outros).

Finalmente, o parágrafo único deste artigo prevê a possibilidade de emissão de cédula pignoratícia mercantil ou industrial, regulada em lei especial. A lei especial é o Decreto-lei n. 413/69, que se encontra em vigor, salvo naquilo que contrastar com o Código Civil de 2002, em especial a qualificação do devedor como depositário dos bens empenhados. O art. 14 do aludido Decreto-lei dispõe sobre os requisitos formais para expedição da cédula pignoratícia, em atenção ao princípio da especialização. Definem-se as cédulas como “títulos representativos de operações de financiamento, constituídos a partir de empréstimos concedidos por instituições financeiras, ou entidades a estas equiparadas, a pessoa natural (física) ou jurídica que se dedique à respectiva atividade” (MAMEDE, Gladston. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 180).

O Decreto-lei n. 413/69 criou uma série de regras específicas para a execução da cédula de crédito mercantil. O STJ, porém, em mais de uma oportunidade, fixou que o procedimento especial foi revogado pelo CPC, que agora regula a matéria no processo de execução (REsp n. 5.344/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro; REsp n. 32.640/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Não mais se admite a venda antecipada de bens fora das hipóteses dos arts. 670, 793

e 1.113 do Código de Processo Civil, revogado, portanto, o art. 41 do Decreto-lei n. 413/69 (REsp n. 38.781/GO, rel. Min. Waldemar Zveiter; REsp n. 32.195, rel. Min. Barros Monteiro).

Jurisprudência: O cabimento de prisão civil, nos casos de penhor mercantil, deve submeter-se à mesma orientação aplicada aos casos de alienação fiduciária, por cuidarem, ambos, de depósito atípico e que, "considerando a Corte Especial ser ilegítima a prisão de devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária, ilegal é também a prisão decretada nos casos de penhor mercantil". (STJ, HC n. 24.931/SP, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 24.06.2003, DJ 12.08.2003). No mesmo sentido, HC n. 36.104/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.08.2004.

Não dá ensejo à ação de depósito o inadimplemento de contrato de abertura de crédito garantido com penhor mercantil de bens fungíveis, por não se configurar, a espécie, depósito clássico, mas mero mútuo, cujas regras devem incidir na espécie, de conformidade com o art. 1.280 do Código Civil anterior. Inviável, da mesma forma, o pedido prisional. (STJ, REsp n. 92.713/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 01.06.2004)

Penhor mercantil. Depósito. Coisas fungíveis, integrantes do capital de giro de empresa devedora principal, com atividades encerradas. Réus como depositários no contrato, mas sem entrega efetiva dos bens que integravam o capital de giro. Irrealização de sua entrega na ação de execução, pela penhora. Tratativa da garantia como mútuo, inexistindo o depósito ensejador da ação respectiva. Sentença de extinção. Apelação improvida. (TJSP, Ap. cível n. 842.853*7, rel. Oscarlino Moeller, j. 25.02.2003)

Ainda que se trate de bens fungíveis e consumíveis, é possível a tradição simbólica no penhor mercantil. Assim decidiu há pouco a Col. 3ª Turma, em julgado de que foi relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (REsp n. 337.842/SP). S. Exa., em seu douto voto, evoca precedentes desta Casa na mesma linha: REsp ns. 40.174/MG e 68.024/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; 123.278/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, e 66.930/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro. Este último aresto, que se encontra publicado na *RSTJ*, v. 75, p. 442-6, salienta, com remissão à regra do art. 274 do Código Comercial, então em vigor, a possibilidade de constituir-se o penhor mercantil sem a entrega efetiva do bem empenhado. Assim também assentara essa 4ª Turma: admite-se a tradição simbólica para o aperfeiçoamento do contrato de penhor mercantil (REsp ns. 7.187/SP, 40.174/MG, acima citado, e 182.183/RS, todos de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp n. 210.032/PR, por mim relatado). Tal orientação, por sinal, houvera sido placitada pela Corte Suprema quando se lhe achava afeto também o controle da legislação infraconstitucional (RE n. 72.500/SP, rel. Min. Rodrigues de Alckmin). A aceitação do encargo pelo depositário faz presumir a entrega simbólica dos bens dados em garantia. Além disso, a circunstância de cuidar-se de produtos perecíveis, com prazo de validade determinado, não obsta tal entendimento. É que tais bens, remédios e medicamentos, são suscetíveis de serem prontamente repostos, permanecendo então como objeto da garantia oferecida via do penhor mercantil. (STJ, REsp n. 147.898/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.10.2003)

Art. 1.449. O devedor não pode, sem o consentimento por escrito do credor, alterar as coisas empenhadas ou mudar-lhes a situação, nem delas dispor. O devedor que, anuindo o credor, alienar as coisas empenhadas, deverá repor outros bens da mesma natureza, que ficarão sub-rogados no penhor.

A regra do artigo em exame é similar à do art. 1.445, anteriormente comentado, à qual se remete o leitor.

O legislador houve por bem reforçar a garantia do credor pignoratício industrial e mercantil, vedando a alienação dos bens empenhados sem a sua concordância expressa e escrita.

O que se disse para a inalienabilidade do bem dado em garantia em penhor pecuário vale para os penhores mercantil e industrial. Estende-se também o que se disse sobre a impenhorabilidade desses bens e sua interpretação pelos tribunais.

Apenas se ressalta que este artigo é mais restritivo, pois não somente a alienação, como também a alteração e a mudança de situação da coisa empenhada depende de consentimento do credor.

Além disso, a alienação da coisa empenhada com consentimento do credor não provoca a extinção da garantia real, como ocorre no penhor tradicional. Diz a parte final do artigo que deverá o devedor repor as coisas empenhadas por outras da mesma natureza. Disso decorre que a renúncia tácita do penhor em geral, por consentimento à alienação sem ressalva, não se estende ao penhor mercantil e industrial. O silêncio implica no dever do devedor ou terceiro prestador da garantia repor bens da mesma natureza.

Caso recaia o penhor sobre bens fungíveis, em especial matéria-prima, se aplica a regra do art. 44 do Decreto-lei n. 413/69, ou seja, o devedor se obriga a manter em estoque uma quantidade desses mesmos bens ou de produtos resultantes de sua transformação, suficientes para cobertura do saldo devedor.

Art. 1.450. Tem o credor direito a verificar o estado das coisas empenhadas, inspecionando-as onde se acharem, por si ou por pessoa que credenciar.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame não tinha correspondente no Código Civil de 1916 e repete, sem qualquer alteração, o disposto no art. 1.441, anteriormente comentado, ao qual se remete o leitor.

Seção VII

Do Penhor de Direitos e Títulos de Crédito

Art. 1.451. Podem ser objeto de penhor direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis.

CC/1916: arts. 789 e 790.

O artigo em exame inaugura a seção relativa ao penhor sobre bens imateriais.

O Código Civil anterior denominava o penhor sobre títulos de *caução*, termo que, apesar de impróprio, porque designa garantia em geral, ainda se utiliza na prática bancária e empresarial. Essa modalidade de penhor especial tem larga utilização e, na expressão de Orlando Gomes, "a doutrina de que há direitos sobre direitos recebe, na matéria, uma de suas aplicações mais fecundas, pois a extensão do penhor a tais bens empresta à sua função econômica específica notável importância" (*Direitos reais*, 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 400). Obtempera, porém, Menezes de Cordeiro que "o penhor de créditos tem por objeto não um direito - ou uma coisa - mas uma prestação" (*Direitos reais*. Lisboa, Edições Jurídicas Lex, 1993, p. 754).

Os direitos reais, via de regra, tem por objeto coisas, ou seja, bens corpóreos. Uma das exceções é o penhor, que pode incidir sobre bens imateriais. Houve significativa ampliação do objeto do penhor sobre bens imateriais, porque no sistema anterior se exigia que os direitos estivessem representados por títulos, como os da dívida pública e os de crédito. Agora basta que os direitos reúnam dois requisitos cumulativos: i) sejam passíveis de cessão e ii) incidam sobre coisas móveis. Lembre-se de que há créditos passíveis de cessão por sua natureza, mas com cláusula proibitiva convencional. Em tal caso, por analogia ao que dispõe o art. 286 do Código Civil, a restrição deve constar do próprio instrumento da obrigação, sob pena de não valer contra terceiro.

Como alerta Gladston Mamede, agora se aceita que o penhor incida tanto sobre “(1) os instrumentos que representam, na forma da lei, obrigações; (2) obrigações que, sem instrumentos representativos, sejam passíveis de cessão” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 243).

A abertura legal permite a incidência do penhor sobre a propriedade industrial, ou a exploração do direito patrimonial de autor, além de títulos nominativos da dívida pública, títulos de crédito pessoal e ações de sociedade anônima, entre outros.

Jurisprudência: Caução liminar. Medida cautelar. Cautela nominada. Cláusula abusiva. Medida cautelar. Cautela nominada. Liminar indeferida. Pedido de suspensão de cláusula contratual. Dispositivo que obriga os autores a oferecer, em garantia, caução de receita referente a operações realizadas por meio de cartão de crédito administrado pelo banco agravado. Descabimento. Hipótese em que o penhor de direitos somente é constituído mediante registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Condição, todavia, não preenchida. Cláusula abusiva configurada. Recurso provido. (I TACSP, Proc. n. 132.5801-0, 4ª Câmara, rel. Des. Gomes Corrêa, j. 13.04.2005)

Execução por título extrajudicial. Cédula de crédito bancário garantida por instrumento de constituição de garantia e outras avenças (caução de títulos). Concordata preventiva da executada. Descabimento da suspensão da execução. Hipótese em que o crédito em que se funda a execução goza de privilégio especial, que recai sobre os títulos caucionados, nos termos do art. 792, IV, do Código Civil de 1916, vigente à época da constituição da garantia. Concordata atinge somente créditos quirografários. Art. 147 da Lei das Falências. Agravo de instrumento provido. (I TACSP, AI n. 121.3186-5, 12ª Câmara, rel. Des. Paulo Razuk, j. 10.02.2004)

Art. 1.452. Constitui-se o penhor de direito mediante instrumento público ou particular, registrado no Registro de Títulos e Documentos.

Parágrafo único. O titular de direito empenhado deverá entregar ao credor pignoratício os documentos comprobatórios desse direito, salvo se tiver interesse legítimo em conservá-los.

CC/1916: art. 791.

Disciplina o requisito formal do penhor sobre direitos, sem prejuízo da observância da especialização da garantia real, prevista no art. 1.424, já comentado. O negócio jurídico do penhor é solene e exige a forma escrita, por instrumento público ou particular, para que se obtenha título apto a ingressar no Registro de Títulos e Documentos. O registro é constitutivo do direito real de penhor e não meramente publicitário, até porque não haverá tradição de créditos incorpóreos.

Note-se, porém, que a eficácia do direito real quanto ao devedor do crédito dado em garantia somente se dará quando for notificado ou tomar ciência da existência do penhor, como se verá no comentário ao artigo subsequente. Disso decorre que o simples registro, excepcionalmente, não basta para produzir todos os efeitos da garantia real em relação ao devedor.

Razão tem Gladston Mamede quando adverte que certos créditos, por sua natureza e exigência legal, recebem registros específicos (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV). São os casos de títulos nominativos da dívida pública, determinadas categorias de ações de sociedades ou direitos de marcas e patentes. O contrato de penhor merece, em tais hipóteses, ingresso nos registros especiais das juntas comerciais, registros de pessoas jurídicas, livros das sociedades, para perfeita eficácia em relação aos terceiros de boa-fé.

Não se cogita de entrega do bem no penhor de créditos, por ausência de materialidade, caso em que a constituição do direito real está amparada somente no registro. No dizer de Orlando Gomes, fundado em lição de Pontes de Miranda, há, no caso, penhor de crédito *stricto sensu*. O direito à prestação do devedor é submetido à relação pignoratícia por seu valor patrimonial, sem coisa quem o represente (*Direitos reais*, 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 401).

Não se confunde tal modalidade com a caução de títulos de crédito. Na caução, os direitos são representados por títulos de crédito ou por instrumentos indispensáveis a seu exercício, caso em que a entrega se faz indispensável, como, de resto, prevê o art. 1.458, adiante comentado.

Ainda nos casos de penhores de créditos não instrumentalizados em títulos indispensáveis a seu exercício, o credor pignoratício tem o direito de receber os documentos comprobatórios desse direito para que possa melhor protegê-lo e cobrá-lo do devedor no momento do vencimento. Note-se que a entrega, em tal caso, não é constitutiva do direito real, mas apenas uma medida acessória que visa melhor assegurar o credor pignoratício. Ressalva a lei que o devedor pode reter os documentos, caso demonstre legítimo interesse em conservá-los.

Art. 1.453. O penhor de crédito não tem eficácia senão quando notificado ao devedor; por notificado tem-se o devedor que, em instrumento público ou particular, declarar-se ciente da existência do penhor.

CC/1916: sem correspondente.

Como explica Caio Mário da Silva Pereira, “o Código de 2002 transpõe para o penhor de créditos os princípios relativos à cessão dos mesmos, tendo em vista que o penhor, por si só, representa um começo de disposição. Assim é que, para assegurar o seu direito, o credor pignoratício fará intimar o devedor para que não pague ao credor primitivo, ainda que registrado esteja o penhor. Equivalerá, todavia, à notificação a prova de que o devedor está ciente da existência do penhor, qualquer que seja a modalidade do documento, e qualquer que tenha sido a finalidade de sua emissão ou de seus destinatários” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. IV, p. 354).

Como mencionado no comentário ao artigo anterior, o direito real de garantia de penhor de crédito tem peculiaridades em vista de seu objeto. O registro é constitutivo, mas não produz plenos efeitos contra o devedor primitivo do crédito dado em garantia. Reconhece o legislador que a publicidade do registro é mera ficção, de modo que para evitar situações frequentes de devedores pagarem a seu credor primitivo, desconhecendo que o crédito fora dado em penhor, determinou sua notificação.

Antes da notificação, o penhor é ineficaz ao devedor que de boa-fé pagar seu credor primitivo. O pagamento é bom e forra o devedor do risco de pagar novamente. Após a notificação, a situação se inverte. O pagamento feito pelo devedor ao credor primitivo é ineficaz frente ao credor pignoratício, que pode exigir novo adimplemento.

Destaca a parte final do artigo que equívale à notificação a declaração de ciência do devedor em instrumento público ou particular, porque a finalidade do conhecimento da garantia real prestada a terceiro foi atingida. Não menciona a lei forma especial para a notificação, que pode ser por meio judicial ou por registro de títulos e documentos. Admite-se mesmo, segundo ressalva com razão Gladston xMamede, que “essa ciência pode ser dada, inclusive, em segunda via de correspondência, na qual o devedor aponha, singelamente, seu ciente e a assinatura, aplicando-se o art. 219 do novo Código Civil” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 250).

Jurisprudência: Tendo em vista que o devedor não foi intimado, na forma do art. 1.459, III, do Código Civil, a respeito do endosso-caução de duplicatas contra ele sacadas, mostra-se válido o pagamento efetuado ao credor originário, que inclusive forneceu carta de anuência. Da mesma forma, não subsistem motivos para a manutenção dos protestos lavrados, merecendo reparos a sentença. Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.019.364.454, 10ª Câmara Cível, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 30.08.2007)

Art. 1.454.0 credor pignoratício deve praticar os atos necessários à conservação e defesa do direito empenhado e cobrar os juros e mais prestações acessórias compreendidas na garantia.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 277 (*revogado*), Código Comercial.

Disciplina o preceito o poder/dever do credor pignoratício de zelar pela incolumidade jurídica do direito empenhado. Tal atribuição do credor pignoratício decorre não somente de seu interesse em preservar a garantia de seu crédito como também da obrigação de restituir o bem imaterial ao devedor pignoratício, após a solução da obrigação garantida.

Pode e deve o credor tomar todas as medidas para a preservação do crédito, como a habilitação em inventário ou falência, requerimento de medidas cautelares de arresto ou sequestro, ou o ajuizamento de ações que visem à abstenção indevida do uso de marca, ou a contrafação de patentes, no caso de propriedade industrial.

No caso de penhor de ações de sociedade anônima, a princípio o direito de voto remanesce com o devedor pignoratício, salvo se as partes convencionaram o contrário.

Recebe o credor a garantia com todos os seus acessórios e deve zelar também pela sua preservação. Disso decorre, segundo diz a parte final do preceito, que deve cobrar do devedor primitivo juros, multas e outros encargos contratuais, porque o crédito ainda é de titularidade do devedor pignoratício. A falta de cobrança dos acessórios acarreta o dever do credor de indenizar o devedor pignoratício ou de compensar o prejuízo com o crédito garantido.

Art. 1.455. Deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível. Se este consistir numa prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor pignoratício, ou onde o juiz determinar; se consistir na entrega da coisa, nesta se sub-rogará o penhor.

Parágrafo único. Estando vencido o crédito pignoratício, tem o credor direito a reter, da quantia recebida, o que lhe é devido, restituindo o restante ao devedor; ou a executar a coisa a ele entregue.

CC/1916: sem correspondente.

Entre os direitos/deveres do credor, está o poder de cobrar o crédito empenhado» tão logo se torne exigível. Decorre tal prerrogativa do direito de retenção do bem empenhado, até o pagamento do crédito. Além disso, no mais das vezes, a documentação necessária à cobrança do crédito estará nas mãos do credor, como acima vimos. A cobrança, porém, é também um dever, porque a inércia pode sujeitar o titular do direito empenhado a riscos graves de perecimento, prescrição ou insolvência superveniente do devedor.

Embora diga a lei que o direito/dever de cobrar o crédito nasce com sua exigibilidade, há também o dever de conservar o crédito. Como visto no comentário ao artigo anterior, antes mesmo do vencimento deve o credor tomar as medidas assecuratórias e conservatórias do crédito empenhado.

Caso deixe o credor de culposamente tomar as medidas adequadas para a cobrança do crédito, inclusive dos acessórios, responderá pelo prejuízo que causar ao devedor pignoratício. Poderá este compensar o dano com o valor do crédito garantido.

A expressão *cobrar o crédito empenhado* abrange medidas judiciais e extrajudiciais. Inclui o ajuizamento de execução por quantia certa, ação monitória ou processo de conhecimento, acompanhadas de eventuais medidas cautelares, assim como, na seara extrajudicial, a apresentação do título ao devedor, o encaminhamento a protesto e outras providências adequadas ao recebimento. Por outro lado, quando o credor assim procede, não o faz como mero representante do devedor pignoratício, mas como titular de um direito real de garantia. Por isso, responde pessoalmente perante o devedor primitivo pelos danos que lhe causarem as medidas relacionadas à cobrança, em especial indevidos protestos e negativação em bancos de dados de proteção ao crédito. Terá direito de regresso contra o devedor pignoratício, ou terceiro prestador da garantia, se o dano que indenizou ao devedor primitivo decorre de problemas com o crédito que recebeu em garantia.

Pode ocorrer de o devedor primitivo pretender opor ao credor pignoratício exceções que tinha contra o credor originário. A questão se resolve com base nas regras que regem a cessão de crédito, diante da analogia de situações. Embora nosso Código Civil não tenha artigo expresso a respeito, é plenamente aplicável, porque ajustado a nosso sistema, o preceito do art. 684 do Código Civil português, que reza: “dado em penhor um direito por virtude do qual se possa exigir uma prestação, as relações entre o obrigado e o credor pignoratício estão sujeitas às disposições aplicáveis, na cessão de crédito, entre o devedor e o cessionário” Remete-se o leitor ao comentário do art. 294 do Código Civil acima, que trata das exceções do devedor ao cessionário, que se estendem ao credor pignoratício.

O segundo período desse artigo trata dos efeitos do pagamento do crédito empenhado, variáveis segundo a natureza da prestação. Cabe inicialmente a advertência de Antunes Varella, para quem, “cobrado o crédito (empenhado), não se dá evidentemente a satisfação imediata do crédito garantido, que pode, inclusivamente, não se ter vencido ainda. Com a cobrança do crédito empenhado, é outro fenômeno jurídico que opera. O penhor (...) passa a incidir sobre a coisa prestada em satisfação do crédito” (*Das obrigações em geral*, 6. ed. Coimbra, Almedina, 1995, v. II, p. 540).

Prossegue o autor, dizendo que “o penhor, que até então tinha por objeto uma *coisa incorpórea*, uma coisa ideal, um direito subjetivo, passa a incidir sobre a coisa *material* a *res mobiliSy* as mais das vezes o *dinheiro* que era objeto da prestação debitória (*res succedit in locum nominis*)” (varella. Op. cit., p. 540, destaques do original). Opera-se verdadeira sub-ro-

gação real. Extingue-se o crédito que garantia o credor pignoratício e em seu lugar, e com a mesma função, surge o objeto da prestação devida, exatamente com o mesmo valor do direito extinto.

Variam os efeitos do pagamento, segundo a natureza da prestação do crédito empenhado. Se a prestação for pecuniária, o pagamento será feito em conta aberta especialmente para recebê-lo, já ajustada no contrato de penhor, de acordo com o princípio da autonomia privada. Na falta de prévia convenção entre credor e devedor pignoratício, o depósito será feito em conta comum, com o acordo do devedor pignoratício. Se não houver consenso, o depósito será em conta judicial. Cabe ao devedor primitivo ajuizar medida judicial, de natureza tipicamente cautelar, para efetuar o depósito em conta judicial, citando credor e devedor pignoratício e obtendo a liberação da obrigação. Se a prestação consistir na entrega de coisa, o pagamento é feito ao credor, uma vez que em razão da sub-rogação real lhe cabe a posse direta da coisa empenhada. Note-se que em ambos os casos o credor pignoratício não se apodera da coisa ou do dinheiro como dono, mas simplesmente para preservar a garantia real.

Finalmente, o parágrafo único deste artigo trata dos efeitos do vencimento do crédito pignoratício, que novamente variam de acordo com a natureza da coisa na qual se sub-rogou o penhor de direitos. Se a prestação era pecuniária e o penhor se sub-rogou sobre dinheiro, diz a lei que cabe ao credor pignoratício *retenção do que lhe é devido*. Na verdade, a figura não é de retenção, mas sim de compensação, desde que existam dívidas recíprocas pecuniárias, líquidas e vencidas. A compensação opera automaticamente, independentemente de decisão judicial ou de execução da dívida garantida. Se a quantia recebida pelo credor pignoratício for superior a seu crédito, restitui ao devedor pignoratício a diferença. Ao contrário, se a quantia recebida for inferior, remanesce crédito de natureza quirografária, porque esgotada a garantia real. Lembre-se de que, por força do disposto no art. 375 do Código Civil, a compensação é norma dispositiva, que pode ser afastada por convenção entre as partes.

Anota com razão Gladston Mamede que “para compensação entre o crédito garantido e o crédito dado em garantia é indiferente ter sido o penhor constituído pelo próprio devedor ou por terceiro que prestou a garantia real para dívida alheia. Note-se, porém, que o terceiro que presta garantia real por dívida alheia, caso seja titular de créditos contra o credor pignoratício, não poderá compensar essa dívida com a que seus bens, direitos ou crédito estão a garantir, pelo penhor. É o que prevê o art. 376 do novo Código Civil” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 258).

Art. 1.456. Se o mesmo crédito for objeto de vários penhores, só ao credor pignoratício, cujo direito prefira aos demais, o devedor deve pagar; responde por perdas e danos aos demais credores o credor preferente que, notificado por qualquer um deles, não promover oportunamente a cobrança.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame é preceito similar ao do art. 685, § 3º, do Código Civil português e trata da hipótese de sobre o mesmo crédito recaírem vários penhores.

Admite a lei multiplicidade de penhores sobre um mesmo crédito, porque não se cogita da transferência da posse sobre bens incorpóreos, o que inviabilizaria a existência de mais de um credor com garantia real sobre a mesma coisa. Não se aplica o preceito, todavia, à caução regulada no art. 1.458 comentado a seguir, na qual os direitos são representados por títulos de crédito, ou representados por instrumentos indispensáveis a seu exercício, caso em que a entrega se faz indispensável. A entrega constitutiva do título a um credor inviabiliza a constituição de nova garantia a outro.

Regula este artigo a concorrência de credores pignoratícios em relação a um mesmo crédito empenhado. Na lição de Antunes Varella, “como o penhor é, tipicamente, um direito real de garantia, fonte de preferência do respectivo titular sobre todos os demais credores, só ao credor cujo direito prefira a todos os outros se reconhece legitimidade para cobrar o crédito empenhado e gozar da sub-rogação real correspondente” (*Das obrigações em geral* 6. ed. Coimbra, Almedina, 1995, v. II, p. 541).

A ordem de preferência entre diversos penhores se dá pelo critério cronológico de ingresso no Registro de Títulos e Documentos, ou nos registros especiais, em casos de cotas, ações e propriedade industrial, como Juntas Comerciais, Registros Civil de Pessoas Jurídicas, Inpi ou livros de registro de ações de sociedades anônimas. Isso porque, como acima visto, na impossibilidade de transferência da posse dos bens corpóreos empenhados o registro tem natureza constitutiva, convertendo mero direito de crédito em direito real.

No que se refere aos demais credores, com garantia de maior grau e pior prioridade, resta apenas a faculdade de compeli-rem o credor de melhor preferência a cobrar a dívida, sob pena de responder pelo prejuízo que causar aos demais em razão da demora, da prescrição ou superveniente insolvência do devedor primitivo. Nada impede, porém, que ajuízem as medidas judiciais cabíveis para a conservação e defesa do crédito empenhado, uma vez que apenas a cobrança é que está reservada para o credor munido de melhor preferência.

Art. 1.457. O titular do crédito empenhado só pode receber o pagamento com a anuência, por escrito, do credor pignoratício, caso em que o penhor se extinguirá.

CC/1916: sem correspondente.

Diz o artigo que o penhor de direitos e créditos transfere ao credor pignoratício o direito de cobrar a prestação do devedor primitivo. Natural que assim seja, porque o penhor de crédito irá se converter em penhor sobre a coisa objeto da prestação, que permanecerá em poder do credor, até solução da obrigação garantida.

Logo, não pode o credor primitivo, que deu o crédito em garantia, cobrá-lo diretamente do devedor. Também não deve o credor, após a notificação ou ciência do penhor, efetuar o pagamento ao credor primitivo, sob risco de pagar mal e permanecer obrigado a repeti-lo ao credor pignoratício.

Nada impede, porém, que o credor pignoratício concorde, por escrito, que o pagamento seja feito pelo devedor primitivo ao titular do crédito empenhado. A conduta concludente do credor garantido faz presumir a renúncia ao penhor e provoca sua extinção, convertendo o crédito pignoratício em quirografário. A regra é simétrica à do art. 1.436, § Iº, do Código Civil, acima comentada.

Lembre-se apenas de que, como não se presume a renúncia, a concordância com o pagamento deve ter a forma escrita.

Art. 1.458. O penhor, que recai sobre título de crédito, constitui-se mediante instrumento público ou particular ou endosso pignoratício, com a tradição do título ao credor, regendo-se pelas Disposições Gerais deste Título e, no que couber, pela presente Seção.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame inaugura a série de três artigos (1.458 a 1.460) que disciplinam modalidade específica de penhor sobre créditos, atendendo às características cambiárias dos títulos de crédito.

Na definição clássica de Vivante, título de crédito é o “documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”. O art. 887 do Código Civil repete a definição, apenas trocando a expressão *nele mencionado* por *nele contido*. Da própria definição acolhida em nosso ordenamento, podemos tirar as características principais dos títulos de crédito: i) é literal, porque existe segundo o teor do documento; ii) é autônomo, porque a posse de boa-fé enseja um direito próprio, que não pode ser destruído pelas relações entre os precedentes possuidores e o devedor (abstração); iii) é documento necessário para exercitar o direito, porque deve o credor exhibi-lo ao devedor, devendo anotar no título as mudanças na posse do mesmo.

Diverge a doutrina sobre a característica da incorporação do direito no título. Há quem entenda que a incorporação resulta da materialização do direito no documento, de sorte que a conexão, a compenetração de um ao outro é de tal natureza, que não se concebe o direito sem o documento. Não se pode esquecer, todavia, que diversas hipóteses previstas em lei indicam a possibilidade da existência de direito sem título. Exemplos são a destruição ou perda do título (art. 321 do CC), a presunção relativa de pagamento gerada pela devolução ao devedor (art. 324 do CC), a emissão de uma duplicata por indicação, a anulação e substituição judicial de título ao portador. Parece melhor afirmar que o direito existe sem o título, mas dele necessita para ser exercido.

Há três modalidades de título de crédito: i) ao portador, documento pelo qual o emitente se obriga a pagar a quem se apresentar como seu detentor, ou seja, o credor é determinável no momento do pagamento. Há necessidade de autorização legal para sua emissão (art. 907 do CC); ii) à ordem, que identifica o titular do crédito e é transferido por endosso; iii) nominativo, emitido em favor da pessoa cujo nome conste em registro do emitente.

Em vista das particularidades dos títulos de crédito, a constituição do penhor difere das demais modalidades. Exige-se apenas o instrumento público ou particular, ou endosso pignoratício e a tradição do título ao credor endossatário pignoratício. Dispensa-se o registro dessa modalidade de penhor no Registro de Títulos e Documentos, uma vez que a publicidade decorre da própria posse do título representativo do crédito empenhado.

Mais comum e adequado será o endosso do que o contrato por instrumento público ou particular. Somente nos casos de título ao portador é que faz sentido o contrato, para demonstrar que o apresentante portador não é titular, mas somente credor pignoratício do crédito. A entrega do título ao credor pignoratício, em razão da sua literalidade e necessariedade, é constitutiva do penhor.

O endosso penhor ou em garantia não transfere ao credor pignoratício a titularidade do crédito. Não se torna, assim, o credor pignoratício credor do devedor originário do título de crédito, mas apenas exerce determinados poderes de cobrança em nome do credor-endossante originário e também no próprio interesse. Disso decorre, embora vacile a jurisprudência, que o credor pignoratício, como não é mero mandatário, mas age em interesse próprio, responde solidariamente com o credor originário/endossante por danos que causar ao devedor originário em razão de cobrança, protesto ou negativação junto a bancos de dados que se mostrem indevidos. Em certos casos em que o protesto do título é necessário, se houver dúvida sobre a legitimidade do crédito deve o credor pignoratício ter a cautela de pedir do Tabelião de Protestos que o nome do devedor originário não conste de seus índices.

Encerra o preceito dizendo o penhor sobre títulos de crédito se rege pelas Disposições Gerais deste Título (arts. 1.419 a 1.430, comentados anteriormente) e, no que couber, pela presente Seção. As disposições gerais do título dos direitos reais de garantia se aplicam sem

restrições. Já as demais disposições legais dessa seção somente se aplicam se houver compatibilidade com as características do direito cambiário.

Não se aplicam os seguintes artigos: a) 1.452, que exige o registro do penhor de direitos (e não de títulos de crédito) no RTD; b) 1.453, porque os títulos de crédito se pagam mediante apresentação pelo credor/endossatário, sendo facultativa a notificação do devedor originário; c) 1.456, porque a entrega do título é constitutiva do penhor, sendo inviável a constituição de penhores de diversos graus a credores distintos.

Aplicam-se os seguintes artigos: a) 1.454, porque o credor pignoratício, de posse do título de crédito, deve promover a cobrança e todas as medidas destinadas à conservação e defesa do direito empenhado; b) 1.455, porque o credor pignoratício deve cobrar o crédito empenhado e depositar a quantia empenhada em conta previamente ajustada com o devedor pignoratício; c) 1.457, porque o titular do crédito empenhado pode recebê-lo do devedor originário, se houver anuência do credor pignoratício. Deve apenas o devedor originário se acautelar, uma vez que não poderá opor o pagamento contra eventual terceiro endossatário de boa-fé, que apresentar o título.

Jurisprudência: Inservível ao embasamento de execução meras fotocópias de notas promissórias cujos originais se acham caucionados junto à instituição bancária para garantia de empréstimo obtido pela credora-exequente. (STJ, REsp n. 88.879/ES, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 20.02.2001)

[..] A instituição financeira que recebe a duplicata mediante endosso-caução responde pelos danos decorrentes do protesto, já que caberia àquela verificar a causa do título. (STJ, REsp n. 397.771/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 02.06.2005)

Comercial. Protesto. Duplicata mercantil. Endosso-caução. No endosso-caução, diferentemente do endosso simples, o protesto do título é desnecessário, porque o endossatário não tem direito de regresso contra o emitente. (STJ, REsp n. 179.871/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 02.05.2000)

Ação de indenização por indevido protesto de duplicata. Distinção entre o endosso decorrente de desconto bancário, o endosso-mandato simples e o endosso para fins de caução. No endosso decorrente de desconto bancário, o protesto do título poderia ser considerado necessário ao resguardo da pretensão regressiva, a teor do art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68. No simples endosso-mandato, responsável e exclusivamente o mandante pelos atos praticados por sua ordem pelo banco endossatário. Mas no endosso de títulos em caução, garantindo o financiamento concedido ao endossante e servindo sua cobrança para a liquidação total ou parcial da dívida, em tal caso apresenta-se a responsabilidade civil do sacador da duplicata "fria", e do banco que a recebeu em caução e que, embora advertido, veio a protestá-la. (STJ, REsp n. 12.128/RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 01.09.1992)

Protesto cambial. Duplicata. Ilegitimidade *ad causam*. Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Endosso-caução. Ilegitimidade *ad causam*. Dano moral. Responsabilidade civil. Cambial. Duplicata. Título recebido pelo banco em razão de endosso-caução e apresentado para protesto com inclusão do sacado no cadastro de inadimplentes. Instituição que tornou-se credora pignoratícia do endossante. Legitimidade passiva reconhecida. Hipótese de exercício regular de direito para efetivação da garantia real. Condição de terceiro de boa-fé. Inoponibilidade de exceções fundadas nas relações pessoais com o endossante. Indenizatória julgada improcedente, declarada insubsistente a tutela parcialmente antecipada. Recurso desprovido com observação. (I TACSP, Ap. cível n. 874.406-5, 12ª Câmara, rel. Matheus Fontes, j. 09.11.2004)

Ilegitimidade *ad causam*. Declaratória. Cambiai. Duplicata. Recebimento da cártula, pelo banco corréu, mediante endosso-caução. Responsabilidade do endossatário pelo dano causado pelo título levado a protesto indevidamente. Determinação do retorno do processo ao primeiro grau para que a referida responsabilidade seja analisada, restando prejudicada a análise do recurso contra a outra corré. Recurso provido para esse fim. (I TACSP, Ap. cível n. 480.7803*5, 3ª Câm., rel. Juiz Tércio Negrato, j. 14.11.2000)

Dano moral. Responsabilidade civil. Cambial. Duplicata. Protesto indevido. Ausência de lastro para saque da cártula. Hipótese em que o banco recebeu por endosso-caução sem verificar a regularidade do saque. Negligência da instituição bancária, principalmente pelo fato de mandar o título a protesto sem a ressalva para que fosse excluído o nome do sacado. Verba devida, reduzida a indenização para 50 vezes o valor do título indevidamente protestado. Recurso do réu provido em parte para esse fim. Intervenção de terceiros. Denúnciação da lide. Responsabilidade civil. Cambial. Protesto indevido. Falta de prova do alegado pagamento do título. Responsabilidade da denunciada configurada. Recurso da corré desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 905.791-4, 15ª Câm. de Direito Privado, rel. Waldir de Souza José, j. 12.07.2005)

Art. 1.459. Ao credor, em penhor de título de crédito, compete o direito de:

- I - conservar a posse do título e recuperá-la de quem quer que o detenha;
- II - usar dos meios judiciais convenientes para assegurar os seus direitos, e os do credor do título empenhado;
- III - fazer intimar ao devedor do título que não pague ao seu credor, enquanto durar o penhor;
- IV - receber a importância consubstanciada no título e os respectivos juros, se exigíveis, restituindo o título ao devedor, quando este solver a obrigação.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame arrola as faculdades do credor pignoratício de título de crédito.

Ressalte-se que os deveres do credor pignoratício de crédito, que se estendem ao título de crédito, estão previstos nos arts. 1.454 e 1.455, anteriormente comentados. Aqui regula a lei os direitos do credor pignoratício de título de crédito, embora alguns deles consistam num poder/dever.

A faculdade prevista no inciso I é a de conservar a posse do título e recuperá-la de quem quer que a detenha. No comentário ao artigo anterior, vimos que título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado. Disso decorre que o credor pignoratício não pode exercer seus direitos se não estiver de posse do título para apresentá-lo ao devedor originário e dele receber o pagamento. Como destaca Gladston Mamede, “não se pode olvidar que o crédito circula com a simples tradição do título e se o credor pignoratício não o conservasse em sua posse, correria o risco de seu devedor pignoratício endossar o título a terceiros de boa-fé, que estariam protegidos pelo princípio da segurança” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 272).

Tem o credor pignoratício legitimidade para o ajuizamento de ação petitória e possessória para entrega do título de crédito que injustamente se encontra em poder de terceiro. Note-se que a regra deve ser lida em conjunto com a do art. 896 do Código Civil, que diz que o título de crédito não pode ser reivindicado do portador que adquiriu de boa-fé e na conformidade com as normas que disciplinam sua circulação.

A faculdade prevista no inciso II é a de usar os meios judiciais para assegurar seus direitos e os do credor do título empenhado. A regra envolve um poder/dever, uma vez que o art. 1.454,

acima comentado, impõe ao credor pignoratício o dever de conservar do crédito empenhado. Age em nome e interesse próprio, para conservar o crédito alheio que lhe serve de garantia real.

Por sua vez, a faculdade prevista no inciso III é a de intimar ao devedor, para que este não pague o título a seu credor enquanto durar o penhor. Lembre-se, contudo, de que os títulos de crédito são documentos de apresentação, de modo que o devedor originário somente vai efetuar o pagamento ao endossatário/portador, exigindo a devolução da cártula. A regra, assim, importa simples faculdade do credor pignoratício. Dizendo de outro modo, ainda que o devedor originário não seja intimado da existência do penhor somente efetuará o pagamento ao apresentante, vale dizer, ao credor pignoratício endossatário, que tem a cártula em seu poder.

A intimação do devedor, para que não faça o pagamento a seu credor originário, somente tem razão se ser quando se trate de títulos de crédito sem vinculação por escrito do devedor, como as duplicatas por indicação, que podem ser substituídas por triplicatas, colocando em risco o devedor, uma vez que mais de um credor pode apresentar a cártula para pagamento. Aí sim a intimação se faz necessária, para produzir efeitos contra o devedor originário.

Finalmente, a faculdade prevista no inciso IV encerra mais um poder/dever, o de receber o pagamento do título e respectivos juros do devedor originário. A regra é similar à do art. 1.455, comentado anteriormente. O credor pignoratício recebe a posse do título e somente mediante sua apresentação e devolução é que o devedor originário fará o pagamento. Por isso, o devedor pignoratício - credor originário - pode e deve, no vencimento, efetuar a cobrança, sob pena de responder pelos prejuízos que causar ao devedor pignoratício. Lembre-se de que o credor pignoratício não é titular do crédito, de modo que deve depositar o pagamento em conta previamente ajustada com o devedor pignoratício e aguardar o vencimento do crédito garantido, oportunidade em que, se não receber o crédito garantido, fará, se for o caso, a devida compensação.

Finalmente, o credor pignoratício não pode ceder mais direitos do que dispõe. Assim, na forma do art. 918, § 1º, do CC, somente pode endossar novamente o título recebido em garantia na qualidade de procurador. Não cabe novo endosso translativo, mas somente endosso-mandato.

Jurisprudência: Duplicata. Nulidade. Posse. Lei n. 5.474/68. Endosso-caução. Duplicata. Operação financeira de desconto de duplicatas vinculada a contrato de abertura de crédito com caução dos títulos. Configuração de endosso-caução ou pignoratício, em que há transferência da posse jurídica das cártulas, passando o portador de boa-fé a exercer os direitos nelas contidos em nome próprio. Legitimidade do apontamento a protesto de cártulas das quais validamente se apropriou o endossatário, em razão do inadimplemento da obrigação garantida, como forma de assegurar o direito de regresso contra a sacadora e endossante. Art. 13, §§ 1º e 4º, da Lei n. 5.474/68. Pagamento irregular à endossante, que não mais detinha a posse dos títulos, transferidos por endosso translativo ao banco. Falta de comunicação ao endossatário da quitação das duplicatas. Legitimidade da conduta do portador de boa-fé dos títulos, que afasta a postulação indenizatória. Descabimento da pretensão ao reconhecimento da nulidade das duplicatas. Sentença mantida. Recurso improvido. (I TACSP, Ap. cível n. 871.285-4, 10ª Câm., rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 26.10.2004)

Art. 792. Cambial. Duplicata. CC, art. 795, inciso II. Recurso. Endosso-caução cambial. Duplicata. Endosso-caução. Estabelecimento bancário endossatário que deixa de notificar o sacado acerca da transferência. Arts. 792, inciso II, e 795 do CC. Circunstância que impede sua oposição ao pagamento efetuado diretamente pelo devedor à emitente endossante. Impossibilidade, ainda, de se evidenciar por protesto a mora de quem sem objeção cumprira a obrigação cambial. Solidariedade entre o devedor e a caucionante afastada. Recurso improvido. (I TACSP, Ap. cível n. 776.895-8, 2ª Câm., rel. Luiz Sabbato, j. 26.05.1999)

Cambial. Duplicata. Endosso-caução cambial. Duplicata. Endosso-caução em favor do Banco. Protesto da cártula posteriormente. Pagamento a endossante em documento separa*do. Impossibilidade. Quitação considerada inexistente frente ao direito cambiário. Declaratória e cautelar improcedentes. Recurso provido. (I TACSP, Ap. cível n. 790.373-9, 11ª Câ., rel. Juiz Antonio Marson, j. 25.10.1999)

Art. 1.460. O devedor do título empenhado que receber a intimação prevista no inciso III do artigo antecedente, ou se der por ciente do penhor, não poderá pagar ao seu credor. Se o fizer, responderá solidariamente por este, por perdas e danos, perante o credor pignoratício.

Parágrafo único. Se o credor der quitação ao devedor do título empenhado, deverá saldar imediatamente a dívida, em cuja garantia se constituiu o penhor.

CC/1916: arts. 794 e 795.

A regra guarda estreita relação com a do art. 1.453 do Código Civil, acima comentado, mas peca por desprezar as características do direito cambiário. Diz o preceito que o devedor originário que, notificado ou ciente do penhor, fizer o pagamento ao credor originário (devedor pignoratício) responderá solidariamente pelas perdas e danos que causar ao credor pignoratício.

Ocorre, porém, que a notificação ou ciência do penhor não faz sentido nos títulos de crédito que o devedor emitiu com sua assinatura e que serão pagos somente mediante apresentação e devolução da cártula. A notificação ou ciência, em tais casos, apenas alerta o devedor de que o título se encontra em poder do credor pignoratício. Ainda, porém, que não haja notificação ou ciência, o devedor somente fará o pagamento contra apresentação do título, sob pena de pagar mal e a solução ser ineficaz frente ao credor pignoratício endossatário, que se encontra de posse da cambial.

A regra em estudo somente faz sentido nos casos de título de crédito em sentido lato, que não se transferem por endosso, ou nos casos de cambiais emitidas sem assinatura do devedor, como duplicatas, que comportam emissão de triplicata, ou emissão por indicação. Em tais hipóteses, a eficácia do penhor frente ao devedor originário somente ocorrerá após a notificação ou ciência, porque existe a possibilidade de o credor originário (devedor pignoratício) emitir novas cambiais e dá-las em segunda garantia pignoratícia.

O parágrafo único do artigo em exame regula a hipótese de o credor originário - devedor pignoratício - receber diretamente o crédito do devedor originário, esvaziando a garantia real. Deve pagar imediatamente o credor garantido, sob pena de vencimento antecipado da obrigação, além de responder por perdas e danos.

Seção VIII **Do Penhor de Veículos**

Art. 1.461. Podem ser objeto de penhor os veículos empregados em qualquer espécie de transporte ou condução.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame inaugura a seção que cria nova modalidade de penhor especial sobre veículos.

Deu o legislador maior operacionalidade ao penhor de veículos, admitindo que a posse direta do bem empenhado permaneça com o devedor, mediante a criação de novo mecanismo publicitário, para resguardar terceiros adquirentes de boa-fé. Era incômodo, em termos econômicos, que o devedor pignoratício ficasse privado da posse do veículo enquanto o credor tinha o ônus de guardar bem de consumo durável, sujeito à rápida depreciação. A nova figura, embora atenda reclamos de maior praticidade, deverá ser de escassa utilização, uma vez que foi colocada à disposição da generalidade dos credores e garantia mais eficaz da propriedade fiduciária, que confere exclusividade e rapidez de execução (arts. 1.361 e segs. do CC).

O preceito em exame trata do objeto do penhor de veículos, “empregados em qualquer espécie de transporte ou condução”. Embora sejam amplos os termos usados pelo legislador, comporta a expressão algumas ressalvas. Os veículos devem ter características precisas e individualizadas, como tipo, marca, cor, número de série e inscrição no registro próprio. Navios e aeronaves são objetos de hipoteca e não de penhor (art. 1.473 do CC). Somente veículos automotores registrados em departamentos de trânsito, destinados ao transporte de pessoas ou objetos, isoladamente ou em frota, comportam o penhor. Isso porque o penhor é anotado no certificado de propriedade, com caráter constitutivo da garantia real. Veículos não registrados são incompatíveis com essa modalidade especial de penhor. Nada impede que os veículos utilizados na agricultura, pecuária, indústria e comércio, como integrantes de conjunto de bens ligados a tais atividades, sejam dados em penhor rural, industrial e mercantil, com as regras que lhe são próprias, somadas à anotação no certificado de propriedade do veículo.

Art. 1.462. Constitui-se o penhor, a que se refere o artigo antecedente, mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, e anotado no certificado de propriedade.

Parágrafo único. Prometendo pagar em dinheiro a dívida garantida com o penhor, poderá o devedor emitir cédula de crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em exame regula a constituição do penhor especial de veículos, em vista da peculiaridade de a posse direta do bem empenhado permanecer em poder do devedor, sem entrega ao credor.

No penhor comum, como vimos anteriormente nos comentários aos arts. 1.431 e 1.432, a entrega da posse direta ao credor tem caráter constitutivo e o registro no Oficial de Títulos e Documentos, efeito publicitário, gerando oponibilidade contra terceiros de boa-fé. No penhor de veículos, como a posse direta permanece com o devedor, houve necessidade da criação de novos mecanismos, eficazes e enérgicos, para dar visibilidade ao penhor, prevenindo terceiros de boa-fé.

Tais mecanismos de reforço da garantia real e preservação da boa-fé de terceiros se dão em dois sentidos. Primeiro, o registro e a anotação no certificado de propriedade do veículo têm caráter constitutivo, como se extrai de modo expreso do texto do artigo em comento. Sem o registro e a anotação, não há direito real de penhor. Segundo, como o registro e, em especial, a anotação dão visibilidade ao direito real, porque é dos usos a conferência dos documentos do veículo antes de sua aquisição, há presunção absoluta de que terceiros conheçam o direito real.

Diga-se que a anotação no certificado de propriedade sedimenta entendimento jurisprudencial construído na vigência do Código Civil de 1916 e que desembocou, no caso da propriedade fiduciária, na Súmula n. 92 no STJ. Ainda no caso de penhor especial rural, assentou a mesma Corte que “tratando-se de veículos automotores dados em penhor censual, para a eficácia da garantia em relação a terceiros, é necessário o seu registro no Cartório de Títulos e Documentos ou na repartição competente para expedir licença ou registrá-los” (REsp n. 197.772/SP, rel. Barros Monteiro). A novidade é que a lei agora exige dupla e cumulativa providência com efeito constitutivo: o registro no RTD e a anotação no certificado de propriedade do veículo.

O parágrafo único, de modo simétrico com os demais penhores especiais - rural, industrial e comercial admite a emissão de cédula de crédito pignoratício se a obrigação garantida for pecuniária.

Art. 1.463. Não se fará o penhor de veículos sem que estejam previamente segurados contra furto, avaria, perecimento e danos causados a terceiros.

CC/1916: sem correspondente.

Estão os veículos sujeitos a elevados riscos de sinistros em razão do número de furtos e de acidentes, em vista de sua mobilidade. Determina o legislador por norma cogente que não se fará o penhor de veículos sem prévio seguro. Sem embargo de opiniões em sentido contrário, o seguro do bem empenhado é pré-requisito de validade do penhor, de modo que não podem as partes dispensá-lo com fundamento na autonomia privada.

O seguro deve ser contratado até a solução da obrigação garantida. Caso se faça o seguro por prazo certo, é necessário haver renovações periódicas até a solução da obrigação, sob pena de vencimento antecipado da dívida. Será o veículo segurado por seu valor de mercado, que nem sempre é o valor da obrigação garantida. No que se refere ao valor do seguro contra danos causados a terceiros, há autonomia privada em sua fixação.

Além disso, deve o credor pignoratício exigir certidão de quitação de multas e tributos incidentes sobre o veículo e o bilhete de seguro obrigatório. Lembre-se de que o seguro obrigatório não dispensa o seguro convencional geral contra furtos, avaria, perecimento e contra danos causados a terceiros.

Caso ocorra o sinistro, o penhor se sub-roga sobre o valor da indenização do veículo destruído ou furtado. No caso de avaria, a sub-rogação ocorre até que o dono do bem empenhado promova sua reparação.

Art. 1.464. Tem o credor direito a verificar o estado do veículo empenhado, inspecionando-o onde se achar, por si ou por pessoa que credenciar.

CC/1916: sem correspondente.

Decorre do fato de o bem empenhado permanecer de posse direta do devedor, o que faculta ao credor inspecionar o estado em que se encontra a garantia. O preceito é similar aos dos arts. 1.441 e 1.450 comentados anteriormente, aos quais se remete o leitor.

Art. 1.465. A alienação, ou a mudança, do veículo empenhado sem prévia comunicação ao credor importa no vencimento antecipado do crédito pignoratício.

CC/1916: sem correspondente.

Em razão da eficácia geral dos direitos reais de garantia e da prerrogativa da seqüela, eventual alienação do veículo empenhado não produz efeitos em relação ao credor pignoratício. Ocorrendo o inadimplemento da obrigação garantida, pode perseguir o veículo em poder de quem quer que se encontre e promover sua excussão. Logo, a alienação do veículo empenhado é válida, apenas ineficaz em relação ao credor garantido.

Tanto a alienação como a mudança do veículo empenhado, porém, podem ocasionar maior risco de deterioração ou perda da garantia real. Por isso, cria a lei duas novas hipóteses de vencimento antecipado da obrigação garantida, que se somam às do art. 1.425, acima comentado.

Evidente que somente se cogita de ineficácia da alienação do veículo empenhado se houve regular constituição do penhor, com registro no RTD e anotação no certificado de propriedade.

O termo *alienação* engloba todos os negócios de disposição do bem, onerosos ou gratuitos. O termo *mudança* provoca algumas dúvidas. A mudança pode ser de local onde se encontra o veículo empenhado ou de sua destinação. Somente importará o vencimento antecipado da obrigação se acarretar razoável aumento do risco de perda ou deterioração do bem empenhado, ou significativa dificuldade do credor promover a inspeção do objeto da garantia.

Finalmente, o preceito em exame destaca que o vencimento antecipado do crédito somente ocorre quando a alienação e mudança não são precedidas de comunicação ao credor. A expressão “sem prévia comunicação” usada pela lei, não é exata. A mera comunicação somente é suficiente se da alienação ou mudança não resulta qualquer agravamento do risco, ou perda da garantia. Sempre, porém, que houver prejuízo potencial ao credor, este pode se opor, de modo que a ausência de seu consentimento implica o vencimento antecipado da dívida.

Art. 1.466. O penhor de veículos só se pode convencionar pelo prazo máximo de dois anos, prorrogável até o limite de igual tempo, averbada a prorrogação à margem do registro respectivo.

CC/1916: sem correspondente.

A limitação do prazo de garantia é cogente, de modo que não pode ser contornada pela vontade das partes. A convenção por prazo superior se reduz automaticamente ao biênio. A razão de ser da norma está na natureza do bem empenhado, porque veículos se depreciam, se desgastam pelo uso e correm permanentes riscos.

Escoado o biênio, caduca a garantia real e o crédito se converte em quirografário. Nada impede, porém, que as partes convencionem a prorrogação do prazo da garantia pelo prazo máximo de mais dois anos. Não limita a lei o número de prorrogações, que fica a critério das partes. Apenas a prorrogação deve dar-se no curso ou ao final do primeiro biênio, com nova manifestação de vontade das partes, e não no momento da constituição do crédito e da garantia. A prorrogação antecipada implica fraude à lei.

Deve a prorrogação ser averbada no registro e anotada no certificado de propriedade do veículo, para persistência da garantia real e eficácia contra terceiros de boa-fé.

Seção IX

Do Penhor Legal

Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:

I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarneecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

CC/1916: art. 776.

Define-se penhor legal como a “garantia instituída pela lei para assegurar o pagamento de certas dívidas que, por sua natureza, reclamam tratamento especial. Esse penhor independente de convenção, resultando, exclusivamente, da vontade expressa do legislador” (BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil* 37. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 362). Tal como ocorre no usufruto legal, no direito real de habitação legal e na hipoteca legal, a lei arma certos credores ou titulares de direitos em situação jurídica especialmente vulnerável com a faculdade de constituírem direitos reais sobre coisa alheia independentemente de convenção.

O penhor legal, porém, somente existe quando constituído pelo credor, que, usando da faculdade que a lei lhe assegura, se apodera por força própria de certos bens móveis do devedor. É um dos casos excepcionais admitidos pela lei civil, que facultam ao titular do direito o exercício da autotutela. Não há qualquer inconstitucionalidade no preceito, uma vez que, tão logo se apodere dos bens, deverá o credor requerer em juízo a homologação do penhor legal. Não é, portanto, um penhor tácito nem mero privilégio pessoal. Por se tratar da imposição de um ônus, deve ser interpretado restritivamente.

Não se confunde o penhor legal com o direito de retenção, do qual difere: a) pela tomada da posse do objeto, que se acha em poder do devedor, o que não se dá no direito de retenção, que pressupõe a posse do retentor; b) pelo direito de excussão do bem empenhado, após homologação judicial; c) porque recai somente sobre bens móveis do devedor (BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, 1.1, p. 67).

Discute-se até onde vai o poder de autotutela do credor. Tal como ocorre no § Iº do art. 1.210 do Código Civil, anteriormente comentado, deve o credor usar de meios moderados e estritamente necessários ao exercício da faculdade que a lei lhe concede, se necessário com concurso da autoridade policial. Não se admite, porém, que para garantia do crédito se ofendam direitos fundamentais do devedor.

O inciso I diz que têm penhor legal os (i) hospedeiros, (ii) fornecedores de pousada e (iii) fornecedores de alimento. A interpretação sistemática do preceito com o artigo subsequente, que exige tabela impressa, prévia e ostensivamente exposta na casa, deixa claro que o benefício alcança apenas aqueles que exercem a atividade com habitualidade e caráter oneroso. No que se refere aos fornecedores de alimentos, alcança, segundo Gladston Mamede, somente a atividade de restauração, na qual alimentos são preparados e podem ser consumidos no próprio local e não a venda de alimentos em mercados, mercearias e supermercados (*Código Civil comentado*, São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 299).

O penhor recai sobre bagagens, joias, móveis ou dinheiro, em garantia das despesas realizadas naquele momento, não servindo débitos pretéritos, que os consumidores tiverem consigo no restaurante, hotel ou hospedaria, desde que penhoráveis, em obediência às regras dos arts. 649 e 650 do Código de Processo Civil e Lei n. 9.009/90, como veremos adiante. Alerta, com razão, Marco Aurélio S. Viana que o penhor recai também sobre o veículo que o de-

vedor tenha na garagem do estabelecimento. Devem os bens tomados em garantia pertencer ao devedor, com a ressalva de que podem recair sobre bens de integrantes de um grupo, como joias da esposa que se hospeda com o marido (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 785).

O inciso II diz que tem penhor legal o dono de prédio rústico ou urbano sobre bens móveis do rendeiro ou inquilino que estiverem garantindo o prédio, para garantia dos aluguéis e rendas. Abrange os contratos de locação de coisa, urbana ou rural, desde que imóvel, bem como os de constituição de renda. A expressão *dono de prédio* tem o sentido de locador, não se exigindo a existência de construção e nem de título dominial. O objeto são bens móveis que garantem o prédio, abrangendo não somente o mobiliário como também veículos, máquinas, arados e animais que se encontram sobre o imóvel rural ou urbano, conforme o caso. Mais uma vez se destaca que não pode o penhor, dada sua origem legal, recair sobre bens impenhoráveis.

Jurisprudência: CPC, parágrafo único, contrato prestação de serviços, art. 874. Contrato. Prestação de serviços. Serviços de hotelaria. Despesas de hospedagem e consumo. Bens dados em garantia para pagamento de tais verbas. Homologação de penhor legal deferida. Art. 874, parágrafo único, do CPC. Ausência de demonstração de que referidos bens são de propriedade da agravante. Irrelevância, devendo eventual prejuízo ser pleiteado em ação própria. Recurso improvido. (I TACSP, Proc. n. 914.859*0, 8ª Câmara, rel. Carlos Alberto Lopes, j. 23.02.2000)

Ação de indenização por danos morais. Motel. Uso das dependências do motel, cama, toalhas de banho e frigobar, com posterior argumento de que o equipamento da banheira de hidromassagem não funcionou. Tentativa de ser pago preço reduzido não aceita por funcionário do estabelecimento, o qual, ante a recusa dos hóspedes de quitarem a diária cobrada, reteve-lhes a saída e a bagagem. Exercício regular de um direito. Art. 776 do antigo Código Civil, hoje recepcionado pelo art. 1.467 do novo Código. Não se conjugando os pressupostos necessários da responsabilidade civil, que pressupõe a existência de uma conduta contrária ao dever, por ação ou omissão, tendo o demandado agido no exercício regular de um direito, não se demonstrando que tivesse excedido os limites objetivos da norma positiva de direito, não obrando com dolo ou culpa, senão adotando o procedimento usual e correto para as circunstâncias, tampouco se flagrando atitude desrespeitosa ou truculenta por parte do preposto do demandado, não há ilícito deflagrador de responsabilidade civil, merecendo a pretensão de indenização por danos morais ser desacolhida. Sentença modificada. Apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.007.377.864, 10ª Câmara Cível, rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, j. 15.04.2004)

Art. 1.468. A conta das dívidas enumeradas no inciso I do artigo antecedente será extraída conforme a tabela impressa, prévia e ostensivamente exposta na casa, dos preços de hospedagem, da pensão ou dos gêneros fornecidos, sob pena de nulidade do penhor.

CC/1916: sem correspondente.

A regra é simples e exige que os créditos de i) hospedeiros, ii) fornecedores de pousada e iii) fornecedores de alimento, previstos no inciso I do artigo antecedente, deve ser fundado em tabela impressa prévia e ostensivamente exposta ao consumidor. O preceito traduz os deveres de prévia informação e cautela, decorrentes da boa-fé objetiva e do Código de Defesa do Consumidor. Devem as informações ser completas e abranger todos os serviços e produtos cobrados, como preços do cardápio, de serviços de quarto, lavanderia, telefonia e outros onerosos ofertados aos hóspedes.

Não se exige que a conta constitua título executivo, prevista no art. 585 do Código de Processo Civil, bastando que seja líquida, certa e exigível para ensejar o direito ao penhor legal.

Art. 1.469. Em cada um dos casos do art. 1.467, o credor poderá tomar em garantia um ou mais objetos até o valor da dívida.

CC/1916: art. 778.

O artigo em exame deve ser interpretado em consonância com o que dispõe o art. 1.467, anteriormente comentado. Não são todos os bens móveis do devedor que podem ser tomados em penhor, mas somente aqueles mencionados nos incisos I e II do citado artigo. Os bens móveis pessoais devem estar em poder do hóspede ou cliente do restaurante, ou guarnecer o imóvel locado. Não recai a garantia legal, portanto, a outros bens do devedor que se encontrem em local diverso.

Embora não diga o artigo em exame, tem razão Gladston Mamede ao alertar que, como não há concurso da vontade do devedor no penhor legal, somente podem ser tomados em garantia os bens legalmente penhoráveis. Disso decorre que não recai o penhor sobre os bens referidos nos arts. 649 e 650 do Código de Processo Civil e Lei n. 8.009/90.

Além disso, o penhor legal, em vista de sua excepcionalidade e de permitir a autotutela do credor, está limitado a tantos bens quantos bastem para satisfação do crédito, numa estimativa razoável. O excesso de garantia, ou sua incidência sobre bens impenhoráveis sujeitam o credor aos efeitos do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil.

Art. 1.470. Os credores, compreendidos no art. 1.467, podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora, dando aos devedores comprovante dos bens de que se apossarem.

CC/1916: art. 779.

O artigo em exame acrescentou à lei um dever ao credor pignoratício, qual seja o de fornecer ao devedor comprovante especificado dos bens de que se apossou sem intervenção judicial.

A doutrina tradicional, amparada na lição de Clóvis Bevilacqua, entende que o penhor legal, independentemente do perigo da demora, se inicia com o apossamento dos bens pelo credor e se completa com a homologação judicial. Quando houver perigo na demora, pode ser iniciada desde logo a execução dos bens empenhados, sem se aguardar a homologação (*Direito das coisas*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, 1.1, p. 68).

Parece, no entanto, preferível a interpretação que deram os autores mais modernos ao preceito, qual seja a de que o apossamento de bens por força própria do credor, sem intervenção judicial, somente é cabível quando houver perigo na demora. Caso não exista tal perigo, o credor deve pedir apossamento dos bens para constituição do penhor por ordem judicial (MAMEDE, Gladston. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 310-4).

Dito de outro modo, a autotutela somente se justifica em circunstâncias excepcionais, quando não haja outro meio para reparar a violação a direito subjetivo. A ausência de risco na demora das providências necessárias à constituição judicial do penhor é que autoriza que o credor primeiro aja e depois busque a chancela judicial de sua conduta.

É verdade que os arts. 874 a 876 do Código de Processo Civil preveem apenas a homologação do penhor legal, cujo apossamento foi previamente consumado pelo credor. Tais pre-

ceitos se aplicam apenas aos casos de urgência, que não poderiam aguardar o ajuizamento da medida judicial correta para apossamentos dos bens móveis do devedor.

A novidade do Código Civil está na parte final do artigo, que atribui ao credor que se apossou de bens do devedor para constituição do penhor legal o dever de lhe passar recibo. O recibo deve conter a relação dos bens apossados e, embora não diga a lei, o valor e a natureza do crédito, para que possa o devedor reclamar judicialmente do excesso de garantia, ou de sua ilegalidade.

Art. 1.471. Tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial.

CC/1916: art. 780.

O artigo em exame corresponde ao art. 780 do Código Civil de 1916, com alterações. Foram extraídas as regras de natureza adjetiva, disciplinadas nos arts. 874 a 876 do Código de Processo Civil.

O penhor judicial, nos casos urgentes, constitui-se em duas etapas. A primeira é o apossamento do bem móvel pelo credor, por sua própria força. A segunda é a homologação judicial do comportamento do credor.

Deve o credor requerer, ato contínuo, a homologação judicial do penhor, instruindo a inicial com a conta pormenorizada das despesas, a tabela de preços e a relação dos objetos apossados; no caso de locação, o contrato escrito, com os respectivos recibos e memória de cálculo.

O devedor é citado para, no breve prazo de 24 horas, ofertar defesa, na qual somente poderá alegar: i) a nulidade do processo, ii) a extinção da obrigação e iii) não estar a dívida compreendida nas hipóteses do art. 1.467 do Código Civil.

Homologado o penhor, os autos serão entregues, independentemente de traslado, ao interessado, que poderá, então, iniciar a execução da garantia. Indeferida a homologação, a posse do credor, que era direta e justa, converte-se em posse injusta, marcada pelo vício da precariedade. Deve devolver os bens empenhados ao devedor e cobrar seu crédito como quirografário. Caso não devolva os bens, pode o devedor ajuizar ação possessória ou petitória para reavê-los.

Jurisprudência: Cobrança. Retenção de bens móveis do autor em razão de débito existente decorrente de locação. Contrapedido para ressarcimento de benfeitoria realizada no imóvel do autor. Previsão contratual acerca da responsabilidade do proprietário pelas obras no imóvel. O penhor legal sobre os móveis que guarnecem a economia locada é assegurado pelo art. 1.467, II, do CC, mas deve ser visto como garantia e não dação em pagamento. Recurso parcialmente provido. (TJRS, Recurso cível n. 71.000.802.157, 3ª T. Recursal Cível, rel. Clóvis Moacyr Mattana Ramos, j. 21.02.2006)

Art. 1.472. Pode o locatário impedir a constituição do penhor mediante caução idônea.

CC/1916: sem correspondente.

Confere apenas a uma das hipóteses do art. 1.467 - locação - a possibilidade de o devedor impedir a constituição do penhor, mediante a prestação de caução. A caução pode ser em

dinheiro, real ou fidejussória, desde que idônea para assegurar o recebimento do crédito, e pode ser pleiteada em ação cautelar própria (art. 829 do CPC) ou em defesa na homologação judicial do penhor.

Embora não diga o artigo, os devedores de serviços de hospedagem e consumo de alimentos também podem prestar caução em dinheiro enquanto discutem a exigibilidade do crédito.

CAPÍTULO III DA HIPOTECA

Seção I **Disposições Gerais**

Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;

II - o domínio direto;

III - o domínio útil;

IV - as estradas de ferro;

V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;

VI - os navios;

VII - as aeronaves;

VIII - o direito de uso especial para fins de moradia;

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.481, de 31.05.2007.

IX - o direito real de uso;

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.481, de 31.05.2007.

X - a propriedade superficiária.

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.481, de 31.05.2007.

§ 1º A hipoteca dos navios e das aeronaves reger-se-á pelo disposto em lei especial.

Antigo parágrafo único renumerado pela Lei n. 11.481, de 31.05.2007.

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do *caput* deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 11.481, de 31.05.2007.

CC/1916: art. 810.

O *caput* desse artigo não alude mais à natureza civil da hipoteca e de sua jurisdição, ainda que a dívida seja comercial, diante da inserção do direito empresarial como livro do Código Civil e a ausência de previsão da criação de tribunais de comércio.

Definição: Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “hipoteca é o direito real de natureza civil, incidente em coisa imóvel do devedor ou de terceiro, sem transmissão da posse ao credor” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. IV, p. 368).

Características: As principais características da hipoteca são: a) é direito real de garantia, de modo que adere ao bem e é dotada de oponibilidade geral; b) é acessória, porque não se concebe garantia sem uma obrigação a ser garantida, segue a sorte jurídica da obrigação garantida; c) tem por objeto coisa do devedor ou de terceiro - nada impede que o hipotecante seja pessoa diversa do devedor; d) tem por objeto coisa imóvel, navios e aeronaves; como direito real imobiliário, é em si mesma classificada como bem imóvel; e) a posse da coisa

hipotecada permanece com o proprietário, seja devedor ou terceiro, sem transferência ao credor; f) é indivisível, porque enquanto não satisfeita integralmente a dívida, subsiste por inteiro sobre a totalidade dos bens gravados, com a exceção do art. 1.488 do CC, adiante comentado; e g) é temporária, porque tem como uma das causas de extinção a perempção, ou usucapião da liberdade, com cancelamento do registro, após o prazo de trinta anos (art. 1.485 do CC). Como os demais direitos reais de garantia, a hipoteca confere ao credor os direitos de seqüela, preferência e excussão.

Objeto: O artigo em estudo trata do objeto da hipoteca. Cada um dos sete incisos prevê um bem passível de hipoteca. A doutrina tradicional diz que o rol é taxativo. Nada impede, porém, ante a tipicidade elástica que a doutrina moderna confere aos direitos reais, que situações jurídicas não expressamente contempladas pelo legislador possam ser objeto de hipoteca, desde que plenamente compatíveis com a natureza do instituto. Embora polêmico o tema, esses são os casos do direito real de superfície e de promissário comprador com preço pago e título levado a registro.

O próprio legislador, na recente Lei n. 11.481/2007, incluiu no rol mais três casos de bens hipotecáveis (incisos VIII a X). A inclusão teve por escopo eliminar dúvidas da doutrina quanto à possibilidade de se hipotecar tais direitos reais que têm por objeto bens imóveis e são alienáveis a terceiros. Tais figuras, mesmo antes da reforma legislativa, já eram hipotecáveis. Embora não incluído no rol, é também hipotecável o direito de promissário comprador com título levado ao registro.

O inciso I afirma que são hipotecáveis os imóveis e os acessórios dos imóveis, conjuntamente com eles. Somente os imóveis alienáveis são hipotecáveis, porque a garantia real é uma alienação em potencial. Se a inalienabilidade ou a alienabilidade forem temporárias, assim também será a hipoteca. Logo, imóveis gravados com cláusula de inalienabilidade, ou bens de família no regime do Código Civil, não são hipotecáveis. Nada impede, porém, que o impropriamente denominado bem de família, previsto na Lei n. 8.009/90, seja hipotecado, porque na verdade é somente impenhorável. Como pode o dono alienar voluntariamente a casa, poderia também hipotecá-la.

No mais, admite-se a hipoteca de imóveis urbanos ou rurais, em condomínio vulgar ou edifício. O condômino pode hipotecar sua parte ideal sem a anuência dos demais condôminos, seja o imóvel divisível ou indivisível, à vista do que dispõe o art. 1.420, § 2º, do Código Civil, já comentado. É possível a hipoteca de propriedade sob condição resolutiva (propriedade fiduciária, ou ao comprador, na venda e compra com pacto de retrovenda), caso em que se extingue a garantia, com a resolução do domínio. Não se admite, porém, a hipoteca sobre propriedade sujeita à condição suspensiva. Isso porque o titular de direito sob condição suspensiva não adquire o direito a que ela visa e tem mera expectativa, podendo apenas exercer atos de conservação, mas não de oneração.

Admite-se a hipoteca de unidades autônomas em construção. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, é viável a hipoteca de "quota ideal de terreno, ajustando que ao apartamento, quando for construído, se estenda o ônus real, porque, nesse instante, se fará um complexo jurídico inseparável com a copropriedade do solo" (*Condomínio e incorporações*, 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 148). Cuida-se de situação especial de hipoteca sobre coisa futura, especializada por antecipação.

Prossegue o inciso I afirmando que são hipotecados com os imóveis os seus acessórios. A regra se encontra mais bem explicitada no art. 1.474. Cabe destacar que o preceito, de natureza cogente, é expresso ao dispor que somente se admite a hipoteca dos acessórios com o imóvel principal. Disso decorre não se admitir a hipoteca dos acessórios independente ou separadamente da hipoteca do solo, sem embargo de respeitáveis opiniões em sentido contrário.

O termo "acessórios" merece cuidadoso exame. Há acessórios que são partes integrantes da coisa, pois a ela se vinculam por união física e não podem ser retirados sem fratura. São

os casos de acessões e benfeitorias, que integram a hipoteca do imóvel, quer sejam anteriores» concomitantes ou posteriores à constituição da garantia, independentemente de cláusula expressa a respeito. Também os frutos pendentes são partes integrantes da coisa e, enquanto não destacados, são abrangidos pela hipoteca. Nota-se, porém, que os frutos destacados antes ou mesmo durante a hipoteca se desligam da garantia, porque o poder de fruição da coisa permanece com o dono e não com o credor. No que se refere aos produtos, que integram a substância da coisa, a regra é outra. Estão incluídos na garantia, e sua retirada desfalece a substância e desvaloriza a coisa, em prejuízo do credor.

Há, porém, acessórios que consistem em simples pertenças (antigas acessões intelectuais)» colocados à disposição duradoura da coisa, para otimizar seu uso, exploração, ou aforoseamento; mas, se retirados, readquirem sua autonomia jurídica e econômica (art. 93 do CC). Reza o art. 94 do Código Civil que “os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso”. Disso decorre as pertenças não se incluem naturalmente na garantia hipotecária. Deve o título constitutivo da hipoteca expressa e especializadamente abranger as pertenças para incluí-las na garantia, com inscrição no registro imobiliário. Tomem-se como exemplos o mobiliário de um imóvel residencial, as máquinas de um imóvel industrial, os equipamentos de um imóvel comercial, os implementos de um imóvel agrícola. A questão, porém, envolve sempre matéria de fato, porque equipamentos que se encontram fisicamente unidos ao imóvel e não podem ser retirados sem fratura, como elevadores ou aparelhos de ar-condicionado central, constituem benfeitorias e integram automaticamente a garantia real.

Os incisos II e III dizem poder ser objeto da garantia hipotecária o domínio direto e o domínio útil do imóvel. Cuidam do direito real de enfiteuse, aforamento ou emprazamento, previsto no art. 678 do Código Civil de 1916. Não mais se admite a criação de enfiteuse na vigência do Código Civil de 2002. Vigoram, porém, as enfiteuses instituídas na vigência da lei anterior, em atenção ao ato jurídico perfeito. Tanto o domínio útil do enfiteuta como o domínio direto do senhorio podem ser hipotecados, com a ressalva de que, no momento da arrematação, há direito de preferência recíproco entre os protagonistas da enfiteuse.

Também podem ser hipotecados, embora não diga de modo expresso a lei, a nua propriedade - ou o domínio direto - nos casos de usufruto, uso, habitação e superfície.

O art. 80 do Código Civil dispõe serem imóveis os direitos reais que têm por objeto coisas imóveis. Assim, os direitos reais de usufruto, uso, habitação e servidão são bens imóveis por definição legal, mas não podem ser hipotecados, porque são inalienáveis. Já o direito real de hipoteca, embora imóvel e passível de alienação, pode apenas ser dado em penhor, por força de disposição legal (Decreto n. 22.778/34).

Nada obsta, porém, que outros direitos reais sobre coisa alheia, imóveis por definição legal e alienáveis a terceiros, sejam dados em hipoteca. O direito real de superfície tem natureza imóvel e pode ser alienado por expressa disposição legal. Nada impede seja onerado por garantia real de hipoteca. Claro que a hipoteca se extinguirá com o direito real de superfície.

Embora negue a doutrina tradicional, não se vê razão para que o direito real de promitente comprador, decorrente de contrato de compromisso de compra e venda sem cláusula de arrependimento e levado ao registro imobiliário, não possa ser dado em garantia hipotecária. É bem imóvel por definição legal e passível de cessão por simples trespasse. Como vimos anteriormente, nos comentários aos arts. 1.417 e 1.418, é o compromisso de compra e venda contrato preliminar impróprio que concentra toda a carga negociada da compra e venda. Pago o preço, todos os poderes federados do domínio estão concentrados nas mãos do promitente comprador, nada mais restando ao promitente vendedor do que o dever de outorgar a escritura definitiva. Na lição de José Osório de Azevedo Júnior, “considerando que o compromisso já é hoje reconhecido, para inúmeros efeitos, como uma forma de alienação,

ficando o compromissário com amplíssimo poder de disposição da coisa, cremos que» após o pagamento do preço, lhe devia ser permitido hipotecar o imóvel, ou pelo menos hipotecar seus direitos reais, que também são imóveis” (*Compromisso de compra e venda*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1983, p. 100).

O inciso IV afirma que podem ser dadas em hipoteca estradas de ferro, urbanas ou não, de superfície ou subterrâneas. Elas são consideradas uma universalidade de fato, e, como bens coletivos, a hipoteca abrange os trilhos, as estações, os pátios de manobra, os terminais de passageiros, as locomotivas, os vagões e todos os demais acessórios necessários ao perfeito funcionamento do meio de transporte. A hipoteca é registrada e a inscrição se faz no oficial do registro do lugar do imóvel correspondente à estação inicial da linha (art. 171 da Lei n. 6.015/73). As estradas de ferro são exploradas, via de regra, sob o regime de concessão. O arrematante tem direito a explorar o serviço concedido, ressalvado, porém, o direito de preferência do poder concedente, de retomada da concessão, pagando o preço da arrematação no prazo de trinta dias, na forma do art. 699 do Código de Processo Civil.

O inciso V dispõe poder ser hipotecados os recursos naturais a que alude o art. 1.230 do Código Civil, independentemente do solo onde se acham. Minas e jazidas, por força de preceito constitucional, são bens da União, independentes do solo onde se encontram. O objeto da hipoteca na verdade é o aproveitamento da mina, mediante direito de lavra. Na lição de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, “a garantia hipotecária está no valor da mina, que, genericamente, é o fato da exploração e que, objetivamente» é o conjunto lavrável acrescido, como partes integrantes dos edifícios, máquinas, instrumentos, animais, veículos etc.” (*Hipoteca*. Rio de Janeiro, Aide, 1996, p. 45). A hipoteca é registrada no Departamento Nacional de Produção Mineral.

Nos incisos VI e VII consta que podem ser hipotecados navios e aeronaves, regidos por disposto em lei especial. Embora sejam bens móveis por natureza» é da tradição do direito brasileiro e de legislações estrangeiras a admissão da hipoteca, em razão do vulto dos financiamentos à sua construção e manutenção. A instabilidade do constante deslocamento se compensa com a estabilidade dos registros em aeroportos e portos de origem.

A hipoteca de navios se encontra disciplinada pelo art. 278 do Decreto n. 18.871/29, que promulga a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (Código Bustamante), e pelos arts. 12 a 14 da Lei n. 7.652/88, que dispõem sobre o registro de propriedade marítima. A hipoteca de aeronaves se encontra nos arts. 138 a 147 da Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica).

Os incisos VIII e IX» adicionados pela recente Lei n. 11.481/2007, admitem a hipoteca sobre o direito de uso especial para fins de moradia e o direito real de uso, regulados, respectivamente, na Medida Provisória n. 2.220 /2001 e art. 4º, V, g, do Estatuto da Cidade. O acréscimo guarda simetria com a inclusão no art. 1.225 dos dois novos direitos reais de gozo e fruição. A medida constitui importante passo para que possam ocupantes de imóveis públicos obter financiamento imobiliário para construção de acessões. Lembre-se de que o direito real de uso é o previsto em lei especial, e não nos arts. 1.412 e 1.413 do Código Civil, que tem natureza personalíssima e» por ser intransmissível, também não é passível de ser dado em garantia real.

O inciso X dispõe ser hipotecável a propriedade superficiária. Tal possibilidade já era reconhecida pela doutrina antes mesmo da inovação legislativa. Isto porque a propriedade superficiária, como direito real sobre coisa alheia incidente sobre bem imóvel, é considerada também imóvel por definição legal. Como é o direito real de superfície alienável, é também hipotecável. Ressalte-se que o arrematante se sub-rogará no direito de superfície, pelo prazo faltante, previsto no título, e assumindo todas as obrigações do superficiário devedor, inclusive a do pagamento de encargos e de eventual *solarium*.

O parágrafo segundo nada mais explicita que o caráter acessório dos direitos reais de garantia. Se o objeto da garantia for a termo, ou, ainda, embora não dito pela lei, mas impli-

cito, extinguir-se por qualquer das causas previstas em lei, extingue-se juntamente a hipoteca. Assim, se o direito de uso especial for extinto por desvio de uso, ou por ter o titular adquirido outro imóvel, extingue-se também o direito real de hipoteca.

Jurisprudência: Penhora. Bem de família. Imóvel objeto de garantia hipotecária do débito em execução. Inaplicabilidade do benefício. Art. 3º, V, da Lei n. 8.009, de 29.03.1990. Embargos à arrematação improcedentes. (I TACSP, Ap. cível n. 617.896, rel. Antonio Rigolin)

Penhora. Bem de família. Execução por título extrajudicial. Contrato de mútuo. Bens imóveis dados em hipoteca no pacto adjeto do contrato. Indiscutível interesse da entidade familiar beneficiada pelo empréstimo. Impossibilidade de invocar-se a impenhorabilidade do bem de família. Exceção do art. 3º, V, da Lei n. 8.009, de 29.03.1990. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 973.015-2/Santo André, 12ª Câmara, rel. Des. Cerqueira Leite, j. 16.11.2005, v.u.)

Concurso de credores. Direito de preferência. Despesas condominiais. Natureza *propter rem*. Execução. Credor hipotecário. Descabimento. A preferência do crédito garantido por hipoteca (art. 1.560 do CC/1916 e art. 961 do CC/2002), não se aplica ao crédito da massa condominial, oriundo de despesas ligadas à manutenção e preservação da integridade do próprio bem oferecido em garantia. Conquanto não reproduzido no Código Civil de 2002, mantém-se atual o princípio consagrado no art. 1.564 do Código Civil de 1916, que previa que do preço alcançado pelo imóvel hipotecado deveriam ser deduzidas as despesas feitas por terceiros na conservação da coisa. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 984.723-0/6/SP, 35ª Câmara, rel. Clóvis Castelo, j. 21.11.2005, v.u.)

Art. 1.474. A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.

CC/1916: art. 811.

Duas são as regras enunciadas no preceito: (a) a hipoteca abrange a integralidade do imóvel, com todos os seus acessórios; (b) a hipoteca não afeta os direitos reais anteriormente constituídos e registrados.

No que se refere aos acessórios, remete-se o leitor ao comentário do artigo anterior, especialmente o inciso I. A hipoteca abrange todas as construções, plantações (acessões) e benfeitorias, que guardam relação de acessoriedade com o imóvel. Ainda que não mencionadas no título, integram naturalmente a garantia real. Também as construções e plantações não existentes ao tempo da constituição da garantia real, à medida que forem erigidas e plantadas, integram-se automaticamente à hipoteca, independentemente de previsão negociai. A regra tem especial relevância no que se refere às unidades autônomas de condomínio edilício em construção, hipótese em que se admite, por exceção, a hipoteca sobre coisa futura, especializada por antecipação.

No artigo anterior também estudamos as pertenças, que, por não se enquadrarem na condição de acessórias — embora sirvam à exploração da coisa a que servem gozam de autonomia jurídica e somente integram a garantia se expressamente previstas no título constitutivo.

No que se refere às acessões e benfeitorias feitas por terceiros no imóvel hipotecado, a situação é outra. Na lição de Clóvis Bevilacqua, “as benfeitorias úteis e necessárias, realizadas por terceiros de boa-fé, não se desagregam do imóvel hipotecado, de modo que o credor exe-

quente as terá de descontar do preço do imóvel arrematado ou adjudicado, para indenizar a quem as realizou. Quem, de boa-fé, melhora o prédio alheio nas condições acima expostas, tem direito a ser indenizado” (*Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. II, p. 148). Do mesmo modo, Orlando Gomes afirma que “se as benfeitorias pertencerem a terceiros, aos quais assista direito de pedir indenização ao proprietário do imóvel, deduz-se o seu valor no preço da venda do bem principal” (*Direitos reais*, 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 416).

Em suma, em relação a terceiros, aplica-se o regime de indenização e de retenção previsto nos arts. 1.219 a 1.222 (benfeitorias) e 1.253 a 1.259 (ações) já estudados, sendo primordial conhecer a boa-fé do possuidor e do construtor. O direito que teriam contra o proprietário do imóvel hipotecado, podem abater do valor da arrematação, ou exercê-lo contra o credor adjudicante. Isso porque as ações e benfeitorias valorizaram o imóvel e integram o preço de arrematação, de modo que a não indenização vulneraria a cláusula geral que veda o enriquecimento sem causa.

Quanto aos frutos, o devedor hipotecário ou terceiro prestador da garantia conserva a posse, acompanhada dos poderes de usar e fruir a coisa dada em garantia, até o momento da excussão. Enquanto pendentes, os frutos são acessórios da coisa e integram, por consequência, a garantia hipotecária. Porém, o proprietário da coisa hipotecada pode destacar e consumir ou alienar os frutos, momento em que ganham autonomia jurídica e se desligam da garantia. Como os frutos são renováveis periodicamente e não desfalcam a substância da coisa hipotecada, preserva-se o seu valor e o interesse do credor. Em suma, até o momento da excussão, os frutos pertencem ao proprietário. Somente os frutos colhidos por antecipação é que devem ser devolvidos ao arrematante.

No que se refere aos produtos, a regra é outra. Eles não são renováveis e desfalcam a substância da coisa hipotecada, provocando sua desvalorização. Devem ser preservados pelo proprietário, evitando o prejuízo do credor hipotecário, salvo cláusula em sentido contrário contida no título.

O segundo período do artigo em estudo ressalva subsistirem os ônus reais constituídos anteriormente à hipoteca. Natural que os anteriores direitos reais sobre coisa alheia, como superfície, servidão, usufruto, uso, habitação e mesmo anterior hipoteca, irradiem efeitos em relação à nova garantia, que recai sobre coisa já gravada.

A regra inversa também é verdadeira. A hipoteca registrada prevalece e não é afetada diante dos posteriores direitos reais sobre coisa alheia, inclusive segunda hipoteca.

Merece destaque a Súmula n. 308 do STJ: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel” O STJ, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e aos deveres de cuidado ao se contratar, a fim de não lesar interesses alheios, conferiu eficácia aos compromissos de venda e compra não registrados, perante o direito real de hipoteca das instituições financeiras. Partiu da correta premissa de que as instituições financeiras conheciam ou deveriam conhecer que as unidades recebidas em garantia eram prometidas à venda ao público.

Jurisprudência: Tutela. É possível antecipar tutela específica de obrigação de concluir compromisso de compra e venda de apartamento em construção quitado, contra os anseios da incorporadora que se opõe pela constituição de hipoteca que pega a unidade comprometida. Repressão ao abuso de direito praticado pela incorporadora, com valorização da sentença que, lavrando multa estimulante por dia de atraso, busca obter o resultado prático equivalente ao do adimplemento (arts. 461, § 5º, do Código de Processo Civil, e art. 84, § 5º, da Lei n. 8.078, de 11.09.1990). Improvimento. (TJSP, AI n. 94.852-4/Campinas, 3ª Câ. de Direito Privado, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 02.03.1999, v.u.)

Sistema Financeiro da Habitação. Adjudicação de imóvel hipotecado. Direito à indenização em face de benfeitorias realizadas. Impossibilidade. Segundo o art. 1.474, do CC, "a hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel". Assim sendo, não existe obrigação, por parte do mutuante, de indenizar as benfeitorias, tendo em vista que a hipoteca abrange o imóvel como um todo. (TRF, 4ª Região, Ap. cível n. 2006.70.030.015.484, rel. Vânia Hack de Almeida, j. 01.08.2007)

Art. 1.475. É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado.

Parágrafo único. Pode convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado.

CC/1916: sem correspondente.

O principal efeito da hipoteca é vincular um bem imóvel ao cumprimento de uma obrigação. Como alerta Caio Mário da Silva Pereira, o proprietário “não está inibido de alienar o imóvel hipotecado, porque não perde o *jus disponendi*. Ao adquirente, porém, transfere-se o ônus que o grava, não lhe valendo de escusa a alegação de ignorância, que não prevalece contra o registro, nem lhe socorrendo para libertá-lo de qualquer cláusula de sua escritura, ou compromisso assumido pelo cievador hipotecário. A alienação transfere o domínio do imóvel; mas este passa ao adquirente com o ônus hipotecário - *transit cum onere suo*” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. IV, p. 386).

Em termos diversos, a seqüela constitui um dos efeitos dos direitos reais de garantia, provocando a aderência do ônus à coisa, acompanhando-a em poder de quem se encontre. O artigo em exame destaca não ser o imóvel hipotecado inalienável, embora a alienação seja ineficaz perante o credor, que pode perseguir a coisa em poder de quem se encontre e promover sua excussão, no caso de inadimplemento do devedor.

A norma é cogente, de modo que se considera nula e não escrita qualquer cláusula negociada que impeça a alienação do imóvel hipotecado. Somente a cláusula é nula, não a garantia real. A regra tem razão de ser. É indiferente ao credor a alienação do imóvel, porque a garantia recai com vínculo real sobre a coisa, que será levada à hasta pública se houver inadimplemento. Se o imóvel hipotecado for alienável, também será penhorável, com as regras estabelecidas no art. 1.501, no caso de excussão.

O parágrafo único admite, mediante cláusula convencional expressa constante do título e do registro imobiliário, para conhecimento de terceiros, que a alienação provocará o vencimento antecipado do crédito hipotecário. No silêncio do título ou na omissão do registro, a alienação não produz qualquer efeito em relação ao crédito. A lei somente admite a aposição de tal cláusula no caso de alienação e não no de oneração do imóvel, inclusive por segunda hipoteca, que respeita os direitos reais anteriormente constituídos. A regra, porém, estende-se ao compromisso de compra e venda, que, como já visto nos comentários aos arts. 1.417 e 1.418, constitui direito real de aquisição e contrato preliminar impróprio, quase esgotando os efeitos da compra e venda.

A cláusula convencional do vencimento antecipado não é da natureza da garantia hipotecária e deve ser interpretada em cotejo com os princípios imperativos da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual. A alienação, embora ineficaz frente ao credor, pode provocar agravamento do risco ou de depreciação do imóvel hipotecado. Basta imaginar o adquirente deixar de pagar impostos, ou o rateio das despesas de condomínio edilício, ou de promover a conservação da construção, não fazendo as benfeitorias necessárias. Haverá, em tais hipóteses, nítida depreciação da garantia, o que justifica o vencimen-

to convencional imediato da dívida e, na falta de pagamento, a pronta execução e excussão do prédio hipotecado.

Caso, porém, a alienação não provoque qualquer agravamento do risco de depreciação da garantia, inexistente razão para o vencimento antecipado da dívida, embora previsto em cláusula convencional. A medida provocaria a impossibilidade do devedor arcar com o pagamento integral e, por consequência, a execução da dívida, sem razão para tanto. É o que a melhor doutrina insere como uma das facetas do princípio da boa-fé objetiva e denomina de exercício desequilibrado de direitos (*inciviliter agere*), em que há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular de um direito e o sacrifício imposto à contraparte, ainda que não haja o propósito de molestar. São casos em que o titular de um direito age sem consideração pela contraparte (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 179). O clássico Menezes Cordeiro trata da matéria como desequilíbrio no exercício de direitos, provocando danos inúteis à desproporção dos efeitos práticos. Ensina que “da ponderação dos casos concretos que deram corpo ao exercício em desequilíbrio, desprende-se a ideia de que, em todos, há uma desconexão - ou, se quiser, uma desproporção - entre as situações sociais típicas pré-figuradas pelas normas jurídicas que atribuíam direitos e o resultado prático do exercício desses direitos. Parece, pois, haver uma bitola que, transcendendo as simples normas jurídicas, regula, para além delas, o exercício de posições jus-subjetivas; essa bitola dita a medida da desproporção tolerável, a partir da qual já há abuso” (*Da boa-fé no direito civil* Coimbra, Almedina, 1977, p. 859).

Em resumo, o vencimento antecipado da dívida, ainda que convencionalizado pelas partes, está subordinado à prova de que a alienação de algum modo feriu interesse do credor hipotecário, ou provocou a depreciação do imóvel objeto da garantia, sob pena da execução antecipada configurar abuso de direito.

As hipotecas vinculadas ao SFH - Sistema Financeiro de Habitação - são regidas por lei especial, que reclama prévia e expressa anuência do credor hipotecário para a alienação do imóvel gravado a terceiros. Dispõe a Lei n. 8.004/90, que o mutuário do SFH somente pode alienar o imóvel gravado com a concomitante transferência do financiamento e com interveniência obrigatória da instituição financeira. A norma não se encontra revogada pelo artigo em estudo do Código Civil de 2002, pois se trata de lei especial, voltada a financiamentos com regras pontuais e juros subsidiados, tendo como destinatários determinados segmentos da população. O financiamento tem caráter social, cobrando juros inferiores aos praticados pelo mercado. Os destinatários devem reunir certo perfil desenhado pelo legislador: não serem proprietários de imóvel residencial diverso e terem renda comprovada, cujo comprometimento não pode ultrapassar certo patamar.

Ressalte-se apenas a existência da Lei n. 10.150/2000, que prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25.10.1996, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n. 8.692/93, o que revela a intenção do legislador de possibilitar a regularização dos cognominados “contratos de gaveta”, originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor.

Afora essa hipótese, a vedação à cessão prevista na Lei n. 8.004/90 se justifica. O financiamento a juros subsidiados é concedido a certa camada da população de perfil socialmente desejável pelo legislador, de modo que a benesse não deve ser repassada a terceiros não portadores das mesmas características. Há razão objetiva para o *discrímen* justificador da incidência de regulação por norma especial, não afetada pela norma geral do Código Civil de 2002 (STJ, REsp n. 100.347/SC, rel. Min. Ari Pargendler).

O STJ, em mais de uma oportunidade, assentou o seguinte: “Com efeito, em qualquer transferência de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação é obrigatória

a intervenção da instituição financeira no negócio jurídico de cessão de direitos e obrigações decorrentes do mútuo hipotecário. Caso, no entanto, a cessão ocorra sem essa intervenção, não haverá vínculo jurídico a obrigar a instituição financeira perante o cessionário, mesmo porque em tais contratos existe expressa previsão de que a cessão ou transferência a terceiros dos direitos contratuais, sem consentimento da credora, implicará vencimento antecipado da dívida” (REsp n. 184.337/ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

O julgado, porém, estabeleceu limites à atuação da credora hipotecária, ao admitir que ao mutuário “em resumo, de uma ponta, não pode privar-se de alienar seu imóvel. De outra, a credora hipotecária não pode estar alheia às transferências do bem hipotecado a seu favor. Todavia, não pode a Caixa ter para si o arbítrio exclusivo de utilizar essa condição da concórdância na medida de sua conveniência, já que teria o poder de inviabilizar a faculdade de o proprietário dispor do imóvel. A harmonização dessas faculdades e direitos de ambos os contratantes está a exigir moderada interpretação da cláusula contratual, no sentido de que só poderá a Caixa recusar a transferência do imóvel nos casos de o adquirente não cumprir as exigências do SFH, na qualidade de sub-rogado naqueles direitos e obrigações. Sem esse motivo, torna a ela vedado recusar a alienação do imóvel”

Parece ser esta a posição mais equânime para solução da questão: há necessidade do credor hipotecário, no sistema do SFH, anuir à alienação do imóvel hipotecado, mas a recusa não pode ser imotivada se o adquirente preencher o perfil social e financeiro para a modalidade especial de financiamento. Faz-se, porém, uma ressalva. Há casos em que, tratando-se de financiamentos habitacionais para camadas populares de baixa renda, a mera circunstância de o cessionário, ao adquirir o imóvel financiado, estar infringindo a ordem estabelecida para o benefício (em filas ou sorteios específicos) já representará razão suficiente para a recusa à anuência.

Ao julgar em 04.05.2006 na Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo a Ap. cível n. 345.464.4/8-00, deixei assentado, em caso similar ao ora em exame, que “não resta dúvida que legítimo é o interesse da recorrente de garantir seu direito fundamental à moradia. Há, porém, outras pessoas, tão ou mais carentes, que percorreram verdadeira via *crucis* de filas e documentos para obterem o cadastro no programa de habitação popular e que aguardam anos, à espera de contemplação em sorteio. Dizendo de outro modo, acolher a pretensão da autora significaria alijar pretensão tão ou mais legítima alheia, o que não se mostra factível”.

Em data recente, após a vigência do atual Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça examinou o diálogo entre o art. 1.475 e a Lei n. 8.004/90. Assentou que o art. 1.475 “não alcança as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, posto que para esse fim há lei especial - Lei n. 8.004/90 -, a qual não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda, em sintonia com a regra do art. 303 do Código Civil de 2002. Com efeito, associada à questão da dispensa de anuência do credor hipotecário está a notificação dirigida ao credor, relativamente à alienação do imóvel hipotecado e à assunção da respectiva dívida pelo novo titular do imóvel. A matéria está regulada nos arts. 299 a 303 do novel Código Civil - da assunção de dívida dispondo o art. 303 que “o adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em 30 (trinta) dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento” (STJ, REsp n. 627.424/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 06.03.2007).

Em resumo, parece ser esta a mais recente orientação do Superior Tribunal de Justiça: no regime do SFH, exige-se a anuência do credor hipotecário para a cessão ou alienação do imóvel hipotecado; caso, porém, o adquirente notifique o credor hipotecário, com prazo de 30 dias, e tome a seu cargo o pagamento da dívida sem oposição do credor, entende-se suprido o assentimento.

Jurisprudência: Direito real sobre coisa alheia. Hipoteca. Vinculação do bem gravado. Hipótese em que o bem responde pela dívida, ainda que se encontre em poder de terceiro. Ação de cobrança, ademais, que deve ser dirigida contra quem se obrigou. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 230.981-1/Capivari, rel. Leite Cintra, j. 23.11.1994, v.u.)

Condomínio. Alienação de bem dado em garantia de hipoteca. Admissibilidade. Ocorrência de fato superveniente que se sobrepõe à proibição de venda. Transferência dos encargos ao novo adquirente. Cobrança da dívida sempre assegurada pelo direito de seqüela e de preferência. Recurso não provido. A hipoteca, garantia real, ainda que o bem venha a trocar de mãos, sempre assegurará cobrança da dívida contra o eventual novo adquirente. Afinal, como disposto na lei, os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente. (I TACSP, Ap. cível n. 264.117-2/Indaiatuba, 16ª Câmara, rel. Jacobina Rabello, j. 27.06.1995, v.u.)

Execução fiscal. Penhora. Incidência sobre bem vinculado à cédula de crédito comercial. Prevalência do art. 184 do Código Tributário Nacional sobre o art. 57 do Decreto-Lei n. 413, de 09.01.1969. Recurso não provido. São impenhoráveis os bens dados em hipoteca ou penhor e vinculados à cédula de crédito industrial ou comercial, salvo confronto com os créditos tributários. (I TACSP, AI n. 268.097-2/Nova Granada, 14ª Câmara, rel. Franciulli Netto, j. 07.11.1995, v.u.)

1 - "Passando o agente financeiro a receber do cessionário as prestações amortizadas do financiamento, após tomar conhecimento da transferência do imóvel financiado a termo, presume-se que ele consentiu tacitamente com a alienação". (STJ, REsp n. 70.684, rel. Min. Garcia Vieira, DJ 14.02.2000). 2 - A alienação do imóvel objeto do contrato de mútuo operou-se em 1989, quando ainda inexistia exigência legal de que o agente financeiro participasse da transferência do imóvel, não estando a mesma vedada por nenhum dispositivo legal. Consequentemente, inaplicáveis as regras contidas na Lei n. 8.004, de 14.03.1990, que obriga a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda. 3 - Situação fática em que o credor (Banco Itaú) foi notificado em três ocasiões sobre a transferência do contrato. Embora tenha manifestado sua discordância com o negócio realizado, permaneceu recebendo as prestações até o mês de abril de 1995, ensejando a anuência tácita da transferência do mútuo. 4 - Consoante o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, porquanto é a base de sustentação da segurança jurídica, segundo o vetusto Código Civil de 1916, de feição individualista, que privilegiava a autonomia da vontade e a força obrigatória das manifestações volitivas. Não obstante, esse princípio sofre mitigação, uma vez que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como v. g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva. (STJ, REsp n. 573.059/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.09.2004)

Contrato original, entre a CEF e o mutuário, bem como o negócio entre cedente e cessionário, foram efetuados, ambos, anteriormente à Lei n. 8.004, de 14.03.1990. Credor hipotecário que recebeu as prestações por vários meses antes da recusa ao pagamento, caracterizando anuência tácita. (STJ, REsp n. 83.467/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 08.06.1999)

Conforme precedentes desta corte, com a transferência ilegal do imóvel ocorre o vencimento antecipado da dívida e o saldo devedor deve ser quitado, não havendo que se falar em sub-rogação com referência às prestações mensais ou em direito à transferência do contrato de financiamento. Portanto, se a alienação se deu ao arrepio da instituição que detém a hipoteca, sem a sua anuência ou consentimento, não merece prosperar a consignatória. (STJ, REsp n. 75.373/RS, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 08.04.1997)

A transferência do imóvel foi ilegal e violou cláusula contratual, acarretando o vencimento antecipado da dívida e o saldo devedor deve ser quitado, não assistindo qualquer razão aos recorridos de sub-rogação, de continuar a pagar as prestações mensais do imóvel *sub judice* ou de compelir o recorrente a transferir-lhes o contrato de financiamento (STJ, REsp n. 55.270/RS, rel. Min. Garcia Vieira, j. 07.11.1994). (*Lex-STJ* 72/228)

É obrigatória a interveniência da instituição financeira na transferência de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação. (STJ, REsp n. 184.337/ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25.06.2002)

Registro de imóveis. Dúvida. Hipoteca cédular previamente registrada. Cédula de crédito comercial. Possibilidade de posterior registro de penhora referente a débito condominial. Obrigação *propter rem*. Inteligência do art. 5º da Lei n. 6.840/80 e do art. 57 do Decreto-lei n. 413/69. Recurso não provido (TJSP, Ap. cível n. 223-6/0, rel. José Mário Antonio Cardinale). (*Lex-TJSP* 286/577, 2005)

Registro de Imóveis. Alienação. Imóvel. Hipoteca. Cédula de crédito rural. Credor. Prévia anuência. Área de reserva legal. Desnecessidade de averbação. A regra geral do art. 1.475 do Código Civil não exclui a aplicação da norma especial contida no art. 59 do Decreto-lei n. 167/67, que condiciona a venda dos bens apenhados ou hipotecados por meio de cédula de crédito rural à prévia anuência do credor, por escrito. (TJMG, Ap. cível n. 1.0498.03.002572-6/002, rel. Almeida Melo, j. 09.09.2004)

Art. 1.476.0 dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor.

CC/1916: art. 812.

Este artigo completa o preceito do artigo anterior, pois no *jus disponendi* se integra o direito do proprietário do bem hipotecado constituir novas garantias reais. O preceito abrange não apenas o dono, mas também o titular do domínio útil e do direto, o superficiário e do direito de lavra. Podem constituir anticrese, pois a hipoteca não afeta o *jus fruendi*, assim como novas sub-hipotecas, sem limitação de número ou de valor.

Embora o artigo mencione hipoteca no singular, nada impede o proprietário de constituir quantas hipotecas desejar, de valor inferior ou superior ao do bem, sem afetar a garantia anteriormente constituída. A constituição independe de prévia anuência do credor hipotecário em primeiro grau, porque em nada afeta os efeitos da garantia já constituída. O direito de sub-hipotecar é de natureza cogente, tal como o de alienar previsto no artigo anterior, considerando-se não escrita cláusula proibitiva. O que podem as partes convencionar é o vencimento antecipado da dívida, de modo similar ao do parágrafo único do artigo anterior, respeitando-se, porém, os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual.

A regra em exame, tal como destacado no artigo antecedente, não vale para as hipotecas constituídas no regime do Sistema Financeiro de Habitação, pois a alienação ou a oneração devem contar com expressa anuência do credor hipotecário.

Art. 1.477. Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira.

Parágrafo único. Não se considera insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira.

CC/1916: art. 813.

Embora aluda a norma apenas à primeira e à segunda hipotecas, abrangem todas as de grau superior, em relação às hipotecas de grau inferior. O termo “primeira hipoteca” diz respeito à anterioridade de registro, em relação à segunda hipoteca. Assim, o credor da terceira hipoteca, embora vencida, não pode executá-la enquanto não estiverem vencidas a primeira e a segunda hipotecas. Com maior dose de razão, abrange também os credores quirografários, de dívidas vencidas antes do crédito hipotecário (FULGÊNCIO, Tito. *Direito real de hipoteca*. Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 158).

A razão de ser da norma é explicada por Clóvis Bevilacqua: “esses credores de hipoteca ulteriormente inscrita já encontraram o bem gravado, em sua totalidade, em proveito do credor anteriormente inscrito. Sua garantia está na parcela do valor do bem, que restar do pagamento da obrigação anteriormente garantida. Retarda-se a execução, porque a garantia recai sobre o remanescente” (*Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. II, p. 160).

A regra é a da impossibilidade do credor de hipoteca de grau mais elevado executar a garantia antes do vencimento da hipoteca de grau menos elevado. Em termos diversos, a exigibilidade se posterga até o vencimento do crédito garantido por hipoteca de grau inferior. Se não há exigibilidade, não há pretensão e nem corre a prescrição. Nada impede, porém, o credor de hipoteca de grau superior, em vez de aguardar o vencimento da hipoteca inferior, penhorar outros bens do devedor, livres da hipoteca, não se aplicando ao caso a regra do art. 655, § 2º, do Código de Processo Civil.

Exceção à regra da inexigibilidade do crédito de hipoteca de grau superior, antes de vencida a hipoteca de grau inferior, é a hipótese de insolvência do devedor, que provoca o vencimento antecipado de todos os créditos e a instauração do concurso de credores. Embora não refira de modo expreso a lei, o entendimento majoritário é no sentido de que os demais casos de vencimento antecipado, previstos no art. 1.425, provocam o mesmo efeito.

O parágrafo único do artigo em estudo trata da prova da insolvência do devedor, constatada pela existência de dívidas vencidas superiores à importância dos bens do devedor (art. 748 do CPC). A prova é facilitada pela regra do art. 750 do Código de Processo Civil, no sentido de que se presume a insolvência quando o devedor não possui bens livres ou desembaraçados para nomear penhora.

Para evitar, porém, que um bem de valor suficiente para cobrir diversas hipotecas leve à indevida insolvência do devedor, quando vencida sub-hipotecas, uma vez que as execuções não podem ser iniciadas antes do vencimento da primeira hipoteca, e o devedor não possuir outros bens livres, é que existe o preceito do parágrafo único: não se considera insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira.

Lembre-se de que os créditos com privilégio legal superiores à hipoteca, referidos no art. 1.422, não se encontram sujeitos à restrição prevista neste artigo e podem ser executados desde os respectivos vencimentos.

Art. 1.478. Se o devedor da obrigação garantida pela primeira hipoteca não se oferecer, no vencimento, para pagá-la, o credor da segunda pode promover-lhe a extinção, consignando a importância e citando o primeiro credor para recebê-la e o devedor para pagá-la; se este não pagar, o segundo credor, efetuando o pagamento, se sub-rogará nos direitos da hipoteca anterior, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum.

Parágrafo único. Se o primeiro credor estiver promovendo a execução da hipoteca, o credor da segunda depositará a importância do débito e as despesas judiciais.

CC/1916: art. 814.

Esse artigo disciplina a primeira hipótese de remição - resgate ou redenção - da hipoteca» feita pelo credor garantido por hipoteca posterior. Embora mencione o preceito “segunda” hipoteca, tem o alcance de hipoteca posterior, qualquer que seja o seu grau.

A remição está sujeita aos seguintes requisitos: a) se o devedor, titular da primeira preferência, deixar de remi-la; e b) se já tiver vencida a hipoteca anterior, iniciada ou não a execução. Note que o atual Código Civil revogou o art. 270 da Lei n. 6.015/73, que admitia a remição *antes* do vencimento da hipoteca anterior. Tal medida agora somente é possível no âmbito da autonomia privada, mediante negócio jurídico entre os dois credores hipotecários, nos termos do art. 286 do Código Civil, caso em que assume a feição de pagamento e não de remição. Como visto no artigo anterior, admite a doutrina majoritária que não somente o vencimento ordinário, como também o vencimento antecipado, em todas as hipóteses do art. 1.425, conferem o direito à remição.

Na falta de consenso entre os credores e o próprio devedor, com preferência no exercício de tal prerrogativa, a remição se faz mediante pagamento por consignação. São citados os credores com hipotecas de graus inferiores e o devedor; este em razão da preferência que goza na remição. O depósito engloba o crédito e seus encargos. Se já houver execução aparelhada, também as despesas judiciais.

A remição provoca a sub-rogação do credor com hipoteca posterior nos direitos do credor com hipoteca anterior, sem prejuízo dos que lhe competem. Embora mencione o preceito a extinção da hipoteca, tal fenômeno não ocorrerá nessa modalidade de remição, que apenas afasta a concorrência do primeiro credor. Há simples sub-rogação. O credor da hipoteca posterior assume a posição jurídica do credor da hipoteca anterior, com todos os seus benefícios e vicissitudes. Os juros, a cláusula penal e em especial a melhor preferência são transmitidas ao credor remissor, sem prejuízo do crédito de que já era titular contra o devedor. A execução pode ocorrer pelo total dos créditos. De outro lado, pode o devedor opor ao novo credor as exceções que tinha contra o credor originário.

Art. 1.479. O adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo em estudo merece interpretação cuidadosa. Confere ao adquirente de imóvel hipotecado o direito potestativo de exonerar-se da hipoteca, caso não deseje remi-la, abandonando o imóvel.

A norma alcança somente o terceiro adquirente não obrigado ao pagamento da obrigação garantida. Caso tenha se obrigado a solver a dívida, ainda que como garantidor, ou sucessor do obrigado, não pode usar da prerrogativa do abandono, mas apenas da remição.

Usa a lei de modo impróprio o termo abandono, pois o que se faculta ao adquirente é a entrega do imóvel ao credor hipotecário ou a sua devolução ao alienante. Como alerta Marco Aurélio S. Viana, é impróprio falar em abandono em favor de alguém (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, p. 808). O que criou a lei foi um caso de resilição uni-

lateral do negócio aquisitivo, mediante devolução ao alienante, ou de entrega ao credor, com o fito de extinguir a hipoteca.

Note-se que a entrega ao credor provoca a exoneração da hipoteca, não a extinção da obrigação garantida. O adquirente não é devedor, mas apenas proprietário de imóvel ou bem previsto no art. 1.473 gravado por hipoteca e nessa qualidade deve ser citado na execução hipotecária (STJ, REsp n. 326.201/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro). É dono de bem afetado ao cumprimento de uma obrigação e pode evitar a execução desfazendo o negócio aquisitivo, ou entregando a coisa ao credor hipotecário, de modo unilateral.

O abandono previsto nesse artigo não se dá mediante mera entrega da posse do bem hipotecado ao credor ou ao alienante, com o ânimo específico de exonerar-se da hipoteca. A entrega da posse por negócio jurídico solene ou mediante decisão judicial deve ser instrumentalizada e levada ao registro imobiliário.

Ao contrário do que defende parte da doutrina (MAMEDE, Gladston. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV, p. 361), o preceito não se estende a todos os casos de terceiros prestadores de garantia, mas tão somente ao adquirente de bem hipotecado, como se deduz da leitura do artigo subsequente.

Remete-se o leitor ao comentário do art. 1.474. Os tribunais cada vez mais valorizam a posse do adquirente de boa-fé, em detrimento do credor hipotecário, especialmente se este se descurou dos deveres de cuidado e diligência. Merece destaque a Súmula n. 308 do STJ, do seguinte teor: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Art. 1.480.0 adquirente notificará o vendedor e os credores hipotecários, deferindo-lhes, conjuntamente, a posse do imóvel, ou o depositará em juízo.

Parágrafo único. Poderá o adquirente exercer a faculdade de abandonar o imóvel hipotecado, até as vinte e quatro horas subsequentes à citação, com que se inicia o procedimento executivo.

CC/1916: sem correspondente.

Detalha o artigo o exercício do direito potestativo de *abandono*- ou melhor, transferência - do bem hipotecado ao alienante ou ao credor hipotecário. A entrega do bem pode ocorrer antes da execução, mediante notificação ou consignação do adquirente. A notificação deve ser seguida de entrega da posse, instrumentalização e registro. A sentença que julga a consignação constitui título hábil ao registro.

Pode ocorrer também o abandono durante a execução da hipoteca, no prazo decadencial de vinte e quatro horas, contado da citação, mediante requerimento nos autos. Caso a entrega se faça nos autos da execução hipotecária, o juiz mandará imitar o credor na posse do imóvel, assim como determinará a transferência do imóvel hipotecado. A execução poderá prosseguir como quirografária contra o devedor, porque esgotada a garantia real. Em tal hipótese, abate-se da dívida o valor de aquisição do bem hipotecado, ou, caso seja inferior ou superior ao de mercado, o valor ajustado, nos moldes do art. 1.484 do Código Civil, ou se procederá à avaliação do imóvel.

Ressalta o preceito poder a consignação ser ajuizada em face também do alienante. A lei criou uma espécie de denúncia unilateral de contrato de venda e compra de imóvel hipotecado. Não diz a lei, no caso de disputa entre o credor hipotecário e o alienante, qual deles receberá o imóvel. Caso o preço tenha sido integralmente pago, é razoável que a preferência seja do credor. Caso contrário, a preferência de receber o imóvel abandonado será do alienante.

Art. 1.481. Dentro em trinta dias, contados do registro do título aquisitivo, tem o adquirente do imóvel hipotecado o direito de remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço por que o adquiriu.

§ 1º Se o credor impugnar o preço da aquisição ou a importância oferecida, realizar-se-á licitação, efetuando-se a venda judicial a quem oferecer maior preço, assegurada preferência ao adquirente do imóvel.

§ 2º Não impugnado pelo credor, o preço da aquisição ou o preço proposto pelo adquirente, haver-se-á por definitivamente fixado para a remissão do imóvel, que ficará livre de hipoteca, uma vez pago ou depositado o preço.

§ 3º Se o adquirente deixar de remir o imóvel, sujeitando-o a execução, ficará obrigado a ressarcir os credores hipotecários da desvalorização que, por sua culpa, o mesmo vier a sofrer, além das despesas judiciais da execução.

§ 4º Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente que ficar privado do imóvel em consequência de licitação ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais.

CC/1916: arts. 815 e 816.

Legislação correlata: arts. 266 a 276, Lei n. 6.015, de 31.12.1973.

Trata da remição - ou resgate, ou purga, ou redenção da hipoteca - por adquirente do imóvel ou bem hipotecado, desde que o faça tempestivamente. Entende-se por adquirente todo aquele a quem for transmitido o imóvel, a título *inter vivos* ou *causa mortis* desde que não seja parte na obrigação ou na hipoteca (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil interpretado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1972, v. X, p. 342). O preceito deve ser estendido ao promitente comprador, com título registrado, titular de direito real de aquisição.

Tem por objetivo, segundo Caio Mário da Silva Pereira, conciliar dois princípios: segurança para o credor e livre circulação dos bens (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. IV, p. 394). A hipoteca é dotada de seqüela, que provoca aderência ao bem e segue a sua sorte em poder de quem se encontre. Pode não convir ao adquirente a manutenção do vínculo real do bem à solução de uma obrigação. A lei lhe confere o direito de remir a dívida, liberando o bem da garantia.

O direito de remição pode ser exercido pelo adquirente antes mesmo do vencimento do crédito hipotecário. O prazo decadencial a que está sujeito o adquirente é de trinta dias - contados do registro do título *inter vivos* ou do formal de partilha - para citar os credores hipotecários em ação própria. Não basta a notificação manifestando a intenção de remir; é exigido também o ajuizamento da ação judicial. Deve ofertar desde logo o preço de resgate (nunca inferior ao preço de aquisição), assim como o modo de pagamento. Se for adquirido por doação, o valor mínimo é o atribuído pelas partes ao negócio. Evidente que se o valor do bem supera o das dívidas garantidas, a remição se fará pelo valor das dívidas, pois o que interessa aos credores é a satisfação de seus créditos. O valor da dívida abrange juros e outros encargos, aplicando-se, porém, a regra do art. 1.426, quanto aos juros correspondentes ao período ainda não decorrido.

Se o credor não impugnar o pedido, o valor ofertado pelo adquirente torna-se definitivo e, mediante depósito, será expedido mandado de cancelamento do registro da hipoteca. Eventual saldo credor poderá ser cobrado do devedor como quirografário.

O credor pode impugnar o pedido de remição, alegando a ausência de seus requisitos (decadência, ausência de registro, obrigação do adquirente pelo pagamento da dívida garantida), ou apenas o preço ofertado, pois inferior ao de mercado. Estabelece a lei a instauração

de uma licitação, com o objetivo de apurar o real valor do bem hipotecado. São duas as razões centrais da licitação: a) proporcionar ao credor a certeza de que o bem gravado se liberte com o pagamento do valor real, evitando o conluio e a venda por preço baixo, com o escopo de esvaziar a hipoteca; b) consolidar a situação do adquirente, que se expõe a uma licitação e não poderá ser posteriormente acusado de libertar o bem por valor inferior ao de mercado (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. IV, p. 397). A novidade está no fato de a licitação ser agora aberta a qualquer interessado, com o objetivo de aferir o real valor de mercado, e não mais limitada aos credores hipotecários, fiadores e adquirente. O adquirente tem preferência na licitação, igualando o maior lance do leilão. Se o maior lance for inferior ao da proposta inicial e da remição do adquirente, esta prevalece por ser vinculativa.

Caso o adquirente não obtenha em licitação a remição, ainda assim faz jus à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias que introduziu no imóvel, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do credor, que a computou no preço de alienação a terceiros.

A remição extingue a hipoteca, mas não faz desaparecer o crédito. O adquirente se sub-roga no crédito contra o alienante, sem a hipoteca que se extinguiu, desde que a aquisição tenha se dado por negócio oneroso. A situação jurídica do adquirente do imóvel hipotecado é análoga à do evicto, pelo que se estende o regime da evicção (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 397).

O direito de regresso do adquirente contra o alienante se dá nas seguintes hipóteses e limites, na lição de Marco Aurélio S. Viana: “a) em todos os casos, as despesas e custas judiciais; b) quando o adquirente já tiver pago o preço do imóvel, no todo ou em parte, aquilo que teve novamente de pagar aos credores; c) a diferença entre o preço da avaliação e o que tiver, efetivamente, desembolsado no pagamento dos credores, se ainda não tiver pago ao alienante; ou toda a soma despendida, se já tiver pago; d) se o imóvel lhe for adjudicado por quantia maior que a da aquisição, a diferença acrescida; e) se a outrem for adjudicado o imóvel, o que por ele recebeu o alienante” (*Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 817).

Jurisprudência: O direito a remir o bem é exercido no tempo e modo previsto no art. 815 do Código Civil, cabendo ao adquirente notificar judicialmente o seu contrato ao credor hipotecário, baldia, assim, a alegação de falta de oportunidade. (STJ, REsp n. 164.609/ES, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.06.1999)

Art. 1.482. Realizada a praça, o executado poderá, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir o imóvel hipotecado, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido. Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 651 e 685-A, § 2º, do CPC.

O objetivo da remição conferida ao devedor e seus parentes é o de evitar os efeitos nefastos da excussão, sem lesar interesse dos credores. Têm legitimidade o próprio devedor, seu cônjuge, ascendente ou descendente. Estende-se o rol também, embora não diga de modo expreso a lei, ao terceiro prestador da garantia, com nítido interesse em resgatar a hipoteca, assim como seu cônjuge, ascendente ou descendente (RTFR 119/28). Cabe também o direito de remir ao companheiro, cujo interesse em preservar bem de raiz não discrepa daquele con-

ferido ao cônjuge. É mais amplo que o art. 787 do Código de Processo Civil, porque confere legitimidade também ao próprio devedor.

Note-se que o art. 787 do Código de Processo Civil, que tratava da mesma matéria, foi revogado pela Lei n. 11.382/2006. Admite-se atualmente a remição pelo próprio devedor, nos moldes do art. 651 do CPC, e a adjudicação, por preço não inferior à avaliação, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado, nos moldes do art. 685-A, § 2º, do CPC.

Embora controverso o tema, possível defender que persiste ainda, regulada pelo artigo em estudo, a remição da hipoteca, instituto de nítida natureza material, que tem o objetivo não somente extinguir a execução, mas liberar o patrimônio do ônus real.

Nas execuções de créditos quirografários, o regime é o do CPC, de modo que a remição é facultada apenas ao devedor, devendo seus parentes utilizarem-se da adjudicação. Já nas execuções hipotecárias ainda se admite a remição da hipoteca não somente pelo devedor, como também por seus parentes.

Persiste acesa controvérsia na jurisprudência sobre a possibilidade de remissão por acionista, sócio, ou seus parentes, de bem pertencente à pessoa jurídica, ou vice-versa (contra, *RJTJESP* 129/331; *JTA* 60/103; a favor, STJ, *RT* 681/617, 721/302 e 742/229; *RSTJ* 37/323, 62/250 e 69/386). A tendência é a de estender a remição ao sócio, em vista de seu caráter *pie-tatis* e da ausência de prejuízo ao credor.

No caso de vários parentes do executado pretenderem exercer a remição, observar-se-á o critério de preferência estabelecido no art. 789 do Código de Processo Civil. Parece claro que, embora não previsto no art. 789, o executado é o maior interessado na remição de bem próprio levado à hasta pública e por isso deve ter a primeira preferência.

Questão difícil é a de saber se podem o credor hipotecário, pelo saldo, ou outros credores penhorarem o imóvel remido pelo próprio executado, por seu cônjuge ou companheiro, quando se tratar de bem comum do casal. A jurisprudência vacila, mas o entendimento predominante é no sentido de que a remição equívale à arrematação, de modo que os credores se sub-rogam no produto da alienação, deixando o bem remido livre de ônus e constrições. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, há um triplice fundamento a sustentar tal conclusão: “a) se fosse possível ao exequente perseguir o bem hipotecado após a remição, seria esta uma inutilidade; b) se o devedor continuasse a responder com o imóvel pelo remanescente da dívida, a remição que foi criada para favorecer o devedor e sua família acabaria por converter-se em sistema protetor do credor, proporcionando-lhe desde logo um pagamento parcial com a operação remissiva, e recolocaria o bem ao alcance da execução pelo saldo da dívida; c) se fosse possível ao credor prosseguir contra o executado, fácil seria este remir por interposta pessoa (cônjuge, ascendente, descendente) e, então, consagraria a própria lei a burla aos seus princípios, permitindo que se fizesse por via travessa, o que pela direta não lograria o devedor” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. IV, p. 399).

Disso decorre que, encerrada a remição pelo devedor ou por terceira pessoa, pode haver crédito remanescente, podendo prosseguir a execução, mas sem incidência de penhora sobre o bem remido.

O prazo preclusivo para o exercício da remição está previsto de modo expresso no preceito: até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação. Os prazos são mais longos do que os previstos no art. 788 do Código de Processo Civil e devem prevalecer, no caso de execução hipotecária, por se tratar de lei posterior.

Jurisprudência: Remição. Bem hipotecado e penhorado em outras execuções. Aquele que promove a remição do imóvel não ficará em situação inferior ao arrematante. Em princípio, desfazem-se outras penhoras, sub-rogando-se os credores no produto da arrematação ou remição. Desaparecerá, também, o ônus hipotecário, se houver regular intimação do credor. Necessidade, entretanto, para isso reconhecer, seja observado procedimento próprio,

ensejando manifestação dos interessados (STJ, REsp n. 57.093/G0, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.12.1995). (RT730/185)

Em torno do instituto da remição, a jurisprudência tem evoluído na interpretação do art. 787 do CPC, conjugando-o com o contido no art. 620 da lei processual. Se não houver prejuízo para o credor, pelo princípio de que a execução deve desenvolver-se de forma menos gravosa para o executado, admite-se a remição pelo sócio da empresa. (STJ, REsp n. 448.429/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.06.2004)

Art. 1.483. No caso de falência, ou insolvência, do devedor hipotecário, o direito de remição defere-se à massa, ou aos credores em concurso, não podendo o credor recusar o preço da avaliação do imóvel.

Parágrafo único. Pode o credor hipotecário, para pagamento de seu crédito, requerer a adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior àquele, desde que dê quitação pela sua totalidade.

CC/1916: arts. 821 e 822.

Caso o devedor hipotecário venha a falir ou tornar-se insolvente, o direito de remição defere-se à massa ou aos credores em concurso. Não mais persiste, em tal caso, o direito de remissão do devedor falido ou insolvente, nem de seus parentes.

Se existirem créditos dotados de privilégio legal (art. 1.422 do CC), estes terão preferência na satisfação, restando apenas o saldo ser entregue ao credor hipotecário.

A peculiaridade da remição nas execuções coletivas está no valor, correspondente à avaliação do bem hipotecado, sem necessidade de levá-lo à hasta pública.

O parágrafo único complementa o preceito, conferindo ao credor mecanismo de proteção contra avaliações inexatas. Permite-lhe adjudicar o bem, desde que o valor de avaliação seja inferior ao valor da dívida garantida e dê total quitação. Somente se aplica tal prerrogativa nos casos de falência ou insolvência, lembrando que a adjudicação prejudica o pedido de remição.

Art. 1.484. É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação.

CC/1916: art. 818.

Houve a supressão da parte final do antigo preceito (art. 818 do CC/1916), que limitava as remições ao período entre a primeira praça e a assinatura do auto de arrematação. Como vimos, a remição, em suas diversas hipóteses, tem prazos distintos de exercício. Além disso, há menção na redação atual sobre a atualização do valor convencionado.

Permite o preceito a fixação pelas partes do valor do bem hipotecado, no momento da constituição da hipoteca, com fundamento na autonomia privada. O valor acordado dispensa a avaliação e serve de base para arrematação, adjudicação e remição. A liberdade de estipulação, porém, encontra limites nas normas cogentes tanto no Código de Defesa do Consumidor como do Código Civil, que consagram os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato. O valor contratual do bem hipotecado deve corresponder sempre ao seu valor de mercado, evitando a ocorrência de danos ao próprio credor, pela remição, ou especialmente ao devedor, pela arrematação ou adjudicação por valor vil.

Não se aceita a afirmação de Carvalho Santos, para quem podem as partes estipular que o valor pelo qual será o bem levado à hasta pública corresponderá ao valor da dívida (*Código Civil brasileiro interpretado*, 11. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1972, v. X, p. 369). O descompasso entre o valor do débito e o valor de mercado do bem dado em garantia pode provocar sérios prejuízos ao credor ou ao devedor, incompatíveis com os princípios contratuais cogentes acima referidos.

A convenção atribuindo valor determinado ao bem hipotecado vincula não somente as partes contratantes. Levada a escritura - ou o contrato - ao registro, nasce direito real de garantia, oponível contra todos. A cláusula integra o negócio jurídico - ao lado da especialização - e também ganha realidade. Desde que compatível com o valor de mercado do bem hipotecado, vincula terceiros interessados ou que pretendam remir o imóvel.

Tentou o atual Código Civil contornar a necessidade de avaliação, dispondo que a excussão e a remição se farão por valor atualizado. Não basta, porém, a singela correção monetária do valor convencionado, caso se mostre insuficiente para atingir o valor real de mercado. Na boa lição de Marco Aurélio S. Viana, “devemos entender a expressão valor atualizado, que a regra legal utiliza na disposição do artigo em comento, como a possibilidade de se estabelecer o preço real, no momento da execução” (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, p. 820).

No dizer de Araken de Assis, a técnica de certame estimula os pretendentes a atingir o maior e melhor preço, se mostrando justo, nesse caso, a apropriação pelo executado da diferença favorável entre o valor da dívida e do imóvel, pois a mais-valia integra seu patrimônio e cabe restituí-la (*Manual do processo de execução*, 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 793).

Em resumo, o artigo em exame tem finalidade de evitar, no caso de inadimplemento, a fase de avaliação do bem penhorado. Recebe, porém, interpretação restritiva, somente alcançando o seu escopo se a avaliação corresponder ao valor de mercado do bem dado em garantia.

Note-se que a nova redação dada ao art 684 do CPC, pela Lei n. 11.382/2006, não altera o que foi acima dito. Diz o preceito que não se procederá à avaliação, se o exequente aceitar a estimativa feita pelo executado, na hipótese do art. 668, parágrafo único, V, ou seja, quando houver pedido de substituição do bem penhorado, caso em que o devedor atribuirá valor ao bem ofertado. A atribuição é feita pelo próprio devedor no curso da execução, e não no momento da celebração do negócio, ou da constituição da garantia. São hipóteses inconfundíveis e distintas.

Jurisprudência: Não prevalência da disposição de caráter processual do art. 818 do Código Civil, em face dos preceitos adjetivos mais modernos, que autorizam a avaliação dos bens dados em garantia, independentemente do valor acordado para o bem na escritura em que constituída a hipoteca. (STJ, Ag. Reg. n. 305.622/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 13.03.2002)

Hipoteca convencional, contida em contrato de abertura de crédito bancário. Art. 818 do Código Civil. Tema relativo à necessidade de avaliação do bem hipotecado. A avaliação do bem objeto da penhora é indispensável, nas execuções regidas pelo Código de Processo Civil, salvante as hipóteses do art. 684 do mesmo código. A norma de natureza processual, contida no art. 818 do Código Civil, é de considerar-se revogada pela legislação processual posterior. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 5.623/SP, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 11.06.1991)

Execução hipotecária. Avaliação. Necessidade. Valor dos imóveis indicado na escritura aparentemente inferior ao valor real. Arts. 1.484 do Código Civil de 2002 e 818 do Código Civil de 1916. Interpretação coerente com as regras do processo de execução. Art. 684,1, do

Código de Processo Civil. Hipótese incorrente. Situações distintas. Recurso provido. (TJSP, AI n. 7.111.822-2/SP, 22ª Câm. de Direito Privado, rel. Roberto Bedaque, j. 06.02.2007)

Art. 1.485. Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir.

Artigo com redação dada pela Lei n. 10.931, de 02.08.2004.

CC/1916: art. 817.

Note-se que o preceito já foi mudado após a vigência do Código Civil de 2002. O texto original do art. 1.485 previa prazo de perempção de vinte anos, estendido para trinta anos por força da Lei n. 10.931/2004.

Podem as partes convencionar livremente o prazo da hipoteca, desde que não supere o limite cogente de trinta anos. Como ensina Caio Mário da Silva Pereira, não convém à estabilidade dos negócios e ao interesse social o estabelecimento de garantia real perpétua ou demasiado prolongada (*Instituições de direito civil* 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. IV, p. 389). Escoado o prazo trintenário, com termo inicial na data do contrato e não do registro da garantia real, pois a lei expressamente assim estabelece, dá-se a perempção, ou usucapião da liberdade (*usucapio libertatis*) da garantia real. A obrigação subsiste, mas a garantia real perime.

Nada impede que, estabelecida a hipoteca por prazo inferior, possa ser esta prorrogada, sem limitação do número de vezes, desde que não ultrapasse o limite de trinta anos imposto por norma cogente. A prorrogação se faz por simples requerimento escrito das partes, tal como diz lei, devidamente averbado no registro imobiliário, sem necessidade de escritura pública ou de novo título de hipoteca, constituindo exceção à regra geral do art. 108 do Código Civil. Deve ser convencionada antes do prazo trintenário fatal, pois após o seu decurso exige-se a constituição de nova garantia. Não afeta direito de terceiros, de modo a não atingir a execução iniciada pelo credor da segunda hipoteca, depois de vencida a primeira.

O prazo de trinta anos é de natureza decadencial, de modo que não se aplicam as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas aplicáveis à prescrição. Escoado o prazo, a hipoteca se extingue de pleno direito, ainda antes do cancelamento junto ao registro imobiliário, cujo efeito é meramente regularizatório, a ser pedido pelo interessado ao oficial. Não se confundem perempção da hipoteca com prescrição da pretensão da obrigação garantida. Disso decorre a possibilidade da perempção da garantia ocorrer antes da prescrição da obrigação garantida, que se converterá em quirografária. A regra somente vale para as hipotecas convencionais, não se estendendo às legais ou judiciais, que perduram enquanto se prolongar a situação jurídica que elas visam a acautelar (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil* 37. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. III, p. 417).

Ultrapassado o prazo fatal de trinta anos, somente subsiste a garantia real mediante novo contrato de hipoteca e novo registro imobiliário. Diz a lei que a hipoteca, em tal caso, reconstitui-se, mantendo a ordem de preferência que lhe competir. Superado se encontra antigo dissídio doutrinário sobre a interpretação do termo “preferência que lhe competir”, se a originária ou a do momento da nova inscrição. Parece claro que se a hipoteca reconstitui-se, confirma-se, consolida-se e mantém a ordem de preferência, somente tem sentido a norma se for a ordem originária. O art. 238 da Lei n. 6.015/73, explicita o alcance da regra, ao dispor: “O registro da hipoteca convencional valerá pelo prazo de 30 (trinta anos), findo o qual só será mantido o número anterior se reconstituída por novo título e novo registro”.

Assinala com razão Tupinambá Miguel Castro do Nascimento que a manutenção da ordem original de preferência somente ocorrerá “se a reconstituição por novo título e novo registro for tempestiva, ou seja, antes de decorridos os trinta anos da data do contrato hipotecário que antecedeu a reinscrição” (*Hipoteca*. Rio de Janeiro, Aide, 1996, p. 113). Não fosse assim, poderia o terceiro credor de boa-fé ser surpreendido pela reconstituição de hipoteca já extinta com manutenção da preferência original, em autêntica subversão da garantia e da segurança das relações negociais e dos direitos reais.

Art. 1.486. Podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial.

CC/1916: sem correspondente.

A cédula hipotecária é um título de crédito que o credor hipotecário, desde que legitimado por lei (em especial instituições financeiras) e com base em hipoteca já constituída e inscrita, emite e lança à circulação.

É um título representativo do crédito hipotecário, não podendo ultrapassar jamais o seu valor, com a finalidade de facilitar a circulação e o desconto em mercado secundário.

Não se confunde a cédula hipotecária com a hipoteca cedular. A primeira não constitui hipoteca, mas é emitida, com características cambiais, em razão de hipoteca já constituída. A segunda é uma modalidade de hipoteca convencional, uma forma simplificada de contrato hipotecário, mediante preenchimento de modelos previstos em lei especial, sem necessidade de escritura pública. São títulos para a constituição da hipoteca que se convertem em direito real de garantia, se levados ao registro imobiliário.

Diversas leis especiais regulam a emissão de cédulas de crédito, hipotecárias ou pignoratícias (Decreto-lei n. 70/66; Decreto-lei n. 167/67; Decreto-lei n. 413/69; Lei n. 5.741/71; Lei n. 8.929/94; Medida Provisória n. 2.160-25/2001), não alteradas pelo atual Código Civil.

As cédulas hipotecárias, reguladas por leis especiais, têm restrições *ratione personae* e *ratione materiae*. Somente podem ser emitidas por instituições financeiras e em certas operações de crédito.

O artigo em exame não estendeu a prerrogativa de emissão de cédulas de crédito a todos os credores hipotecários, pois remete à “forma e para os fins previstos em lei especial”. Sem a edição de nova lei, o regime continua a ser idêntico ao vigente antes do Código Civil de 2002.

Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida fiitura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.

§ 1º Nos casos deste artigo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida.

§ 2º Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel.

CC/1916: sem correspondente.

Esse artigo positiva entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência. Sempre se afirmou poderem ser garantidas por hipoteca todas as obrigações de ordem econômica, de dar, fazer, ou não fazer, simples ou condicionais, líquidas ou ilíquidas.

Admite-se também hipoteca sobre obrigações sujeitas à condição ou mesmo futuras, com ou sem base em uma relação jurídica preexistente. O mais comum é que embora ainda não tenha nascido a obrigação, já exista uma relação jurídica anterior, que dê sustento à hipoteca como garantia de dívida que eventualmente se formará. É o que ocorre, por exemplo, no caso de hipoteca legal sobre os bens dos responsáveis por gestão de rendas públicas, ou, ainda, nos contratos de abertura de crédito rotativo, que permitem ao mutuário sacar até um determinado limite em um certo prazo. Diversos outros contratos de execução diferida ou continuada comportam a hipoteca como garantia de crédito eventual, como os de agência, distribuição, comissão, ou fornecimento continuado de mercadorias. Segundo Gladston Mamede, “é lícito instituir a garantia antes da existência da dívida e pela eventualidade de ela constituir-se” (*Código Civil comentado*, São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 409).

Note-se ser a hipoteca acessória à obrigação que garante. Apesar disso, enquanto a obrigação se encontra em estado meramente potencial, a hipoteca já pode existir e é válida, inclusive mediante ingresso no registro imobiliário, mas somente ganha eficácia quando a obrigação se forma. A hipoteca antecede a obrigação que vai garantir. Sua preferência resulta da data do registro, dando ciência a terceiros de que existe o gravame para a eventualidade do nascimento do crédito. A data do nascimento da obrigação não interfere na ordem de preferência. No dizer de Clóvis Bevilacqua, “a sua existência é meramente formal. Completar-se-á com a constituição da dívida. Mas essa constituição, imposta pelas necessidades da vida, acomoda-se melhor, com os princípios do direito hipotecário” (*Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. II, p. 151).

A lei cria uma restrição à hipoteca sobre dívidas ilíquidas, sob condição, ou futuras: seja determinado o valor máximo ou estimado do crédito a ser garantido. A regra integra a especialização dos direitos reais de garantia, requisito formal de sua eficácia, nos termos do art. 1.424 do Código Civil, anteriormente comentado, cujo inciso I contém: “o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo”

O § 1º dispõe que somente as hipotecas garantidoras de obrigações líquidas podem ser executadas. No caso de dívidas futuras ou condicionais, diz o preceito que a execução dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida. A regra merece interpretação cuidadosa. A anuência do devedor ao montante da dívida deve ser expressa, mas não necessariamente posterior ao vencimento. Perfeitamente possível, por exemplo, o reconhecimento mediante anotação no canhoto do recebimento de mercadorias vendidas a prazo, ou o *de acordo* de extratos de conta corrente, no momento do nascimento da obrigação. Nada impede, é óbvio, que o reconhecimento se faça também por instrumento de confissão de dívida ou de transação.

De igual modo, o implemento de condição somente depende de prévia concordância do devedor quando depender da aferição de fato não notório. Se o evento é notório ou demonstrado por prova documental concludente, não se vê razão para subordinar a execução da hipoteca à prévia concordância do devedor.

O § 2º tentou compensar a redação demasiado restritiva da regra do § 1º, impondo ao devedor uma sanção, caso divirja do valor do crédito, comprovado a final pelo credor em sede de processo de conhecimento ou ação monitória. Deslocou para o devedor os riscos decorrentes da desvalorização superveniente do imóvel objeto da hipoteca. A regra é de pouca valia e de duvidosa constitucionalidade. Se realmente o crédito era ilíquido e dependia de comprovação, o regular exercício de um direito de defesa não pode provocar a imposição de pena ao devedor. Se houve abuso de direito ou litigância de má-fé, os próprios CC (art. 187) e CPC (art. 17) já preveem sanções adequadas. Diga-se, mais, que se o bem objeto da garantia real se depreciou, remanescerá crédito quirografário, a ser satisfeito sobre outros bens do devedor. Não se vê, assim, como dar concretude a perdas e danos previstos pelo legislador, uma vez que o patrimônio do devedor sempre responderá pelo saldo apurado após a excussão do bem dado em garantia.

Jurisprudência: Petição inicial. Execução de título extrajudicial. Duplicatas mercantis sacadas no bojo de contrato de distribuição de GLP. Determinação de emenda da petição inicial por ausência de certeza da dívida em relação ao sócio garantidor hipotecário. Descabimento. Escrituras de hipoteca outorgadas por este que garantiram os futuros débitos contraídos pela empresa executada. Hipótese de hipoteca em garantia de obrigação futura prevista pelo art. 1.487 do Código Civil. Existência de títulos executivos extrajudiciais (duplicatas) e de reconhecimento antecipado da liquidez e certeza do crédito nas escrituras públicas, que supre a necessidade de prévia concordância do devedor. Eventual discordância quanto ao montante do crédito que poderá ser trazida pelo garantidor hipotecário pelas vias normais de impugnação à execução. Recurso provido. (TJSP, AI n. 7.158.926-5/Praia Grande, 12ª Câm. de Direito Privado, rel. Rui Cascaldi, j. 08.08.2007)

Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.

§ 1º O credor só poderá se opor ao pedido de desmembramento do ônus, provando que o mesmo importa em diminuição de sua garantia.

§ 2º Salvo convenção em contrário, todas as despesas judiciais ou extrajudiciais necessárias ao desmembramento do ônus correm por conta de quem o requerer.

§ 3º O desmembramento do ônus não exonera o devedor originário da responsabilidade a que se refere o art. 1.430, salvo anuência do credor.

CC/1916: sem correspondente.

Este artigo constitui exceção ao princípio da indivisibilidade do direito real de garantia, examinado no art. 1.428. Tal princípio se compreende em dois sentidos. No primeiro, significa sua adesão ao bem por inteiro e em cada uma de suas partes. O devedor não consegue eximir a coisa do ônus, sob argumento de excesso de garantia. No segundo sentido, significa que persiste a garantia real integralmente sobre o bem onerado, no caso de pagamento parcial da dívida, ainda que compreenda vários bens.

O proprietário da coisa dada em garantia não perde o *ius disponendi*, como vimos no art. 1.475. A alienação é, a princípio, indiferente ao credor hipotecário, em razão da aderência da garantia real, produto da seqüela. Pode também o imóvel onerado ser loteado - ou desmembrado - ou submetido ao regime de condomínio edilício, com atribuição de unidades autônomas. A hipoteca gravará, a princípio, cada lote ou unidade autônoma produto do negócio jurídico.

Confere a norma em exame, como exceção ao princípio da indivisibilidade da garantia real, o *direito potestativo* do credor, do devedor, do terceiro prestador, ou do adquirente da coisa dada em garantia, de divisão do ônus real, gravando cada lote ou unidade autônoma de acordo com a proporção entre o valor de cada um deles e o valor do crédito. Em vista da natureza potestativa do direito, não há prazo prescricional para o seu exercício, podendo a divisão ser exigida enquanto perdurar a hipoteca.

O preceito se insere no capítulo da hipoteca, mas positiva o princípio maior de natureza cogente - função social do contrato. Justifica-se pela possibilidade do titular do bem onerado dar-lhe função econômica e social, mediante parcelamento do solo ou edificação de unidades autônomas, podendo aliená-las a terceiros, sem o risco de arcarem estes com o pagamento integral da dívida. Disso decorre sua extensão aos demais direitos reais de garantia, pois não importa prejuízo ao credor e vem em benefício do proprietário e adquirentes de bens onerados. Decorre também sua aplicabilidade imediata aos direitos reais de garantia constituídos em data anterior ao Código Civil. Como assentou o Superior Tribunal de Justi-

ça, “o art. 1.488 do CC/2002, que regula a possibilidade de fracionamento da hipoteca, substancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações jurídicas em curso, nos termos do art. 2.035 do CC/2002” (STJ, REsp n. 691.738, rel. Min. Nancy Andrighi).

O desmembramento da hipoteca pode dar-se na via negociai ou judicial. Na via negociai, deve haver manifestação do dono do imóvel gravado - ou adquirente - e do credor, por escritura pública levada ao registro imobiliário.

Na via judicial, podem requerer a medida, em processo de conhecimento, o credor, o devedor e o proprietário do imóvel gravado, ou seu adquirente, aí incluído o promitente comprador, titular de direito real de aquisição. Pode o credor em contestação alegar e provar que o desmembramento provoca a diminuição da garantia real. Note-se que o desmembramento far-se-á obedecida a proporção entre o valor de cada um dos lotes ou unidades e o valor total do crédito. A divisão, portanto, não é feita *pro rata* e nem pelo tamanho de cada unidade, mas pelos respectivos valores que, no caso de discordância, pode exigir avaliação judicial, na fase de conhecimento ou em liquidação por arbitramento.

O § 2º do artigo em estudo contém regra a ser interpretada com cautela. Diz que salvo convenção em contrário, todas as despesas judiciais e extrajudiciais do desmembramento correm por conta de quem o requerer. A regra, de natureza dispositiva, é justa quanto às despesas extrajudiciais com avaliações, escrituras e registros. Não, porém, com os honorários advocatícios, caso haja resistência do credor, vencido a final. Segundo Gladston Mamede, “vencido o credor que resistiu, por meio de contestação, ao pedido de divisão do encargo, a ele competem as despesas judiciais, fruto de sua sucumbência, às quais será condenado na forma do Código Processual. De qualquer sorte, as despesas extrajudiciais necessárias ao desmembramento do ônus, independentemente de vitória no processo judicial, são, sim, daquele que requerer a divisão do ônus, cuidando-se de despesas civis” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 416).

O § 3º reza que o devedor hipotecário não se exonera de sua obrigação em razão do desmembramento do objeto da garantia. No caso de insuficiência do produto da alienação judicial das unidades ou dos lotes, responde pelo débito remanescente. A mesma regra vale para a hipótese de remição dos adquirentes, que se sub-rogam no valor do crédito.

Finalmente, vale destacar a inteira compatibilidade entre o artigo em estudo e a Súmula n. 308 do STJ, do seguinte teor: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel” O direito do adquirente de exigir o desmembramento do objeto da garantia não elide o direito de pleitear a extinção da hipoteca, caso o preço tenha sido inteiramente pago à construtora, em condições tais que a instituição financeira credora conhecia ou deveria conhecer.

Jurisprudência: Compromisso de compra e venda. Outorga de escritura definitiva e cancelamento de hipoteca. Admissibilidade. Preço quitado. Se no imóvel dado em garantia hipotecária se constituir condomínio edilício, o ônus não poderá recair sobre a unidade construída, sem intervenção do juiz ou do consentimento dos compromissários compradores e da correta e proporcional divisão de crédito e responsabilidade. Precedente do STJ e disposição do novo Código Civil (art. 1.488 da Lei n. 10.406/2002). Provimento para cancelar a hipoteca. (TJSP, Ap. cível n. 219.991-4/8/SP, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 28.05.2002, v.u.)

Seção II

Da Hipoteca Legal

Art. 1.489. A lei confere hipoteca:

I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;

II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;

III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

CC/1916: art. 827.

O artigo em exame arrola os casos de hipoteca legal, com diversas hipóteses suprimidas e apenas uma (inciso V) acrescida, em relação ao Código Civil de 1916.

Define-se como a hipoteca instituída por lei, em garantia de certas obrigações que, pela sua natureza, ou pela condição da pessoa a que são devidas, merecem tal favor (MONTKIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 37. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. III, p. 426). Completa o sistema de garantias criadas pela lei para proteger certas situações jurídicas ou certos credores.

A hipoteca legal não é tácita nem geral. Exige pedido judicial de especialização, formulado pelo credor, ou convenção entre as partes, e registro imobiliário. Se judicial, dispensa a anuência do devedor e pode ser imposta até contra sua vontade.

No dizer de Caio Mário da hipoteca legal desdobra-se em dois momentos distintos:

“A) Um primeiro momento - *momento inicial* - em que se dá o fato constitutivo ou gerador, que contudo não se objetiva na submissão de uma coisa à obrigação, senão que se mantém em estado potencial ou e mera possibilidade. Nessa fase, o interessado tem o *poder* de converter o imóvel em garantia real de uma obrigação. Mas, nada tendo promovido neste propósito, não se verifica ainda a criação de um direito real.

B) No segundo - momento definitivo - o beneficiário obtém a individualização dos bens que se tornem objeto da garantia real, concretizando-se esta no imóvel especificado, e produzindo as conseqüências da sujeição deste ao cumprimento do obrigado, tal como se dá na hipoteca convencional. Este segundo momento é alcançado com a especialização e o registro” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, p. 400-1).

A hipoteca legal se constitui de três elementos cumulativos: título da lei, somado à especialização e ao registro imobiliário. Não basta a previsão legal de garantia real. Deve haver especialização e registro, para nascimento do direito real (art. 1.497 do CC).

O pedido de especialização da hipoteca legal é disciplinado pelos arts. 1.205 a 1.210 do Código de Processo Civil. Deve ser instruído com prova do domínio dos bens do devedor e declarar a estimativa do crédito. O arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos bens far-se-ão por perito nomeado pelo juiz. Há previsão de dispensa de intervenção judicial se os interessados, desde que capazes, convencionem a garantia por escritura pública.

O inciso I trata da hipoteca legal das pessoas jurídicas de direito público interno, inclusive autarquias e outras criadas por lei, sobre os móveis dos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos fundos e rendas. A garantia não exclui, mas apenas complementa uma série de outras providências acautelatórias e repressivas com o fito de evitar a dilapidação do patrimônio público.

O inciso II trata da hipoteca legal dos filhos sobre imóveis dos pais que passarem a outras núpcias antes de fazer o inventário do casal anterior. Cuida-se de providência acautelatória suplementar à causa suspensiva do casamento, prevista no art. 1.523 do Código Civil,

que acarreta a imposição do regime da separação obrigatória de bens do casal. A hipoteca é uma segunda sanção legal, para evitar a confusão patrimonial. Note-se, porém, que se estende à hipoteca a excludente prevista no parágrafo único do art. 1.523, ou seja, a inexistência de prejuízo aos filhos em razão do novo casamento, quer porque não há bens a inventariar, quer porque os bens já estão devidamente discriminados, sem risco de confusão. A garantia está circunscrita aos filhos, não se estendendo ao cônjuge divorciado, quando ocorre casamento do outro sem prévia partilha de bens.

O inciso III trata da hipoteca legal do ofendido ou de seus herdeiros sobre os bens do ofensor, ou de seus herdeiros, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais. Limita-se aos atos ilícitos que tipifiquem crimes e causem dano ao ofendido ou aos seus herdeiros. Os demais atos ilícitos não se encontram abrangidos pelo preceito, pois o crime constitui ofensa à ordem social, contra a qual a sociedade reage pelo meio da sanção penal e conferindo à vítima maior eficácia no recebimento de uma satisfação direta. Pode o ofendido ser pessoa natural ou jurídica e o dano material ou extrapatrimonial. Nos casos de responsabilidade civil por ato de terceiro, que constitua infração penal, somente os bens do próprio ofensor direto estão sujeitos à hipoteca legal.

O inciso IV trata da hipoteca legal do co-herdeiro, para garantia de seu quinhão ou torna, sobre imóveis adjudicados ao herdeiro reponente. A regra abrange herdeiros legítimos e testamentários, como também o cônjuge ou companheiro meeiro beneficiado na partilha. A hipoteca recai sobre o próprio imóvel partilhado a maior ou adjudicado a um dos herdeiros, para evitar que este se furte ao pagamento da torna.

O inciso V trata da hipoteca legal do credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação. O preço da arrematação, via de regra, deve ser depositado no prazo de três dias (art. 695 do CPC), sob pena de desfazimento do ato (art. 694 do CPC). O art. 700 do Código de Processo Civil admite, porém, que o juiz, ouvidas as partes, atribua a corretor de imóvel a intermediação da alienação do imóvel penhorado. Em tal hipótese, o interessado em arrematar sem pagar a totalidade do preço, até cinco dias antes da realização da praça, pode fazer por escrito o seu lance, não inferior à avaliação, propondo pelo menos 40% à vista e o restante a prazo, garantido por hipoteca legal.

Finalmente, embora suprimida do atual Código Civil, persiste ainda a hipoteca judicial, ou judiciária, regulada pelo art. 466 do Código de Processo Civil. Exige sentença condenatória, ainda que genérica a condenação, mesmo quando o credor possa promover a execução provisória da sentença. Tal modalidade de hipoteca constitui efeito da sentença, deve ser especializada e levada ao registro imobiliário. Produz apenas o efeito da seqüela, mas não o da preferência, para evitar a subversão da qualidade de créditos sem garantia original.

Jurisprudência: Enquanto ainda for incerta a obrigação de indenizar, o pedido de especialização da hipoteca legal feito para garantir o adimplemento de dano causado pelo crime deve ser dirigido ao juízo penal. (RT 810/270)

Hipoteca legal. Judiciária. Especialização. Inadmissibilidade. Credor que não providenciou avaliação judicial dos bens nem especificou os que seriam suficientes para garantia da condenação. Improvimento ao agravo. Inteligência dos arts. 466, *caput*, 1.206, *caput*, 1.207, *caput*, e 1.208 do Código de Processo Civil, e do art. 176, § 1º, III, n. 5, combinado com o art. 167,1, n. 2, da LRP. Não se admite especialização de hipoteca judiciária, se o credor não providencia avaliação judicial dos bens nem especifica os que seriam suficientes para garantia da condenação. (TJSP, AI n. 78.815-4/SP, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Cezar Peluso, j. 11.08.1998, v.u.)

Alimentos. Hipoteca judiciária. Conseqüência imediata da sentença condenatória. Irrelevante o fato de não se encontrar inadimplente o alimentante. Direito do credor. Agravo pro-

vido. (TJSP, AI n. 279.507-1/Jales, 9ª Câm. de Direito Privado, rel. Franciulli Netto, j. 17.12.1996, v.u.)

Revisional de alimentos. Hipoteca judiciária. Indeferimento em primeiro grau. Determinação de sua constituição imediata, em decorrência de sentença condenatória. Art. 466, do Código de Processo Civil. Irrelevância de se tratar de obrigação de caráter continuativo, bem como de haver determinação de desconto em folha de pagamento, como óbice à garantia pretendida. Garantia automática, atribuída ao credor. Busca de assegurar a satisfação das prestações vencidas e acumuladas. Agravo provido. (TJSP, AI n. 266.828-4/4/SP, 10ª Câm. de Direito Privado, rel. Hélio Ouaglia Barbosa, j. 18.02.2003, v.u.)

Indenização. Especialização de hipoteca judiciária. Bem de família. Gravame descabido, em se tratando de imóvel impenhorável. Área contígua passível de constrição, que, porém, não é abarcada pelo decisório recorrido, descabendo, por óbvio, o faça o Tribunal, em face de recurso da devedora. Recurso não provido. (TJSP, AI n. 153.183-4/Franco da Rocha, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Ivan Sartori, j. 24.08.2000, v.u.)

Competência. Hipoteca judiciária. Juiz de primeiro grau. Aplicação do art. 466 do Código de Processo Civil. Deve ser requerida no juízo de primeiro grau a constituição de hipoteca judiciária, ainda que pendente de apreciação no Tribunal o apelo interposto por uma das partes. (TJSP, AI n. 251.675-4/0/SP, 6ª Câm. de Direito Privado, rel. Ernani de Paiva, j. 15.05.2003, v.u.)

Hipoteca judiciária. Providência decorrente de efeito secundário da sentença, não se confundindo com medidas pertinentes à execução provisória. Admissibilidade, portanto, ainda que na pendência de recurso recebido no efeito suspensivo. Inteligência dos arts. 466 e 587 do Código de Processo Civil. Suficiência, no entanto, da incidência da hipoteca sobre apenas uma das unidades autônomas indicadas pela autora. Recurso provido em parte. (TJSP, AI n. 337.502-4/9/SP, 6ª Câm. de Direito Privado, rel. Sebastião Carlos Garcia, j. 15.04.2004, v.u.)

Registro de imóveis. Hipoteca judiciária. Pendência de recurso de apelação recebido no duplo efeito. Admissibilidade. Condenação relativa apenas ao pagamento das verbas de sucumbência. Irrelevância. Expedição de carta de sentença. Desnecessidade. Resultado que pode ser alcançado por mera ordem judicial determinando sua inscrição. Recurso parcialmente provido. (TJSP, AI n. 7.044.774-0/SP, 22ª Câm. de Direito Privado, rel. Roberto Bedaque, j. 17.01.2006, v.u.)

Curatela. Especialização de hipoteca legal. Exigência inexistente no art. 1.489 do Código Civil atual. Dispensabilidade de garantia na espécie. Art. 1.781 do Código Civil e art. 1.190 do Código de Processo Civil. Recurso provido. (TJSP, AI n. 342.634-4/2/Bragança Paulista, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. De Santi Ribeiro, j. 31.08.2004, v.u.)

Art. 1.490. O credor da hipoteca legal, ou quem o represente, poderá, provando a insuficiência dos imóveis especializados, exigir do devedor que seja reforçado com outros.

Este artigo permite ao credor o direito de exigir o reforço, caso a hipoteca legal se mostre suficiente à garantia da obrigação.

Menciona o preceito o reforço de “outros”, o que induz a nova especialização da hipoteca sobre imóveis diversos. Nada impede, porém, que a garantia seja reforçada por outros meios, como caução ou fiança. O que importa é o reforço da garantia de situação jurídica tutelada pela lei.

A insuficiência da garantia pode decorrer de vários fatores: a) falta de bens suficientes no momento da especialização, completados por aquisições posteriores; b) apuração do crédito em valor acima do originalmente estimado e garantido; c) depreciação dos imóveis sobre os quais já incide a garantia.

Art. 1.491. A hipoteca legal pode ser substituída por caução de títulos da dívida pública federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação mínima no ano corrente; ou por outra garantia, a critério do juiz, a requerimento do devedor.

CC/1916: art. 820.

Permite a norma que o devedor, a qualquer tempo, antes ou depois da especialização, requeira sua substituição. Visa a oferecer uma facilidade às pessoas submetidas à incômoda hipoteca legal, sem deixar de considerar os interesses do credor, que almeja o instituto preservar.

A substituição pode dar-se, inicialmente, por títulos da dívida federal ou estadual, mas não municipal. Os títulos não são recebidos por seu valor de face, mas sim por sua cotação mínima no ano corrente, com o propósito de evitar variações atípicas e deletérias aos interesses do credor.

A novidade está na possibilidade da substituição da hipoteca legal por outra garantia, real ou fidejussória. Pode ser bem em penhor, em garantia fiduciária ou fiança. No dizer de Gladston Mamede, “de qualquer sorte, o juiz deverá, em qualquer hipótese, pautar sua decisão não pelo interesse ou pelas posições das partes, mas examinando o que dá maior segurança ao crédito, atendendo, assim, ao fim do instituto que ora se estuda” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 428).

Jurisprudência: Caução. Substituição de hipoteca legal. Título da dívida pública. Obrigação ao portador da Eletrobrás. Ausência de liquidez. O art. 1.491, do Código Civil, prevê a substituição de hipoteca legal por títulos da dívida pública federal ou estadual. No entanto, é necessário que tais títulos se revistam de idoneidade e de liquidez, de modo a satisfazer a sua finalidade, no caso, a reparação do dano devida aos herdeiros da vítima. O título de obrigação da Eletrobrás não pode ser aceito em substituição à hipoteca legal, pois não possui a liquidez necessária ao atendimento do objetivo almejado. (TJMG, Ap. cível n. 1.0017.04.008795-3/001, rel. Jarbas Ladeira, j. 10.10.2006)

Seção III

Do Registro da Hipoteca

Art. 1.492. As hipotecas serão registradas no cartório do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um.

Parágrafo único. Compete aos interessados, exibido o título, requerer o registro da hipoteca.

CC/1916: arts. 831 e 838.

O artigo em exame inaugura a seção dedicada ao registro da hipoteca, em grande parte ociosa, por repetir preceitos da Lei n. 6.015/73, lei especial voltada aos registros públicos.

Não mais persiste discussão doutrinária sobre a natureza do registro da hipoteca, se constitutivo do direito real, ou meramente publicitário. O Código Civil de 2002 não reproduziu o art. 848 do Código Civil de 1916, que dispunha: “enquanto não inscritas, as hipotecas subsistem entre os contraentes”.

O art. 1.227 do Código Civil de 2002 é claro ao dispor que o registro é constitutivo dos direitos reais sobre imóveis, adquiridos por atos derivados e *inter vivos*. Disso decorre, segundo Clóvis Bevilacqua, que “sem inscrição não há hipoteca: o instrumento público pelo qual se constitui é apenas uma declaração de vontade, criadora de um direito que se perfaz, tornando-se real, com a inscrição. Antes da inscrição, a escritura documenta uma obrigação, é título de direito pessoal. A inscrição dá-lhe força contra todos, com direito de seqüela e preferência” (*Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. II, p. 269).

Em resumo, o negócio jurídico da hipoteca gera direito de crédito (*iura ad rem*) e constitui o título que, levado ao registro imobiliário, converte-se em direito real. Lembrem-se dos princípios do registro imobiliário, estudados nos arts. 1.245 e seguintes, já comentados. O registro é causai e não saneador, de modo que invalidado o título, cancela-se o registro. Por outro lado, se anulado o registro por vício de qualificação, o título se mantém hígido.

O art. 167,1, 2, da Lei n. 6.015/73, prevê o registro das hipotecas legais, judiciais e convencionais. O registro se faz no oficial do registro imobiliário da situação do imóvel (art. 169 da Lei n. 6.015/73). Se a hipoteca tiver por objeto vários imóveis, na matrícula de cada um deles. Pode ocorrer dos registros serem feitos em imóveis situados em comarcas ou circunscrições limítrofes, caso em que serão feitos em todas elas, com a ocorrência anotada pelo oficial na prática do ato.

O parágrafo único reza que o requerimento de registro ao oficial compete aos interessados, mediante exibição do título. O maior interessado é o credor hipotecário, nada impedindo, porém, que o devedor, ou o terceiro prestador da garantia, ou adquirente, ou outra pessoa que demonstre legítimo interesse possa fazê-lo. O preceito é mais restritivo que a previsão do art. 217 da LRP (Lei n. 6.015/73), pelo qual “o registro e a averbação poderão ser provocados por qualquer pessoa, incumbindo-lhe as despesas respectivas”.

Jurisprudência: O provimento de recurso que acarreta a extinção do processo de execução, por vício formal, não extingue o crédito assegurado por hipoteca, que só pode ser desconstituída, no caso em concreto, pela utilização das vias ordinárias. Se a obrigação principal não foi completamente adimplida, devem subsistir os gravames hipotecários sobre os bens dados em garantia da dívida, de acordo com o inciso I do art. 849 do CC, sendo incabível a declaração de extinção da hipoteca dos bens dados em garantia. (STJ, REsp n. 299.118/PI, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2001)

Art. 1.493. Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridos, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo.

Parágrafo único. O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas.

CC/1916: art. 833.

Legislação correlata: arts. 182 e 186, Lei n. 6.015, de 31.12.1973.

Dispensável enunciação da regra em estudo, mais bem escrita nos arts. 182 e 186 da LRP (Lei n. 6.015/73). Disciplina o princípio da prioridade, já estudado no art. 1.245, que, na

expressão de Afrânio de Carvalho, significa que “num concurso de direitos reais sobre um mesmo imóvel, estes não ocupam todos o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento” (*Registro de imóveis*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 191).

Vigora a máxima *prius in tempus, mellior in jus*, de modo que o título, que traduz simples relação de crédito, converte-se em direito real e ganha eficácia contra terceiros no exato momento em que é prenotado no registro imobiliário. Entre o protocolo do título e o seu efetivo registro decorre certo tempo para que o oficial faça a qualificação, fixado no máximo de trinta dias no art. 188 da Lei de Registros Públicos. O registro, porém, é feito com a data do protocolo e todos os seus efeitos a ela retroagem, porque a eficácia *erga omnes* nasce com a prenotação.

Dispõem os arts. 11 e 12 da Lei de Registros Públicos que todos os títulos ingressados no registro serão protocolados para efeito de assegurar a preferência sobre outro eventual direito contraditório. A única exceção a tal regra é a recepção do título para simples exame e cálculo, mediante requerimento expresso do interessado de que não deseja o seu registro e tem ciência dos efeitos jurídicos da ausência da prenotação.

Tem o princípio da prioridade o escopo principal de evitar o conflito de títulos contraditórios, ou seja, aqueles que têm por objeto direitos que não podem coexistir, relativos ao mesmo imóvel, cuja força dependa da ordem de ingresso no registro imobiliário (ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*, 2. ed. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 62). O princípio se aplica às hipotecas, com as exceções dos arts. 1.494 e 1.495.

Art. 1.494. Não se registrarão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo se as escrituras, do mesmo dia, indicarem a hora em que foram lavradas.

CC/1916: art. 836.

O artigo em exame reproduz, com imperfeição, as regras dos arts. 190 a 192 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73).

A ideia é a de que não se registrarão no mesmo dia títulos pelos quais se constituam direitos contraditórios sobre o mesmo imóvel (art. 190 da LRP). Ocorrendo tal hipótese, mantém-se, a princípio, a regra geral de que prevalece, para efeito de prioridade, o título prenotado no protocolo com número de ordem mais baixo. O título com número de protocolo mais elevado terá o seu registro postergado pelo prazo correspondente a pelo menos um dia útil (art. 191 da LRP).

O princípio, porém, tem exceção. Consagra a parte final do preceito que no caso de escrituras lavradas na mesma data e apresentadas a registro no mesmo dia, a prioridade é conferida não ao título de protocolo inferior, mas sim àquele lavrado em primeiro lugar, desde que deles conste taxativamente a hora da lavratura (art. 192 da LRP).

Cuida-se de exceção infeliz aos princípios da prioridade e da inscrição. É um caso em que o direito pessoal (momento do contrato) estabelece a preferência, em detrimento do momento do protocolo. Deve constar de modo expresso na escritura a hora em que foram colhidas as assinaturas das partes, o que é fato incomum nos nossos costumes.

Art. 1.495. Quando se apresentar ao oficial do registro título de hipoteca que mencione a constituição de anterior, não registrada, sobrestará ele na inscrição da nova, depois de a prenotar, até trinta dias, aguardando que o interessado inscreva a preceden-

te; esgotado o prazo, sem que se requeira a inscrição desta, a hipoteca ulterior será registrada e obterá preferência.

CC/1916: art. 837.

O artigo em exame contém alterações que aperfeiçoaram a redação do correspondente art. 837 do CC/1916. Não tem o preceito razão de ser, pois reproduz quase que inteiramente o art. 189 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73).

Pode ocorrer de o título mencionar, de modo expresso, a existência de hipoteca anterior, porém ainda não levada ao registro imobiliário. Cuida-se de hipoteca de grau mais elevado (segunda, terceira etc.), embora a de grau inferior não se encontre registrada. Em tal caso, o oficial fará a prenotação do título, mas não o seu registro imediato. Aguardará durante trinta dias para que os interessados na primeira promovam o seu respectivo registro. Esgotado o prazo, que terá termo inicial na data da prenotação, sem que seja apresentado o título anterior, o segundo será registrado e obterá preferência sobre aquele (art. 189 da LRP).

Cabem algumas observações. A menção no título a que se refere o artigo será sempre expressa. Deve constar do próprio título de hipoteca de grau mais elevado, sendo irrelevante que conste de outro título, ou chegue a conhecimento do oficial por outros meios.

Feita a prenotação, que não confere seqüela, mas apenas assegura a prioridade em relação a outros títulos contraditórios, os interessados no registro da hipoteca anterior não devem ser intimados ou notificados. O prazo flui sem suspensão ou interrupção. Escoado o prazo de trinta dias, o oficial fará a qualificação e o registro do título prenotado, independentemente de novo pedido. Caso não obedeça ao prazo de espera, o registro será nulo de pleno direito, por defeito do próprio mecanismo de qualificação, e poderá ser cancelado na forma do art. 214 da Lei de Registros Públicos, independentemente de ação direta.

Art. 1.496. Se tiver dúvida sobre a legalidade do registro requerido, o oficial fará, ainda assim, a prenotação do pedido. Se a dúvida, dentro em noventa dias, for julgada improcedente, o registro efetuar-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação; no caso contrário, cancelada esta, receberá o registro o número correspondente à data em que se tornar a requerer.

CC/1916: arts. 834 e 835.

A principal alteração que traz o artigo em exame é o prazo de julgamento do procedimento da dúvida, que era de trinta e passou para noventa dias, embora seu descumprimento não acarrete efeitos práticos.

O preceito é desnecessário, pois a matéria se encontra regulada de modo superior e minudente pelos arts. 198 a 207 da LRP (Lei n. 6.015/73). Todos os títulos apresentados ao oficial do registro imobiliário são protocolados no Livro I e prenotados, assegurando a prioridade pelo prazo de trinta dias (arts. 12 e 182 da LRP). Exceção a tal regra são os títulos apresentados para simples exame e cálculo dos respectivos emolumentos, mediante requerimento expresso do interessado de que não almeja o registro.

No prazo de trinta dias, fará o oficial do registro imobiliário a qualificação e o registro do título, ou elaborará nota devolutiva por escrito, contendo a exigência, se o título não tiver aptidão para o registro (princípio da legalidade). Não se conformando o interessado, ou não podendo satisfazer a exigência, poderá suscitar dúvida ao oficial do registro de imóveis. O oficial encaminhará o título, o pedido de suscitação e as razões da recusa ao juiz corregedor permanente para decisão. Admite-se, embora não esteja prevista expressamente em lei, a

dúvida inversa, suscitada pelo interessado diretamente ao juiz corregedor permanente, que então colherá a manifestação do oficial do registro.

Suscitada a dúvida, a prenotação e os efeitos da prioridade se prorrogam até o julgamento final do procedimento da dúvida. Disso decorre que o prazo de noventa dias enunciado no artigo em exame para o julgamento da dúvida, caso excedido, nenhuma consequência provoca. Não teria o menor sentido que perdesse o interessado o efeito fundamental da prioridade em razão de eventual demora no julgamento da dúvida.

Julgada a dúvida procedente, confirmam-se a recusa do oficial e a inaptidão do título ao ingresso no registro. A prenotação é cancelada, e o título mais os documentos que o acompanham são entregues ao interessado. Caso este supere as exigências, eventual novo ingresso no registro imobiliário não aproveita a prenotação anterior, mas inaugura um novo procedimento.

Julgada improcedente a dúvida, o título se encontra apto ao registro, retroativo à data do protocolo.

Lembre-se de que todas as hipotecas estão sujeitas ao presente artigo, inclusive as legais e judiciais. Também os títulos judiciais se curvam ao princípio da legalidade e à qualificação do oficial do registro imobiliário, embora, como é óbvio, não caiba reexame do mérito da decisão judicial pela autoridade administrativa do registro.

Jurisprudência: O exercício da função administrativa delegada de registrar os atos que digam respeito aos imóveis, entre eles o de constituição de hipoteca legal (art. 167,1,2, da Lei n. 6.015/73), nos livros próprios e na forma da lei, impõe ao registrador o dever de verificar os pressupostos previstos na legislação para a prática do ato, para o que deve proceder na forma do art. 98 da LRP. (STJ, RMS n. 8.310/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.03.1998)

Art. 1.497. As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas.

§ 1º O registro e a especialização das hipotecas legais incumbem a quem está obrigado a prestar a garantia, mas os interessados podem promover a inscrição delas, ou solicitar ao Ministério Público que o faça.

§ 2º As pessoas, às quais incumbir o registro e a especialização das hipotecas legais, estão sujeitas a perdas e danos pela omissão.

CC/1916: arts. 828, 831 e 839 a 845.

O artigo em exame explicita o que acima se disse: todas as hipotecas, inclusive as legais e as judiciais, encontram-se sujeitas à especialização e ao registro. Antes de tais providências, existe mero direito potencial do credor em requerer a especialização da hipoteca, sem qualquer um de seus efeitos. O registro é sempre constitutivo do direito real de hipoteca.

Remete-se o leitor ao comentário do art. 1.485, no que se refere ao processo de especialização da hipoteca legal, disciplinado nos arts. 1.205 a 1.210 do Código de Processo Civil. Nada impede que as partes maiores e capazes instrumentalizem a hipoteca legal por negócio jurídico - escritura pública - levada ao registro imobiliário.

Inovou o Código Civil ao deixar de especificar todos os interessados em especializar e registrar as hipotecas legais. A incumbência primária cabe a quem está encarregado de prestar a hipoteca (art. 1.489 do CC), sob pena de compor perdas e danos em razão de sua omissão. Logo, ao contrário da hipoteca convencional, na legal o próprio devedor tem a incumbência de tomar a iniciativa de especializar e registrar a garantia. As perdas e danos decorrentes da omissão do devedor não se confundem com a própria obrigação garantida, mas sim com as despesas de eventual execução frustrada por ausência de hipoteca regularmente constituída e registrada.

Na omissão das pessoas obrigadas a prestar garantia, pode qualquer interessado promover a especialização e o registro. Interessados primários serão os credores, ou qualquer pessoa que se beneficie da garantia. Diz a lei poderem os interessados solicitar ao representante do Ministério Público que o faça. Parece claro, porém, em vista da limitação constitucional de atuação nos casos de interesse público, que a atuação do promotor de justiça somente ocorrerá nos casos em que houver interesse de incapazes, reparação de dano causado por crime, quando for pobre a vítima (art. 68 do CPP) e na defesa do patrimônio público.

Art. 1.498. Vale o registro da hipoteca, enquanto a obrigação perdurar; mas a especialização, em completando vinte anos, deve ser renovada.

CC/1916: art. 830.

O prazo de renovação da especialização da hipoteca caiu de trinta para vinte anos.

No comentário ao art. 1.485, vimos que o prazo de perempção da hipoteca, que no CC/1916 era de trinta anos, caiu para vinte e foi novamente aumentado, por força da Lei n. 10.931/2004, para trinta anos. Esqueceu-se o legislador, porém, de amoldar o prazo de renovação da especialização ao prazo de perempção, como seria desejável segundo a tradição em nosso sistema.

O preceito vale para todas as modalidades de hipoteca. Enquanto durar a obrigação, vigoram a garantia, que lhe é acessória, e o respectivo registro. As hipotecas legais e judiciais não se encontram sujeitas à perempção, estudada no art. 1.485. Ao final de vinte anos, deve ser renovada a especialização sem alteração da ordem de preferência da garantia, mediante simples averbação no registro imobiliário.

As hipotecas convencionais estão sujeitas à perempção, no prazo de trinta anos. Antes disso, porém, ao se completarem vinte anos de vigência da garantia, deve haver nova especialização da hipoteca, sem alteração da ordem de preferência. Caso o devedor ou terceiro prestador da garantia se recusem a manifestar consentimento à renovação da especialização, a garantia corre risco de extinção e provoca o vencimento antecipado da dívida.

A necessidade de renovação da especialização explica-se do seguinte modo, segundo Carvalho Santos: “presume a lei que tenha havido alteração do valor dos imóveis, ou melhor, que tenha havido alterações que precisam ser constatadas, em benefício dos interessados, por meio de nova avaliação” (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. X, p. 443).

A não renovação da especialização provoca a sua extinção, em razão da falta de persistência de requisito formal. A renovação deve ser feita antes de escoado o prazo de vinte anos, pois, extinta a garantia, somente será possível a constituição de outra hipoteca, com novos título e registro, e conseqüente alteração na ordem de preferência.

Seção IV

Da Extinção da Hipoteca

Art. 1.499. A hipoteca extingue-se:

- I - pela extinção da obrigação principal;
- II - pelo perecimento da coisa;
- III - pela resolução da propriedade;
- IV - pela renúncia do credor;
- V - pela remição;

VI - pela arrematação ou adjudicação.

CC/1916: art. 849.

O artigo em exame contém alterações em relação ao seu correspondente no Código Civil de 1916. Foram suprimidas duas hipóteses legais de extinção da hipoteca - sentença passada em julgado e prescrição - que, porém, ainda persistem no ordenamento jurídico, englobadas em outras causas.

Engloba o preceito causas extintivas somente da hipoteca, mantendo íntegra a obrigação, com outras que extinguem a obrigação e, por via de consequência, a hipoteca que lhe é acessória. Todas as causas extintivas devem ser levadas ao registro de imóveis, para efeito de averbação do cancelamento.

Não é o rol do artigo em estudo exaustivo, tanto assim que o art. 1.500, adiante comentado, acrescenta que a hipoteca também se extingue com o cancelamento do registro, à vista da respectiva prova. Além disso, outras causas podem ser somadas, como a consolidação, a perempção (art. 1.485), a falta de renovação da especialização (art. 1.498), o decurso do prazo da garantia, a desapropriação e a usucapião do bem hipotecado.

A primeira causa (inciso I) diz que se extingue a hipoteca pela extinção da obrigação principal. A hipoteca, como direito real de garantia, é acessória à obrigação principal e segue a sorte jurídica desta. Não se concebe a persistência da garantia após o desaparecimento da obrigação garantida. No caso de extinção da obrigação pelo pagamento, deve ser este integral, pois se saldo credor houver a hipoteca permanece por inteiro, em obediência ao princípio da indivisibilidade.

Como adverte, porém, Caio Mário da Silva Pereira, a regra não tem caráter absoluto. Pode ocorrer de a obrigação se extinguir por razão que permita a sobrevivência ou transferência da obrigação acessória. É o caso do pagamento com sub-rogação, que “sem perder a qualificação de modalidade extintiva da obrigação transfere ao solvens todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em solução da dívida contra o devedor principal e os fiadores (art. 349 do CC)” (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, p. 406).

A novação extingue a obrigação primitiva em razão do surgimento de nova obrigação. Em tal caso, somente persistem as garantias da obrigação extinta se o devedor ou mesmo o terceiro prestador da garantia participarem da novação, com expressa ressalva da manutenção dos acessórios (art. 364). No silêncio das partes, o efeito natural é o da extinção dos acessórios, entre os quais a hipoteca.

A dação em pagamento, após o vencimento da dívida (art. 1.428), também extingue a hipoteca, salvo o caso de evicção (art. 359 do CC), com o restabelecimento da obrigação primitiva e de seus acessórios.

Os demais casos de extinção da obrigação, como inexistência, nulidade ou anulação, também levam à extinção da hipoteca. A prescrição da pretensão da obrigação principal acarreta a prescrição da pretensão de execução da garantia, o mesmo podendo ser dito da decadência.

A segunda causa (inciso II) diz que se extingue a hipoteca pelo perecimento da coisa. O perecimento será mais comum nos casos de hipotecas sobre navios e aeronaves. Pode ocorrer, em casos excepcionais, o perecimento do imóvel, que deve ser total para a extinção da garantia. Se for parcial, a hipoteca continua a gravar o remanescente, podendo o credor pedir o reforço, sob pena de vencimento antecipado.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, “se for devida indenização por terceiro, tendo como causa a destruição da coisa, não se altera o princípio da extinção da hipoteca, pois o direito do credor hipotecário se desloca para o seu valor (sub-rogação real), conservando o caráter preferencial” (op. cit., p. 401). O mesmo se dá na desapropriação, sub-rogando-se o credor hipotecário no respectivo preço.

A terceira causa (inciso III) diz que se extingue a hipoteca pela resolução da propriedade. A propriedade resolúvel está regulada nos arts. 1.359 e 1.360 do Código Civil, já estudados. Não perde o proprietário resolúvel o *jus disponendi*, de modo que também pode gravar o imóvel com direito real de garantia. Resolvido o domínio, com ele resolvem-se juntamente todos os direitos reais sobre coisa alheia. Pode a propriedade resolver-se por causa já constante do título, ou por causa superveniente. Se a causa constar do próprio título, como condição ou cláusula resolutiva expressa, a termo, ou cláusula de retrovenda, ou propriedade fiduciária, levadas ao registro imobiliário, a resolução da propriedade arrasta consigo os direitos reais posteriormente constituídos (art. 1.359 do CC). Se a resolução se der por causa superveniente, como nos casos de revogação da doação, ou cláusula resolutiva tácita, ou descumprimento de encargo (propriedade *ad tempus*), o fato extintivo acarreta a transmissão do domínio no estado em que se encontra: diminuído, modificado, aumentado, juridicamente ou materialmente. Sua eficácia é para o futuro (art. 1.360 do CC).

Alguns autores encaixam a usucapião do imóvel hipotecado no inciso III, em estudo. O usucapiente adquire o imóvel desonerado, pois rompe a cadeia dominial, dado o modo originário de aquisição. Por isso, deve o credor hipotecário ser citado como litisconsorte necessário passivo na ação de usucapião, pois será atingido no caso de sentença de procedência.

A quarta causa (inciso IV) diz que se extingue a hipoteca pela renúncia do credor. Aplica-se a regra à hipoteca convencional. Alguns casos de hipoteca legal são irrenunciáveis (incisos I e II do art. 1.489), pois envolvem normas cogentes, ou interesses de incapazes. Admite-se, porém, a renúncia à hipoteca legal em outros casos, como o do co-herdeiro para garantia da torna, ou do credor sobre o imóvel arrematado, ou do ofendido capaz sobre os imóveis do delinqüente, pois envolvem direito patrimonial disponível (incisos III, IV e V do art. 1.489).

A renúncia é forma de exercício de direito e exige do renunciante não só a capacidade para a prática dos atos da vida civil em geral, como também a disposição do crédito garantido. Por isso se admite a renúncia em necessidade de outorga uxória. Se expressa, deve instrumentalizar-se por escritura pública, em respeito ao que dispõe o art. 108 do Código Civil, que expressamente alude a renúncia de direitos reais sobre imóveis. Embora controversa, admite-se a renúncia tácita, por comportamento concludente do credor, abdicando da garantia. São os casos da assinatura sem ressalva do credor, com o vendedor, da escritura de venda do imóvel gravado, prevista no art. 276 da LRP (Lei n. 6.015/73), ou quando permanece inerte, depois de notificado da penhora sobre o bem gravado, levada a efeito por credor quirografário (art. 1.501 do CC).

Com a renúncia da hipoteca, remanesce o crédito sem garantia, convertendo-se em quirografário. Se a renúncia for do crédito, extingue-se com ele a garantia acessória.

A quinta causa (inciso V) diz que se extingue a hipoteca pela remição, ou resgate, estudada nos arts. 1.478 a 1.481, aos quais se remete o leitor.

A sexta e última causa prevista em lei (inciso VI) diz que se extingue a hipoteca pela arrematação ou adjudicação. Levado o bem objeto da garantia à excussão, o credor se satisfaz com o produto da venda judicial, ou pela adjudicação do bem para si. O valor da venda judicial substitui o bem objeto da garantia. Se o produto da alienação for inferior ao crédito garantido, o saldo remanescente persistirá como quirografário, pois esgotada está a garantia. O arrematante recebe o imóvel livre das hipotecas, ainda que posteriores, pois o concurso de credores se estabelecerá sobre o produto da arrematação.

A única dúvida que desperta o preceito é a sua aplicação a qualquer alienação em hasta pública, ou somente à venda judicial promovida pelo próprio credor hipotecário. A resposta está no art. 1.501, adiante comentado. Se o credor hipotecário for notificado judicialmente da execução promovida por outros credores e permanecer inerte, a arrematação e a adjudicação extinguem a hipoteca. Caso não se faça a notificação, a venda judicial é ineficaz perante o credor hipotecário e não extingue a hipoteca, que continua a gravar o bem do arrematante.

A mesma regra vale para a adjudicação, na ausência de licitantes. Pode o credor hipotecário requerer a adjudicação, por preço não inferior ao que consta do edital. Se o valor do bem for superior ao do crédito, depositará o credor a diferença, para ser rateada entre os demais credores, ou, na sua falta, devolvida ao devedor. Admitem os tribunais que em segunda praça a adjudicação se faça por valor inferior ao da avaliação, desde que o preço não se qualifique como vil (*RSTJ* 75/345, *STJ-RT* 788/212). O terceiro credor que pretenda adjudicar o bem hipotecado deve previamente notificar o credor hipotecário. Caso esse manifeste preferência, o terceiro credor deverá depositar inteiramente o valor de avaliação, para não frustrar o privilégio da hipoteca (*RT* 608/108, 612/167, 661/107, entre outros). Se o credor hipotecário permanecer inerte, será dispensado o depósito e a hipoteca se extingue, tal como ocorre na arrematação.

Jurisprudência: Registro de imóveis. Hipoteca. Ação declaratória de extinção proposta por arrematante contra o credor hipotecário. Arrematação em processo de execução promovido por outro credor, quirografário. Admissibilidade da extinção. Imprescindibilidade, porém, da intimação do credor hipotecário, da penhora e da praça (arts. 615, II, e 698, ambos do Código de Processo Civil). Intimação da penhora não diligenciada ao tempo da constrição. Impossibilidade de ser convalidada com a intimação para a praça, sob pena de o credor não poder defender seus direitos. Alienação ineficaz para o credor, que já ajuizou ação declaratória de nulidade. Extinção da hipoteca inviável. Recurso provido. (II TACSP, Ap. cível n. 1.141.574-4/Lins, 12ª Câm. de Direito Privado, rel. Cerqueira Leite, j. 19.10.2005, v.u.)

Execução por despesas condominiais. Preferência do crédito garantido por hipoteca. Não reconhecimento. Preferência que não se aplica ao crédito proveniente de despesas feitas com a própria coisa dada em garantia. Recurso provido (II TACSP, AI n. 901376-0/0/São Bernardo do Campo, 36ª Câm. de Direito Privado, rel. Arantes Theodoro, j. 16.06.2005, v.u.)

Mesmo não tendo o credor hipotecário sido intimado da penhora e da realização da praça, o prazo para oposição dos embargos de terceiro é de até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Devem ser conjugados o art. 1.047, II, e o art. 1.048, ambos do CPC, porque os embargos de terceiro, na qualidade de credor com garantia real, se destinam a "obstar a alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese", e, se essa alienação está perfeita e acabada com a assinatura do auto de arrematação, o credor com garantia real não pode mais se insurgir contra a imissão de posse do arrematante, porque tem o direito de seqüela, permanecendo a coisa gravada com hipoteca. A arrematação que extingue a hipoteca é aquela promovida pelo credor hipotecário; bem como na hipótese de sua anuência, ou pela inércia no exercício de prelação, quando intimado da realização da praça ou leilão. Pelo fato de a coisa dada em garantia estar sujeita por vínculo real, para o cumprimento da obrigação (art 755 do CC), e de o credor hipotecário não exercer parcela do direito de propriedade, com *animus domini*, nem detenção fática sobre ela, não se justifica que, precluso o prazo previsto no art. 1.048 do CPC, seja-lhe autorizado o manejo da ação de embargos de terceiro para obstar a imissão de posse do arrematante. (STJ, REsp n. 303.325/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.10.2004, DJ 06.12.2004)

A garantia hipotecária constitui-se mediante inscrição no Cartório de Registro de Imóveis vinculadamente ao contrato que a institui, de sorte que, se o empréstimo foi objeto de repactuação, pela celebração de confissão de dívida estabelecendo condições específicas novas, como a elevação da taxa de juros, é impossível a extensão daquela para o novo pacto sem que tenha havido inscrição respectiva. Destarte, é oponível à penhora a regra do art. 1º da Lei n. 8.009/90, por não se configurar a exceção prevista no art. 3º, V, do mesmo diploma legal. (STJ, REsp n. 268.689/SP, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.06.2001, DJ 08.10.2001)

Civil. Hipoteca. Extinção. Cédula de crédito industrial. Prescrição. Art. 849 do CC. Impossibilidade de levantamento da hipoteca. Subsistência da obrigação principal. Vencido o título de crédito, mas perdurando a dívida assegurada, deve subsistir o gravame hipotecário sobre o bem dado em garantia, de acordo com o inciso I do art. 849, CC/1916. (STJ, REsp n. 506.290/RS, Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2004)

O provimento de recurso que acarreta a extinção do processo de execução, por vício formal, não extingue o crédito assegurado por hipoteca, que só pode ser desconstituída, no caso em concreto, pela utilização das vias ordinárias. Se a obrigação principal não foi completamente adimplida, devem subsistir os gravames hipotecários sobre os bens dados em garantia da dívida, de acordo com o inciso I do art. 849, CC, sendo incabível a declaração de extinção da hipoteca dos bens dados em garantia (STJ, REsp n. 299.118/PI, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2001, *DJ* 03.06.2002). (*RT* 806/142)

Embargos de terceiro. Penhora. Imóvel adjudicado. Havendo a resolução do domínio dos embargados/executados sobre o imóvel que deram em hipoteca, ante a adjudicação do imóvel por terceiro, extinta estava aquela, nos termos do art. 849, II, do Código Civil/1916, atual art. 1.499, III, do Código Civil/2002, desaparecendo, por via de consequência, o direito real sobre coisa alheia em referência, afastando a possibilidade de sua penhora na satisfação dos débitos dos embargados/executados. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 875.204-0/4/Ribeirão Preto, 31ª Câm. de Direito Privado, rel. Paulo Ayrosa, j. 28.11.2006)

Art. 1.500. Extingue-se ainda a hipoteca com a averbação, no Registro de Imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova.

CC/1916: arts. 850 e 851.

É dispensável a regra, pois a matéria se encontra disciplinada de modo superior pelo art. 251 da LRP (Lei n. 6.015/73).

O cancelamento do registro é ato essencialmente causai. Repousa na vontade das partes (voluntária ou convencional) ou por decisão judicial ou administrativa (coativa ou necessária).

Dispõe o aludido artigo que a averbação do cancelamento da hipoteca poderá ser feita nos seguintes casos:

- À vista de autorização expressa de quitação outorgada pelo credor ou seu sucessor, em instrumento público ou particular.
- Em razão de procedimento administrativo ou contencioso, no qual o credor tenha sido intimado. A intimação do credor é indispensável. O procedimento pode ser contencioso, no qual se ataca o título e por tabela o registro, ou somente o registro. O procedimento pode ser ainda administrativo, perante o juiz corregedor permanente, com base em vícios do próprio mecanismo de registro, ou em matéria que dependa de aferição de fatos (perecimento, renúncia tácita etc.).
- De conformidade com a legislação especial referente às cédulas hipotecárias (Decreto-lei n. 70/66), à vista do título em poder do devedor.

Nos termos do art. 253 da LRP, ao terceiro prejudicado é lícito, em juízo, fazer prova da extinção dos ônus reais, e promover o cancelamento do registro.

Jurisprudência: Suspensão de dúvida. Arrematação de imóvel hipotecado. Desnecessidade de mandado judicial para se proceder a seu cancelamento. Arts. 1.499, VI, e 1.500 do

Código Civil vigente. Constando de uma matrícula de imóvel o registro da hipoteca, uma vez que esse imóvel foi arrematado em hasta pública judicialmente determinada, seu cancelamento independe de autorização expressa (art. 251,1, da Lei n. 6.015/73), bastando a respectiva prova (art. 1.500 do Código Civil/2002), consubstanciada pela certidão de arrematação. (TJMG, Ap. cível n. 1.0000.00.307831-8/000, rel. Jarbas Ladeira, j. 07.10.2003)

Art. 1.501. Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução.

CC/1916: art. 826.

Legislação correlata: arts. 615, II, 619 e 698, CPC.

Vimos no comentário ao art. 1.499, VI, do Código Civil, que a arrematação e a adjudicação do imóvel extinguem a hipoteca. Exceção a tal regra é a venda em hasta pública promovida por terceiro credor, sem prévia notificação dos credores hipotecários que não forem de qualquer modo parte na execução.

O art. 615 do Código de Processo Civil dispõe que incumbe ainda ao credor requerer a intimação dos credores pignoratício, hipotecário e anticrético e do usufrutuário, quando a penhora recair sobre bem gravado. O art. 619 do Código de Processo Civil acrescenta ser ineficaz a alienação dos bens gravados em relação aos credores garantidos e ao usufrutuário, se não forem estes intimados. Disso decorre a necessidade da intimação dos aludidos credores tanto da penhora quanto da hasta pública.

O art. 694 do Código de Processo Civil reza que poderá desfazer-se a arrematação nos casos previstos no art. 698. O art. 698 do Código de Processo Civil, finalmente, determina que não se efetuará a praça de imóvel hipotecado ou emprazado, sem que seja cientificado, por qualquer modo idôneo, com dez dias pelo menos de antecedência, o credor hipotecário ou o senhorio direto, que não seja de qualquer modo parte na execução.

Devem ser intimados todos os credores hipotecários, no caso de hipotecas de diversos graus, sem distinção entre eles. De igual modo, deve o credor hipotecário de grau superior intimar o credor hipotecário de grau inferior, para o exercício da preferência (*RTJ* 98/1.111 e 105/377).

Os tribunais ora afirmavam que a praça realizada sem prévia intimação do credor hipotecário era nula (desfeita), ora que era ineficaz, ou, ainda, que poderia optar o credor entre a nulidade e a ineficácia. O artigo em exame põe fim à vacilação dos tribunais. A praça é válida e a arrematação ou adjudicação não são desfeitas. Apenas e tão somente a hipoteca não se extingue e continua a gravar o imóvel adquirido pelo arrematante ou adjudicatário. Embora o art. 698 do CPC tenha recebido nova redação por força da Lei n. 11.382/2006, ou seja, tornou-se norma posterior à do Código Civil, o melhor entendimento ainda é no sentido de que a alienação é válida, mas apenas ineficaz frente ao credor hipotecário.

O oficial do registro imobiliário, ao fazer o registro da arrematação/adjudicação, deve exigir prova da prévia intimação do credor hipotecário, para fazer a averbação do cancelamento da hipoteca. Sem tal prova, a arrematação/adjudicação ingressa no registro, mas o imóvel continua gravado. Entendem os tribunais não ter o devedor legitimidade para arguir a invalidade ou ineficácia da hasta pública, por falta de intimação do credor hipotecário (*RSTJ* 36/309).

Se o credor hipotecário, porém, foi regularmente intimado dos termos da execução e permaneceu inerte, deixando de manifestar o seu interesse ou de exercer a preferência no recebimento do preço da arrematação, ou ainda de exigir o depósito do preço na adjudicação, opera-se a extinção da hipoteca. Não parece ser exata, porém, a afirmação contida em

alguns julgados, inclusive do STJ, de que a hipoteca em tal caso se extingue, dada a natureza originária da aquisição por arrematação. A aquisição na verdade é derivada, tanto assim que outros direitos reais sobre coisa alheia - usufruto, servidão, superfície - não são afetados nem se extinguem pela arrematação. O que ocorre é a sub-rogação dos direitos reais de garantia, que tinham por objeto a coisa e passam a incidir sobre o preço, para a satisfação do crédito.

O credor hipotecário, devidamente intimado, mediante simples pedido formulado nos autos da execução movida pelo credor quirografário, assegurará sua preferência no recebimento do crédito decorrente da arrematação. Não há a necessidade de o credor hipotecário ter a iniciativa da execução, ou ter realizado a penhora, para exercer a preferência em execução alheia. Diverge a jurisprudência apenas sobre a necessidade de o credor hipotecário já ter ajuizado a ação de execução para o fim de submeter seu crédito ao crivo do contraditório. O entendimento majoritário e mais recente do STJ é no sentido da desnecessidade de tal providência. Também não há necessidade nem cabimento do ajuizamento de embargos de terceiro, pois a constrição realizada por credor quirografário será mantida. O que se discutirá é apenas a preferência no concurso sobre o produto da arrematação.

Outro problema controverso diz respeito às obrigações não vencidas, ou ilíquidas, garantidas por hipoteca. O credor hipotecário não pode exercer a preferência, pois não é seu crédito ainda exigível. Na opinião de Gladston Mamede, aplica-se por analogia o disposto no art. 1.477 do Código Civil: “salvo caso de insolvência do devedor, o credor de segunda hipoteca não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira” Se a regra vale para credor hipotecário de grau mais elevado, vale também para o credor quirografário, sem o que ficaria em melhor posição do que o credor garantido (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 461). Há posicionamento do STJ, no entanto, no sentido de que, “não estando vencida e não tendo o credor hipotecário condições de promover a sua execução, a garantia acompanha o bem objeto da arrematação” (STJ, REsp n. 32.881/SP, 4ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.12.1997, DJ 27.04.1998).

Questão distinta é a das cédulas de crédito hipotecárias (Decretos-lei ns. 167/67 e 413/69), que conferem garantia exclusiva ao credor e impedem a alienação dos bens hipotecados. Não podem tais imóveis ser penhorados por credores diversos, o que enseja ao credor hipotecário embargos de terceiro, para levantar a constrição indevida. Lembre-se, todavia, de que a impenhorabilidade não alcança os créditos com privilégio legal (fiscais, trabalhistas, acidentários e previdenciários) que gozam de melhor preferência. A inalienabilidade, segundo entendimento dos tribunais, não pode subverter a ordem de preferência, razão pela qual se admitem a penhora e a venda dos imóveis hipotecados em hasta pública, para instauração de concurso de credores (STJ, REsp n. 247.855/MG, 4ª T., rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.08.2000, DJ 12.02.2002; STJ, REsp n. 117.368/PE, 2ª T., rel. Min. Peçanha Martins, j. 15.09.1997, D/01.12.1997).

Jurisprudência: Se o credor hipotecário foi notificado dos termos da execução e deixou o processo correr, sem manifestar o seu interesse, opera-se a extinção da hipoteca. (STJ, REsp n. 36.757-3/SP, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 24.05.1994, DJ 05.09.1994)

É nula a praça de imóvel indiviso, se de sua futura realização não foram intimados os demais condôminos, a fim de que pudessem deduzir seu direito de preferência. (JTA 116/39)

É nula a arrematação se não tiver sido cumprido o disposto no art. 698, podendo o credor hipotecário impugná-la através de embargos de terceiro, ou de ação de nulidade de arrematação. (STJ, REsp n. 397.932/SP, 2ª T., rel. Min. Paulo Medina, j. 10.12.2002, DJ 31.03.2003)

A arrematação extingue a hipoteca, tanto que o credor hipotecário tenha sido intimado da realização da praça, posto que tem conteúdo de aquisição originária, livre dos ônus que

anteriormente gravavam o bem por esse meio adquirido. (*RSTJ* 57/433. No mesmo sentido, STJ, REsp n. 110.093/MG, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 04.02.2003, *DJ* 07.04.2003)

A preferência do credor hipotecário independe de sua iniciativa na execução ou na penhora. A arrematação do imóvel gravado de hipoteca garante ao credor hipotecário a preferência no recebimento de seu crédito em relação ao exequente (STJ, REsp n. 162.464/SR 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 03.05.2001, *DJ* 11.06.2001). (*RSTJ* 151/403)

Civil. Crédito hipotecário. Preferência. O credor hipotecário, embora não tenha ajuizado a execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 159.930/SP, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 06.03.2003, *DJ* 16.06.2003)

Recurso especial. Credor hipotecário. Preferência. Precedentes da corte. Na linha de precedentes desta corte, a preferência do credor hipotecário não depende de sua iniciativa na execução, ou na penhora. A escritura de garantia real e a sua inscrição no registro imobiliário são suficientes para preservar a prelação dele (STJ, REsp n. 75.091/SP, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.06.1997, *DJ* 22.09.1997).

No mesmo sentido: REsp n. 7.632, rel. Min. Nilson Naves, *DJ* 20.05.1991; REsp n. 9.767, rel. Min. Dias Trindade, *DJ* 17.06.1991; STJ, REsp n. 1.499, 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29.06.1990, *DJ* 03.09.1990.

O concurso de credores previsto nos arts. 711 e 712 do CPC pressupõe execução e penhora do credor que alega preferência já que não basta por si só o fato de ser credor hipotecário. A escritura de garantia hipotecária e a sua inscrição no registro público não são suficientes para preservar a prelação do credor hipotecário em execução promovida por terceiro, pois a sua preferência só se impõe se existirem prévias execuções por ele aforadas e penhora sobre o bem. Falece a quem não demonstra tais pressupostos aptidão para pretender a satisfação do crédito que alegar possuir contra o executado. Recurso não conhecido (STJ, REsp n. 32.881, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 02.12.1997, *DJ* 27.04.1998). (*RSTJ* 110/273)

Simple manifestação do credor hipotecário da existência de saldo devedor não caracteriza seu interesse para impedir a extinção da hipoteca pela arrematação do bem em outro processo executório. (STJ, REsp n. 148.356/RS, 2ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 14.06.1999, *DJ* 18.12.2000)

Agravo de instrumento. Penhora sobre metade do imóvel. Imóvel hipotecado. Credor hipotecário não exerceu seu direito de preferência. Imóvel arrematado. Determinação para o cancelamento da hipoteca em razão da arrematação. Inadmissibilidade. A arrematação somente extingue a hipoteca se a penhora incidir sobre a totalidade do imóvel. Art. 1.499, VI, CC. Arrematação que incidiu somente sobre a parte do imóvel constricta. Recurso provido. (TJSP, AI n. 112.756.4006, rel. Cristiano Ferreira Leite, j. 24.10.2007)

Agravo de instrumento. Arrematação. Intimação do credor hipotecário. Necessidade. Na forma das disposições contidas nos arts. 615, II, 694, IV, 698 do Código de Processo Civil, 826 do Código Civil de 1916 e 1.501 do Novo Diploma Civilista, faz-se necessária a intimação do credor hipotecário quanto à arrematação procedida sobre bem em que recaia o dito direito real, sob pena de ineficácia do ato realizado no feito executivo quanto à parte interessada e possibilidade de declaração de sua nulidade pelo juiz da causa. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.00.127287-1/001, rel. Otávio Portes, j. 15.02.2006)

Seção V

Da Hipoteca de Vias Férreas

Art. 1.502. As hipotecas sobre as estradas de ferro serão registradas no Município da estação inicial da respectiva linha.

CC/1916: art. 852.

Legislação correlata: art. 171, Lei n. 6.015, de 31.12.1973; art. 1º, Decreto-lei n. 3.109, de 12.03.1941.

O artigo em exame regula o registro da hipoteca de estradas de ferro, a ser feito no oficial do registro de imóveis da estação inicial. Constitui exceção à regra do art. 1.492 do Código Civil, no sentido de que o registro deve ser feito em todos os oficiais onde estiverem situados os imóveis hipotecados.

Art. 1.503. Os credores hipotecários não podem embaraçar a exploração da linha, nem contrariar as modificações, que a administração deliberar, no leito da estrada, em suas dependências, ou no seu material.

CC/1916: art. 853.

A regra nada mais é do que o desdobramento de uma das características do direito real de hipoteca, de que o devedor ou prestador da garantia não transfere a posse do bem ao credor.

Avulta-se a importância do preceito, pois a hipoteca sobre linhas férreas recai sobre bem coletivo, destinado à exploração de atividade de interesse público. A falta de preservação da incolumidade de certos componentes da linha, como composições, poderia comprometer a qualidade e a finalidade do transporte coletivo.

Art. 1.504. A hipoteca será circunscrita à linha ou às linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem; mas os credores hipotecários poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais ou de parte considerável do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que com isso a garantia do débito enfraquecer.

CC/1916: art. 854.

O artigo em exame reúne algumas regras específicas sobre a hipoteca de linhas férreas.

A primeira é que a hipoteca pode recair sobre toda a estrada de ferro ou somente sobre determinadas linhas, de acordo com o que especificar o respectivo título.

A segunda é que a linha férrea é um bem coletivo (art. 90 do CC), pois se constitui de uma pluralidade de bens singulares, pertinentes à mesma pessoa, com destinação unitária. A garantia abrange a totalidade do bem, incluindo materiais de exploração tais como estações, escritórios, pátios de manobras, bilheterias, galpões de carga, locomotivas, vagões e tudo o mais que for necessário ao funcionamento regular da linha.

A terceira é que os credores podem se opor à venda da estrada, das linhas ou de parte considerável do material de exploração, assim como à fusão com outra empresa, sempre que tais atos enfraquecerem a garantia. Não se aplica às linhas férreas, portanto, a regra cogente do art. 1.475 do Código Civil, que comina a nulidade da cláusula proibitiva de alienação do

bem hipotecado. Cabe ao credor uma de duas alternativas: (i) opor-se à venda; (ii) considerar a dívida vencida antecipadamente. Cabe-lhe, porém, o ônus de demonstrar que os atos de alienação ou fusão provocaram a deterioração da garantia.

Art. 1.505. Na execução das hipotecas será intimado o representante da União ou do Estado, para, dentro em quinze dias, remir a estrada de ferro hipotecada, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação.

CC/1916: art. 855.

Legislação correlata: art. 699, CPC.

A antinomia com o art. 699 do CPC se resolve a favor do Código Civil de 2002, lei posterior, da mesma hierarquia, que regula idêntico tema de modo diverso.

Diante do interesse público decorrente da natureza da atividade de transporte público, confere a lei o direito potestativo da administração pública federal ou estadual de remir a hipoteca, pelo preço da arrematação ou adjudicação, no prazo fatal de quinze dias, com termo inicial da data da intimação.

CAPÍTULO IV DA ANTICRESE

Art. 1.506. Pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos.

§ 1º É permitido estipular que os frutos e rendimentos do imóvel sejam percebidos pelo credor à conta de juros, mas se o seu valor ultrapassar a taxa máxima permitida em lei para as operações financeiras, o remanescente será imputado ao capital.

§ 2º Quando a anticrese recair sobre bem imóvel, este poderá ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese.

CC/1916: art. 805.

O artigo em exame contém alterações pontuais em seus dois parágrafos, em relação ao correspondente art. 805.

Não se justifica a manutenção da anticrese em nosso ordenamento jurídico, diante de sua escassa utilidade e do raro uso nos negócios. Define-se, na lição de Clóvis Bevilacqua, como “o direito real sobre imóvel alheio, em virtude do qual o credor o possui, a fim de perceber-lhe os frutos e imputá-los no pagamento da dívida, juros e capital, ou somente dos juros” (*Direito das coisas*, 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, 1.1, p. 101).

Recai sobre bens imóveis frutíferos pertencentes ao devedor ou a terceiro prestador da garantia. O objeto da anticrese não é propriamente o imóvel, mas sim os seus frutos. O credor anticrético pode usar o imóvel e receber os seus frutos, retendo a posse até a solução da obrigação, mas não levar o prédio à excussão.

A constituição se dá mediante negócio jurídico solene, sempre por escrito e mediante escritura pública, se de valor superior a trinta salários-mínimos, com a devida especialização. O título é levado ao registro imobiliário, de natureza constitutiva do direito real. Antes do registro, há mero direito obrigacional - *iura ad rem* - do credor anticrético. A posse direta do imóvel é transferida ao credor, mas sem caráter constitutivo da garantia.

Podem constituir a anticrese não somente o proprietário do imóvel, mas também os titulares de poder de disposição dos rendimentos, entre os quais o enfiteuta, o usufrutuário e o superficiário.

O credor anticrético pode explorar pessoalmente o imóvel, atribuindo valor ao uso, ou entregá-lo à exploração de terceiros e receber os seus frutos e rendimentos, em ambos os casos com a finalidade de amortização da dívida. Nada impede que recaia a anticrese também sobre produtos, mediante expressa convenção entre as partes. Anota com razão Gladston Mamede que nada impede que recaia a anticrese sobre frutos naturais ou industriais e que a cessão do imóvel seja feita com acessórios e pertenças, marca e outros direitos. Haveria negócio de anticrese sobre a base física - imóvel - e penhor sobre bens móveis e pertenças (*Código Civil comentado*, São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 473).

O § 1º prevê o critério de amortização da dívida garantida com os frutos e rendimentos recebidos pelo credor anticrético. A norma, de caráter dispositivo, vigente no silêncio de convenção em contrário das partes, dispõe que os rendimentos do imóvel anticrético serão imputados preferencialmente no pagamento dos juros. Os juros convencionais e legais encontram limite nos arts. 591 e 406 do Código Civil, salvo no caso de instituições financeiras, às quais se permite cobrar juros livremente convencionados, à taxa de mercado. Se os frutos superarem o valor dos juros, serão imputados ao capital.

O § 2º tem relevante novidade, pois não mais adota a limitação, como fazia o Código Civil de 1916, de que a hipoteca e a anticrese de imóveis já gravados com garantia real sejam constituídas apenas em favor do mesmo credor. O devedor anticrético não perde a disponibilidade do imóvel, podendo aliená-lo a terceiros, que respeitarão as garantias reais já constituídas. É lógico, portanto, que o devedor anticrético constitua hipoteca em favor do credor ou de terceiros, ou que o devedor hipotecário possa constituir anticrese em favor do credor ou de terceiros, sem afetar a garantia real anterior.

Art. 1.507.0 credor anticrético pode administrar os bens dados em anticrese e fruir seus frutos e utilidades, mas deverá apresentar anualmente balanço, exato e fiel, de sua administração.

§ 1º Se o devedor anticrético não concordar com o que se contém no balanço, por ser inexato, ou ruínosa a administração, poderá impugná-lo, e, se o quiser, requerer a transformação em arrendamento, fixando o juiz o valor mensal do aluguel, o qual poderá ser corrigido anualmente.

§ 2º O credor anticrético pode, salvo pacto em sentido contrário, arrendar os bens dados em anticrese a terceiro, mantendo, até ser pago, direito de retenção do imóvel, embora o aluguel desse arrendamento não seja vinculativo para o devedor.

CC/1916: art. 806.

O artigo em exame corresponde ao art. 806 do Código Civil de 1916, com significativas alterações.

Recebe o credor anticrético a posse direta do imóvel, podendo usá-lo, fruí-lo e administrá-lo, imputando os frutos e rendimentos na amortização da dívida garantida.

A exploração do imóvel poderá ser feita diretamente pelo credor, que usará as vantagens auferidas no pagamento da dívida. Nada impede que as partes ajustem desde logo um valor prefixado de remuneração decorrente do uso, desde que respeitados os princípios cogentes da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Caso não haja prévia estipulação do valor da utilização, deverá o credor apresentar anualmente balanço exato de sua administração, demonstrando os rendimentos e os custos da exploração do imóvel.

No caso de divergência fundada do devedor, quando os rendimentos apresentados forem inferiores aos reais, ou a administração do imóvel for ruínosa, inclusive no que se refere à sua conservação, a exploração direta poderá ser convertida em arrendamento. O juiz, na falta de acordo entre as partes, fixará o valor mensal do aluguel pela exploração do imóvel.

Salvo pacto em contrário, pode ainda o credor arrendar o imóvel a terceiro e receber os rendimentos e aluguéis, usando-os na amortização da dívida. Reterá o imóvel até a solução da obrigação garantida, mas o arrendamento não vincula o devedor anticrético, pois é parte estranha ao contrato.

Art. 1.508.0 credor anticrético responde pelas deteriorações que, por culpa sua, o imóvel vier a sofrer, e pelos frutos e rendimentos que, por sua negligência, deixar de perceber.

CC/1916: art. 807.

O credor anticrético tem o poder de administrar, usar e fruir coisa alheia. Não tem, porém, o poder de dispor, muito menos de alterar a substância da coisa dada em garantia. Cabe-lhe, por conseqüência, o dever de guardar e conservar o imóvel anticrético, além de zelar por ele, a fim de restituí-lo no mesmo estado que o recebeu, quando da solução da dívida e extinção da garantia real. Não responde entretanto pela depreciação decorrente do uso normal nem por aquelas às quais não der causa. Vigora a máxima *res perit domini*, que no caso é o devedor anticrético, se a coisa se perder ou deteriorar-se sem culpa do credor, que tem a posse direta.

Caso, porém, o imóvel se deteriore por culpa do credor, este responderá por perdas e danos. Também responderá caso entregue o imóvel em arrendamento a terceiro e este provoque o dano. Pode e deve o credor cuidar da conservação do imóvel, realizando as despesas e benfeitorias necessárias, além do pagamento de taxas e impostos. Para tanto, usará os frutos e rendimentos do próprio imóvel, empregando o saldo na amortização da dívida garantida.

Pode ocorrer de, em casos excepcionais, o imóvel nada produzir, situação que deve apenas ser comunicada ao devedor proprietário, para que este providencie, às suas expensas, as despesas necessárias à manutenção do imóvel.

Cuida-se de norma dispositiva, razão pela qual nada impede que convençionem as partes em sentido contrário. Podem ainda estipular as partes que será o imóvel entregue ao arrendamento de terceiro, escolhido em comum acordo, e que o arrendatário arcará com as despesas de manutenção e conservação do imóvel.

Dispõe ainda o artigo que responde o credor anticrético pelos frutos que se perderem por sua culpa. O preceito é lógico, pois a perda culposa de frutos e rendimentos repercutirá na amortização da dívida garantida, em detrimento do devedor. O valor dos frutos perdidos culposamente, assim, deve ser também imputado no pagamento da obrigação.

Art. 1.509.0 credor anticrético pode vindicar os seus direitos contra o adquirente dos bens, os credores quirografários e os hipotecários posteriores ao registro da anticrese.

§ 1º Se executar os bens por falta de pagamento da dívida, ou permitir que outro credor o execute, sem opor o seu direito de retenção ao exequente, não terá preferência sobre o preço.

§ 2º O credor anticrético não terá preferência sobre a indenização do seguro, quando o prédio seja destruído, nem, se forem desapropriados os bens, com relação à desapropriação.

CC/1916: art. 808.

Como qualquer direito real, a anticrese é dotada de seqüela, que lhe confere aderência sobre o imóvel e irradiação de efeitos perante terceiros. O *caput* do artigo em exame apenas reflete tal situação: os adquirentes do imóvel, os credores hipotecários e os quirografários ulteriores ao registro da anticrese devem respeitar os direitos anteriormente constituídos do credor anticrético.

Não perde o devedor o *jus disponendi* do imóvel, podendo perfeitamente aliená-lo ou dá-lo em hipoteca a terceiros, que, porém, recebem-no já gravado e são obrigados a respeitar os direitos do credor anticrético de administrar, usar, fruir e reter tal imóvel.

O § 1º do artigo se desdobra em dois preceitos. O primeiro diz que pode o credor anticrético executar o imóvel por falta de pagamento da dívida. Lembre-se, todavia, de que a garantia está circunscrita ao proveito - uso e fruição - e não à substância do imóvel. Disso decorre, como ensina Marco Aurélio S. Viana, que, "se executa, ele está tacitamente renunciando à anticrese, o que leva à extinção do ônus. Não sendo mais titular de direito real de garantia, não goza da preferência, equiparando-se aos demais credores quirografários" (*Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVI, p. 880). Em suma, pode penhorar e levar o imóvel à praça, mas como credor quirografário, abdicando da garantia e, por consequência, perdendo o direito de administração, uso, fruição e retenção.

A segunda parte do preceito diz que pode outro credor penhorar o imóvel gravado, pois é ele alienável. O credor anticrético, em regra similar à do art. 1.501, acima comentado, deve ser intimado da penhora e manifestar-se na execução, ressaltando o seu direito de retenção. Se permanecer silente, apesar de intimado, a anticrese se extingue. Note-se apenas que a preferência decorrente do direito real de garantia não incide sobre o preço da arrematação, mas sim sobre os frutos e rendimentos do imóvel. O arrematante ou o adjudicante, assim, devem respeitar os direitos anteriores da anticrese, permanecendo o credor anticrético de posse do bem, recebendo os seus frutos e rendimentos, até a solução integral da dívida.

O § 2º dispõe que o credor anticrético não terá preferência sobre a indenização do seguro ou da desapropriação. A regra do art. 1.425, já comentado, aplica-se somente aos credores hipotecários e pignoratícios. A anticrese confere direito apenas aos frutos e rendimentos, e não sobre a substância do imóvel. Como porém adverte Gladston Mamede, para evitar o enriquecimento sem causa do devedor anticrético, que tinha o imóvel gravado, parte da indenização, proporcional ao valor da anticrese, deverá ser paga ao credor (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XIV, p. 485).

Art. 1.510.0 adquirente dos bens dados em anticrese poderá remi-los, antes do vencimento da dívida, pagando a sua totalidade à data do pedido de remição e imitir-se-á, se for o caso, na sua posse.

CC/1916: sem correspondente.

Estende-se com alterações à anticrese o direito de remição, estudado no art. 1.481. Vimos que o imóvel anticrético pode ser alienado a terceiros, pois a garantia real goza de aderência. O adquirente pode fazer a remição da dívida para liberar o bem. Deve fazê-lo, porém, antes do vencimento, e pagando a totalidade da dívida.

Disso decorre que, se o valor da dívida for superior ao da aquisição, a liberação não ocorrerá somente com o depósito do valor da compra. Deve-se pagar a totalidade da dívida.

Extinta a obrigação, segue a sua sorte jurídica o direito acessório de garantia. O adquirente poderá então se imitir na posse do imóvel e se sub-rogar nos direitos do credor contra o devedor, embora como quirografário.

LIVRO IV
DO DIREITO DE FAMÍLIA

TÍTULO I
DO DIREITO PESSOAL

SUBTÍTULO I
DO CASAMENTO

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 226, § 5º, CF.

O direito de família é o complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade, seus efeitos, a dissolução, a união estável, os vínculos de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela. O direito de família cuida, pois, das relações que envolvem o indivíduo dentro do núcleo social em que ele nasce, cresce e se desenvolve.

Os princípios constitucionais relativos à família estão no art. 226 da Constituição Federal. As principais modificações decorrentes de tais princípios foram a admissão da *pluralidade de famílias* (a união estável e a família monoparental passaram a ter também a proteção do Estado); a *igualdade entre os cônjuges* (a direção da família passou a ser exercida por ambos os cônjuges em igualdade); e, por fim, a *igualdade entre filhos*, advindos ou não do casamento, biológicos ou resultantes de adoção (proibição de toda distinção entre os filhos).

O direito de família previsto no Código Civil é dividido em quatro títulos. O primeiro, relativo ao *direito pessoal* encampa o casamento e as relações de parentesco (arts. 1.511 a 1.638). Disciplina as regras de ambos os institutos. O segundo, o *direito patrimonial* compreende o regime de bens no casamento, o usufruto e a administração dos bens de filhos menores, alimentos e bem de família (arts. 1.639 a 1.722). Cuida, portanto, do aspecto patrimonial que resulta do casamento. O terceiro, a *união estável* (arts. 1.723 a 1.727), encontra-se deslocado, pois deveria ser tratado nos títulos do direito pessoal e patrimonial. O quarto e último refere-se ao direito protetivo e envolve a *tutela* e a *curatela* (arts. 1.728 a 1.783).

Em um sentido mais amplo, a família pode ser definida como a comunidade dos parentes consanguíneos, civis ou por afinidade. Em sentido estrito, como a comunidade formada pelos pais ou um deles e os filhos (LOTUIO, Maria Alice Zaratín. *Curso avançado de direito civil* - direito de família. São Paulo, RT, v. V). Segundo a doutrina mais avançada em direito de família, a ideia de família é imortal, como a do núcleo básico ao qual nos integramos ao nascer, um ponto de referência central do indivíduo na sociedade, de solidariedade, que lhe dá segurança, transmite-lhe valores e o torna apto a perseguir um projeto para sua realização pessoal e para alcançar a felicidade (OLIVEIRA, Euclides de 8c HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Do direito de família”. In: *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte, Del Rey - IBDFam, 2002).

A família pode ser constituída por órfãos ou pelos avós e netos, por exemplo, pois eles se enquadram no conceito de núcleo básico de afeto e amor que caracteriza a família. Em consequência, merecem proteção jurídica.

A família pode ser encarada sob o aspecto individual, que tem em vista a pessoa em relação a seus pais, colaterais, cônjuges e descendentes. Pode também ser compreendida a partir do interesse do Estado em sua sólida organização e na segurança das relações humanas. A família constitui a célula básica da sociedade. Representa o alicerce de toda a organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Na família se fundam a vida econômica e as raízes morais. Os interesses individuais da família refletem nos interesses da sociedade e, reciprocamente, esses últimos correspondem aos primeiros, garantindo condições de desenvolvimento e sobrevivência.

O *direito de família é extrapatrimonial ou personalíssimo*. É irrenunciável e intransmissível, não admitindo condição ou termo ou o seu exercício por meio de procurador. Apesar de esse direito sofrer a intervenção estatal, entende-se que a ingerência não pode ser tal que tolha substancialmente a liberdade individual, preservando-se, assim, os interesses individuais que dão o *caráter privado ao direito de família*.

Da Constituição Federal é possível extrair os *princípios que norteiam o direito de família*. Segundo Maria Helena Diniz, são eles: a) o princípio da *ratio* do matrimônio (a afeição entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida); b) o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, já referido anteriormente; c) o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, também apontado anteriormente; d) o princípio do pluralismo familiar, já mencionado; e) o princípio da consagração do poder familiar, que pode ser incluído da igualdade entre os cônjuges; f) o princípio da liberdade do casal no desenvolvimento das atividades destinadas à família; e, por fim, g) o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar (*Curso de direito civil brasileiro - direito de família*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. V).

Por força do disposto nos §§ 3º e 4º do art. 226 da Constituição Federal, a família passou a ser tanto aquela constituída pelo casamento como pela união estável, ou ainda por um dos genitores e sua prole. O casamento deixou, portanto, de ser a única forma de constituição da família. O casamento é a união legal, formal e solene entre homem e mulher, em que ambos buscam a constituição de família - propósito da comunhão plena de vida e de interesses, assentada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges -, para auxílio mútuo, material e espiritual, e também da prole advinda dessa união. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (art. 1.565). O objetivo de estabelecer comunhão plena de vida e a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges são pressupostos de existência e validade do casamento. A comunhão plena de vida pressupõe a existência de amor e afeto entre o casal, a dedicação exclusiva ao outro cônjuge e aos filhos. A relação matrimonial impõe a mútua convivência, a reciprocidade de interesses na organização da vida e nas atitudes ou condutas individuais e, por fim, uma gama de direitos e deveres iguais, que irão disciplinar a vida em comum. “A comunhão de vida é a nota fulcral que marca o casamento. Sem esta, desaparecem seu sentido e sua finalidade. O enlace envolve a comunhão de afetos e dos demais componentes de uma vida em comum, como a ajuda mútua, a dedicação recíproca e a colaboração pessoal, doméstica e econômica. Mas o elo espiritual que une os cônjuges é que torna realidade a comunhão material” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 2004). A ausência de comunhão plena de vida pode gerar a separação do casal, fundamentada na insustentabilidade da manutenção da vida em comum (vide comentário ao art. 1.573).

A igualdade de direitos entre marido e mulher, já ressaltada, decorre do disposto no art. 226, § 5º, da Constituição Federal, originário do princípio da igualdade previsto no art. 5º da Carta. Dispõe o citado parágrafo que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Neste Código, a igualdade entre ambos os cônjuges vem bem retratada no disposto dos arts. 1.565 a 1.570, para os quais remete-se o leitor. Desse princípio decorrem, por exemplo, o direito de ambos os cônjuges dirigirem a socie-

dade conjugal e o direito de ambos de acrescentar o sobrenome do outro (sobre a subsistência do privilégio conferido à mulher relativo à propriedade exclusiva dos bens reservados» *vide* comentários ao art. 1.642). O disposto no art. 1.584 também retrata o princípio da igualdade entre os cônjuges ao definir que a guarda dos filhos poderá ser atribuída tanto ao pai quanto à mãe, segundo as condições de cada um para exercê-la. A isonomia tratada neste artigo procura evitar que pessoas em situação essencialmente igual tenham tratamento diferente. Cláudia Lima Marques assevera que “esta isonomia de tratamento jurídico é aquela que, em abstrato, permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. É também a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe ou de um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*” (“Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual - direito pós-moderno?”. In: *Revista dos Tribunais*, n. 764> p. 19).

São três as correntes que controvertem a *natureza do casamento*. Para a corrente clássica ou individualista, ou de concepção contratualista, o casamento é um *contrato*. Contudo, a razão preponderante do casamento não é econômica, nem ele pode ser desfeito pelo simples consentimento mútuo das partes. Para a institucional ou de concepção institucionalista, é uma *instituição social*. Às regras impostas pelo Estado as partes têm a faculdade de aderir, mas a vontade dos cônjuges tornar-se-á impotente para alterar os efeitos da instituição que se produzem automaticamente. Por fim, para a *corrente eclética ou mista*, o casamento é um *contrato e uma instituição*. É exatamente a dificuldade de identificar a natureza jurídica do casamento que faz com que ele seja tratado como *ato complexo*, no qual estão presentes elementos volitivos, típicos dos contratos e elementos institucionais. Silvio Rodrigues se refere ao casamento como contrato de direito de família, desejando diferenciar o contrato de casamento dos outros contratos de direito privado.

Podem ser resumidas a três as *finalidades do casamento*: a) disciplinar as relações sexuais entre os cônjuges; b) proteger a prole; e c) assegurar a mútua assistência entre os cônjuges.

São *princípios norteadores do casamento*: a) liberdade da união; b) solenidade do ato nupcial; c) monogamia; d) indissolubilidade; e e) convivência ou vida em comunidade.

Jurisprudência: Apelação cível. Divórcio. Partilha de bens. Alegação de doação de parte de lote imobiliário. Divisão de depósitos em poupança e proventos pessoais. Alimentos. 1 - Não há falar em doação verbal de parte do terreno no qual foi edificada residência do casal. Pela natureza do negócio jurídico que encerra, a doação de imóvel é ato formal e solene, cuja realização não foi provada pelo apelante. 2 - Ademais, somente se cogita de comunhão de bens adquiridos por doação se o ato for, às claras, em favor de ambos os cônjuges, mas sequer a existência da doação está provada. 3 - É usual que na vigência da vida conjugal certo numerário seja dirigido a aplicações financeiras de qualquer natureza. Independentemente de somente um dos cônjuges exercer atividade profissional, tais quantias se incorporam à economia familiar, mesmo que nenhum bem móvel ou imóvel venha a ser adquirido com aqueles valores. É o reflexo, no plano patrimonial, da solidariedade, cumplicidade e comunhão de vidas ínsitos à relação matrimonial (art. 1.511 do CC). 4 - A recorrida conta 53 anos e durante os mais de 20 anos de casamento não trabalhou, o que confirma a dependência econômica. Por outro lado, o varão não logrou comprovar a impossibilidade de arcar com o pensionamento no valor arbitrado, ônus que lhe competia (Conclusão n. 37 do Centro de Estudos deste Tribunal). Negaram provimento, à unanimidade. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.185.201, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 03.05.2006)

Alimentos. Critério de fixação. Exegese do art. 400 do CC. Dever dos pais, na medida de suas condições financeiras. O critério de fixação dos alimentos provisionais provisórios ou definitivos está previsto no art. 400 do CC, que determina que sejam observadas as necessidades

do reclamante e os recursos econômicos da pessoa obrigada. Assim, a despeito da inexistência de fórmula matemática, a verba alimentar não pode ser arbitrada em quantia irrisória, imprópria para suprir as exigências vitais do alimentando, tampouco em valor excessivo, capaz de levar à bancarrota o obrigado. *Hodiernamente, pai e mãe têm o dever de contribuir para a manutenção da prole, na medida de suas condições econômico-financeiras, não mais se podendo falar em responsabilidade exclusiva do varão quando a virago exerce atividade remunerada, tendo em vista o princípio constitucional da Igualdade entre marido e mulher*, o fato de um deles ser pessoa abastada, por si só, não retira do outro a obrigação de prestar alimentos aos filhos, mormente quando não os tem sob sua guarda (TJSC, Ap. cível n. 2002.009795-6, 2ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, DJSC 26.08.2002). {RBDfam 15/112}

Registro civil. Assentos de nascimento e de casamento. Retificação. Inclusão, no nome do marido, do nome de família da mãe da esposa entre seu prenome e o nome de família de seu pai. Admissibilidade ante o *princípio da igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher* na sociedade conjugal. Art. 226, § 5º, da CF. Recurso provido para esse fim. (JTJ 260/235)

Alimentos. Exclusão da ex-esposa. Admissibilidade. Alimentada que desfruta de condições físicas e mentais para o trabalho. *Princípio constitucional da igualdade*. Mulher que deve concorrer para o seu sustento e o da prole. Verba não mais devida. (TJSP, Ap. cível n. 213.963-1, rel. Des. Barbosa Pereira, j. 29.04.1994)

Registro civil. Assento de casamento. Adoção do apelido de família da futura mulher. Deferimento. Pode o marido, quando do casamento, adotar o sobrenome da família da esposa, visto que o *art 225, § 5º, da CF/1988 igualou homem e mulher quanto aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal* (TJSP, Ap. cível n. 198.349-1, rel. Des. Guimarães e Souza, j. 03.08.1993). (JTJ 149/96)

Legitimidade de parte. Ativa. Ocorrência. Interesse da família. Ação intentada pela esposa. Inserção do marido no polo ativo da ação. Desnecessidade. *Igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal*. Inteligência do art. 226, § 5º, da Constituição Federal da República. Recurso não provido. (JTJ 127/207)

Dever recíproco dos pais no sustento dos filhos. Com base no art. 226, § 5º, da Constituição Federal, os pais têm a *responsabilidade recíproca no sustento de sua prole*. (TJDF, Ap. cível n. 24.664, rel. Des. Antonio Honório Pires, DJ 27.03.1993)

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de *se!os>* emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 226, § 1º, CF.

São *espécies de casamento*: o civil e o religioso com efeitos civis. Ambos estão previstos também na Constituição Federal, no art. 226, §§ 1º e 2º, respectivamente. Somente o casamento civil é válido entre nós. O casamento religioso (veja comentários aos arts. 1.515 e 1.516), quando único, só tem eficácia se levado a efeito com todas as formalidades impostas

pela lei. O casamento civil é aquele realizado segundo as regras estabelecidas pelo Estado, que podem ser encontradas na Constituição Federal, neste Código e na Lei de Registros Públicos, tornando-o um ato solene e formal. O casamento civil será celebrado gratuitamente, como já assegurava o disposto na última parte do § 1º do art. 226 da CF. A gratuidade autorizada pelo legislador envolve os selos, os emolumentos e as custas estabelecidas por lei. O *parágrafo único* do artigo estende a gratuidade da celebração do casamento para a habilitação, para o registro e para a primeira certidão, quando forem pobres as pessoas interessadas. A pobreza será comprovada mediante a simples declaração do interessado, sob as penas da lei, na forma prevista na Lei n. 1.060/50, de assistência judiciária gratuita.

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

CC/1916: sem correspondente.

Na família constituída pela comunhão de vida é defesa a interferência de quem quer que seja. O Estado ou qualquer pessoa de direito público ou privado estão proibidos de intervir na comunhão de vida instituída pela família. O Estado deverá sim assegurar a proteção à família. Este artigo tem como corolário o disposto no art. 1º, III, relativo à dignidade da pessoa humana, no art. 5º, X, que se refere à inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, ambos da Constituição Federal, bem como o disposto no art. 226, § 7º, também da Carta Magna, e o disposto no art. 1.565, § 2º, deste Código (veja comentário), que conferem autonomia ao casal sobre o planejamento familiar.

Art. 1.514.0 casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

CC/1916: art. 194.

O *casamento é ato solene e formal* e sua celebração exige o cumprimento das formalidades do processo de habilitação (v. comentários aos arts. 1.525 a 1.532). Para que seja consumado o casamento, o homem e a mulher deverão inicialmente manifestar ao juiz, um após o outro, sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal. A *vontade* dos nubentes, por determinação legal (art. 1.535, v. comentário), deve ser *livre e espontânea*. A ausência de completa liberdade do querer casar-se e a vontade viciada, sujeita a constrangimentos, impõem a suspensão da celebração e impedem a consumação do casamento (v. comentário ao art. 1.538). Diante da resposta positiva (sem nenhuma condição ou termo), clara e consciente dos nubentes, o celebrante declarará formalizado o casamento, pronunciando os dizeres contidos no art. 1.535 (v. comentário). Só haverá casamento após essa declaração do celebrante. A *diversidade de sexo dos nubentes* é pressuposto para a realização do casamento válido. Será inexistente o casamento convolado entre duas pessoas do mesmo sexo e, por consequência, não produzirá nenhum efeito jurídico. Maria Helena Diniz ensina que, se porventura o magistrado deparar com caso dessa espécie, deverá tão somente pronunciar sua inexistência, negando a tal união o caráter matrimonial. Deve, é óbvio, distinguir prudentemente a identidade do sexo dos vícios congênitos de conformação, da dubiedade de sexo, da malformação dos órgãos genitais ou da disfunção sexual, que apenas acarretam anulabilidade (*Curso de direito civil brasileiro - direito de família*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. V).

Jurisprudência: Ação de indenização. Dano moral. Rompimento de noivado injustificado e próximo a data do casamento. Dano moral caracterizado. Danos materiais. 1 - Pleito indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos materiais e morais suportados em virtude do rompimento injustificado do noivado pelo nubente varão poucos dias antes da data marcada para a celebração do casamento. 2 - Faz-se necessário esclarecer que as relações afetivas podem ser tuteladas pelo direito quando há repercussão econômica. No que se refere à promessa de casamento tenho que esta deve ser analisada sob a óptica da fase preliminar dos contratos. 3 - Oportuno salientar que a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes. O casamento deve ser contraído mediante a manifestação livre e espontânea da vontade dos noivos de se unirem formalmente. Inteligência do art. 1.514 do CC. 4 - Impende destacar que a ruptura de noivado por si só não determina a responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento. 5 - A prova produzida no feito atesta que a ruptura do noivado se deu em circunstâncias que causaram grandes dissabores e abalos à demandante. Inicialmente, insta destacar que os fatos se deram no dia do "chá de panelas" da autora, o que demonstra a surpresa que tal notícia causou à requerente, bem como o sofrimento e a desesperança por esta suportados. 6 - Ademais, os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram. 7 - Prova testemunhai que foi uníssona em afirmar que a demandante ficou muito abalada e triste com o fim do relacionamento. 8 - Ainda, não é difícil depreender a repercussão que tais fatos tiveram na pequena cidade de Tapes/RS. Frise-se que os constrangimentos pelos quais a noiva passou ultrapassam os meros dissabores, comuns aos fatos cotidianos. 9 - Aliás, mostra-se imprudente a conduta adotada pelo réu, porquanto mesmo estando ciente de todos os preparativos para a festa de casamento, tais como a locação do vestido e do local para a realização do evento, a encomenda do bolo e da decoração, esperou para comunicar a decisão de rompimento poucos dias antes da data aprazada para a celebração. 10 - No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do réu, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta abusiva do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 11 - O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. 12 - Quanto aos danos materiais, o demandado deverá ressarcir tão somente os gastos efetivamente comprovados pela autora pelos recibos das fls. 15/18 do presente feito. 13 - No que concerne à quantia de R\$ 400,00, que a demandante alega ter fornecido ao autor para a compra de materiais para a construção de uma peça de alvenaria para a moradia do casal, não veio aos autos qualquer prova sobre a entrega do referido montante, ônus que se impunha à demandante e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, I, do CPC. 14 - Por fim, quanto ao empréstimo realizado, da mesma forma, não há comprovação de que a integralidade dos valores foi utilizada nos preparativos da festa de casamento, sendo descabida a pretensão da apelante a este respeito. Dado parcial provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.027.032.440, 5ª Câmara Cível, rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 21.01.2009)

Pedido de reconhecimento de casamento. Extinção do feito. Impossibilidade jurídica do pedido. A celebração do matrimônio, na forma da lei, só se concretiza com o ato formal em si, não servindo o cumprimento dos trâmites legais condição suficiente para o reconheci-

mento do casamento entre as partes. Mantida a extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cfvel n. 70.028.486.652,8ª Câmara Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 11.05.2009)

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 226, §§ 1º e 2º, CF; arts. 71 a 75, Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos).

Como já salientado (v. comentário ao art. 1.512), outra espécie de casamento, além do civil, autorizada pela Constituição Federal é o *religioso com efeitos civis*, referido neste artigo e no seguinte. O casamento religioso realizado perante autoridade religiosa ou ministro religioso tem sua validade sujeita a uma condição: de que seja ele inscrito no livro de Registro Civil das Pessoas Naturais, após cumpridas as formalidades do processo de habilitação, antes ou depois da celebração religiosa (v. comentário ao art. 1.516), produzindo efeitos civis, contudo, a partir de tal data.

Jurisprudência: Previdenciário. Pensão por morte. Não comprovação da condição de dependência. Requisitos legais não preenchidos.

I - A Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) levou o legislador a disciplinar a matéria referente ao registro de casamento no Código Civil de 2002, de forma que o art. 1.515 do CC equiparou o casamento religioso ao civil, desde que atendidas as exigências legais e devidamente registrado no registro próprio. Sendo assim, a certidão de casamento religioso da autora, emitido pela Igreja e não registrado no Registro Civil, não gera efeitos civis, de modo que a requerente não se enquadra na condição de esposa do falecido.

II - *In casu*, também não se caracteriza a eventual união estável entre a requerente e o *de cujus* até a época do falecimento, em 1998, uma vez que o relacionamento entre eles se estendeu somente até o ano de 1977, conforme se verificou dos depoimentos testemunhais.

III - Inviável a concessão do benefício pleiteado em face da não implementação dos requisitos legais.

IV - Apelação da parte autora improvida. (TRF, 3ª Região, Ap. cível n. 602.450/SP, 7ª Turma, rel. Walter Amaral, DJ 12.08.2004)

Registro civil das pessoas naturais. Suprimento judicial de casamento civil. Casamento religioso realizado em 1906. Requisito para a obtenção de cidadania italiana pela neta. Comprovada a comunhão de vida e a formação de prole. Possibilidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 2º, confere ao casamento religioso efeito civil, nos termos da lei. Também o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.515, atribui ao casamento religioso, atendidas as exigências da lei para validade do casamento civil, a equiparação a este, conquanto seja registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração. Na espécie, comprovada a existência da cerimônia religiosa e a formação de prole, não há como deixar de reconhecer a vontade das partes de contraírem matrimônio. Demonstrado o interesse da autora em suprir judicialmente o registro civil de casamento de seus avós, para fins de obtenção de cidadania italiana e não demonstrado qualquer prejuízo a terceiros, já que falecidos os nubentes há vários anos, imperioso acolher a pretensão da autora. Recurso provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.027.429.802,7ª Câmara Cível, rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. 27.05.2009)

Casamento religioso. Efeitos civis. Registro. Decurso do prazo. Impossibilidade. Decorrido o prazo legal para o registro em cartório do casamento religioso, precedido de habilitação legal, para que sejam atribuídos efeitos civis ao matrimônio deve ser realizada nova habilitação. Temerário se admitir que o casamento religioso produza efeitos civis retroativos à data da celebração, após o decurso de mais de quinze anos, período durante o qual podem ter sido praticados atos jurídicos influenciados pelo estado civil. Falecido um dos cônjuges, tornando inviável a habilitação, o registro civil do casamento religioso, somente será possível se justificada a sua falta no momento oportuno, na forma do art. 1.543, parágrafo único, do CC/2002, comprovando-se, ainda, a inexistência de impedimentos para a declaração do casamento. Recurso provido (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.08.245324-2/001, 7ª Câmara Cível, rel. Heloisa Combat, DJ 22.05.2009). (RBDfs12/156)

Registros públicos. Termo de casamento religioso. Registro para efeitos civis. Indeferimento. Pedido extemporâneo. Peculiaridades do caso concreto. Requerimento não formulado na época oportuna em razão da enfermidade súbita do nubente varão e posterior falecimento. Superação do prazo decadencial. I - O pedido de registro do termo de casamento religioso para efeitos civis não foi deduzido na época oportuna, em razão da enfermidade súbita e posterior falecimento do cônjuge varão. Assim sendo, diante das particularidades do caso concreto, é justificável a superação do prazo decadencial prazo previsto no art. 1.516, § 1º, do Código Civil/2002, para permitir o registro no ofício competente, conforme a orientação emanada do egrégio Superior Tribunal de Justiça, máxime por se tratar de mero ato para formalizar o casamento já realizado. II - A exegese sistemática da ordem jurídica vigente no país demonstra, o *quantum satis*, a plausibilidade da pretensão deduzida na inicial, até em homenagem ao relevante valor que o direito positivo atribui à vontade declarada da pessoa que em face da morte não pôde proceder aos atos tendentes a realização de seu intento. III - Deu-se provimento. Unânime (TJDF, Ap. cível n. 2005.01.1.003612-0, 1ª Turma Cível, rel. José Divino, DJU 03.07.2007, p.148). (RBDfs 11/160)

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 71 a 74, Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos).

A lei impõe que, para ter validade o casamento religioso, devem ser atendidas as mesmas exigências legais de validade do casamento civil. Os efeitos civis do casamento religioso serão alcançados após o regular processo de habilitação exigido pela lei, que poderá ser prévio ou posterior à celebração religiosa do casamento. A regra é que a habilitação seja prévia, ou seja,

os nubentes deverão inicialmente apresentar-se perante o oficial do registro civil e solicitar que sejam habilitados para o casamento posterior. Esse procedimento de habilitação é o previsto nos arts. 1.525 a 1.532 (v. comentários). Ao final, será extraída uma certidão de habilitação que deverá ser apresentada à autoridade religiosa. Excepcionalmente, a lei autoriza que a habilitação para o casamento seja efetivada pelos nubentes após a realização da celebração do ato religioso. Nessa hipótese, a validade do casamento ficará condicionada ao registro posterior, mediante a comprovação da capacitação dos nubentes para o casamento.

O § 1º do presente artigo trata do *casamento religioso com habilitação prévia*. Estabelece o legislador o prazo *decadencial* de noventa dias para que seja feito o registro civil do casamento religioso, período esse superior àquele fixado pela Lei de Registros Públicos (art. 73). Decorrido esse prazo, que é contado a partir da data da celebração, o registro do casamento religioso dependerá de nova habilitação, permanecendo válida, contudo, a celebração religiosa já efetivada. O prazo da comunicação ao registro civil é para o celebrante ou para qualquer interessado. A morte de um dos cônjuges não impedirá o registro civil do casamento religioso realizado validamente, quando o pedido de registro for encaminhado dentro do prazo estabelecido pela lei.

O § 2º do artigo trata do *casamento religioso com habilitação posterior*. Não estabelece a lei prazo para que seja inscrito no registro civil o casamento religioso, o que poderá ser feito a qualquer tempo, desde que seja efetivada pelos nubentes a habilitação perante a autoridade competente. Os efeitos do casamento religioso retroagirão, em qualquer dos casos, à data da celebração, como estabelece o art. 1.515, parte final.

Será considerado nulo, por força do que dispõe o §3º deste artigo, o registro do casamento civil realizado por qualquer dos cônjuges exatamente no período que intermedeia a data da celebração e do registro do casamento religioso. Igualmente será nulo o registro civil do casamento religioso quando já registrado anteriormente o casamento civil de algum dos cônjuges.

Jurisprudência: Ação de conversão de união estável. Petição inicial. Indeferimento. Adequação. CC, art. 1.516. Inteligência. Recurso improvido. Não é possível dar-se ao casamento civil efeito retroativo a data da celebração do casamento religioso -1999 - pois os apelantes não obedeceram aos regramentos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 1.516 do Código Civil. (TJSP, Ap. com revisão n. 567.700-4/5-00/Itanhaém, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Jesus Lofrano, j. 29.07.2008, DJE5P 13.08.2008)

Processo civil e civil. Registros públicos. Termo de casamento religioso. Registro para efeitos civis. Indeferimento. Pedido extemporâneo. Peculiaridades do caso concreto. Requerimento não formulado na época oportuna em razão da enfermidade súbita do nubente varão e posterior falecimento. Superação do prazo decadencial. I - O pedido de registro do termo de casamento religioso para efeitos civis não foi deduzido na época oportuna, em razão da enfermidade súbita e posterior falecimento do cônjuge varão. Assim sendo, diante das particularidades do caso concreto, é justificável a superação do prazo decadencial previsto no art. 1.516, § 1º, do Código Civil/2002, para permitir o registro no ofício competente, conforme a orientação emanada do egrégio Superior Tribunal de Justiça, máxime por se tratar de mero ato para formalizar o casamento já realizado. II - A exegese sistemática da ordem jurídica vigente no país demonstra, o *quantum satis*, a plausibilidade da pretensão deduzida na inicial, até em homenagem ao relevante valor que o direito positivo atribui à vontade declarada da pessoa que em face da morte não pôde proceder aos atos tendentes a realização de seu intento. III - Deu-se provimento. Unânime. (TJDF, Ap. cível n. 2005.01.1.003612-0, Acórdão n. 275.517, 1ª T. Cível, rel. Des. José Divino, DJU 03.07.2007, p. 148)

Casamento religioso. Efeitos civis. Interdição. [...] Se inexistente prova da incapacidade mental do varão à época da celebração do casamento religioso, válidos são os efeitos civis decorrentes de posterior habilitação, máxime quando incontestado que a união perdurou para mais de trinta anos. (STJ, Ag. Reg. n. 24.836/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.04.1993, *DJU* 31.05.1993)

A falta de habilitação perante o oficial competente não impede o registro de casamento religioso, para os efeitos civis, se não ocorrer qualquer dos impedimentos dos arts. 207, 209 e seguintes do Código Civil. (*RT* 170/324)

Casamento. Ato religioso. Habilitação perante o oficial do registro civil. Inscrição. Inexistência de prazo. (*RT* 563/226)

Registros públicos. Termo de casamento religioso. Registro para efeitos civis. Indeferimento. Pedido extemporâneo. Peculiaridades do caso concreto. Requerimento não formulado na época oportuna em razão da enfermidade súbita do nubente varão e posterior falecimento. Superação do prazo decadencial. I - O pedido de registro do termo de casamento religioso para efeitos civis não foi deduzido na época oportuna, em razão da enfermidade súbita e posterior falecimento do cônjuge varão. Assim sendo, diante das particularidades do caso concreto, é justificável a superação do prazo decadencial prazo previsto no art. 1.516, § 1º, do Código Civil/2002, para permitir o registro no ofício competente, conforme a orientação emanada do egrégio Superior Tribunal de Justiça, máxime por se tratar de mero ato para formalizar o casamento já realizado. II - A exegese sistemática da ordem jurídica vigente no país demonstra, o *quantum satis*, a plausibilidade da pretensão deduzida na inicial, até em homenagem ao relevante valor que o direito positivo atribui à vontade declarada da pessoa que em face da morte não pôde proceder aos atos tendentes a realização de seu intento, ill - Deu-se provimento. Unânime (TJDF, Ap. cível n. 2005.01.1.003612-0, 1ª T. Cível, rel. José Divino, *DJU* 03.07.2007, p.148). (*RBDFS* 11/160)

CAPÍTULO II DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

CC/1916: arts. 183, XI e XII, 185 e 186.

A *capacidade para o casamento* se comprova pela habilitação a que estão sujeitos os nubentes. Por intermédio dela, os nubentes demonstram que estão aptos a se casar. Comprovada a capacidade, bastará a diversidade de sexo entre os cônjuges (v. comentário ao art. 1.514) e a idade mínima de dezesseis anos para que se possa contrair o casamento. Aos dezesseis anos a pessoa atinge a idade núbil. Antes dessa idade, o casamento só será autorizado diante das situações excepcionais tratadas no art. 1.520. A lei exige que a pessoa tenha atingido a maioridade (dezoito anos) para que possa casar-se sem autorização dos pais ou representantes legais. Os nubentes dependerão de autorização de seus responsáveis, portanto, durante o período de dois anos que medeia os dezesseis e os dezoito anos. O casamento contraído por menor de dezesseis anos é anulável.

O *parágrafo único do artigo* dispõe que, havendo divergência entre os pais quanto à autorização, caberá ao juiz decidir o conflito, na forma do disposto no parágrafo único do art. 1.631 (v. comentário), observando sempre o que for de melhor interesse da família a ser constituída. Do mesmo modo, sendo injusta, arbitrária e imotivada a recusa ao consentimento, poderá o juiz supri-la, segundo o art. 1.519 (v. comentário). O casamento realizado com autorização judicial estará sujeito, necessariamente, ao regime de separação de bens, conforme determina o art. 1.641, III. Já o casamento de menores que receberam autorização de seus pais ou de seus representantes para se casar pode ser realizado sem que seja celebrado pacto antenupcial, casando-se eles pelo regime de comunhão parcial de bens e reduzindo a termo essa opção (v. comentários aos arts. 1.537 e 1.640).

Jurisprudência: Suprimento de idade para casamento. Adolescente menor de 16 anos. Mostra-se descabido o pedido de suprimento de idade para casamento de adolescente que ainda não atingiu a idade núbil. Inteligência dos arts. 1.517 e 1.520 do Código Civil de 2002. Negado provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.015.468.432, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 16.08.2006)

Apelação. Casamento. Autorização. Suprimento de idade. Idade núbil. O direito civil brasileiro atual estabelece que a idade núbil é 16 (dezesseis) anos (CC/2002, art. 1.517). A autorização para casamento de menores de 16 anos somente se admite em hipóteses excepcionais (CC/2002, art. 1.520), as quais não ocorrem no caso. Negaram provimento. (TJRS, Ap. cível n. 70.013.925.904, 8ª Câmara Cível, rel. Des. Rui Portanova, j. 23.02.2006)

Casamento. Nubente com quinze anos de idade. Suprimento da idade para fins matrimoniais. Inadmissibilidade. Autorização dos pais que se mostra insuficiente. Ausência de uma das excepcionalidades previstas no art. 1.520 do CC/2002. Inteligência do art. 1.517 do CC/2002. (RT 852/356)

Menor púbere que pretende suprimento de idade para casamento. Os fatos alegados não se enquadram no ordenamento jurídico vigente. Simples autorização dos pais. Sentença mantida. Apelo improvido. (TJSP, Ap. cível n. 259.387-4/4-00, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 27.03.2003)

Suprimento de idade. Casamento. Menor. Concordância dos genitores. Oposição do Ministério Público. Inadmissibilidade. Interesse da família que prevalece. Finalidade social de constituir família legítima. Aptidão física da mulher ao matrimônio. Ação procedente. Recurso não provido. (JTJ24Q/2A2)

Suprimento de idade. Casamento. Pretendentes que coabitam e têm a mesma crença religiosa. Consentimento dos pais. Anuência de idade núbil. Normas que contrariam o art. 226, § 3º, da Constituição da República. Regra maior que orienta a lei infraconstitucional à conversão da união estável em casamento. Pedido procedente. Recurso provido. (JTJ 265/219)

Casamento. Menor de 16 anos de idade. Necessidade de suprimento da outorga paterna, estando o pai ausente, e do suprimento da idade (art. 183, XII, do CC). Outorga da mãe. Deferimento. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 129.592-4, rel. Des. Octavio Helene, j. 10.02.2000)

Alvará. Suprimento judicial de consentimento para casamento de menor púbere. Pedido deferido. Inexistência de impedimento à consumação do matrimônio. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 76.202-4, rel. Des. Silva Rico, j. 20.04.1999)

Suprimento de idade. Pedido deferido, a fim de que o menor (17 anos) possa contrair casamento com sua noiva (19 anos). Hipótese não agasalhada pelo nosso ordenamento jurídico civil. Caracterizada violação à expressa vedação legal da norma, a teor do art. 183, XII, do Código Civil. Comprovada a livre e espontânea intenção da noiva em casar-se com o postulante. Preferência à constituição de uma sociedade conjugal legal a uma sociedade de fato. *Petitum* prejudicado, porquanto o autor conta, atualmente, com 19 anos de idade. Recurso não conhecido. (TJSP, Ap. cível n. 72.831-4, rel. Des. Silva Rico, j. 23.02.1999)

Adolescente. Suprimento de capacidade ou do consentimento para o casamento. Inexistência de qualquer oposição dos pais da menor ao relacionamento entre ela e seu pretendente, bem como presente o afeto mútuo entre os mesmos, demonstrando terem consciência do que o enlace matrimonial representa em suas vidas. Autorização para contrair núpcias que se impõe, contornando-se a vedação prevista no art. 183, XII, do CC, mormente se do namoro resultou gravidez. (RT168/313)

Casamento. Suprimento de idade e de consentimento maternal. Demora no julgamento. Idade núbil alcançada. Recurso prejudicado quanto a essa parte. Mãe da menor desaparecida. Citação por edital. Impossibilidade de consentir, pela ausência, que deve ser considerada justificada. Recurso provido para esse fim. (JTJ 228/16)

Casamento. Suprimento de consentimento. Inexistência de impedimento legal para o matrimônio, apresentando o nubente condições de prover as necessidades da família. Pedido deferido. Declaração de voto. (RT 670/149)

Suprimento de idade. Recorrente que, no curso do processo, alcançou a idade núbil prevista no artigo 1.517 do Código Civil. Desnecessidade de autorização judicial para convolar núpcias. Perda de objeto do pedido. Recurso prejudicado. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.228.294.300/Franca, 3ª Câ. de Direito Privado, rel. Donegá Morandini, j. 28.04.2009)

Art. 1.518. Até à celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização.

CC/1916: art. 187.

Até o momento da celebração do casamento, a autorização de que trata o artigo antecedente poderá ser revogada. A regra é cogente, de ordem pública, não podendo ser renunciada pelos legitimados em circunstância alguma. Caso ocorra, ter-se-á por não escrita. A retratação terá em vista o interesse do incapaz, devendo o motivo surgir de fato novo, de grande gravidade, como a presença de doença transmissível e periculosidade do nubente. Aquele que suceder ao outorgante falecido no poder familiar poderá valer-se da faculdade concedida pela lei, sempre que convier ao incapaz. Ocorrendo a revogação da autorização, o nubente poderá ingressar com o pedido de suprimento judicial a que se refere o art. 1.519. A revogação, “que será entregue ao oficial do registro, deverá ser feita por escrito, indicando o motivo justo e superveniente à anuência anteriormente dada, constatando o erro que o levou a consentir. Se, no entanto, essa retratação for feita no instante da celebração do ato nupcial, poderá, então, ser feita verbalmente, constando do termo do casamento, que deverá ser assinado pelo juiz, pelos nubentes, pelo representante legal que se retratou, pelas testemunhas e pelo oficial do registro” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo, Saraiva, 1995).

Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

CC/1916: art. 188.

Como já ressaltado em comentários ao art. 1.517, a denegação dos pais ou responsáveis de consentimento ao casamento não poderá ser arbitrária, imotivada ou injusta. Caberá ao juiz, diante das circunstâncias peculiares de cada caso concreto, examinar a injustiça da denegação que fere direito subjetivo dos nubentes. Capricho, autoritarismo, preconceito e antipatia dos pais contrapõem-se a costumes desregrados, inaptidão para o sustento da família e grave risco para a saúde e para a integridade física e moral do outro nubente, que são, indubitavelmente, motivos que justificam a recusa da autorização. Repita-se que o casamento realizado com autorização judicial estará sujeito, necessariamente, ao regime de separação de bens, conforme determina o art. 1.641, III. Apesar de suprimida pelo legislador a referência ao cabimento de recurso que constava do art. 188 do CC/1916, o certo é que a possibilidade de sua interposição está assegurada pelo diploma processual civil (arts. 496 e segs. do CPC).

Jurisprudência: Família. Casamento. Suprimento de autorização para fins matrimoniais. Nubente com 17 anos de idade. Regra geral (art. 1.517 do CC/2002). Autorização dos pais injustificadamente negada. Suprimento judicial possível (art. 1.519). Sentença de procedência mantida. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.017.347.717, 8ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos Rui Portanova, j. 23.11.2006)

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

CC/1916: art. 214.

Este dispositivo estabelece as situações excepcionais em que será admitido o casamento a quem não contar com a idade núbil. A lei autoriza o casamento dos menores impúberes quando tiver por fim evitar a imposição de pena criminal ao nubente (maior de dezoito anos), autor de crime (estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, corrupção de menores, rapto), bastando que com ele concorde a vítima, independentemente da anuência do seu representante legal, embora este possa ser ouvido por ordem judicial. Com o casamento, estaria extinta a punibilidade penal (art. 107, VII, do CP). Contudo, a Lei n. 11.106, de 28.03.2005, houve por bem revogar o inciso VII do art. 107 do Código Penal, ficando, assim, revogada tacitamente essa parte do presente artigo. Consoante ensina Gustavo Filipe Barbosa Garcia, com a nova lei o casamento deixou de evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal, somente nos crimes contra os costumes de ação penal pública, não podendo a alteração legislativa operar retroativamente. Segundo o autor, nos crimes contra os costumes de ação penal privada persiste a possibilidade de extinção da punibilidade pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão do ofendido aceito (art. 107, V, do CP), pois, como o casamento da vítima com o agente pode ser visto como renúncia tácita, ou perdão tácito (conforme exercido antes ou depois da propositura da ação penal privada, respectivamente), mesmo que a aplicabilidade desta parte inicial do art. 1.520 do Código Civil tenha sido reduzida, ainda persiste (*Casamento anulável no Código Civil de 2002 e repercussões da Lei 11.106/2005*, em 7840/143).

A outra situação autorizada pela lei é a gravidez da menor de dezesseis anos que teve origem em relacionamento sexual consentido ou em inseminação artificial autorizada pelo nubente. O casamento nessa hipótese tem por finalidade estabelecer um lar, já constituído, para a criança que irá nascer, visando com isso protegê-la. Ambas as situações exigem a intervenção judicial, visando ao suprimento da idade do menor. Embora nulo o casamento de menores de dezesseis anos, o que se realizou como resultante de gravidez estará isento dessa consequência, conforme determina o art. 1.551.

Como a intenção do legislador foi a de conferir maior proteção à família, em especial no sentido de facilitar o casamento, outras situações, além das enumeradas neste artigo, poderão surgir, a justificar o suprimento judicial para o casamento, como a da menor que, mesmo não estando grávida, viva em união estável, mantendo com seu companheiro vida sexual ativa, conte com a aprovação dos pais em relação à união e tenha aptidão física e psicológica para o casamento. Ao julgador, com prudência, bom senso e tendo em vista o propósito buscado pelo legislador, competirá o exame de cada caso concreto.

Também nas hipóteses referidas nesse artigo, o casamento realizado com autorização judicial estará sujeito, necessariamente, ao regime de separação de bens, conforme determina o art. 1.641, III.

Jurisprudência: Suprimento. Idade. Casamento. Improcedência. Autora com 14 anos de idade por ocasião do ajuizamento da ação e do sentenciamento. Ausência de idade núbil. Inexistência de enquadramento nas situações excepcionais previstas no art. 1.520 do Código Civil (gravidez ou processo criminal). Presunção legal de que o menor de 16 anos não possui maturidade psicológica para contrair matrimônio. Ausência de situação de necessidade ou extrema relevância para autorizar casamento a quem ainda não atingiu idade núbil. Alegação de que o noivo trabalha como (rentista de posto de gasolina e possui intenções sérias não se enquadra nas hipóteses excepcionais acima elencadas. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 560.167.4/0/Jaboticabal, Acórdão n. 2.663.990, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Salles Rossi, j. 12.06.2008, *DJESP* 04.08.2008)

Suprimento judicial de idade. Casamento. Hipóteses excepcionadas pela lei civil. Não inclusão. Impossibilidade. O casamento para menores de dezesseis anos somente é admitido legalmente quando verificar-se uma das hipóteses excepcionadas pelo art. 1.520 do Código Civil brasileiro, quais sejam, evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal, ou em caso de gravidez. Desta feita, incabível é o deferimento de suprimento judicial de idade, uma vez não constada nenhuma das hipóteses legais. (TJMG, Ap. cível n. 1.0471.07.085024-6/001/Pará de Minas, 3ª Câm. Cível, rel. Des. Dídimo Inocência de Paula, j. 27.03.2008, *DJEMG* 15.05.2008)

Família. Suprimento judicial de idade para o casamento. Sentença de improcedência. Fato novo noticiado nos autos, após a prolação da decisão. Gravidez da requerente. Juízo de retratação previsto no art. 296 do CPC. Descabimento, no caso concreto. Possibilidade de apreciação da matéria por esta Corte, nos termos do art. 517 do Código de Processo Civil, sendo desnecessária a devolução dos autos à origem. Preliminares rejeitadas. Mérito. Considerando que a gravidez da requerente gera enquadramento nas hipóteses excepcionais previstas no art. 1.520 do Código Civil, que autorizam o suprimento da idade para o casamento, é de se acolher o pedido inicial, autorizando-se a requerente a contrair matrimônio. Preliminares rejeitadas e recurso provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.022.115.976, 7ª Câm. Cível, rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. 05.12.2007, *DJ* 14.12.2007)

Casamento. Suplementação da idade de menor próximo de alcançar os dezesseis anos, nos termos do art. 1.520, do CC, embora não seja o caso de gravidez da moça que deseja casar

ou de matrimônio que se quer realizar para evitar imposição de pena criminal. Posição intermediária adotada em prol do aspecto social do casamento evitando que a radical interpretação restritiva obstaculize projetos existenciais legítimos de jovens que, precocemente, iniciaram a experiência sexual e que já se posicionam, na sociedade, como um casal na mais completa aceção do conceito familiar. Provimento para autorizar o casamento, a ser celebrado no regime de separação de bens, dispensados os proclamas. (TJSP, Ap. cível n. 520.633-4/5-00/Guariba, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Ênio Zuliani, j. 11.10.2007, *DJESP* 30.10.2007)

Ação de suprimimento de idade para matrimônio. Art. 1.420 *[sic]* Código Civil. Manutenção da entidade familiar. 1 - Não obstante a ausência dos elementos contidos no art 1.520 do Código Civil é perfeitamente possível o suprimimento de idade de menor para fins de matrimônio quando a mesma encontra-se vivendo em concubinato com o seu companheiro. Observância aos princípios constitucionais da manutenção da entidade familiar e da maior facilidade para conversão da união estável em casamento, nos termos do art. 226, § 3º, CF. Apelo conhecido e provido. (TJGO, Ap. cível n. 104259-2/188, Proc. n. 2006.03.143.576/Catalão, 2ª Câm. Cível, rel. Des. Gilberto Marques Filho, j. 27.02.2007, *DJGO* 29.03.2007)

Suprimimento de idade para casamento. Adolescente menor de 16 anos. Mostra-se descabido o pedido de suprimimento de idade para casamento de adolescente que ainda não atingiu a idade núbil. Inteligência dos arts. 1.517 e 1.520 do Código Civil de 2002. Negado provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.015.468.432, 7ª Câm. Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 16.08.2006)

Criminal. REsp. Estupro. Vítima menor. União estável entre réu e vítima. Irrelevância. Menor absolutamente incapaz de contrair matrimônio. Recurso provido. I - Não obstante o Código Penal prever como forma de extinção da punibilidade, nos crimes contra os costumes, o casamento civil da vítima com terceiro, deve-se admitir, para o mesmo efeito, a figura jurídica da união estável. (Precedentes do STF e desta Corte). II - Hipótese na qual a constituição de união estável não milita em favor do réu, para fins de extinção da punibilidade, em virtude da idade da vítima à época dos fatos -10 a 15 anos -, absolutamente incapaz para contrair o matrimônio, de acordo com os termos do Código Civil, que estabelece a idade mínima de 16 anos para o casamento, ainda assim, condicionado ao consentimento dos pais ou representantes legais. III - Inexistência, nos autos, de qualquer autorização legal para convivência marital entre vítima e réu, apta a isentá-lo do cumprimento da sanção penal, conforme prevê o art. 1.520 do Código Civil de 2002. IV - Recurso provido para, cassando-se o acórdão recorrido, restabelecer-se a sentença condenatória de primeiro grau de jurisdição. (STJ, REsp n. 823.003, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 12.06.2006, *DJ* 01.08.2006)

Família. Registro civil das pessoas naturais. Suprimimento de idade para fins matrimoniais. Nubente com 15 anos de idade. Regra geral, art. 1.517 do CC/2002. Autorização dos pais insuficiente. Ausência de uma das excepcionalidades previstas no art. 1.520 do CC/2002 a amparar o pedido. Apelação desprovida (TJRS, Ap. cível n. 70.015.228.505, 8ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 22.06.2006). (*RT* 852/356)

Família. Processual civil. Ministério Público. Intervenção propiciada regularmente. Casamento. Suprimimento de idade. Menor de 16 anos, gravidez comprovada. Inteligência do art. 1.520 do Código Civil de 2002. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.657.290, 8ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 20.04.2006)

Apelação. Casamento. Autorização. Suprimimento de idade. Idade núbil. O direito civil brasileiro atual estabelece que a idade núbil é 16 (dezesseis) anos (CC/2002, art. 1.517). A auto-

rização para casamento de menores de 16 anos somente se admite em hipóteses excepcionais (CC/2002, art. 1.520), as quais não ocorrem no caso. Negaram provimento. (TJRS, Ap. cível n. 70.013.925.904, 8ª Câm. Cível, rel. Des. Rui Portanova, j. 23.02.2006)

Casamento. Suprimento de idade para contrair matrimônio. Admissibilidade diante da possibilidade de imposição de pena criminal e de gravidez de menor de dezesseis anos. Inteligência do art. 214 do CC. (RT 797/365)

Suprimento de idade. Casamento. Menor. Concordância dos genitores. Oposição do Ministério Público. Inadmissibilidade. Interesse da família que prevalece. Finalidade social de constituir família legítima. Aptidão física da mulher ao matrimônio. Ação procedente. Recurso não provido. (JTJ 248/242)

Alvará. Suprimento de idade. Menor impúbere já deflorada e convivendo com o noivo. Indeferimento. Provimento do recurso, porém, para permitir o casamento, consentido pela genitora da menor. Irrelevância da viabilidade ou não de advir processo criminal, para a admissão da união conjugal. (TJSP, Ap. cível n. 258.402-4/7, rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves, j. 01.04.2003)

Casamento. Suprimento de idade. Finalidade de proteção à família e aos bons costumes, independentemente de sedução ou concepção. Necessidade, todavia, de pesquisa para conhecer da aptidão à vida de casada e das condições emocionais. Recurso provido, em parte, com a finalidade de determinar realização da prova. (TJSP, Ap. cível n. 173.154.4/5, rel. Des. Silveira Neto, j. 29.03.2001)

Suprimento de idade. Menor de 16 anos. Casamento. Admissibilidade. Jovem que vem mantendo vida sexual ativa com o namorado, conta com o agrado dos pais em relação à união e aparenta ter aptidão física e psicológica para o casamento. Situação em que se adota mínimo rigorismo, prestigiando a formação da família legítima. Suprimento de idade deferido. Recurso provido para esse fim. (TJSP, Ap. cível n. 181.880.4/1, rel. Des. Cesar Lacerda, j. 28.03.2001)

Suprimento de idade. Menor de dezesseis anos. Gravidez. Casamento. Admissibilidade. Em caso de suprimento de idade, o juiz deve agir com o mínimo rigorismo na concessão, porquanto indeferido o pedido formulado pelos interessados objetivando regularizar uma situação de fato em benefício até mesmo dos filhos do casal, o que não impede até mesmo que continue a menor vivendo em companhia do pai de seu filho sob o mesmo teto. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 44.612-4/0-00, rel. Des. Júlio Vidal, j. 05.08.1998)

Casamento. Suprimento da idade. Menor de 14 anos. Ausência de gravidez e de extinção da punibilidade do agente em razão do casamento. Oposição razoável dos pais da menor. Pedido indeferido. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 398.434.4/4-00, rel. Francisco Loureiro, j. 12.01.2006).

Apelação. Suprimento de consentimento e de idade para o casamento. Indeferimento. Apelante que não possui idade núbil (16 anos) (art. 1.517, CC). Alegação de convivência com companheiro que não caracteriza um dos motivos excepcionais que autorizariam o casamento antes da idade núbil (art. 1.520, CC). Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.287.224.900/José Bonifácio, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Roberto Mac Cracken, j. 29.07.2009)

Suprimento de outorga. Consentimento para menor, próxima de alcançar 16 anos, se casar. Ausência de adequação aos arts. 1.517 e 1.520 do CC. Apoio dos pais. Autorização concedida em razão dos princípios da dignidade da pessoa humana, proteção especial à família e de sua função social, além do acesso a uma ordem jurídica justa. Sentença reformada. Pedido acolhido para suplementar a idade nupcial da apelante, autorizando o casamento a ser celebrado no Regime da Separação de Bens, com dispensa dos proclamas na forma do art. 69, § 1º, da Lei n. 6.015/73. Recurso provido, confirmando a tutela anteriormente concedida. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.340.444.300/São Miguel Arcanjo, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Caetano Lagrasta, j. 01.07.2009)

CAPÍTULO III DOS IMPEDIMENTOS

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

CC/1916: art. 183, I, II, III, IV, V, VI e VIII.

O presente artigo trata dos impedimentos matrimoniais. Impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para a constituição de um casamento válido. A lei enumera taxativamente as circunstâncias que impedem a realização do casamento, que, ao mesmo tempo, deverá ter como elementos essenciais a *diversidade de sexo* dos nubentes (v. comentário ao art. 1.514), o *consentimento* (v. comentários aos arts. 1.517 a 1.519) e a *celebração* (v. comentários aos arts. 1.533 a 1.542). Ao impedido de casar faltará legitimidade para fazê-lo, embora possa ter capacidade para tanto (v. comentários aos arts. 1.517 a 1.520).

Os impedimentos relacionados pela lei têm caráter absoluto e são baseados no interesse público, porque têm em vista as causas relativas à instituição da família e à estabilidade social.

O caráter público de tais impedimentos os torna impossíveis de serem supridos ou sanados, bem como torna nulo de pleno direito o casamento realizado com ofensa a qualquer deles (v. comentário ao art. 1.548, II).

A lei divide em três classes os impedimentos: a) os que resultam do parentesco (incisos I a V); b) os que resultam de casamento anterior ou impedimento de vínculo (inciso VI); e, por fim, c) os que são decorrentes de crime ou impedimento de crime (inciso VII). Os impedimentos resultantes do parentesco podem ainda ser divididos em 1) impedimentos de consanguinidade, previstos nos incisos I e IV deste artigo, que resultam de parentesco próximo; 2) impedimento de afinidade, previsto no inciso II; e 3) impedimento de adoção, previsto nos incisos III e V.

Na hipótese do inciso I, os ascendentes estão impedidos de casar com os descendentes, seja o parentesco natural, seja civil. A lei proíbe, pois, o casamento incestuoso. No caso do

parentesco natural, a preocupação do legislador decorre da questão da eugenia, de caráter fisiológico, portanto, “pois enlaces dessa natureza podem, em virtude do atavismo, realçar defeitos e taras que se encontravam nos antepassados” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil* - direito de família, São Paulo, Saraiva, 1988, v. VI). Não importa se se trata de descendente havido do matrimônio ou não. No caso do parentesco civil (emana da adoção), tem-se em vista a moralidade familiar. “Ora, seria repugnante ao sentimento moral da coletividade admitir um casamento entre as pessoas do adotante e do adotado” (RODRIGUES, Silvio. *Comentários ao Código Civil* - parte especial do direito de família. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XVII).

Ainda tratando dos impedimentos de consangüinidade, tem-se no inciso IV a hipótese de que os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau, inclusive, não poderão se casar, pois estaria configurado o incesto absoluto. Silvio Rodrigues explica de forma bem clara e didática a hipótese tratada nesse inciso ao afirmar que “colaterais são parentes que descendem de um tronco comum, sem descenderem um dos outros. O parentesco colateral se conta por gerações, partindo de uma pessoa até o ancestral comum, e dele descendo até o parente que se tem em vista. Cada geração é representada por um grau. Assim, irmãos são parentes em segundo grau, pois, para contar os graus, sobe-se até o pai (um grau), e desce-se ao irmão (outro grau). Colaterais em terceiro grau são os tios e sobrinhos, pois, para contar os graus desse parentesco, parte-se, por exemplo, do sobrinho ao seu pai (um grau), vai-se ao avô (dois graus) e desce-se ao tio (três graus). Irmãos germanos ou bilaterais são os que têm o mesmo pai e a mesma mãe; unilaterais, aqueles que têm em comum só um dos genitores. O impedimento decorrente do parentesco colateral em segundo grau é absolutamente dirimente, e alcança os irmãos germanos e os unilaterais” (op. cit.). Tios e sobrinhos são parentes colaterais de terceiro grau e estão impedidos de casar. Contudo, permanece em vigor o disposto no Decreto-lei n. 3.200/41 que permite ao juiz autorizar, em caráter excepcional, o casamento entre eles desde que se submetam a exame pré-nupcial que ateste inexistir risco à saúde dos filhos que venham a ser concebidos, porque não houve revogação expressa desse diploma pelo Código Civil, devendo o impedimento previsto no inciso IV deste artigo ser interpretado à luz do referido decreto-lei. Nesse sentido é, aliás, o Enunciado n. 98 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “o inciso IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei n. 3.200/41 no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau”. No Projeto de Lei n. 276/2007, há proposta de alteração do dispositivo, para que seja acrescentado parágrafo único que permita ao juiz autorizar, excepcionalmente, o casamento de colaterais de terceiro grau, atendido previamente o requisito exigido pelo decreto-lei. Já os primos podem se casar, porque são colaterais de quarto grau.

Quanto ao impedimento de afinidade, tem-se no inciso II do presente artigo a vedação do casamento entre os afins em linha reta. Parentesco por afinidade é aquele que liga uma pessoa aos parentes de seu cônjuge. É estabelecido, portanto, em virtude do casamento entre eles (v. comentário ao art. 1.595). Ensina Maria Helena Diniz que “a afinidade só é impedimento matrimonial quando em linha reta, logo não podem convolar núpcias sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada, madrasta e enteado ou qualquer outro descendente do marido (neto, bisneto) nascido de outra união, embora tenha sido dissolvido o casamento que originou a afinidade” (*Curso de direito civil brasileiro* - direito de família. São Paulo, Saraiva, 2002, v. V). Isso ocorre porque, pelo Código Civil, art. 1.595, § 2º, “na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável” Assim, não pode o viúvo casar com a mãe ou filha de sua falecida mulher; da mesma forma o filho não pode casar com a mulher de seu pai”. Já na linha colateral a afinidade se extingue com a dissolução do casamento, desaparecendo, em consequência, cunhadio. Os cunhados não estão impedidos de convolar núpcias. Essa vedação relativa aos afins em linha reta passa a abranger também as pessoas em união estável, em vista da ampliação do conceito de parentesco

legal contido no art. 1.595 (v. comentário), por força do que expressamente é determinado no § 1º do art. 1.723 (v. comentário) e até mesmo por coerência ao tratamento conferido pelo legislador à união estável: entidade familiar digna e merecedora de proteção do Estado. Há, portanto, afinidade entre o companheiro e os parentes da companheira e vice-versa.

Quanto ao impedimento por adoção, previsto no inciso III, que veda o casamento entre o adotante e quem foi cônjuge do adotado e entre o adotado e quem o foi do adotante, a menção era desnecessária, uma vez que eles são afins em linha reta, encontrando-se a hipótese já estabelecida no inciso II anteriormente comentado. O impedimento decorre de questão de ordem moral, do respeito e da confiança que deve haver na família, já que a adoção procura imitá-la. O adotante não pode contrair matrimônio com a adotada e vice-versa, por força do que dispõem os arts. 1.521,1, e 1.626, parágrafo único, deste Código (v. comentários).

No inciso V há outro impedimento por adoção. É proibido o casamento entre o adotado e o filho do adotante, pois, por força do disposto no art. 1.626 e no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, ambos passaram a ser irmãos, sendo desnecessária, inclusive, a inclusão desse impedimento, diante do já exposto no inciso IV deste mesmo artigo. Esse impedimento, de qualquer forma, também tem em vista a moralidade familiar.

No inciso VI encontra-se o impedimento resultante de casamento anterior. Com essa proibição o legislador buscou resguardar a monogamia e combater a poligamia. O vínculo conjugal só se extingue com a morte, com a invalidade do casamento e com o divórcio (v. comentário ao art. 1.571). Aquele que se casa sem que o vínculo anterior esteja extinto comete bigamia, que constitui crime previsto no art. 235 do Código Penal. O casamento religioso anterior não constitui impedimento enquanto não estiver inscrito no registro civil (v. comentário ao art. 1.515). Será declarado nulo o segundo casamento quando realizado ainda na existência do primeiro, não podendo ser convalidado mesmo que este tenha sido dissolvido antes da decretação de nulidade daquele, por ser já preexistente o impedimento legal. Já o casamento de pessoas falecidas não poderá ser contestado em prejuízo da prole comum, ressalvada a hipótese prevista no art. 1.545 (v. comentário). Por fim, cumpre ressaltar que o impedimento previsto neste inciso VI não se aplica às pessoas que vivam em união estável, por força da ressalva expressa no § 1º do art. 1.723 (v. comentário), no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Finalmente, no inciso VII encontra-se o impedimento decorrente de crime. Por razões éticas e morais, o legislador veda o casamento do cônjuge com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte, pois, na verdade, o que pretende é afastar a possibilidade da realização de casamentos motivados pela prática do crime. Como o legislador teve em vista o objetivo buscado pelo criminoso, exige-se que tenha sido doloso o crime praticado. Por outro lado, não se exige para a configuração da proibição a participação no crime do cônjuge da vítima, pois o seu propósito de casar com o criminoso implica tácita aprovação do delito. O impedimento só poderá ser reconhecido depois da condenação definitiva - sentença transitada em julgado - do criminoso. A extinção da punibilidade pela prescrição da ação não autoriza a incidência do impedimento legal. A nulidade do casamento ocorrido com ofensa desse impedimento poderá ser reconhecida mesmo que a condenação do criminoso seja posterior a ele.

Jurisprudência: Apelação cível. Ação de conversão de união estável em casamento. Impedimento do art. 1.521, VI, do Código Civil. Ainda que possível a declaração de união estável desde a separação de fato de qualquer das partes, nos termos do art. 1.723, § 1º, do CCB, o mesmo não se aplica à conversão em casamento, pois o impedimento do art. 1.521, VI, do CCB, conduz à conclusão de que a conversão deverá se operar tão somente desde a data de trânsito em julgado da sentença de divórcio. Deram provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.026.514.745, 8ª Câmara Cível, rel. Alzir Felipe Schmitz, j. 30.10.2008, DJ 07.11.2008)

Ação de reconhecimento de união estável. Configuração da entidade familiar paralela ao casamento. Mantém-se o reconhecimento da união estável, mas com o reparo de que foi paralela ao casamento, se o réu não estava separado de fato da esposa. A duplicidade de convivência marital - com a companheira e a esposa não afronta o art. 1.723, § 1º, e o art. 1.521, VI, do CC/2002. Precedentes. Sobre os bens do companheiro casado não há meação da autora, mas sim, devem ser divididos em três partes iguais, cabendo à companheira uma das partes. Apelação parcialmente provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.022.784.102/Porto Alegre, 8ª Câm. Cível, rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 24.04.2008, *DOERS* 02.05.2008, p. 31)

União estável. Art. 1.723 do Código Civil. Impedimento do art. 1.521, VI, do Código Civil. Provas testemunhais. Homem casado, mas não separado de fato. Reconhecimento da união estável. Impossibilidade. Manutenção da decisão de primeira instância. Reconhecimento da existência de união estável não prescinde da análise do impedimento a que se refere o art. 1.521, VI, do Código Civil, não se aplicando, contudo, no caso de a pessoa se achar separada de fato ou judicialmente. Se o conjunto probatório indica que o requerido não se encontrava separado de fato de sua esposa, inviável o reconhecimento da união estável. (TJMG, Ap. cível n. 1.0194.04.039710-2/001/Coronel Fabriciano, 1ª Câm. Cível, rel. Des. Armando Freire, j. 25.03.2008, *DJEMG* 23.04.2008)

Ação de reconhecimento de sociedade de fato c/c indenização. Relação adulterina. Ausência de formação de patrimônio comum. Óbice ao reconhecimento de união estável ou de sociedade de fato. Recurso improvido. O concubinato ou a união adulterina ocorre quando há impedimento para o matrimônio, ou seja, ainda que a união seja prolongada com convivência constante, a união se torna espúria ou adulterina, formando o concubinato ao se infringir as disposições que impedem o casamento, como a união de pessoas casadas e não separadas de fato. A sociedade de fato, por sua vez, caracteriza-se pelo vínculo que une as partes, com intenção de associar-se (*affectio societatis*) sendo o principal elemento a concorrência na aquisição de bens comuns. Não tendo comprovado a autora os fatos constitutivos de seu direito, no que diz respeito aos requisitos da união estável ou da sociedade de fato com eventual indenização pelos serviços domésticos prestados, impõe-se a improcedência da demanda, mormente quando se vislumbra a ausência do requisito de fidelidade, de exclusividade na coabitação e a existência de impedimento para o casamento, previsto no art. 1.521, VI, do Código Civil. (TJMS, Ap. cível n. 2007.025089-5/0000-00/Cassilândia, 3ª T., rel. Des. Hamilton Carli, *DJEMS* 14.01.2008, p. 13)

Nulidade de casamento. Celebração com infringência de impedimento expresso em norma. Nulidade absoluta. Tendo sido o casamento celebrado com infringência de impedimento expresso no art. 1.521 do CC/2002, posto que um dos contraentes ainda se encontrava casado, a decretação da nulidade do ato se impõe em observância ao disposto no art. 1.548, do mesmo diploma. (TJMG, Ap. cível n. 1.0701.03.052335-4/001, rel. Edilson Fernandes, j. 22.02.2005, *DJEMG* 11.03.2005)

Casamento. Anulação. Admissibilidade. Matrimônio realizado entre tio e sobrinho. Ato que não pode ser validado com a realização de perícia médica, pois esta deve ser feita antes da celebração do casamento. Alegação de desconhecimento da lei que não procede, diante da declaração dos nubentes de serem primos, quando da habilitação. Inteligência do art. 1.521, IV, do CC (de 2002). (*RT* 840/249)

Anulação de casamento. Provado que a mulher declarou-se solteira para casar, quando era desquitada, ocorre, nesse seu segundo casamento, o fenômeno do duplo matrimônia-

mento, proibido por lei (art. 1.521, VI, do novo Código Civil), ensejando ao tribunal o reconhecimento da nulidade. Provimento para esse fim (TJSP, Ap. cível n. 112.792-4/0, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 06.05.2003). (*RBDFam* 19/122)

Ação de anulação. Casamento. Admissibilidade se demonstrados, substancialmente, a bigamia e a boa-fé da autora. (*RT* 755/333)

Ação de nulidade. Casamento com pessoa desquitada. Infringência do art. 183, VI, do Código Civil comprovada. Casamento contraído de boa-fé. Aplicação do art. 221 do Código Civil. Decretação da nulidade do ato, com fundamento no art. 207 do Código Civil. Ação julgada procedente. Recurso, de ofício, não provido. (JTJ 239/44)

Casamento. Estrangeiros casados no país de origem. Adoção da nacionalidade brasileira. Celebração de novo casamento no Brasil pelo regime da comunhão. Nulidade. Código Civil, art. 183, VI. Regime de bens de estrangeiros naturalizados. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 7º, § 5º. Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal e comunicação dos autos. Recurso improvido. (JTJ 245/29)

Casamento. Nulidade. Bigamia. Contraentes que tinham pleno conhecimento da eficácia do primeiro casamento. Putatividade afastada. Art. 207 do Código Civil. Ação procedente. Recurso não provido. (JTJ 200/20)

Casamento. Anulação. Bigamia. Aptidão atual para novo casamento. Irrelevância. Contraentes que estavam impedidos quando do segundo vínculo. Arts. 183, VI, 207 e 209 do Código Civil. Ação procedente. Sentença confirmada. (JTJ 161/10)

Casamento do adotado com o filho preexistente do adotante. Impedimento. O art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece paridade de direitos entre todos os filhos, naturais ou adotivos, havidos ou não do matrimônio, proibindo quaisquer designações discriminatórias quanto à filiação, impede o casamento entre o adotado e o filho do adotante, mesmo que este seja preexistente à adoção, sendo inaceitável tal casamento, por ferir a lei, a moral e os bons costumes, já que pela Constituição os nubentes são irmãos, e irmãos não podem casar-se, sob pena de se provocar uma desordem de cunho moral no ambiente familiar. *Voto vencido*: o fato de a Constituição Federal ter nivelado todos os filhos, em direitos e qualificações, não é o bastante para impedir o casamento do adotado com o filho preexistente do adotante, uma vez que o parentesco meramente civil decorrente da adoção se estabelece entre o adotante e o adotado (art. 376 do CC), sendo claro que o destaque dado à filiação pelo texto constitucional é concernente apenas aos pais, pois, a rigor, o adotivo não entra para a família do adotante, e os parentes deste não são parentes daquele, não havendo falar-se que tal casamento é ilícito e antijurídico, porquanto inexistente lei que o proíba, e ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF) (Des. Aluizio Quintão). (*RF* 344/346-53)

Casamento. Celebração no exterior. Ocorrência quando havia impedimento dirimente absoluto segundo a lei brasileira. Superveniência da Lei do Divórcio. Fato que não torna o matrimônio eficaz. Inteligência do art. 17 da LICC. (STJ, *17* 716/313)

Agravo regimental. Medida cautelar. Recurso especial. Efeito suspensivo. Responsabilidade civil. Execução. Rescisória. Ação criminal posterior. Sentença absolutória. 1 - Na linha da jurisprudência das turmas que compõem a 2ª Seção desta Corte, não é documento novo aque-

le produzido após o julgamento da causa e a ocorrência de decisões contraditórias no cível e no juízo criminal não induzem necessariamente a uma ação rescisória, ausentes as hipóteses mencionadas no art. 485 do Código de Processo Civil. 2 - Sobre o *art 1.521 do Código Civil, parece não ter sido violado em sua literal disposição, já que o processo criminal terminou depois do trânsito em julgado da sentença proferida na ação indenizatória*. 3 - A ausência do *fumus boni iuris* impede o processamento da cautelar. 4 - Agravo regimental desprovido. (STJ, Ag. Reg. na MC n. 8.310, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.08.2004)

Casamento. Ação de anulação fundada na existência do impedimento previsto no art. 1.521, II, do Código Civil. Mulher que vivia em união estável com o filho do contraente. Vínculo de afinidade caracterizado (art. 1.595 do Código Civil) a nulificar o matrimônio. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.046.494.000/Santos, 2ª Câ. de Direito Privado, rel. Morato de Andrade, j. 14.04.2009)

Agravo retido. Documentos apresentados pela autora durante o curso do processo. Inconformismo. Desacolhimento. Possibilidade de juntar documentos que não sejam inúteis ou protelatórios, desde que seja preservado o contraditório. Busca pela verdade real. Decisão mantida. Recurso desprovido. Agravo retido. Saneamento do processo. Alegações de falta de interesse de agir e de existência de coisa julgada que se relacionam com o mérito. Decisão mantida. Recurso não conhecido. Alimentos. União estável. Dissolução homologada judicialmente. Extinção da obrigação de mútua assistência. Rompimento do vínculo conjugal. Inexistência do direito a alimentos. Relação, ademais, que não poderia ser caracterizada como união estável. Companheiro casado. Impedimento previsto no art. 1.521, VI, do Código Civil. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 5.726.904.000/Sorocaba, 9ª Câ. de Direito Privado, rel. Grava Brazil, j. 10.03.2009)

Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

CC/1916: art. 189.

Segundo dispõe este artigo, os impedimentos previstos no artigo antecedente poderão ser opostos no processo de habilitação e até o momento da celebração do casamento, que é a última oportunidade possível para que seja evitado o casamento nulo. Qualquer pessoa capaz (a relativa ou absolutamente incapaz não) e sem interesse específico tem legitimidade para arguir os impedimentos legais, por serem absolutamente dirimentes. O conhecimento público decorre da publicação dos proclamas.

O *parágrafo único* do artigo impõe ao juiz celebrante e ao oficial do registro a obrigação de declarar a presença do impedimento de que tenham conhecimento, em razão do interesse público. O representante do Ministério Público quando souber da existência de algum impedimento também terá o dever de denunciá-lo, por ser representante da sociedade e defensor do direito objetivo. O mesmo órgão ministerial poderá também solicitar a decretação de nulidade do casamento contraído por infringência de impedimento, conforme dispõe o art. 1.549 combinado com o art. 1.548, II, deste Código (v. comentários). Os impedimentos serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas, na forma disposta no art. 1.529 (v. comentários). O procedimento ainda observará o disposto no art. 1.530 deste Código e no

art. 67, § 5º, da Lei de Registros Públicos. A prova do impedimento poderá ser feita, por exemplo, mediante a exibição da certidão de registro civil, ou, na impossibilidade, por qualquer outro meio. O oponente do impedimento poderá sofrer ações civis e criminais promovidas pelos nubentes quando estiver de má-fé (dolo) ou agir com culpa grave, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1.530 (v. comentário).

CAPÍTULO IV DAS CAUSAS SUSPENSIVAS

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

CC/1916: art. 183. XIII, XIV e XV.

Neste artigo o legislador estabelece taxativamente as circunstâncias que não recomendam a realização do casamento e que podem desaparecer desde que haja autorização judicial. O descumprimento das causas estabelecidas na lei não constitui motivo para invalidação ou nulidade do ato, impondo-se somente as sanções fixadas neste Código. Daí porque, ao constatar da lei a expressão “não devem casar”, se conclui que o comando legal é de restrição menor que o impeditivo. As causas suspensivas estabelecidas pela lei também são chamadas de impedimentos proibitivos, pois não têm caráter absoluto, gerando apenas efeitos colaterais sancionadores. O parágrafo único do artigo deixa bem claro o caráter relativo das causas suspensivas, como se verá adiante. A suspensão do casamento deverá ser requerida no prazo de quinze dias a partir da publicação dos editais de proclamas, como se verá a seguir, em comentários ao art. 1.524.

No inciso I tem-se a proibição do viúvo que tiver filho do cônjuge falecido de casar-se novamente enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros. Visa o legislador com essa exigência a evitar a confusão de patrimônio do novo casal com o dos filhos do primeiro casamento. Assim, impõe a lei que seja definido primeiro e desde logo o que pertence aos filhos do casamento anterior, para que não sejam prejudicados. Como já salientado, a ofensa a essa disposição legal não acarreta a invalidade do casamento, impondo apenas a obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens, como determina o disposto no art. 1.641,1 (v. comentário), e a hipoteca legal em favor dos filhos dos imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias antes de fazer o inventário do casal, nos termos do art. 1.489, II (v. comentário). O inventário negativo costuma ser utilizado como prova de que não havia bens a inventariar para liberar o nubente da causa suspensiva. Isso porque não

haveria prejuízo para o herdeiro. O impedimento proibitivo, nessa hipótese, poderá, desde que com autorização judicial, não ser aplicado aos nubentes, por força do que dispõe o parágrafo único deste artigo.

O inciso II estabelece que não devem casar a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal. O objetivo do legislador com tal impedimento proibitivo foi evitar a confusão de sangue, pelo eventual nascimento de filho nesse período, o que desencadearia em conflito de paternidade. É que, segundo dispõe o art. 1.597 (v. comentário), existe a presunção de que foram concebidos na constância do casamento os filhos nascidos pelo menos cento e oitenta dias depois da celebração ou até trezentos dias após sua dissolução por morte, nulidade, anulação ou separação judicial. Essa presunção relativa poderá ser elidida na forma autorizada pelo disposto no art. 1.598 (v. comentário). O presente dispositivo não menciona impedimento para casamento de mulher divorciada há menos de dez meses pela simples razão de que o divórcio exige prazo mais dilatado que esse, seja por conversão da separação judicial (um ano), seja pela via direta (dois anos) (OLIVHIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito de família e o novo Código Civil* Belo Horizonte, Del Rey, 2002). A causa suspensiva prevista neste inciso II poderá, contudo, não ser aplicada se for provado o nascimento do filho antes do término do prazo estabelecido no dispositivo ou a inexistência de gravidez, pois nessas hipóteses não haveria dúvida quanto à paternidade. É o que autoriza o parágrafo único do artigo. A natureza do impedimento não enseja a nulidade do casamento, mas a imposição do regime da separação de bens, por força do que determina o art. 1.641,1, já citado.

No inciso III tem-se mais uma hipótese em que o legislador objetiva evitar a confusão de patrimônio. O dispositivo impede o casamento do divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal. Visa a impedir a confusão entre o patrimônio da antiga e o da nova sociedade conjugal. O art. 1.581 (v. comentário) assegura que o divórcio poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, contudo, para a nova união ela será exigida. O casamento realizado com infringência dessa causa suspensiva terá como sanção o disposto no art. 1.641,1. O parágrafo único do artigo também permite que, mediante autorização judicial, não seja aplicada a presente causa suspensiva quando os nubentes comprovarem a inexistência de prejuízo para o ex-cônjuge.

Por fim, no inciso IV estabelece o legislador que o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos não deverão casar com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. O impedimento proibitivo tem por finalidade “evitar que, por meio do casamento, se oculte a dilapidação dos bens do tutelado ou curatelado e que os administradores se eximam de prestar contas da gestão. Procura-se ainda afastar a autoridade e ascendência que os tutores e curadores possam exercer sobre a vontade do tutelado e curatelado” (FACHIN, Luiz Edson. *Código Civil Comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV). A restrição estende-se aos descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados e sobrinhos do tutor ou do curador, pois, supostamente, são pessoas ligadas efetivamente a eles e que, por hipótese, iriam atuar na defesa de quem deve contas. A ofensa ao impedimento legal acarreta a aplicação da sanção prevista no art. 1.641,1, que poderá ser excluída desde que os nubentes comprovem a ausência de prejuízo para a pessoa tutelada ou curatelada, conforme autoriza o parágrafo único do artigo. Também não incidirá o impedimento quando extinta a tutela ou a curatela ou quando forem aprovadas judicialmente as contas prestadas.

Jurisprudência; Alteração de regime de bens do casamento. Casamento celebrado em 2004. Regime imposto por lei em razão da inobservância da causa suspensiva apontada, à qual agora já não mais existe, vez que a partilha já foi regularizada, deixando de existir a

causa suspensiva (art. 1.523, III, do Código Civil) e, por consequência, torna-se insubsistente tal imposição legal, ou seja, a obrigatoriedade do regime da separação de bens (art. 1.641,1, do Código Civil), que reflete de forma negativa aos interesses do casal. Possibilidade. Pretensão razoável que atende ao disposto no § 2º do art. 1.639 do CC/2002. Ação procedente. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 552.439.4/9/São Vicente, Acórdão n. 2.630.948, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Beretta da Silveira, j. 27.05.2008, *DJESP* 28.07.2008)

Civil. Sucessão. Inventário negativo. Criação da doutrina. Finalidade. Requisitos. Mitigação da regra. Necessidade diante dos reclames da prestação jurisdicional. 1 - Embora sem previsão legal, o inventário negativo consiste em prática consagrada no meio forense. Pode ser manejado, na hipótese em que o viúvo ou a viúva deseje contrair novas núpcias, nos moldes do art. 1.523,1, do Código Civil, ou, ainda, de herdeiro ou herdeira que receie responsabilidade além das forças da herança, com espeque no Código Civil, no art. 1792. 2 - Porém, dada a riqueza e a variedade dos fatos da vida bem como a necessidade maior da Justiça de prestar a jurisdição, viável mitigar a regra imposta pela praxe forense, a fim de deferir processamento de inventário negativo, com o fito de nomear a viúva como inventariante, para perseguir direitos trabalhistas do *de cujus*, junto a Justiça Obreira. 3 - Apelo provido. (TJDF, Ap. cível n. 2007.03.1.020326-2, Acórdão n. 293.651,1ª T. Cível, rel. Des. Flavio Rostirola, *DJU* 07.02.2008, p. 1.993)

Homologação judicial de partilha. Possibilidade. Recurso provido. O julgador deveria ter acolhido o pedido das partes, visto que a tutela jurisdicional se justifica pelo fato de os recorrentes não poderem contrair novas núpcias se não for homologada a partilha dos bens. É o que dispõe o art. 1.523 do Código Civil, inciso III: Não devem casar: O divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal. Ante tal causa suspensiva do casamento, não restava outra alternativa às partes que não postular a homologação judicial do acordo de partilha. Ademais, se os bens foram adquiridos quando os recorrentes eram casados, deve haver um plano de partilha devidamente homologado em juízo. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.05.851796-2/001/Belo Horizonte, 5ª Câm. Cível, rel. Des. Maria Elza, j. 06.12.2007, *DJEMG* 19.12.2007)

Direito civil e processual civil. Requerimento de restabelecimento de sociedade conjugal. Ex-cônjuge varão interdito. Ausência de capacidade processual. Colidência de interesses entre o direito dele e o de sua curadora. Inteligência do art. 1.523, IV, do Código Civil. Apelação a que se nega provimento na forma do art. 557, *caput*, do CPC. (TJRJ, Ap. cível n. 2007.001.06783,10ª Câm. Cível, rel. Des. Marília de Castro Neves, j. 09.02.2007)

Novas núpcias. Impossibilidade. Inteligência do CC. Ausência de prejuízo aos herdeiros. Não verificação. Possibilidade de confusão patrimonial. Inventariante. Recurso improvido. Esbarra o pedido da apelante no disposto no art. 1.523,1, do Código Civil, pois conquanto sustente a apelante a ausência de prejuízo para os herdeiros - o que ensejaria a aplicação do parágrafo único, do aludido dispositivo certo é que existe a possibilidade de confusão patrimonial, mormente quando a mesma é a inventariante, embora afirme ser apenas a representante legal dos herdeiros, que são menores impúberes. Recurso improvido. (TJES, Ap. cível n. 017.04.000597-1, 3ª Câm. Cível, rel. Des. Rômulo Taddei, j. 29.03.2005, *DJES* 14.04.2005)

Novas núpcias. Partilha. Comunhão universal de bens. Não há vulneração ao art. 183, XIII, do CC/1916, se o julgamento da partilha vem a ocorrer após a celebração do segundo casamento de acordo com o esboço antes efetuado e sem que haja alguma impugnação por parte dos interessados. Convolação de novas núpcias. Admissibilidade. (STJ, REsp n. 343.719/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 10.08.2004)

Casamento. Viúvo que o contrai quando já apresentada a partilha, mas antes do seu julgamento. Inexistência de confusão entre o patrimônio do novo casal e o dos herdeiros, maiores quando da elaboração do plano de partilha e inertes por mais de 22 anos. Descabimento da penalidade de imposição do regime de separação de bens para o segundo consórcio. Inteligência dos arts. 183, XIII, 225, 226 e 258, parágrafo único, do Código Civil, e 5º da LICC. Ação de retificação de registro civil julgada improcedente. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 117.827-4/7, rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, j. 16.05.2000)

Casamento. Regime de bens. Cônjuge supérstite que convola novas núpcias sem o regime da separação de bens. Admissibilidade se na época do óbito da ex-consorte estava impedido de promover a partilha dos bens da união anterior. (RT743/224)

Casamento. Regime de bens. Impedimento do art. 183, XIII, do Código Civil. Adoção do regime da comunhão universal. Impossibilidade. Cláusula, no entanto, válida uma vez que foram preservados, em inventário, os direitos dos filhos do primeiro casamento. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ação procedente em parte. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível n. 63.820-4, rel. Des. Sousa Lima, j. 03.02.1999)

No mesmo sentido: RSTJ 95/297.

Casamento. Regime de bens. Viúvo que se casou novamente após a abertura do inventário dos bens deixados pela primeira esposa e antes da partilha. Adoção do regime da comunhão universal de bens. Admissibilidade. Hipótese em que, tempos depois do segundo casamento, deu-se a partilha aos herdeiros do anterior, sem ter havido, em concreto, a confusão patrimonial, razão de ser do impedimento proibitivo disposto no inciso XIII do art. 183 do CC. Desnecessidade de aplicação da sanção prevista no art. 258, I, do CC. Regime de bens do segundo casamento que deve prevalecer. (RT647/100)

Processo civil. Recurso especial. Não conhecimento. Embargos de declaração. Regime de bens. Novas núpcias. Inexistência de confusão entre os patrimônios do novo casal e os dos herdeiros do leito anterior. Inocorrência de vulneração ao art. 183, XIII do Código Civil de 1916. Ausência de omissão, obscuridade ou contradição. Nítido caráter infringente. Rejeição. Tendo o v. aresto embargado decidido no sentido de que não há que se falar em vulneração ao art. 183, XIII, CC/1916 (art. 1.523, I, do novo Código Civil), porquanto não se faz necessária a efetiva homologação da partilha (por meio de sentença), para se permitir o regime de comunhão universal de bens nas novas núpcias do viúvo que tem filhos do casamento anterior, desde que aquela tenha sido iniciada, com a apresentação de todos os bens a serem partilhados, de modo a afastar a possibilidade de confusão de patrimônios dos bens do novo casal com os dos filhos da união anterior, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos uma vez que pretendem reabrir o debate acerca do tema. (STJ, EDcl no REsp n. 343.719, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 12.12.2005)

Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins.

CC/1916: art. 190.

Este artigo dispõe sobre a legitimidade daqueles que podem opor as causas suspensivas previstas no artigo antecedente. Por interessarem exclusivamente à família e aos parentes

próximos, os impedimentos proibitivos previstos nos incisos I a IV do artigo anterior só poderão ser arguidos pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins.

O representante do Ministério Público não tem legitimidade para suscitar a existência de causas suspensivas, porque, como já ressaltado em comentário ao art. 1.523, estas visam a evitar prejuízos, especialmente de ordem patrimonial, a terceiros determinados. O rol legal, porém, não é taxativo, autorizando, por exemplo, a que o ex-marido, no caso da dissolução do casamento por sentença, visando a evitar a confusão de sangue, tenha interesse em opor o impedimento proibitivo previsto no art. 1.523, II.

A oposição da causa suspensiva será feita no curso do processo de habilitação para casamento, devendo ser apresentada no prazo de quinze dias a partir da data da publicação dos proclamas, conforme estabelecido no art. 1.527 (v. comentário). Observará, ainda, quanto à forma, o disposto no art. 1.529 (v. comentário), também aplicável aos impedimentos. O oponente deverá provar documentalmente seu grau de parentesco com o nubente. O procedimento ainda observará o disposto no art. 1.530 deste Código e no art. 67, § 5º, da Lei de Registros Públicos. O oponente da causa suspensiva poderá sofrer ações civis e criminais promovidas pelos nubentes quando estiver de má-fé (dolo) ou agir com culpa grave, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1.530 (v. comentário).

CAPÍTULO V DO PROCESSO DE HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

CC/1916: art. 180.

Como já se disse, o casamento tem por finalidade a constituição da família. E, para assegurar a regular formação da família, o Estado, por meio de normas de ordem pública, cerca a celebração do casamento de uma série de formalidades - o que o torna um ato solene e formal a fim de constatar a capacidade dos nubentes, apurar a inexistência de impedimentos matrimoniais e dar publicidade ao ato. O desenvolvimento de tais formalidades preliminares se dá no processo de habilitação para o casamento, que tem início a partir deste artigo.

Para o casamento válido, é essencial que entre os nubentes não haja impedimento matrimonial. A verificação desses impedimentos é feita no processo de habilitação dos nubentes, que tem seu andamento perante o oficial do registro civil. As partes instruem o pedido com os documentos exigidos por lei, com os quais visam a demonstrar que estão em condições de se casar validamente. Verifica-se, desse modo, o interesse do Estado em evitar a realização de casamentos vedados por lei.

Diante dessa preocupação, o Estado atua preventivamente no processo de habilitação e de modo repressivo quando reage ao ato do casamento que infringir mandamento legal, imputando-lhe nulidade ou anulabilidade (v. comentários aos arts. 1.548 a 1.564). Na fase preventiva, dá-se publicidade ao interesse dos nubentes em se casar, convocando pessoas que saibam de algum impedimento para que venham apresentá-lo, evitando que o casamento se realize (v. comentário ao art. 1.527).

O processo terá início com o requerimento conjunto dos nubentes ou de seus representantes legais, por meio do qual demonstram a intenção de se casar. O pedido poderá ser formulado mediante procuração com poderes específicos. Deverá também ser instruído com os documentos enumerados neste artigo, que não geram a presunção absoluta de ausência de impedimento, uma vez que podem ser desconstituídos por provas em sentido contrário. Nesse mesmo momento, os nubentes informarão o regime de bens escolhido (v. comentários aos arts. 1.528 e 1.640, parágrafo único), bem como a eventual adoção do sobrenome do outro, na forma autorizada pelo art. 1.565, § 1º (v. comentário). Além dos documentos a seguir relacionados, os nubentes instruirão o pedido, quando for o caso, com o instrumento público do pacto antenupcial, se já existente (v. comentário ao art. 1.653) - inciso I: “certidão de nascimento ou documento equivalente”. A certidão de nascimento - que pode ser substituída por documento equivalente como o registro geral (RG), o título de eleitor, o passaporte, o comprovatório da emancipação e até mesmo, no caso dos que já atingiram a maioridade, o atual documento de habilitação para dirigir veículos - se presta para provar a idade dos nubentes (se atingiram a idade núbil; se há necessidade de autorização dos pais; qual o regime cabível - separação obrigatória para os que têm mais de sessenta anos) e para identificá-los, a fim de verificar a existência de parentesco entre eles, e a conseqüente presença de algum dos impedimentos legais - inciso II: “autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra”. O inciso se refere às pessoas que não atingiram a idade núbil e que por esse motivo não poderão casar-se sem a autorização de seus pais ou representantes legais. Nos termos do disposto no art. 1.517 (v. comentário), o incapaz necessitará dessa autorização, que, caso negada, poderá ser suprida pelo juiz (v. comentário ao art. 1.519). A prova da emancipação também dispensa a autorização das pessoas referidas neste artigo - inciso III: “declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar”. A declaração exigida pela lei - que não tem valor absoluto - tem por fim diminuir o risco de ocorrência de casamentos eivados de nulidade por infração a impedimento legal - inciso IV: “declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos”. A finalidade dessa declaração (denominada também memorial) - que igualmente não tem valor absoluto, porque emanada dos próprios habilitantes - é identificar com precisão os nubentes, para que se possa verificar, pelas informações fornecidas, a presença de eventual impedimento - inciso V: “certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio”. Tendo os nubentes declarado nas informações acima viuvez, divórcio, anulação ou nulidade de casamento anterior, deverão juntar documentos comprobatórios desses fatos, a fim de que seja evitado o casamento de pessoas já casadas. A certidão de óbito pode ser substituída pela declaração de morte presumida, prevista no art. 7º deste Código, como pode ser também obtida em justificação judicial, autorizada pelo disposto no art. 88 da Lei de Registros Públicos.

Jurisprudência: Conflito de competência. Pedido de habilitação para o casamento formulado por homossexuais. Competência do juízo da Vara dos Registros Públicos. Ofício-circular n. 21/2003 da CGJ. Tratando-se de pedido de habilitação para casamento, a competência é da Vara dos Registros Públicos, consoante expressa orientação do ofício-circular n. 21/2003-CGJ. No entanto, os requerentes ingressaram diretamente com a postulação peran-

te a Vara dos Registros Públicos, sem obedecer o procedimento regrado nos arts. 1.525 e segs. do Código Civil/2002 c/c os arts. 67 a 69 da Lei 6.015/73. Manifesta a impropriedade, que, entretanto, não tem o condão de transformar o pedido em ação declaratória. Não tendo sido observado procedimento legal, a consequência deverá, em princípio, ser a extinção do pleito, sem julgamento de mérito, não o deslocamento da competência. Julgaram procedente o conflito. Unânime. (TJRS, Conflito de Competência n. 70.020.095.204,7ª Câ. Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 08.08.2007)

Mandado de segurança. Habilitação em casamento. Procedimento administrativo. A irregularidade no procedimento de habilitação não leva, de ordinário, à nulidade do casamento. Segurança denegada. (TJMG, MS n. 1.0000.05.420176-9/001, rel. José Francisco Bueno, j. 04.08.2005, *DJEMG* 19.08.2005)

Casamento. Regime de bens. Retificação. Inadmissibilidade. Habilitação que se concluiu antes da vigência da Lei n. 6.515/77. Ato jurídico perfeito e acabado. Irrelevância de que o matrimônio tenha se realizado na vigência da lei nova. (/77791/215)

Em sentido contrário: *RT* 704/171 e 554/84.

Casamento. Processo de habilitação. Nome. Não adoção pela mulher de todos os sobrenomes do marido. Admissibilidade. Correição indeferida. Inteligência do art. 240, parágrafo único, do CCART 577/119)

Não constitui nulidade o fato de os nubentes, para a habilitação, terem declarado residir em cidade em que não residem. (*RT* 254/142)

As irregularidades verificadas no processo de habilitação não acarretam a nulidade do contrato nupcial. (*RT* 214/522 e 134/134)

A falta de habilitação perante o oficial competente não impede o registro de casamento religioso, para os efeitos civis, se não ocorrer qualquer dos impedimentos dos arts. 207, 209 e seguintes do Código Civil. (*RT* 170/324)

Falha ou irregularidade na habilitação dos cônjuges, máxime se não se provou nenhum impedimento, não acarreta a nulidade ou anulabilidade do casamento. (*RT* 108/255)

Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público.

Caput com redação dada pela Lei n. 12.133 de 17.12.2009.

Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 12.133 de 17.12.2009.

CC/1916: art. 180, *caput*.

Legislação correlata: art. 67, §§ 1º e 2º, Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos).

O artigo ganhou redação nova com a Lei n. 12.133/2009 atendendo aos reclamos da doutrina. A proposta de alteração já encontrava previsão no Projeto de Lei n. 276/2007. O procedimento legal estabelecido no dispositivo original alterava aquele dos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei de Registros Públicos, tornando-o mais moroso, ao determinar que fosse a habilitação submetida à apreciação pelo juiz, formalidade não prevista na lei anterior, ressalvada a

hipótese contida no § 2º do art. 67. Com a alteração fica estabelecido que o juiz só intervirá no procedimento no caso de o pedido ser impugnado ou de não ser regular a documentação.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal já ressaltava antes da nova lei a necessidade da modificação do dispositivo legal: “Desde há muito as habilitações de casamento são fiscalizadas e homologadas pelos órgãos de execução do Ministério Público, sem que se tenha qualquer notícia de problemas, como fraudes em relação à matéria. A judicialização da habilitação de casamento não trará ao cidadão nenhuma vantagem ou garantia adicional, não havendo razão para mudar o procedimento que extrajudicialmente funciona de forma segura e ágil”. A propósito do tema, a egrégia Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, em parecer aprovado pelo digníssimo corregedor-geral (Processo CG n. 28/2003, Parecer n. 24/2003 - E, j. 23.01.2003), visando a facilitar e acelerar o processamento das habilitações, em razão de seu elevado contingente, já havia admitido que apenas aquelas dotadas de algumas peculiaridades, potencializadoras do surgimento de invalidades ou de situações de eficácia especial do matrimônio, tais como as tratadas nos arts. 1.521, 1.523, 1.517 e 1.520, devessem ser remetidas ao juiz (conforme Provimento n. 25/2005, que alterou o item 66, do Capítulo XVII, Subseção IV, t. II, das normas de serviço).

Com o objetivo de desonerar a estrutura do Judiciário, desburocratizar e simplificar o procedimento, a lei determina que a habilitação de casamento deva ser requerida pelos nubentes *diretamente* (e não obrigatoriamente *pessoalmente*) ao oficial do registro civil, sem a necessidade de intervenção judicial. Por força do disposto no art. 67 da Lei de Registros Públicos, será competente o oficial do registro do distrito de residência dos nubentes, sendo que, se forem distritos diferentes, poderá ser o de qualquer um deles. Nesse caso, os editais serão publicados e registrados em ambos os distritos (art. 1.527 do CC e § 4º do art. 67 da Lei n. 6.015/73). Afixados os proclamas no cartório e publicados na imprensa, será ouvido o Ministério Público, para exame do preenchimento dos requisitos legais.

Jurisprudência: Correição parcial. Não conhecimento. Processo de habilitação de casamento. Impugnação. Matéria irrecorrível. Inocorrência de *error in procedendo*. Aplicação do art. 67, § 2º, da Lei n. 6.015/73. (RT 586/88)

No mesmo sentido: RT 587/103.

Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.

Parágrafo único. A autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação.

CC/1916: arts. 181, *caput* e § 2º, e 182, parágrafo único.

Legislação correlata: arts. 67, §§ 3º e 4º, e 69, Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos).

Atendendo os nubentes às formalidades preliminares relativas ao requerimento e à documentação, o oficial lavrará os proclamas e determinará a expedição de edital do casamento, que será afixado no cartório, em local ostensivo e de acesso ao público, bem como nas circunscrições do registro civil de ambos os nubentes, com o prazo de quinze dias para qualquer impugnação - conta-se a partir da afixação do edital em cartório (art. 67, § 3º, da Lei de Registros Públicos) publicando-se na imprensa local, se houver. A publicação do edital visa a dar conhecimento a todos do casamento que se realizará, bem como a permitir que se apresente impugnação no caso de se constatar a presença de algum impedimento ou causa suspensiva para o casamento.

O parágrafo único do artigo permite a dispensa da publicação dos editais quando os nubentes tiverem urgência na realização do casamento. Ficará a critério do juiz, após ouvido o Ministério Público, analisar o pedido de dispensa, definindo, em cada caso concreto, se há ou não a urgência sustentada. A moléstia grave de um dos nubentes (v. comentário ao art. 1.539), o risco de vida iminente de algum dos contratantes (v. comentário ao art. 1.540), o parto iminente, a viagem inadiável, imprevista e demorada e o crime contra a honra da mulher são algumas situações urgentes que autorizam o casamento sem a publicação dos editais. O procedimento do pedido de dispensa está estabelecido no art. 69 da Lei de Registros Públicos.

Jurisprudência: Dano moral. Publicação de edital. Erro quanto ao nome da nubente. Equívoco corrigido. Edital de casamento que constou como nubente a ex-esposa ao invés da futura nubente. Situação que gerou constrangimento ao autor perante terceiros, alvo de deboches e brincadeiras. Configurado o dano ante a repercussão e extensão do fato danoso merecendo majoração do *quantum* indenizatório. Não cabe a devolução dos emolumentos pagos no caso em tela, porque prestado o serviço já que o processo de habilitação foi realizado corretamente e o equívoco relativo a publicação do edital foi corrigido, possibilitando a realização do casamento. Sentença reformada. Recurso do autor parcialmente provido. Recurso do réu improvido. (TJRS, Recurso cível n. 71.001.675.867, 2ª T. Recursal Cível, rel. Hilbert Maximiliano Akihito Obara, j. 03.12.2008, DJ 10.12.2008)

Casamento. Proclamas. Nubentes que residem em circunscrições diversas. Edital publicado a tempo apenas na sede em que realizado o casamento. Omissão da serventia da outra circunscrição. Publicação posterior à realização do ato. Dispensa, autorizada pelo juiz corregedor, na forma do art. 199, I (urgência), do Código Civil. Legalidade. Segurança denegada. (JTJ 230/264)

Registro civil. Suscitação de dúvida. Conflito entre o art. 67, § 4º, da LRP, e o art. 1.527 do nCC. 1 - Inexiste conflito real entre tais dispositivos legais, mas aparente. É que o novo Código Civil afastou a obrigatoriedade de o casamento ser realizado no distrito onde um dos nubentes pelo menos tenha residência e, sendo assim, os editais devem ser publicados no local onde cada um resida. 2 - Como a finalidade dos editais é dar publicidade ao casamento, a fim de possibilitar oposição de impedimento, a publicação deve ser feita no local de residência, onde as pessoas são presumivelmente conhecidas, e não no local de nascimento, onde a publicidade poderia ser ficta. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.007.257.207, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 10.12.2003)

Mandado de segurança. Habilitação de casamento. Fixação de edital de proclamas fora do prazo mínimo de quinze dias antecedentes ao casamento. Possibilidade, diante das circunstâncias. Excepcionalidade prevista no art. 199 do Código Civil. Segurança denegada. (TJSP, MS n. 108.955-4, rel. Des. Fernando Horta, j. 06.05.1999)

Art. 1.528. É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens.

CC/1916: sem correspondente.

O legislador impôs ao oficial do registro a obrigação de informar os nubentes sobre todas as situações que possam acarretar a invalidade do casamento, bem como esclarecê-los sobre o

regime de bens para que saibam as conseqüências daquele que vierem a adotar por ocasião do requerimento de habilitação para o casamento (v. comentários aos arts. 1.525 e 1.640, parágrafo único). Assim, deverá o oficial do registro advertir os nubentes de que, se não for exibida nessa ocasião a escritura pública do pacto antenupcial, quando realizado, e não sendo os cônjuges nenhuma das pessoas indicadas no art. 1.641, vigorará o regime legal da comunhão parcial de bens. O oficial do registro será responsabilizado pelo descumprimento desse dever que lhe foi imposto pela lei, arcando com os danos dele decorrentes, na forma do art. 28 da Lei de Registros Públicos. Contudo, não se invalidará o casamento em razão de sua falta, nem a parte poderá se valer da sua ausência para sanar nulidade ou anulabilidade do casamento. A prova do descumprimento do dever pelo oficial do registro competirá aos nubentes.

Jurisprudência: Casamento. *Regime de bens*. Retificação. Inadmissibilidade. Habilitação que se concluiu antes da vigência da Lei n. 6.515/77. Ato jurídico perfeito e acabado. Irrelevância de que o matrimônio tenha se realizado na vigência da lei nova. (RT791/215).

Em sentido contrário: RT 704/171 e 554/84.

Art. 1.529. Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas.

CC/1916: art. 189.

O dispositivo estabelece a forma como deverão proceder os interessados no caso de surgirem contra o casamento dos nubentes impedimentos e causas suspensivas. Os interessados terão de apresentar declaração escrita, devidamente assinada por eles, em que deverá constar a menção a alguns dos impedimentos ou das causas suspensivas enumeradas pelo legislador. Deverão ainda ofertar provas de suas alegações, ou, ao menos, indicar em que lugar poderão ser obtidas, porquanto o interesse público recomenda a sua colheita, produção e análise. A lei determina que as impugnações se revistam de tais formalidades para evitar que sejam formuladas com propósito meramente emulativo, maledicente ou ofensivo, e que os declarantes arquem com os danos delas decorrentes eventualmente causados aos nubentes ou a terceiros, especialmente, os de natureza moral.

Jurisprudência: Casamento. Habilitação. Impugnação sob a alegação de risco de deformidade genética à prole com base em conclusão pericial. Descabimento na espécie. Casal em concubinato ostensivo há vários anos, tendo gerado filhos sem aparência de anormalidade física e psíquica e estando a nubente grávida. Circunstâncias em que a recusa de habilitação não restringirá a intimidade amorosa entre pessoas que vivem de fato a condição matrimonial. (RT 643/72)

Impugnação à habilitação para casamento. Nubentes idosos. Ausência de *affectio maritalis*. Pretensão de amparo financeiro. Não deve ser admitido o desvirtuamento do matrimônio que visa amparo financeiro, sem qualquer indício de *affectio maritalis*. Deram provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.029.512.019, 8ª Câmara Cível, rel. Alzir Felipe Schmitz, j. 03.09.2009)

Art. 1.530.0 oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu.

Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.

CC/1916: art. 191.

Legislação correlata: art. 67, § 5º, Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos).

O artigo estabelece o procedimento a ser cumprido pelo oficial do registro diante da impugnação ao casamento que lhe foi exibida pelos interessados. O oficial, mediante nota da oposição, fornecerá aos nubentes, ou a seus representantes legais, informações a respeito da impugnação, indicando o seu fundamento, as provas fornecidas e o nome dos impugnantes. O procedimento da impugnação tramitará perante o oficial do registro, que fará, inclusive, a instrução da oposição, sob o crivo do contraditório. Os nubentes poderão, segundo autoriza o parágrafo único do artigo, dentro de prazo razoável - entenda-se por razoável aquele que lhes permita, diante das circunstâncias do caso, defender-se amplamente da oposição - a ser estabelecido pelo oficial, fazer prova contrária aos fatos alegados. Após a instrução, os autos serão enviados ao Ministério Público para parecer, sendo, a seguir, decidida a impugnação pelo juiz competente. O reconhecimento da improcedência da impugnação, a presença de culpa ou dolo do impugnante e a ocorrência de danos aos nubentes os autorizam a promover as ações civis e criminais cabíveis, no momento que entenderem oportuno, mas dentro do prazo estabelecido pela lei. A culpa, a que ora se refere, deve ser a grave, pois, do contrário, estariam os interessados inibidos pela lei de ofertar suas oposições, por correrem o risco de desfalque em seu patrimônio.

Jurisprudência: O oficial tem o direito de impedir a transformação do exercício do direito de oposição de impedimentos num meio de vexames nas mãos de um aventureiro, em razão do que lhe concede rejeitar uma oposição manifestamente ilegal. (RF142/236)

Art. 1.531. Cumpridas as formalidades dos arts. 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação.

CC/1916: art. 181, *caput* e § 1º.

Preenchidos os requisitos exigidos nos arts. 1.526 e 1.527, estará o oficial do registro autorizado a expedir o certificado de habilitação, que é o documento comprobatório de que o processo de habilitação foi satisfatoriamente concluído e de que os nubentes estão aptos ao casamento. A celebração do casamento só será possível diante da exibição do certificado de habilitação. A alegação de impedimento, contudo, não será obstada depois de expedido esse certificado, por se tratar de nulidade absoluta, que pode ser arguida a qualquer tempo. O mesmo não ocorrerá com a alegação da presença de causa suspensiva, em razão da relatividade de sua nulidade.

Art. 1.532. A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado.

CC/1916: art. 181, § 1º.

Legislação correlata: arts. 2º e 3º, Lei n. 1.110, de 23.05.1950 (Lei que dispõe sobre os efeitos civis do casamento religioso); art. 71, Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos).

O certificado de habilitação de que trata o artigo antecedente terá validade e eficácia por noventa dias imediatos, ou a contar da data em que for expedido. O decurso desse prazo decadencial não impede que os nubentes contraiam de novo o casamento, contudo estarão obrigados a repetir o processo de habilitação, cumprindo novamente as formalidades estabelecidas pela lei. A fixação desse prazo se faz necessária, uma vez que no período estabelecido pelo legislador poderão ocorrer fatos supervenientes, dando origem a novos impedimentos ou a causas suspensivas. O casamento realizado com certificado de habilitação inválido não é nulo. Todavia, só produzirá efeitos após a realização de nova habilitação pelos cônjuges e ratificação dos atos de celebração e registro já efetivados.

CAPÍTULO VI DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art 1.531.

CC/1916: art. 192.

Visando garantir a liberdade e integridade do consentimento dos nubentes e destacar a importância social do casamento, as normas jurídicas deste capítulo estabelecem que a cerimônia nupcial seja realizada com solenidades especiais e com destacada publicidade. A celebração do casamento terá lugar depois de cumpridas as formalidades preliminares, por intermédio das quais os nubentes obtiveram o certificado de habilitação, por estarem aptos ao casamento. Em requerimento assinado pelos nubentes e instruído com esse certificado, eles pleiteiam à autoridade competente a designação de dia, hora e local para a cerimônia do casamento, indicando o dia e a hora de sua preferência, no que são normalmente atendidos. A autoridade responsável pela celebração será designada pela lei de organização judiciária de cada Estado, sendo competente aquela do lugar em que se processou a habilitação. Poderá recair, conforme o Estado, sobre o juiz de paz ou sobre o próprio juiz de direito incumbido desse mister. A celebração do casamento poderá ocorrer no cartório ou em outro local escolhido pelos nubentes. O casamento que for celebrado sem as formalidades prescritas em lei é nulo.

Jurisprudência: Nubentes habilitados ao casamento. Morte de um deles. Pedido de formalização de casamento *post mortem*. Impossibilidade jurídica. Petição inicial indeferida. Apelação improvida. (TJSP, Ap. cível n. 80.205-4/6, rel. Des. Roberto Stucchi, j. 25.05.1999)

Nulo é o casamento celebrado na ausência do juiz de casamentos que só posteriormente assinou o livro. (RT 372/117)

Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular.

§ 1º Quando o casamento for em edifício particular, ficará este de portas abertas durante o ato.

§ 2º Serão quatro as testemunhas na hipótese do parágrafo anterior e se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever.

CC/1916: art. 193.

Quando a celebração do casamento ocorrer no cartório em que se deu a habilitação, o oficial zelará para dar a ela toda a publicidade e divulgação determinadas pela norma de ordem pública ora comentada. Para tanto, impõe a lei que as portas do cartório eslejam abertas para o acesso de todos - para opor algum impedimento e afastar os riscos de intimidação ou falseamento da vontade (PRRKIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1997, v. III) - e que pelo menos duas testemunhas, capazes, parentes ou não dos contratantes, presenciem a celebração. Escolhido pelos nubentes outro local - edifício público ou particular a autoridade celebrante exigirá que as portas do recinto permaneçam abertas (§ 1º). A lei impõe ainda um número maior de testemunhas - quatro - quando, celebrado o casamento em edifício particular, algum dos nubentes não for alfabetizado ou, por algum motivo, não puder escrever (§ 2º). A ausência de quaisquer das formalidades deste artigo torna nula a celebração, impondo a realização de uma nova cerimônia.

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.

CC/1916: art. 194.

O artigo disciplina a solenidade da celebração do casamento. Indica quem deverá estar presente a eia, descreve o comportamento dos nubentes e a atuação do presidente do ato. No momento da celebração far-se-ão presentes os nubentes em pessoa, ou por procurador com poderes expressos concedidos para tal fim (v. comentário ao art. 1.542), as testemunhas exigidas no artigo antecedente, o oficial do registro e o presidente do ato (juiz de casamento) ou celebrante. Nesse momento essencial da cerimônia, o celebrante indaga aos nubentes, um após o outro, se pretendem casar por livre e espontânea vontade. Diante da resposta positiva (sem nenhuma condição ou termo), clara e consciente dos nubentes, o celebrante declarará formalizado o casamento, pronunciando os dizeres contidos no artigo. Só haverá casamento após a declaração do celebrante. O nubente surdo poderá manifestar sua vontade por escrito ou por sinais. Ao estrangeiro poderá ser concedido um intérprete. Será nula a celebração quando não observadas as formalidades solenes deste artigo.

Art. 1.536. Do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados:

I - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges;

II - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais;

III - o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior;

IV - a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento;

V - a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;

VI - o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas;

VII - o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.

CC/1916: art. 195.

O presente artigo disciplina o registro do casamento e dispõe sobre os elementos que lhe são indispensáveis. O registro do casamento dá publicidade ao ato, tem por finalidade sua perpetuação, serve de prova da sua existência (v. comentário ao art. 1.543), mas não é imprescindível para que produza efeitos (ao contrário do casamento religioso com efeito civil - v. comentário ao art. 1.515), nem sua ausência invalidará o casamento. Terá o efeito de apenas servir de prova (*ad probationem*). O assento deverá ser assinado pelas pessoas que se encontravam presentes no ato da celebração, referidas no artigo antecedente. Os cônjuges e seus pais, para perfeita identificação, inclusive da prole futura, preencherão os dados determinados nos incisos I e II. As informações relativas ao cônjuge precedente, exigidas no inciso III, são necessárias para que se comprove a dissolução da sociedade conjugal anterior. A referência à data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento (inciso IV) tem por fim dar conhecimento a todos do processo de habilitação de casamento e informar a partir de quando o casamento passou a produzir efeitos. A relação dos documentos ofertados pelos nubentes ao oficial do registro (inciso V) também tem por fim dar publicidade da regularidade do processo de habilitação de casamento. Igualmente para perfeita identificação, as testemunhas do ato deverão fornecer os dados a seu respeito (inciso VI). A indicação do regime de casamento escolhido pelos cônjuges é imprescindível ao registro do casamento, para fazer prova entre eles e ressalvar direitos de terceiros (inciso VII).

Jurisprudência: Nulidade. Assento do matrimônio. Falta de menção do prenome e nome da nubente, da data do nascimento, domicílio e residência dos pais dos contraentes. Falta de prova, ademais, da publicação dos editais. Motivos irrelevantes. Assento lavrado *ad probationem* e não *ad solemnitatem*. Carência de ação decretada no saneador. Decisão confirmada. (RT334/142)

A omissão, no assento que se lavrou do matrimônio, do *regime de bens* adotado na escritura pública antenupcial não significa a revogação desta. (STF, RT201/581)

Jurisdição voluntária. Retificação do registro de casamento. Acréscimo do patronímico do cônjuge após o matrimônio. Impossibilidade. O acréscimo do patronímico do nubente deve ser feito logo depois de celebrado o matrimônio. Inteligência dos arts. 1.536 e 1.565 do Código Civil e art. 70 da Lei de Registros Públicos. Recurso conhecido e provido. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.08.100468-1/001, rel. Albergaria Costa, j. 19.03.2009)

Art. 1.537.0 instrumento da autorização para casar transcrever-se-á integralmente na escritura antenupcial.

CC/1916: art. 196.

O artigo determina que o instrumento de consentimento dos pais para que seus filhos menores possam se casar seja transcrito integralmente na escritura antenupcial. O pacto antenupcial é, como visto, o instrumento por meio do qual os nubentes escolhem um regime matrimonial de bens, quando outro não for imposto pela lei. A eficácia desse pacto, entretanto, dependerá de aprovação do representante legal quando os nubentes forem menores de dezoito anos e maiores de dezesseis (v. comentário ao art. 1.654). Os menores que receberam autorização de seus pais ou de seus representantes para se casar podem convolar núpcias sem celebrar pacto antenupcial, casando-se pelo regime da comunhão parcial de bens. Já aqueles que receberam o suprimento judicial para se casar, necessariamente, devem fazê-lo pelo regime da separação obrigatória de bens, nos termos do art. 1.641, III (v. comentários aos arts. 1.517 e 1.641). O pacto produzirá efeitos perante terceiros quando a escritura antenupcial for registrada no cartório de registro de imóveis, como determina o art. 1.657 (v. comentário), e da autorização nele obrigatoriamente transcrita - que deu validade ao casamento - terão todos pleno conhecimento. Mais adequado seria que a autorização fosse transcrita no assento de casamento.

Art. 1.538. A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes:

I - recusar a solene afirmação da sua vontade;

II - declarar que esta não é livre e espontânea;

III - manifestar-se arrependido.

Parágrafo único. O nubente que, por algum dos fatos mencionados neste artigo, der causa à suspensão do ato, não será admitido a retratar-se no mesmo dia.

CC/1916: art. 197.

Como já salientado em comentários ao art. 1.535, no momento da celebração do casamento os nubentes deverão afirmar que pretendem casar-se por livre e espontânea vontade. Com o fim de preservar a inteireza da vontade do nubente é que a lei estabelece situações em que a celebração do casamento deverá ser suspensa. O rol não é taxativo, pois, quando houver a oposição séria de impedimento no momento da celebração ou a revogação do consentimento dos pais, tutores ou curadores, a celebração também será suspensa. A recusa à vontade de se casar do nubente (inciso I) é causa óbvia da paralisação da celebração do casamento, pois sem o seu consentimento não pode haver casamento. A vontade do nubente, por determinação legal (art. 1.535), deve ser livre e espontânea. A ausência de completa liberdade do querer casar-se e a vontade viciada, sujeita a constrangimentos, impõem a suspensão da celebração e impedem a consumação do casamento (inciso II). A retratação ao consentimento, antes da consumação do casamento com declaração do celebrante (art. 1.535, v. comentário), também é causa de suspensão da celebração (inciso III). Já o arrependimento posterior a essa declaração é ineficaz. O silêncio e a hesitação do nubente também implicam a suspensão do casamento. A anuência do nubente deve ser clara e convicta. O casamento repousa substancialmente no acordo de vontades. Consequentemente, verificado o constrangimento por parte de um dos nubentes, susta-se de plano o ato (BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. São Paulo, Saraiva, 1994, v. II). Ocorrendo a suspensão do casamento por qualquer dos motivos enumerados neste artigo, o nubente não poderá se retratar no mesmo dia, ainda que sustente tratar-se de pilhéria (parágrafo único do artigo). A cerimônia nupcial é formal e solene, não admitindo arrependimento, gracejo, subterfúgio nem dubitação volitiva (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. V). A celebração poderá, contudo, ocorrer no dia seguinte. As formalidades anteriores praticadas poderão ser aproveitadas se o certificado de habilitação estiver válido, ou, estando vencido, a celebração prosseguir no dia seguinte imediato ao da suspensão.

Art. 1.539. No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever.

§ 1º A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro *ad hoc* nomeado pelo presidente do ato.

§ 2º O termo avulso, lavrado pelo oficial *ad hoc*, será registrado no respectivo registro dentro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado.

CC/1916: art. 198.

O artigo dispõe sobre como deve ser celebrado o casamento quando algum dos nubentes estiver acometido de moléstia grave, que o impeça de locomover-se ou aguardar a data da celebração futura. Determina a lei que nesse caso o celebrante e o oficial se dirijam à sua casa ou onde estiver (p. ex., hospital), mesmo no período noturno, para realizar o ato nupcial. O casamento nessa hipótese pressupõe o cumprimento das formalidades preliminares, com a expedição do respectivo certificado de habilitação, e exige que seja celebrado na presença de duas testemunhas que saibam ler e escrever. A urgência para a celebração, em razão da gravidade da enfermidade, será analisada pela autoridade celebrante competente, que poderá dispensar a prova técnica da gravidade diante do perceptível estado de doença do nubente. “Moléstia grave deve ser reputada àquela que inviabilize a locomoção ou remoção do paciente sem risco de agravamento de seu quadro e que é capaz de levá-lo à morte em tempo breve. Ser a doença capaz de levar à morte em tempo breve não significa que, necessariamente, seja necessário atestar que tal fato virá, fatalmente, a acontecer em dado prazo. Basta a potencialidade, dada a gravidade da moléstia, aliada à impossibilidade de locomoção sem riscos. Não significa, necessariamente, morte iminente, que pode ter lugar a qualquer instante; sem embargo, exige-se risco efetivo de morte em virtude de doença. Se a doença do nubente vier a se prolongar por longo tempo, ou se ele vier a convalescer, tal fato não invalida o casamento celebrado na circunstância descrita no artigo em tela, nem exige a ulterior prática de formalidades adicionais” (FACHIN, Luiz Edson. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV).

Portanto, a situação grave e urgente tratada neste artigo é a que *não* põe em risco imediato a vida dos nubentes, sendo necessário que eles providenciem o processo de habilitação. A que coloca em risco imediato a vida dos nubentes, tratada no artigo seguinte (art. 1.540), dispensa essas formalidades preliminares.

Se a autoridade competente estiver impossibilitada de atender ao chamado, o casamento será celebrado por seu substituto legal, que nomeará um oficial *ad hoc*, para o caso de o oficial do registro civil também não comparecer (§ 1º). Esse oficial *ad hoc* deverá lavrar termo avulso, que será levado a assento no registro em cinco dias, após assinado por duas testemunhas deste ato (registro) (§ 2º). Quando presente o oficial do registro, este será efetivado ao final da celebração.

Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.

CC/1916: art. 199.

Este artigo dispõe sobre o casamento nuncupativo ou *in extremis vitae momentis*, que é aquele que se realiza quando um dos contraentes se acha em iminente perigo de vida, não havendo tempo para que sejam cumpridas as formalidades preliminares exigidas para a celebração do casamento, dispensando, inclusive, a presença do celebrante e a do oficial do registro civil. É outra modalidade do casamento realizado em regime de urgência (a primeira é a prevista no artigo antecedente) e terá lugar não só em casos de doença em fase terminal, mas pode ser efetivado em situações como catástrofes, acidentes, crimes contra a vida e outras hipóteses em que um dos nubentes esteja agonizante e pretenda casar-se antes de falecer (Fachin, Luiz Edson. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV).

O casamento nuncupativo tem como principal característica a dispensa das formalidades exigidas pelos arts. 1.533 e seguintes deste Código. É celebrado pelos próprios nubentes, na presença de seis testemunhas, quando a autoridade competente não puder presidir o ato nupcial. Para a validade do casamento e visando a afastar eventual suspeita de que esteja sendo forjado pelos nubentes, determina a lei que as testemunhas que presenciem o ato - ao contrário do casamento celebrado com as formalidades normais - não sejam, obrigatoriamente, ascendentes, descendentes ou irmãos dos nubentes. No momento da celebração, os nubentes declaram, de viva voz, na presença dessas testemunhas, que livre e espontaneamente querem receber-se por marido e mulher. Essa espécie de casamento exige a ratificação posterior, na forma determinada no artigo seguinte.

Jurisprudência: Casamento nuncupativo. Pedido de homologação. Indeferimento. Requisitos legais não preenchidos. Arts. 1.540 e 1.541 do CC. Urgência não constatada. Ausência de todas as testemunhas no ato. Assinaturas não coincidentes de duas testemunhas. Declarações posteriores fora do prazo. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 504.155.4/6-00/São Vicente, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Silvio Marques Neto, j. 05.11.2008, *DJESP* 14.11.2008)

Habilitação para casamento. Nubente em risco de vida. I - É exigida a apresentação dos documentos elencados no art. 180 do CCB por ambos os nubentes, ainda que um deles esteja em iminente risco de vida, consoante interpretação do art. 199, *caput*, do CCB, pois tal apresentação constitui manifestação prévia da vontade dos nubentes em contrair matrimônio, que não pode ser suprimida. II - Apelo improvido (TJDF, Ap. cível n. 2001.01.1.099968-0, rel. Des. Vera Andrichi, *DJU* 25.09.2002). (*RBDFam* 15/119)

Casamento nuncupativo. Registro. Admissibilidade. Prévia habilitação do casal para as núpcias, com proclamas publicados e data marcada. Celebração *in extremis* na presença de seis testemunhas. Declaração espontânea do desejo de se receberem por marido e mulher. Requisitos legais preenchidos. Validade do ato. Efetivação do registro determinada. Art. 76, § 5º, da Lei federal n. 6.015, de 1973. Recurso provido. (*JTJ* 226/21)

Casamento nuncupativo. Inocorrência. Iminente risco de vida. Simples vontade de casar manifestada pela nubente, anterior ao seu falecimento. Circunstância que não torna válido o matrimônio *in articulo mortis*, se não houve a declaração dos contraentes, por marido e mulher, na presença de seis testemunhas. (*RT* 798/385)

Casamento nuncupativo. Homologação. Não realização do ato face ao óbito do noivo. Intenção não concretizada que não pode ser suprida pelo aplicador da lei. Obrigatoriedade da realização do ato para a conseqüente homologação pretendida. Impossibilidade. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 105.992-4/SP, 7ª Câm. de Direito Privado, rel. Salles de Toledo, j. 16.06.1999, v.u.)

Nubentes habilitados ao casamento. Morte de um deles. Pedido de formalização de casamento *post mortem*. Impossibilidade jurídica. Petição inicial indeferida. Apelação improvida. (TJSP, Ap. cível n. 80.205-4/6, rel. Des. Roberto Stucchi, j. 25.05.1999)

Casamento nuncupativo. Homologação. Admissibilidade. Prévia habilitação do casal para as núpcias civis. União estável por vinte anos. Doença grave e morte do varão após as núpcias religiosas. Ato existente e eficaz. Jurisdição voluntária, a permitir juízo de equidade. Recurso provido. (JTJ 200/23)

Casamento nuncupativo. Iminente risco de vida. Nubente que veio a falecer. Pedido de lavratura do assento matrimonial. Necessidade de terem os contraentes manifestado o propósito de se casarem perante seis testemunhas desimpedidas. Formalidade, entretanto, não cumprida. Aplicação dos arts. 199 e 200 do CC. (RT 647/89)

Casamento nuncupativo. Descaracterização. Vontade manifestada pelo casal antes do falecimento do nubente, além da existência de processo de habilitação em curso à época da morte. Insuficiência. Ausência dos pressupostos previstos nos arts. 1.540 e 1.541 do CC/2002. (RT841/338)

Art. 1.541. Realizado o casamento, devem as testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro em dez dias, pedindo que lhes tome por termo a declaração de:

I - que foram convocadas por parte do enfermo;

II - que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo;

III - que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher.

§ 1º Autuado o pedido e tomadas as declarações, o juiz procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado, na forma ordinária, ouvidos os interessados que o requererem, dentro em quinze dias.

§ 2º Verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes.

§ 3º Se da decisão não se tiver recorrido, ou se ela passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz mandará registrá-la no livro do Registro dos Casamentos.

§ 4º O assento assim lavrado retrotrairá os efeitos do casamento, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração.

§ 5º Serão dispensadas as formalidades deste e do artigo antecedente, se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro.

CC/1916: art. 200.

Este artigo estabelece as formalidades que deverão ser observadas após a celebração do casamento nuncupativo, visando à sua existência jurídica, com o registro no cartório competente, sem o qual não produzirá efeitos.

As seis testemunhas que presenciaram o ato nupcial deverão comparecer, no prazo de dez dias após a realização do ato, perante a autoridade judicial mais próxima pedindo para que sejam tomadas por termo suas declarações de que foram convocadas por parte do enfermo (pessoalmente ou por terceiro que atenda à sua vontade) - ou pelas vítimas referidas nos exemplos citados no artigo antecedente -, de que este realmente aparentava estar correndo perigo de vida, mas em seu juízo perfeito, e de que, de viva voz, aceitaram os nubentes (o que não estiver em iminente risco

de vida poderá fazer-se representar - conforme o art. 1.542, § 2º, quando não poderá estar representado por procurador), conscientemente, receber-se por marido e mulher (incisos I, II e III).

O pedido será autuado, sendo, a seguir, ouvidas as testemunhas, que se não comparecerem no prazo antes referido poderão ser intimadas, a pedido de pessoa que demonstrar efetivo interesse. Se for declarada ineficaz a celebração, por inércia das testemunhas, responderão elas civilmente pelos danos morais e patrimoniais que eventualmente vierem a causar aos nubentes.

Competirá ao juiz, após a oitiva do Ministério Público, verificar a inexistência de impedimento dos nubentes para o casamento (§ 1º). Para tanto, o juiz ordenará a apresentação dos documentos exigidos pelo art. 1.525, determinando, na seqüência, que seja expedido edital, para conhecimento de terceiros, a fim de que possam arguir impedimentos e ofertar impugnações. Verificada a ausência de óbices legais, até mesmo após a oitiva de interessados que o requererem, a autoridade judicial decidirá, cabendo contra essa sentença o recurso de apelação (§ 2º), que deverá ser recebido em seu duplo efeito. Transitada em julgado a decisão, será ela registrada no livro do Registro de Casamentos (§ 3º). Os efeitos do casamento retroagirão à data da celebração (*ex tunc*) (§ 4º).

Consoante ensina Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil* - direito de família. São Paulo, Saraiva, 1994, v. II), recomenda-se nesses processos a maior cautela, porque, por meio de casamento nuncupativo forjado por aventureiros audazes, despojam-se os sucessores do enfermo de seus legítimos direitos hereditários. Para Silvio Rodrigues (*Direito civil* - direito de família. São Paulo, Saraiva, 1988, v. VI), o casamento nuncupativo constitui porta aberta à fraude e à simulação e visa a proteger interesses meramente individuais que os próprios interessados, por mais das vezes, negligenciaram em defender.

Por fim, o § 5º do artigo ora comentado estabelece que, convalescendo o nubente enfermo a ponto de poder ratificar pessoalmente o casamento perante a autoridade celebrante e o oficial do registro, ficarão dispensadas as formalidades deste artigo e do antecedente, que exigem a intervenção judicial. A ratificação será levada a termo no livro do Registro de Casamentos, devendo ser assinada também pelo outro cônjuge e por duas testemunhas. Os cônjuges deverão também exhibir os documentos exigidos no art. 1.525 e o certificado de que trata o art. 1.531, comprobatório da inexistência de impedimentos. A ratificação deste parágrafo só será necessária se o enfermo convalescer antes de efetuado o registro.

Jurisprudência: Casamento nuncupativo. Pedido de homologação. Indeferimento. Requisitos legais não preenchidos. Arts. 1.540 e 1.541 do CC. Urgência não constatada. Ausência de todas as testemunhas no ato. Assinaturas não coincidentes de duas testemunhas. Declarações posteriores fora do prazo. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 504.155.4/6-00/São Vicente, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Silvio Marques Neto, j. 05.11.2008, *DJESP* 14.11.2008)

Casamento nuncupativo. Iminente risco de vida. Nubente que veio a falecer. Pedido de lavratura do assento matrimonial. Necessidade de terem os contraentes manifestado o propósito de se casarem perante seis testemunhas desimpedidas. Formalidade, entretanto, não cumprida. Aplicação dos arts. 199 e 200 do CC. (RT 647/89)

Casamento nuncupativo. Descaracterização. Vontade manifestada pelo casal antes do falecimento do nubente, além da existência de processo de habilitação em curso à época da morte. Insuficiência. Ausência dos pressupostos previstos nos arts. 1.540 e 1.541 do CC/2002. (RT 841/338)

Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.

§ 1º A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos.

§ 2º O nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo.

§ 3º A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias.

§ 4º Só por instrumento público se poderá revogar o mandato.

CC/1916: art. 201.

A lei autoriza o casamento por procuração quando um dos nubentes (ou ambos) estiver impedido de fazer-se presente ao ato nupcial (p. ex., exerce trabalho no exterior; reside em local diverso do outro etc.). Para tanto, ele poderá outorgar poderes para que terceiro o represente e receba o contraente.

Tendo em vista a solenidade do ato, a lei determina que a procuração seja lavrada por instrumento público e que contenha poderes especiais (*caput*) para os fins concedidos, ou seja, para comparecer em seu lugar e receber, em seu nome, o outro contraente, cujo nome também estará indicado no instrumento, que terá eficácia por noventa dias (§ 3º).

A procuração deverá mencionar ainda o regime de bens escolhido pelos nubentes e não poderá ser outorgada por ambos os nubentes ao mesmo procurador, para que cada um defenda os interesses de seu constituinte. O casamento por procuração não dispensa a cerimônia pública (art. 1.535). Mas, se celebrado com procuração vencida, é anulável, porque há a possibilidade de o mandante providenciar a sua renovação e convalidar o casamento.

A procuração poderá ser revogada até o momento da celebração do ato nupcial e essa revogação só poderá ocorrer se for por instrumento público (§ 4º). A revogação do mandato não precisa chegar ao conhecimento do mandatário para produzir efeitos. Contudo, o mandante deverá cientificar o mandatário e o outro contraente da revogação, porquanto, celebrado o casamento sem que eles tenham ciência desta revogação, responderá o mandante, comprovada sua culpa, por perdas e danos que vier a causar a ambos, inclusive de natureza extrapatrimonial (§ 1º).

O casamento realizado por intermédio de instrumento de mandato revogado sem o conhecimento dos interessados - o que pressupõe a boa-fé do mandatário - é anulável, desde que não sobrevenha coabitação entre os cônjuges, pois nessa hipótese o casamento estaria convalidado (v. comentário ao art. 1.550, V). Já o casamento realizado após a extinção do mandato em razão da morte do mandante é considerado ato inexistente, por ausência de consentimento válido, não tendo aplicação ao direito de família o disposto no art. 689 deste Código, mas apenas ao direito obrigacional.

Conforme afirmado no artigo antecedente, o nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo (§ 2º).

O art. 7º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil autoriza qualquer estrangeiro a se casar por procuração no Brasil, mesmo que sua lei nacional nada diga a respeito ou contenha disposição em sentido diverso.

CAPÍTULO VII DAS PROVAS DO CASAMENTO

Art. 1.543. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.

Parágrafo único. Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova.

CC/1916: art. 202.

A relevância dos efeitos decorrentes do casamento exige a demonstração rigorosa de sua existência. O sistema instituído por nossa lei civil para comprovar a existência do casamento é o da prova pré-constituída. A prova direta, primária ou ordinária, e específica do casamento é a certidão do registro. Porque o casamento é um ato solene, deve ser lavrado seu assento no livro de registro de casamento (v. comentário ao art. 1.536), do qual se extrairá a certidão, que constitui verdadeira cópia do ato lavrado. Essa certidão faz presumir a veracidade do ato nupcial, que vigorará até prova em contrário.

Autoriza ainda o parágrafo único do artigo ora comentado que, no caso de perda ou extravio do registro civil (não da certidão) - desaparecimento, destruição ou incêndio do livro de registros ou do cartório -, ou mesmo no de ausência da inscrição no registro, o casamento seja comprovado por qualquer outro meio de prova. Trata-se da prova supletória ou extraordinária. Essa prova subsidiária poderá ser feita por testemunhas (como as do ato nupcial) e por documentos, que podem ser a carteira de trabalho, o passaporte, a averbação feita em registro de nascimento, a certidão dos proclamas, a carteira de identidade, a habilitação de motorista, por exemplo.

O processo de justificação judicial terá duas fases. Na primeira, deverá ser comprovado o fato que ocasionou a perda ou falta do registro. Na segunda, se superada com êxito a primeira, a existência do casamento. A sentença declaratória da existência do casamento retroagirá até a data da celebração (art. 1.546). Na falta de registro ou de outro documento hábil, o casamento poderá ser comprovado, indiretamente, pela posse do estado de casados, tratada no art. 1.545, para cujo comentário remete-se o leitor.

Jurisprudência: Embargos de terceiro. Casamento. Ato formal e solene que se prova através de certidão. Inaplicabilidade das disposições contidas no art. 655, § 2º, do Código de Processo Civil. Recurso Improvido. (TJSP, Embargos de Terceiro n. 714.808.0/1-00/Itanhaém, 20ª Câm. de Direito Privado, rel. Luís Fernando Balieiro Lodi, j. 13.10.2008, *DJE5P* 30.10.2008)

Divórcio. Comprovação do casamento por meio de certidão de nascimento do autor contendo averbação do seu casamento com a ré. Averbação que veio aos autos através de documento autenticado, ou seja, revestido de fé pública, e que nenhuma das partes lançou sobre ele qualquer suspeita ou impugnação. Aplicação do parágrafo único do art. 202 do Código Civil. Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova do casamento. (TJSP, Ap. cível n. 50.360.4/8-00, rel. Des. Brenno Marcondes, j. 12.08.1997)

Casamento. Prova. Celebração no exterior. Ausência de documentos relativos ao registro. Demonstração por provas diretas ou presunção legal. Admissibilidade. Reconhecimento do vínculo a fim de se estabelecer obrigação alimentar. Inteligência dos arts. 202 e 204 do CCART 622/79)

Casamento religioso. Efeitos civis. Registro. Decurso do prazo. Impossibilidade. Decorrido o prazo legal para o registro em cartório do casamento religioso, precedido de habilitação legal, para que sejam atribuídos efeitos civis ao matrimônio deve ser realizada nova habilitação. Temerário se admitir que o casamento religioso produza efeitos civis retroativos à data da celebração, após o decurso de mais de quinze anos, período durante o qual podem ter sido praticados atos jurídicos influenciados pelo estado civil. Falecido um dos cônjuges,

tornando inviável a habilitação, o registro civil do casamento religioso, somente será possível se justificada a sua falta no momento oportuno, na forma do art. 1.543, parágrafo único, do CC/2002, comprovando-se, ainda, a inexistência de impedimentos para a declaração do casamento. Recurso provido (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.08.245324-2/001, 7ª Câm. Cível, rel. Heloisa Combat, *DJ*22.05.2009). (*RBDFS* 12/156)

Art. 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

CC/1916: art. 204.

Dispõe o presente artigo sobre a prova do casamento celebrado fora do Brasil. O casamento de brasileiro celebrado no exterior poderá ocorrer perante as autoridades estrangeiras ou perante o cônsul brasileiro do local de residência. O casamento poderá ser realizado conforme a lei brasileira, nesse caso perante as autoridades consulares, ou segundo a lei estrangeira.

Prova-se o casamento realizado no exterior também pela certidão do registro. Realizado o casamento perante o agente consular (art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil), ele será provado por certidão do assento no registro do consulado, devendo ser ela registrada no Brasil no prazo de cento e oitenta dias a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao país, sob pena de recair sobre eles a obrigação de se habilitarem novamente, desta vez perante a autoridade nacional competente. O registro será feito no cartório do domicílio dos nubentes ou, se não tiverem domicílio certo, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

Já o casamento celebrado perante a autoridade estrangeira, embora omissa o Código a respeito da prova de sua existência, provar-se-á de acordo com a lei do país onde tenha sido celebrado (princípio de direito internacional privado *locus regit actum* ou *lex loci regit actum*), por força do disposto no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a lei do país onde está domiciliada a pessoa é que determina as regras gerais sobre o direito de família. Para que o documento estrangeiro possa produzir efeitos no Brasil, deverá ser autenticado pelo cônsul brasileiro do lugar, cuja assinatura será reconhecida no Ministério das Relações Exteriores ou nas repartições fiscais da União. Será dispensada essa formalidade se, além de não contar o Brasil com representação diplomática no lugar em que foi celebrado o matrimônio, este se acha corroborado por vários elementos probatórios (BARROS MONTKIRO, Washington de. *Curso de direito civil* - direito de família. São Paulo, Saraiva, 1994, v. II). Para validade no Brasil, determina a Lei de Registros Públicos que seja a certidão do registro devidamente traduzida e autenticada pelo agente consular brasileiro, averbada no registro civil.

Jurisprudência: Registro público. Casamento no exterior. Brasileiros. Assento. Transcrição. Eficácia. Certidão. Retificação. Dados. Acréscimo. Inviabilidade. O traslado, no cartório de registro civil nacional competente, do assento de casamento de brasileiros, contraído no exterior, perante autoridade estrangeira, destina-se a dar-lhe eficácia no Brasil, sendo inviável o acréscimo de dados não existentes no ato originário, porque submetido ao princípio *locus regit actum*. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.04.449963-0/001, rel. Almeida Melo, j. 17.03.2005, *DJEMG* 27.04.2005)

Casamento realizado no estrangeiro. Matrimônio subsequente no país, sem prévio divórcio. Anulação. O casamento realizado no estrangeiro é válido no país, tenha ou não sido aqui registrado, e por isso impede novo matrimônio, salvo se desfeito o anterior. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 280.197/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 11.06.2002, *DJU*05.08.2002)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 440.443/RS, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 26.05.2003 e TJSC, Ap. cível n. 99.010.684-5, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 22.02.2000.

Casamento. Realização no exterior. Averbação do ato na certidão de nascimento da cônjuge. Fato suficiente para tornar válido o matrimônio no Brasil. Desnecessidade de se fazer o registro em cartório de seu atual domicílio. Intenção do legislador que é dar publicidade e formalidade ao ato. Inteligência do art. 32, §1º, da Lei n. 6.015/73. (*RT* 846/258)

Casamento. Prova. Celebração no exterior. Ausência de documentos relativos ao registro. Demonstração por provas diretas ou presunção legal. Admissibilidade. Reconhecimento do vínculo a fim de se estabelecer obrigação alimentar. Inteligência dos arts. 202 e 204 do CC. (*RT* 622/79)

Família. Apelação. Ação anulatória de transcrição em cartório brasileiro de casamento celebrado no exterior. Decisão judicial anterior de dissolução de união estável entre as mesmas partes. Irrelevância. Recurso improvido. O casamento entre brasileiros celebrado no exterior produz efeitos no território nacional mesmo que averbado após o prazo de 180 dias previsto no art. 1.544 do CC/02, porquanto o traslado da referida certidão para o cartório brasileiro destina-se apenas a fazer prova de sua celebração, não interferindo em sua validade e eficácia no âmbito do território nacional. Assim, faz-se irrelevante a prévia existência de decisão judicial transitada em julgado em que foi dissolvida a união estável entre as mesmas partes, pois, em havendo casamento, o vínculo conjugal só poderia ser rompido mediante divórcio. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.07.506350-3/002, rel. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 15.10.2009)

Art. 1.545. O casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado.

CC/1916: art. 203.

O presente artigo trata da posse do estado de casados. A posse, como sabido, é a situação de fato e, quando ela se refere à convivência de um casal como marido e mulher, exterioriza o casamento. Washington de Barros Monteiro conceitua a posse do estado de casados como a situação de duas pessoas que sempre se comportaram, privada e publicamente, como marido e mulher, que sempre se encontraram no gozo recíproco da situação de esposos; como tais se apresentaram perante a sociedade e no círculo familiar; consideram-nos todos como marido e mulher (*Curso de direito civil* - direito de família. São Paulo, Saraiva, 1994, v. II).

A posse do estado de casados compreende os seguintes elementos: *nomem*, que significa a utilização por um dos companheiros do patronímico do outro; *tractatus*, que consiste no tratamento recíproco de ambos como se casados fossem; e, finalmente, *fama*, que implica o reconhecimento geral, por parte da sociedade, da condição de cônjuges.

A posse do estado de casados é prova indireta do casamento, como afirmado em comentário ao art. 1.543. E o que o artigo visa a evitar é que o casamento provado dessa forma, cujos

cônjuges faleceram, ou, se vivos, não conseguem manifestar vontade, seja contestado quando em prejuízo de prole comum. Contudo, a norma, que buscava ver cessada a discriminação nas relações de filiação (distinção entre filhos legítimos e ilegítimos), vinculando a legitimidade ao casamento, acabou por perder a finalidade, em razão da isonomia hoje existente entre os filhos, imposta tanto pela Constituição Federal (art. 227, § 6º) como decorrente do disposto nos arts. 1.596 e 1.723 deste Código. Edson Fachin assevera que, entretanto, o artigo deve ter leitura diversa, devendo ser informada, necessariamente, pelo disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição Federal, já que a proteção da prole deve atentar para o princípio do melhor interesse da criança e não se limitar ao aspecto patrimonialista (*Código Civil comentado*, São Paulo, Atlas, 2003, v. XV).

A presunção de casamento que decorre da posse do estado de casados só pode ser afastada por rigorosa impugnação, em face da existência de casamento anterior, a ser comprovado mediante a exibição da certidão de casamento. Essa prova indireta do casamento também valerá para as pessoas que não possam manifestar vontade, como aquelas atingidas por moléstia mental, as ausentes, assim reconhecidas por sentença, e os incapazes (art. 3º), desde que representados por curador.

Jurisprudência: Anulação de escritura de compra e venda. Casamento de fato. Venda de bem imóvel sem abertura de inventário e sem consentimento de herdeiro necessário. Comprovada a posse do estado de casados e a não existência de impedimentos para a realização do ato, o casamento de fato deve ser reconhecido. Requisitos do art. 203 do CC preenchidos. (RT610/172)

Art. 1.546. Quando a prova da celebração legal do casamento resultar de processo judicial, o registro da sentença no livro do Registro Civil produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que respeita aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento.

CC/1916: art. 205.

O artigo estabelece a partir de que momento a sentença que reconhece a existência do casamento produz efeitos. Provada a celebração legal do casamento em processo judicial (ação declaratória), deverá a sentença ser registrada no livro do Registro Civil para que produza efeitos, tanto relativamente aos cônjuges quanto aos filhos. Esses efeitos decorrentes do registro da decisão retroagirão à data do casamento, não podendo, contudo, prejudicar terceiros. Como ressalta Silvio Rodrigues (*Comentários ao Código Civil* São Paulo, Saraiva, 2003, v. XVII), a regra tinha importância maior no passado que atualmente, pois a retroatividade beneficiava os filhos já nascidos, que eram legítimos desde a data de celebração. Com a superveniência da regra constitucional que estabelece igualdade entre todos os filhos (art. 227, § 6º, da CF), o artigo perdeu parte de seu alcance.

Art. 1.547. Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados.

CC/1916: art. 206.

Quando a prova sobre a existência do casamento deixar dúvidas, autoriza a lei que o julgador decida em favor do casamento. A regra do *in dubio pro matrimonio* é tratada neste arti-

go. Poderá ser aplicada quando a prova sobre a celebração do casamento se apresentar duvidosa (não convincente) ou contraditória (conflitante). Penderá sempre em favor de sua comprovação se os cônjuges vivem ou tiverem vivido na posse do estado de casados. Segundo ensina Washington de Barros Monteiro, reportando-se à lição de Clóvis Bevilacqua, esse princípio se funda em duas fortes razões: a) nas sociedades cultas, os casamentos devem ser tratados com benevolência, porque constituem o alicerce das famílias e, portanto, da própria sociedade; b) a segunda razão inspira-se na equidade, que recomenda, em caso de dúvida, se oriente o aplicador da lei pela solução mais benigna. Iníquo seria, efetivamente, que, num caso duvidoso, se preferisse solução contrária à legitimidade ou à existência do casamento (*Curso de direito civil- direito de família*. São Paulo, Saraiva, 1994, v. II). Ressalte-se, por fim, que essa regra tem aplicação limitada às questões relativas à prova do casamento, em razão da falta ou perda do registro, não tendo incidência nas questões referentes à validade ou invalidade do casamento, já que estas são tratadas pelo disposto nos arts. 1.548 a 1.564.

Jurisprudência: Casamento. Prova. Indícios e presunções suficientes para concluir-se pela sua existência. Art. 206 do Código Civil. Recurso provido. (*RJTJESP* 113/345)

CAPÍTULO VIII DA INVALIDADE DO CASAMENTO

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

- I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- II - por infringência de impedimento.

CC/1916: art. 207.

O presente artigo dá início ao capítulo do Código que trata da invalidade do casamento. O legislador manteve a distinção entre os vícios que geram a nulidade ou a anulabilidade do casamento, estabelecendo como diferença essencial entre eles a sua maior ou menor gravidade. O Código cuidou especificamente de apenas duas das espécies de casamento inválido, do nulo e do anulável, deixando de disciplinar expressamente o casamento inexistente, admitido pela doutrina.

O casamento será nulo quando celebrado sob as infrações estabelecidas pela ordem legal e por motivos fundados em interesse público. Será anulável o casamento quando realizado com observância de quaisquer das circunstâncias previstas no art. 1.550 deste Código.

As diferenças principais entre o casamento nulo e o anulável são: a) no primeiro caso, a nulidade é decretada no interesse de toda a coletividade; no segundo, a nulidade relativa tem em vista o interesse privado ou individual da vítima ou de um grupo de pessoas; b) o primeiro não gera efeito algum, o segundo pode gerar efeitos; c) o segundo é passível de ratificação e o primeiro não; d) no primeiro caso, qualquer interessado ou o Ministério Público pode alegar a nulidade do casamento; no segundo, a anulabilidade só pode ser arguida por quem tiver interesse nessa solução ou pelo Ministério Público; e, por fim, e) são imprescritíveis as ações que buscam a nulidade do casamento, porque o casamento nulo não se convalida, ao passo que o prazo decadencial estabelecido pela lei para que sejam arguidas nulidades relativas é curto.

O casamento inexistente é aquele realizado sem os requisitos exigidos pela lei, que são a diversidade de sexo, o consentimento e a celebração na forma da lei. Portanto, como se vê, a existência refere-se à presença dos elementos estruturais do negócio jurídico, não podendo, pois, ser confundida com a validade, já que esta diz respeito às qualidades desses elementos estruturais. Esse casamento não produz nenhum efeito, nem mesmo os efeitos do casamen-

to putativo. O reconhecimento da inexistência do casamento pode ocorrer a qualquer tempo, não estando sujeito a prescrição ou decadência.

Dispõe o inciso I deste artigo que será nulo o casamento contraído por “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”. Os enfermos tratados neste artigo são aqueles referidos no inciso II do art. 3º deste Código, considerados absolutamente incapazes. E, embora a lei não faça referência ao deficiente mental, ele deverá ser considerado incluído nesse dispositivo legal. Aquele que não pode compreender o ato que está praticando ou as suas conseqüências, por absoluta ausência de discernimento - permanente e duradoura não pode contrair casamento. Portanto, a lei está se referindo ao incapaz absolutamente, que não tem momentos de lucidez, esteja ele interditado ou ainda não. De outra parte, aquele que se casou quando se encontrava com reduzida capacidade de discernimento ou com discernimento parcial, ou que manifestou de forma inequívoca o seu desejo de contrair o casamento, pode ter o negócio jurídico confirmado ou convalidado a invalidade pelo decurso do prazo de 180 dias (art. 1.560,1). Nesse caso, ter-se-á o casamento anulável, previsto no art. 1.550, IV (v. comentário), e não o casamento nulo ora referido.

Será também considerado nulo o casamento realizado por infringência de impedimento (inciso II). Os impedimentos dirimentes referidos no inciso II são aqueles previstos no art. 1.521,1 a VII, para cujos comentários remete-se o leitor.

Jurisprudência: Ação de nulidade de casamento. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Suficiência da prova documental existente nos autos para a composição do litígio. Aplicação do disposto no art. 330,1, do Código de Processo Civil. Casamento nulo. Apelante, portador de anomalia psíquica permanente e sem perspectiva de cura, com decreto de interdição expedido em seu desfavor. Invalidade do casamento. Incidência do disposto no art. 1.548,1, do Código Civil. Sentença mantida. Apelo improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 583.978.4/0-00/Presidente Venceslau, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Donegá Morandini, j. 11.11.2008, *DJESP* 19.11.2008)

Apelações cíveis. Nulidade de casamento. Sentença de procedência. Casamento celebrado apesar de um dos contraentes ter sido interditado anteriormente com a declaração de sua incapacidade absoluta para os atos da vida civil. Configurada a nulidade absoluta do ato. Inteligência do art. 1.548, I, do Código Civil. Sucumbência inalterada. Recursos improvidos. (TJSP, Ap. com revisão n. 557.520.4/5-00/Patrocínio Paulista, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Oldemar Azevedo, j. 15.10.2008, *DJESP* 28.11.2008)

Nulidade de casamento. Celebração com infringência de impedimento expresso em norma. Nulidade absoluta. Tendo sido o casamento celebrado com infringência de impedimento expresso no art. 1.521 do CC/2002, posto que um dos contraentes ainda se encontrava casado, a decretação da nulidade do ato se impõe em observância ao disposto no art. 1.548, do mesmo diploma. (TJMG, Ap. cível n. 1.0701.03.052335-4/001, rel. Edilson Fernandes, j. 22.02.2005, *DJEMG* 11.03.2005)

Casamento realizado no estrangeiro. Matrimônio subsequente no país, sem prévio divórcio. Anulação. (STJ, REsp n. 280.197/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 11.06.2002)

Ação de anulação. Casamento. Admissibilidade se demonstradas, substancialmente, a bigamia e a boa-fé da autora. (RT755/333)

Ação de nulidade. Casamento com pessoa desquitada. Infringência do art. 183, VI, do Código Civil comprovada. Casamento contraído de boa-fé. Aplicação do art. 221 do Código

Civil. Decretação da nulidade do ato, com fundamento no art. 207 do Código Civil. Ação julgada procedente. Recurso, de ofício, não provido. (*JTJ* 239/44 ou *RT* 788/236)

Casamento. Estrangeiros casados no país de origem. Adoção da nacionalidade brasileira. Celebração de novo casamento no Brasil pelo regime da comunhão. Nulidade. Código Civil, art. 183, VI. Regime de bens de estrangeiros naturalizados. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 7º, § 5º. Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal e comunicação dos autos. Recurso improvido. (*JTJ* 245/29)

Casamento. Nulidade. Bigamia. Contraentes que tinham pleno conhecimento da eficácia do primeiro casamento. Putatividade afastada. Art. 207 do Código Civil. Ação procedente. Recurso não provido. (*JTJ* 200/20)

Casamento. Anulação. Bigamia. Aptidão atual para novo casamento. Irrelevância. Contraentes que estavam impedidos quando do segundo vínculo. Arts. 183, VI, 207 e 209, do Código Civil. Ação procedente. Sentença confirmada. (*JTJ* 161/10)

Habilitação para casamento. Casal de deficientes auditivos. Autora interditada devido a retardo mental moderado. Inteligência do art. 1.548 do CCB. Não vinga a pretensão de habilitação para casamento da nubente que foi interditada, já que não apresenta capacidade de discernimento para os atos da vida civil. Deram provimento ao apelo. (TJRS, Ap. cível n. 70.026.942.995, 8ª Câm. Cível, rel. Alzir Felipe Schmitz, j. 29.012009)

Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

CC/1916: art. 208, parágrafo único.

Como já afirmado em comentários ao artigo antecedente, a nulidade do casamento sempre será decretada no interesse de toda a coletividade. Isso porque o vínculo está envolvido em um princípio dirimente público absoluto. Em razão da inércia da jurisdição (art. 2º do CPC) e da ausência de poder das nulidades para atuarem de pleno direito, a declaração de nulidade do casamento realizado com os vícios insanáveis referidos nos incisos do art. 1.548 deverá ser pleiteada no Poder Judiciário, conferindo o presente dispositivo legal legitimidade ativa tanto a qualquer interessado como ao Ministério Público. O primeiro terá legitimidade para a ação quando, por motivos de ordem privada, manifestar seu interesse - econômico ou moral - na declaração de nulidade do ato jurídico. Poderá a ação ser proposta, nessa hipótese, pelo próprio participante do ato, por seus ascendentes, descendentes, irmãos, cunhados, por herdeiros necessários, pelos tutores e curadores, pelos credores dos cônjuges e pelos adquirentes de seus bens, bem como pela companheira, segundo seus interesses morais ou econômicos. Também o cônjuge sobrevivente terá legitimidade para a ação de nulidade, para excluir os efeitos do casamento, inclusive quanto aos bens. Até mesmo o cônjuge que agiu de má-fé (p. ex., o bigamo) pode, fundado em interesse exclusivamente moral, pleitear a nulidade de seu casamento. Quando a ação se assentar em motivos de ordem pública, como ofensa a princípios que envolvam a natureza jurídica constitutiva da família, protegida pela Constituição Federal, poderá ser ajuizada pelo Ministério Público, guardião dos interesses dos incapazes e fiscal da lei. A nulidade do casamento só pode ser declarada em ação específica e não incidentalmente, como as nulidades em geral. Essa ação de nulidade é imprescritível, porque o ato nulo não se convalida. É ação de estado e versa sobre direitos indisponíveis, motivos

pelos quais tem incidência o disposto nos arts. 82 a 84, no parágrafo único do art. 302 e no inciso II do art. 320, todos do Código de Processo Civil.

Jurisprudência: Ação de nulidade de casamento. Pedido de antecipação de tutela. Sustação do pagamento de pensão previdenciária. Legitimidade ativa. 1 - Descabe determinar a suspensão do recebimento de benefício junto ao INSS, a ser prestado à viúva, pelo fato de estar sendo pleiteada a anulação do casamento, ainda que possam ser ponderáveis os motivos. 2 - Somente é cabível a antecipação de tutela quando se evidenciar muito provável o resultado pretendido pela parte e, ainda, quando há abuso do direito de defesa e não há risco de irreversibilidade do provimento antecipado. Inteligência do art. 273 do CPC. 3 - Ação de anulação de casamento pode ser proposta por qualquer interessado ou pelo Ministério Público. Inteligência do art. 1.549 do CC. Recurso provido em parte, (segredo de justiça). (TJRS, AI n. 70.020.668.042, 7ª Câm. Cível, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 10.10.2007, DJ 19.10.2007)

Casamento. Bigamia. Nulidade. A morte do bigamo não impede a propositura da ação de nulidade do casamento pelas pessoas referidas no parágrafo único, inciso I, do art. 208, do Código Civil. (JfJ188/15)

Art. 1.550. É anulável o casamento:

- I - de quem não completou a idade mínima para casar;
- II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
- III — por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;
- IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;
- V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;
- VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

CC/1916: arts. 208, *caput*, e 209.

O artigo enumera os casos em que o casamento pode ser anulado por decisão judicial.

No inciso I, tem-se como causa da nulidade a inobservância da idade legal mínima para o casamento. Como já salientado em comentários ao art. 1.517, a lei exige a idade mínima de dezesseis anos para que se possa contrair o casamento. Aos dezesseis anos a pessoa atinge a idade núbil. Antes dessa idade, o casamento só será autorizado diante das situações excepcionais tratadas no art. 1.520 (v. comentário). A lei exige que a pessoa tenha atingido a maioridade (18 anos) para que possa casar-se sem a autorização dos pais ou representantes legais. Os nubentes dependerão de autorização de seus responsáveis, portanto, durante o período de dois anos que medeia os dezesseis e os dezoito anos (inciso II). O casamento contraído por menor de dezesseis anos ou por aquele que atingiu a idade núbil sem autorização é anulável (incisos I e II). Sobre a anulabilidade do casamento por defeito de idade, remete-se o leitor aos comentários dos arts. 1.517, 1.519, 1.520, 1.551, 1.552, 1.553, 1.555 e 1.560, § 1º.

O inciso III do artigo refere-se à anulabilidade do casamento por vício de vontade, seja decorrente de erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, seja em virtude de coação. A anulação do casamento por vício de vontade é minuciosamente tratada em comentários aos arts. 1.556, 1.557 e 1.558, para os quais remete-se o leitor.

Também será anulado o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento (inciso IV). Consoante afirmado em comentários ao inciso I do art. 1.548, será *nulo* o casamento daquele que não pôde compreender o ato que praticou ou as suas conseqüências, por permanente e duradoura ausência de discernimento. Agora a lei define como *anulável* o casamento daquele que, gozando de momentos de lucidez, o realizou quando se encontrava com reduzida capacidade de discernimento ou com discernimento parcial, ou pôde manifestar, de forma inequívoca, seu desejo de contrair o casamento. Na primeira hipótese, tratada no inciso I do art. 1.548, referia-se aos absolutamente incapazes, definidos no art. 3º deste Código. Na segunda, tratada neste dispositivo, aos relativamente incapazes, mencionados no art. 4º do Código. Nos casos de incapacidade relativa, o casamento será válido desde que autorizado pelos assistentes legais do relativamente incapaz. O negócio jurídico realizado pelo relativamente incapaz poderá ser confirmado ou ter convalidado sua invalidade pelo decurso do prazo de 180 dias (art. 1.560,1). O legislador quis, a bem da verdade, tentar preservar o casamento realizado em tais circunstâncias.

O inciso V trata da anulabilidade do casamento realizado pelo mandatário quando o mandato já tenha sido revogado. Conforme já observado em comentários ao art. 1.542, a procuração conferida ao mandatário, com poderes especiais para contrair casamento, poderá ser revogada até o momento da celebração do ato nupcial e essa revogação só poderá ocorrer se for por instrumento público (§ 4º do art. 1.542). A revogação do mandato não precisa chegar ao conhecimento do mandatário para produzir efeitos. Contudo, o mandante deverá cientificar o mandatário e o outro contraente da revogação, porquanto, celebrado o casamento sem que eles tenham ciência dessa revogação, responderá o mandante, comprovada sua culpa, por perdas e danos que vier a causar a ambos, inclusive de natureza extrapatrimonial (§ 1º do mesmo artigo). O artigo ora comentado impõe que, além das conseqüências antes apontadas decorrentes do casamento realizado sem a ciência da revogação do mandato, seja ele também declarado anulado. Ou seja, o casamento realizado com a utilização de instrumento de mandato revogado sem o conhecimento dos interessados - o que pressupõe a boa-fé do mandatário - é anulável, desde que não sobrevenha coabitação entre os cônjuges, pois nessa hipótese o casamento estaria convalidado, já que a *coabitação posterior* ratifica o casamento realizado nessas condições. Confirmadas as núpcias ou decorrido o prazo de 180 dias contados da ciência do mandante da ocorrência da celebração (art. 1.560, § 2º), também ter-se-á por convalidado a invalidade.

O parágrafo único do artigo equipara a invalidade do mandato, quando esta for judicialmente decretada, à revogação. Segundo Silvio Rodrigues (*Comentários ao Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. XVII), “o preceito, de raríssima aplicação, é, de certo modo, supérfluo. Isso porque só tem legitimação para propor a ação judicial, visante a revogar a procuração, o próprio mandante, ou seu representante legal, se menor ou interdito. Ora, no primeiro caso, mais fácil ao mandante revogar o mandato, e, no caso de seu representante legal, mais conveniente ser-lhe-á denegar seu consentimento para o referido matrimônio”.

Por fim, estabelece a lei a anulabilidade do casamento quando celebrado por autoridade incompetente (inciso VI). Trata-se de incompetência *ratione loci* ou seja, em razão do lugar da celebração, ou da incompetência *ratione personarum*, em razão das pessoas dos nubentes, quanto a seus domicílios. O ato nupcial considera-se válido apenas quando celebrado por juiz do distrito em que se processou a habilitação de casamento. Já a incompetência tratada no art. 1.554 é a *ratione materiae*, como adiante se verá. A incompetência do celebrante deve ser alegada dentro do prazo decadencial de dois anos (art. 1.560, II). Decorridos, o casamento convalida do vício e não pode mais ser infirmado. Ao conferir a essa hipótese a qualidade de nulidade relativa, buscou o legislador prestigiar os interesses dos filhos e a boa-fé dos cônjuges.

Jurisprudência: Apelação cível. Casamento. Incapaz. Enfermidade mental. Nulidade absoluta ou relativa. Casamento nulo ou anulável. Prazos diferenciados. É imprescritível a ação declaratória de nulidade do casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, sendo anulável o casamento realizado por incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento, devendo ser observado, nesse caso, o prazo decadencial previsto no art. 1.560,1, do Código Civil de 2002. (TJMG, Ap. cível n. 1.0106.06.020387-9/001, rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 19.07.2007, *DJEMG* 02.08.2007)

Casamento religioso. Efeitos civis. Interdição. Se inexistente prova da incapacidade mental do varão à época da celebração do casamento religioso, válidos os efeitos civis decorrentes de posterior habilitação, máxime quando incontestado que a união perdurou por mais de trinta anos. (STJ, Ag. Reg. no Ag. n. 24.836/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 31.05.1993)

Sentença estrangeira. Homologação. Anulação de casamento. Incompetência do oficial do registro civil. Sentença proferida pela Justiça chilena, em 1984, anulatória do matrimônio contraído pela requerente, de nacionalidade chilena, celebrado naquele país, em razão da incompetência do oficial do registro civil, que funcionou no procedimento de habilitação dos nubentes. Impossibilidade de ser deferida a homologação, dado que o direito brasileiro não admite a anulação do casamento em tal caso. CC, art. 208; Lei n. 6.015/73, art. 67. (STF, Sentença estrangeira contestada n. 4.297-7/Chile, TP, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* 02.05.1997)

Casamento. Anulação. Bigamia. Aptidão atual para novo casamento. Irrelevância. Contraentes que estavam impedidos quando do segundo vínculo. Arts. 183, VI, 207 e 209 do Código Civil. Ação procedente. Sentença confirmada. (*JTJ* 161/10)

Anulação de casamento. Hipóteses excepcionais e taxativamente previstas em lei. Art. 1.550, CC. Vícios de consentimento não configurados. O fato de a mulher ser autoritária e ciumenta não caracteriza erro essencial, assim como a incompatibilidade demonstrada pelo fato de o casamento ter durado apenas 48 horas. Religião que permite relacionamento íntimo apenas depois da união que não implica coação. Correta a r. sentença de improcedência. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 6.355.454.700/Ribeirão Preto, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Maia da Cunha, j. 14.05.2009)

Ação de anulação de casamento. Erro essencial. Prazo decadencial contado da data da celebração do ato. Art. 1.560, III, Código Civil. 1 - Nos termos do art. 1.560 do Código Civil, o prazo para intentar a ação de anulação de casamento conta-se da data da celebração, sendo irrelevante, no caso, o fato de o erro essencial ter sido descoberto um ano após a realização do ato. 2 - O rol de hipóteses que autorizam a anulação de casamento é taxativo, estando contemplado no art. 1.550 do Código Civil. 3 - Decorrido o prazo decadencial, correta a sentença que extinguiu o feito com base no art. 269, IV, do Código de Processo Civil. 4 - Recurso não provido (TJDF, Ap. cível n. 2008.01.1.119996-2, 4ª T. Cível, rel. Cruz Macedo, *DJ* 23.03.2009, p.103). (*RBDFS* 11/158)

Art. 1.551. Não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez.

Já houve referência ao disposto neste artigo quando se comentou o conteúdo do art.

1.520, que trata das exceções ao casamento dos menores que ainda não atingiram a idade núbil, sendo uma delas a gravidez. Essa circunstância era, naquela hipótese, anterior ao casamento. Nesta, do artigo ora comentado, a gravidez é posterior ao casamento. Constatada a ausência de capacidade para o casamento, em razão da idade dos nubentes, sobrevindo a gravidez da menor após a sua realização, não se poderá mais anulá-lo. A finalidade do legislador neste dispositivo é a mesma da que se verifica no art. 1.520 antes referido, qual seja a proteção da prole futura, com a sua integração em família constituída. Esse motivo de relevante aspecto social se sobrepõe ao defeito de idade.

Art. 1.552. A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos será requerida:

- I - pelo próprio cônjuge menor;
- II - por seus representantes legais;
- III - por seus ascendentes.

CC/1916: art. 213.

O artigo dispõe sobre a legitimidade e o interesse para pleitear a anulação do casamento daqueles que ainda não atingiram a idade núbil. Somente as pessoas arroladas no artigo terão legitimidade para requerer a anulação do casamento dos menores de dezesseis anos, cujo interesse decorre da presunção legal. O próprio cônjuge menor (inciso I), que contraiu o casamento quando presente qualquer uma das situações excepcionais tratadas no art.

1.520, está autorizado a requerer a nulidade do seu casamento, independentemente da ausência de seus representantes legais, já que atingiu a maioridade civil com o casamento. Não terá legitimidade o cônjuge maior de dezesseis anos que contraiu casamento com aquele que ainda não atingira a idade núbil. Os incisos II e III do artigo autorizam os representantes legais do menor e seus ascendentes a pleitear a anulação do casamento, quando não consentiram com ele, embora lhes estivesse assegurado esse direito, ou quando o menor estiver impossibilitado de requerê-la.

Art. 1.553. O menor que não atingiu a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial.

CC/1916: art. 211.

O presente artigo dispõe sobre a ratificação do casamento por aquele que não estava capacitado para contrai-lo em razão da idade. Considerar-se-á confirmado o enlace quando o menor atingir a idade núbil. Contudo, essa confirmação, segundo a lei, só terá validade se for autorizada ou consentida por seus representantes legais, ou, se esta for negada por eles, com suprimento judicial (v. comentário ao art. 1.519). A ratificação tem por finalidade sanar a invalidade do casamento. O artigo trata da ratificação expressa por parte do menor, sendo que, caso ela não ocorra, não será, por si só, causa de anulabilidade do casamento, porquanto haverá a confirmação tácita depois de escoado o prazo de seis meses de que trata o § 1º do art. 1.560 (v. comentário). Assim, embora possa o cônjuge confirmar o casamento até mesmo depois de alcançar a maioridade, o certo é que não haverá a necessidade de fazê-lo em razão do decurso do prazo decadencial estabelecido para o ajuizamento da ação anulatória correspondente.

Art. 1.554. Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil.

CC/1916: sem correspondente.

O casamento realizado por quem não recebeu poderes de autoridade celebrante é inexistente. Trata-se de incompetência *ratione materiae*. Contudo, o reconhecimento da existência e da validade do casamento celebrado por quem não tem competência para fazê-lo está expressamente autorizado pela lei, que exige a satisfação de alguns requisitos, dado seu caráter excepcional. Necessário se faz que as pessoas que o contraíram tenham atendido às formalidades legais, tenham agido de boa-fé, tenham praticado erro escusável, que o ato tenha sido registrado no livro competente e que a pessoa que o celebrou, o juiz de casamento, reconhecido como tal no meio social, já exercesse publicamente essa função. Presentes tais requisitos, o interessado poderá invocar ao caso a aplicação da teoria da aparência, para obter a convalidação do casamento, pois, como observa Luiz Edson Fachin (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV), o reconhecimento de inexistência de casamento celebrado por alguém que é socialmente reconhecido como autoridade celebrante - a ponto de conseguir levar a efeito o próprio registro do ato - implica repercussão particularmente grave para os cônjuges ludibriados pelo falso celebrante. Daí o motivo da sua proteção legal.

Art. 1.555.0 casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em cento e oitenta dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários.

§ 1º O prazo estabelecido neste artigo será contado do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso; a partir do casamento, no segundo; e, no terceiro, da morte do incapaz.

§ 2º Não se anulará o casamento quando à sua celebração houverem assistido os representantes legais do incapaz, ou tiverem, por qualquer modo, manifestado sua aprovação.

CC/1916: art. 178, §5º, III.

O dispositivo trata da legitimação e do prazo de caducidade - portanto decadencial - para propor ação de anulação do casamento realizado por menor em idade núbil, sem autorização de seu representante legal. Estarão legitimados para a ação o próprio incapaz, seus representantes legais e seus herdeiros necessários. Quanto ao primeiro, estabelece a lei o prazo de cento e oitenta dias para ingressar com a ação anulatória, contados da data em que atingiu dezoito anos de idade. Os representantes legais do menor terão o mesmo prazo para ajuizar a ação, contudo, esse prazo terá início na data da celebração do casamento. Todavia, esse termo inicial pode ser superado com certa facilidade em razão do desconhecimento pelos representantes legais do ato realizado. Surtiria maior efeito o disposto no artigo caso tivesse o legislador estabelecido como marco inicial do prazo a data do conhecimento pelos responsáveis da celebração do casamento. Por fim, poderão ainda ajuizar a ação anulatória de casamento os herdeiros necessários do incapaz, sendo que o prazo (180 dias) para a sua propositura passa a fluir a partir da morte deste, momento em que lhe sucedem. O interesse dos herdeiros é manifestamente patrimonial e acaba por se sobrepor à relação de afeto con-

solidada entre os cônjuges. O § 2º do artigo prevê situação impeditiva de anulação do casamento. Estando presentes na cerimônia do casamento os representantes legais do menor e não se opondo à sua realização, mediante manifestação inequívoca de sua discordância, ao contrário, permanecendo silentes, não se poderá oportunamente pretender a nulidade do casamento porque para a celebração anuíram as pessoas a quem a lei conferiu tal encargo. Trata-se de anuência tácita. O casamento realizado sob essas circunstâncias é de difícil ocorrência.

Art. 1.556.0 casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

CC/1916: art. 218.

O artigo trata da anulação do casamento celebrado por erro quanto à pessoa do outro nubente. O erro é defeito no ato jurídico. É vício relativo ao consentimento. O casamento celebrado com vício de vontade de um dos nubentes deve ser anulado. A teoria do erro no matrimônio, pela sua índole, pela característica *sui generis* do contrato e pelos interesses sociais que a ele se ligam, é totalmente diversa da teoria do erro nos atos jurídicos ordinários, ensina Paulo Lins e Silva (*Direito de família e o novo Código Civil* Belo Horizonte, Del Rey, 2002). O erro que anula o casamento é o essencial ou substancial. Consiste, segundo Silvio Rodrigues, no engano de tal modo relevante que, se fosse conhecida a realidade, o consentimento não se externaria pela forma por que se deu. O artigo seguinte (art. 1.557) estabelece quais são os erros essenciais que autorizam a anulação do casamento, cujos requisitos a ser atendidos são: a) a preexistência do fato ao casamento, ou simplesmente anterioridade; b) o desconhecimento desse fato pelo cônjuge enganado; e c) a intolerabilidade ou insuportabilidade da vida em comum para o cônjuge enganado após a descoberta da verdade, não passada por irrelevante após sólida convivência conjugal, pois não se pode pretender promover a anulação do casamento por causa de posteriores desentendimentos entre os cônjuges, a pretexto de sancionar pretensa invalidade decorrente de erro essencial, como observa Luiz Edson Fachin (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV).

Jurisprudência: Anulação de casamento. Sentença de improcedência do pedido. Vício de vontade. Esposa que desconhecia o homossexualismo do marido antes do casamento. Arts. 1.556 e 1.557 do Código Civil. Comprovação dos requisitos para anulação. Recurso, nesse sentido, provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 580.938.4/6-00/São Paulo, 4ª Câ. de Direito Privado, rel. Teixeira Leite, j. 11.09.2008, *DJESP* 30.09.2008)

Agravo interno. Decisão monocrática que dá provimento a apelo manifestamente procedente. Manutenção. Casamento. Erro sobre a pessoa. Anulação. Cabimento. Nulo é o casamento celebrado com vício de vontade. O namoro de poucos meses e o evidente desconhecimento da autora em relação ao noivo é prova suficiente do erro em relação à pessoa do cônjuge. Negaram provimento, por maioria (segredo de justiça). (TJRS, Agravo Interno n. 70.021.573.944, 8ª Câ. Cível, rel. Rui Portanova, j. 25.10.2007)

Casamento. Anulação. Erro essencial. Gênio difícil e falta de educação que não o configuram. Vício de consentimento inexistente. Infração do dever conjugal de mútuo respeito que poderá ensejar ação de separação judicial, não de anulação de casamento. Art. 218 e incisos do Código Civil. Recurso, de ofício, provido. (JTJ 226/17)

Casamento. Anulação. Erro essencial quanto à pessoa do outro. Caracterização. Cônjuge varão que contrai núpcias com a mulher em razão de sua gravidez e vem a descobrir posteriormente que o filho pertence a terceiro. Admissibilidade da medida, independentemente de a esposa ter ou não agido dolosamente. Inteligência do art. 218 do CC. (/7767/235)

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

CC/1916: art. 219.

Como afirmado no artigo antecedente, o presente dispositivo estabelece quais são os erros essenciais quanto à pessoa do consorte que possibilitam ou autorizam a propositura da ação anulatória do casamento. Para que seja reconhecido o erro essencial alegado pelo nubente, é necessário o preenchimento dos requisitos descritos no artigo antecedente, aplicáveis a todas as hipóteses enumeradas neste artigo.

* inciso I: sobre o erro a respeito da identidade do outro cônjuge (*error in persona*), pode ele ser verificado quanto à identidade física e a civil ou social. Ocorrerá o erro sobre a identidade física do cônjuge quando, pretendendo casar-se com certa pessoa, se contraem núpcias com outra. Diz respeito ao engano na representação física da pessoa. Exemplo: gêmeos. A hipótese é de difícil ocorrência. O erro sobre a identidade civil ou social da pessoa do outro cônjuge ocorrerá “quando alguém descobre em seu consorte, após a boda, algum atributo inesperado (a identidade civil, segundo Clóvis Bevilacqua, é o conjunto de atributos ou qualidades essenciais com que a pessoa aparece na sociedade) e inadmitido, alguma qualidade repulsiva, capaz de, ante seus olhos, transformar-lhe a personalidade, fazê-lo pessoa diferente daquela querida” Silvio Rodrigues ainda complementa dizendo que é nesse conceito de identidade civil que se alarga o arbítrio do juiz, porque nele caberá qualquer espécie de engano sério sobre a qualidade do outro cônjuge e estará porventura caracterizado o erro referente à pessoa (*Comentários ao Código Civil* São Paulo, Saraiva, 2003, v. XVII).

Ainda nesse inciso encontra-se o *erro sobre a honra e a boa fama*. Não se pode perder de vista as noções de honra e boa fama ensinadas por Clóvis Bevilacqua (“honra é a dignidade da pessoa, que vive honestamente, que pauta o seu proceder pelos ditames da moral; boa fama é a estima social de que a pessoa goza, por se conduzir segundo os bons costumes”), contudo, o conteúdo de tais conceitos será verificado e considerado pelo juiz diante de cada caso concreto, segundo os valores vigentes no momento de sua aplicação, sempre em consonância com os princípios constitucionais, especialmente os da dignidade da pessoa humana e da igualdade. São exemplos desse inciso: marido que descobre que a esposa é prostituta; mulher que descobre que o marido é homossexual; mulher que descobre que o marido já era casado.

• inciso II: a ignorância de crime anterior ao casamento também pode gerar a anulabilidade deste. A lei não exige que o crime seja inafiançável ou mesmo que tenha havido condenação criminal, transitada em julgado, para o ingresso da ação. Contudo, o crime deve ser

de tal modo grave, que torne intolerável a vida conjugal, diante do repúdio gerado para o cônjuge enganado. Consoante já afirmado em comentário ao art. 1.556, a sólida convivência do casal evidencia a falta do requisito da insuportabilidade da vida comum, para autorizar o pedido de anulação do casamento, razão pela qual se infere que nos casos dos incisos I e II ora comentados a coabitação, com ciência do vício, convalida o casamento, conforme dispõe o art. 1.559, segunda parte.

- inciso III: a existência de defeito físico ou moléstia grave e transmissível ignorada pelo nubente também é motivo para que o casamento seja anulado, pois pode pôr em risco a saúde do cônjuge enganado ou a da descendência das partes envolvidas. O defeito físico referido pela lei é a impotência *coeundi* ou instrumental, física ou psicológica, quer do homem, quer da mulher, que impede o débito conjugal. A esterilidade de um dos cônjuges (impotência *generandi*) não é motivo para que se possa invalidar o casamento. Nem a impotência *concupietidi* (da mulher, para conceber). Contudo, a esterilidade voluntária, dolosamente omitida, autoriza o pedido de anulação de casamento. Entre as moléstias graves ignoradas, podem-se indicar aquelas sexualmente transmissíveis, como a Aids.

- inciso IV: a doença mental grave ignorada por um dos nubentes é também causa de anulabilidade do casamento, quando tornar insuportável a vida em comum. A doença há de ser grave - não incurável pois será decorrente dela a impossibilidade da manutenção do casamento. São casos de doença mental para os fins dispostos neste artigo, entre outros, a paranóia, a neurose traumática, a psicose maníaco-depressiva e a esquizofrenia.

Jurisprudência: Casamento. Anulação. Erro essencial quanto à pessoa: Inexistência. Ausência de elementos que revelem qualquer conduta desabonadora do requerido, em momento anterior à celebração matrimonial. Ausência, ademais, de qualquer indicativo de que a requerente tenha tomado conhecimento de circunstâncias que pudessem inviabilizar a manutenção da vida conjugal. Hipótese em que a autora jamais se viu em situação de perigo ou em risco de comprometimento de sua integridade física ou moral. Existência de notícia de que as partes sempre protagonizaram uma relação de mútuo companherismo. Aplicação do art 1.557, do Código Civil de que não se cogita. Apesar de a requerente ter sido abandonada, tal fato desafiaria, em tese, eventual demanda de separação judicial, nunca anulação. Ausência de descoberta de algum atributo repulsivo que inviabilizasse a vida conjugal. Ação improcedente. Inversão do ônus da sucumbência. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 527.043.4/3, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 06.05.2008)

Direito de família. Anulação de casamento. Erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Alegação de plano elaborado pela mulher, anterior ao casamento, com intuito de tão somente conseguir, com a celebração das núpcias, adentrar em país estrangeiro. Reforma da sentença. 1 - A alegação de que a ré, anteriormente ao casamento, planejou a celebração das núpcias para tão somente adentrar em país estrangeiro no qual reside o autor, desde que cabalmente comprovada, poderá ensejar a anulação do casamento, pois o erro essencial sobre a honra do cônjuge caracteriza motivo para tanto. 2 - Recurso provido. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.05.582322-3/001, rel. Edgard Penna Amorim, j. 26.04.2007, *DJEMG* 15.06.2007)

Casamento agenciado. Não se pode invocar erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge quando o casamento é celebrado em curto espaço de tempo entre o namoro e a sua celebração. Assume-se o risco de se equivocar quanto à pessoa quem aceita casar sem manter um período razoável de conhecimento mútuo. Insuficiência probatória. Anulação improcedente. Separação judicial, vida conjugal insuportável. Acolhimento do pleito reconvenicional. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.015.420.599, 8ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 10.08.2006)

Anulação de casamento. Erro essencial sobre a pessoa do cônjuge: o que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama. Conhecimento ulterior. Insuportabilidade da vida em comum. Ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (art. 219,1 e III, do Código Civil de 1916). 1 - Erro no que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama e erro essencial sobre defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, desvendado após o casamento, é a ignorância de sua existência, tal como descrita no dispositivo, pois não se admite interpretação extensiva às hipóteses previstas pela lei e, no matrimônio, as nulidades são expressas e textuais. 2 - A finalidade da nulidade por moléstia mental é a de proteção à família, de evitar a propagação dos males e das taras. (TJMG, Ap. cível n. 1.0699.98.005185-7/001, rel. Fernando Bráulio, j. 25.11.2004, *DJEMG* 16.03.2005)

Infidelidade e gravidez de outro homem. Insuportabilidade da vida em comum. Reconhecimento (*JTJ* 264/162, 236/46 e 231/180, TJSP, Ap. cível n. 215.902-4/4, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 09.04.2002). (*RT* 16T/235)

Gravidez simulada. (*JTJ* 262/36)

Infidelidade. Vida amorosa dúplice e oculta. Insuportabilidade da vida em comum. (*RT* 781/235)

Portador de deformidade peniana congênita (hipospádia). Impotência instrumental. Reconhecimento. (*JTJ* 251/39)

Cônjuge toxicômano. Insuportabilidade da vida em comum. Reconhecimento. (*RT* 796/244 e *JTJ* 249/31)

Marido com passado criminal. Prova de desconhecimento. Exigibilidade. (*JTJ* 246/41)

Mulher consumidora compulsiva. Não cabimento. (*JTJ* 265/233)

Assunção de compromissos comerciais acima de suas posses. Dívidas. A noiva sabia da situação econômica do réu. Desacolhimento. (STJ, REsp n. 134.690/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.09.2000, *DJU* 30.10.2000)

Dissimulação do verdadeiro caráter da esposa. Ardil com objetivo patrimonial. Desonestidade e abandono. Acolhimento. (TJRJ, Ap. cível n. 4969/00/01, rel. Des. Alexandre H. P. Varella, j. 08.08.2000)

Esquizofrenia. Conhecimento da doença superveniente ao casamento. Desacolhimento. (TJSP, Ap. cível n. 94.963-4, rel. Des. Júlio Vidal, j. 22.02.1999)

Desemprego. Ociosidade. Desacolhimento. (TJPR, Ap. cível n. 81.061-1, rel. Des. Cordeiro Cleve, j. 16.02.2000)

Homossexualidade do marido. Insuportabilidade da vida em comum. (TJMG, Ap. cível n. 134.019-9, rel. Des. Isalino Lisboa, j. 20.05.1999)

A insuportabilidade da vida em comum por si não é causa suficiente para a concessão de pedido de anulação de casamento. Inexistência de defeito ostentado pela mulher e desconhecido do autor antes do casamento. Formalismo exigido pelo legislador a ser observado a garantir a segurança jurídica. Desacolhimento. (TJSP, Ap. cível n. 89.996-4, rel. Des. Júlio Vidal, j. 31.03.1999)

Casamento. Anulação. Admissibilidade. Erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Cônjuge varão que mentiu sobre sua identidade civil. Análise da situação social, cultural e econômica do casal que permite a conclusão de que a ulterior descoberta do erro tornou insuportável a vida em comum. Inteligência do art. 1.557,1, do CC (de 2002). (RT 842/199)

Separação judicial litigiosa. Procedência. Reconvenção. Pedido de anulação de casamento. Improcedência. Adequação. Comportamento do marido que não se enquadra em nenhuma das hipóteses do CC, art. 1.557. Recurso improvido. Nenhuma é a prova a viabilizar o reconhecimento do erro essencial sobre a pessoa do apelado e diversas foram as testemunhas ouvidas em audiência, sem que tivessem feito qualquer menção à conduta do apelado que pudesse se enquadrar no dispositivo legal, a dar margem à anulação do casamento. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 5.398.994.100/Araçatuba, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Jesus Lofrano, j. 29.09.2009)

Ação de alimentos e ação de anulação de casamento cumulada com pedido indenizatório. Sentença única. Julgamento conjunto. Ausente a prova acerca do erro essencial sobre a pessoa, não vinga a pretensão baseada no art 1.557 do CCB. Também não há falar em indenização pelos danos materiais e morais alegadamente suportados em decorrência do desfazimento da relação. Afinal, não há prova da prática de qualquer ilícito, e os dissabores típicos do fato não são indenizáveis. Alimentos. Ainda que fixados alimentos provisórios em sede de cognição sumária, a constatação da ausência de necessidade da autora gera a improcedência do pedido. Negaram provimento ao apelo (TJRS, Ap. cível n. 70.028.093.912, 8ª Câm. Cível, rel. Alzir Felipe Schmitz, DO 29.05.2009, p.44). (RBDfs 10/159)

Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares.

CC/1916: sem correspondente.

A manifestação de vontade viciada pela coação também é causa de anulabilidade do casamento. O casamento, como já se disse, deve decorrer da vontade livre e espontânea dos nubentes de contrair núpcias (art. 1.535). Essa liberdade para consentir deixa de existir quando há coação. Ela vicia o ato praticado, por não representar a real intenção ou vontade do agente. Para sua configuração, ao contrário do que se observa para os contratos, a lei exige apenas o temor de mal genérico, e não de dano, motivo pelo qual o juiz pode verificar a presença da coação com maior facilidade. A coação pode ser física ou moral. Na primeira há a *vis absoluta*, que é a violência ou força física, que torna nulo o ato cometido. Na segunda há a *vis compulsiva*, que torna o ato anulável. Ao contrário da primeira, nesta a vítima tem a escolha de praticar o ato ou sofrer as consequências previstas. O temor será qualificado como fundado quando decorrente de ameaça grave (promessa de morte, de escândalo, do ridículo, da denúncia às autoridades), embasada em elementos sólidos capazes de impressionar o nubente. Já o critério de aferição dessa persuasão leva em conta a condição pessoal do coacto, apurável segundo as circunstân-

cias enumeradas no art. 152 deste Código. Determina ainda a lei que o mal seja atual ou iminente (próximo, irremediável e não remoto), capaz de ocasionar o fundado receio de que se produza dano à vida, à saúde ou à honra do coacto ou de seus familiares. A coação pode ser efetivada tanto pelo outro cônjuge como por terceiro. “Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverenciar” (art. 153).

Jurisprudência: Anulação de casamento. Restando demonstrada a coação praticada com o intuito de obrigar o casamento entre as partes, contrariando a sua vontade, é de julgar procedente o pedido formulado em ação de anulação de casamento (TJMG, Ap. cível n. 000.147.405-5/00, rel. Des. Bady Curi, j. 02.12.1999). (*RBDFam* 5/121)

Apelação cível. Anulação de casamento. Coação não configurada. Prescrição da pretensão ratificada. Inocorrente a situação descrita no art. 1.558 do CC, não se apreendendo que o consentimento da apelante tenha sido dado mediante coação ou fundado temor, bem como, convalidado o enlace pela coabitação, consoante explicitado no art. 1.559 do CC, não há falar na incidência da hipótese prevista no art. 1.560, IV, do CC. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.030.915.359, 8ª Câ. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 14.07.2009)

Art. 1.559. Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557.

CC/1916: art. 210.

A lei limita ao cônjuge que incidiu em erro ou sofreu coação a legitimidade para ajuizar a ação de anulação de casamento fundamentada nos vícios de consentimento descritos nos arts. 1.556 e 1.558, antes comentados. O que significa que apenas o cônjuge tem legitimidade para a ação, não o tendo aquele que se beneficiou do ato ou o seu representante legal. Assim, preferindo o cônjuge que sofreu a coação ou que incidiu em erro manter o casamento, ninguém poderá impedir ou solicitar a decretação de sua invalidade. A *segunda parte do artigo dispõe* sobre a convalidação do casamento quando, ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas nos arts. 1.557, I (erro quanto à identidade, à honra e à boa fama do outro cônjuge) e II (erro decorrente de ignorância acerca de crime anterior ao casamento), e 1.558 (coação), houver coabitação dos cônjuges após a ciência de algum dos vícios enumerados nos citados dispositivos legais. Como já afirmado em comentário ao art. 1.557, a sólida convivência do casal evidencia a falta do requisito da insuportabilidade da vida comum para autorizar o pedido de anulação do casamento, de onde se infere que, nos casos dos incisos I e II do art. 1.557, a coabitação, com ciência do vício, convalida o casamento, diante do que se poderia considerar perdão da vítima. Já nas hipóteses previstas nos incisos III e IV do art. 1.557 - erro quanto a defeito físico irremediável, moléstia grave e transmissível ao cônjuge e aos herdeiros e doença mental grave -, o fato da coabitação dos cônjuges não tem por consequência a regularização da invalidade descoberta. Com relação à coabitação decorrente de casamento realizado mediante coação, deverá ser ela voluntária, pois a derivada de violência não gera o efeito de convalidar o casamento que, a qualquer momento, poderá ser declarado nulo.

Jurisprudência: Apelação. Ação ordinária de anulação de casamento. Perda da virgindade antes do matrimônio. Alegação de que a mulher passou a se comportar de forma leviana após o casamento. Inicial indeferida. 1 - A perda da virgindade antes das núpcias não é mais sinal de má

fama ou má reputação, não sendo suficiente para motivar a anulação do matrimônio sob a alegação de erro essencial sobre a pessoa, principalmente quando tal pedido é feito após 11 meses de casamento, tempo suficiente para caracterizar a coabitação elencada no art. 1.559 do CCB. 2 - A alegação de mau comportamento da mulher, após o matrimônio, tampouco tem o condão de motivar a anulação do casamento, podendo apenas e tão somente servir como argumento em possível ação de separação ou divórcio. 3 - Decisão que indeferiu a inicial mantida. (TJMG, Ap. cível n. 1.0702.03.082960-1/001, rel. Jarbas Ladeira, j. 26.04.2005, *DJEMG* 20.05.2005)

Ação de anulação de casamento. Legitimidade *ad causam*. O rol do art. 210 do Código Civil diz respeito a pessoas legitimadas a requerer a anulação do casamento a qualquer tempo, na vigência deste ou após a morte de um dos cônjuges. Já a legitimação dos herdeiros, prevista no art. 178, § 5º, II, do Código Civil, é extraordinária, só manifestando-se após a morte do incapaz de consentir, por força do interesse na herança. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 145.889/SP, 3ª T. rel. Min. Ari Pargendler, j. 30.05.2001, v.u., *DJU* 20.08.2001)

Casamento. Anulação. Ajuizamento por herdeiro (irmã do cônjuge falecido). Legitimação extraordinária reconhecida. Interpretação dos arts. 210 e 178, § 5º, II, do Código Civil. Recurso provido. (*JTJ* 232/36)

Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de:

- I - cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550;
- II - dois anos, se incompetente a autoridade celebrante;
- III - três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557;
- IV - quatro anos, se houver coação.

§ 1º Extingue-se, em cento e oitenta dias, o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que perfez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes.

§ 2º Na hipótese do inciso V do art. 1.550, o prazo para anulação do casamento é de cento e oitenta dias, a partir da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração.

CC/1916: arts. 178, §§ 5º, II e III, e 7º, I, e 208.

Este artigo estabelece os prazos para a propositura da ação de anulação de casamento, segundo as causas, já comentadas, que podem gerar sua invalidade. Os prazos fixados pelo legislador são de decadência, e todos aqueles previstos nos incisos terão como marco inicial a data da celebração do casamento. O inciso I estabelece o prazo de cento e oitenta dias para anular o casamento do incapaz de consentir (v. comentário ao art. 1.550, IV). O inciso II fixa em dois anos o prazo para o direito de anular o casamento no caso de incompetência da autoridade celebrante (v. comentário aos arts. 1.550, VI, e 1.554). O inciso III impõe o prazo de três anos para o direito de anular o casamento decorrente de erro do nubente (v. comentários aos arts. 1.556, 1.557, I a IV, e 1.559). Já o inciso IV fixa o prazo de quatro anos para anular o casamento decorrente de coação (v. comentários aos arts. 1.558 e 1.559). Os §§ 1º e 2º do artigo estabelecem prazos decadenciais que têm outro marco inicial. Será de 180 dias o prazo para o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, sendo que este prazo passará a fluir, para o menor, do dia em que perfez essa idade, e, para seus representantes legais ou ascendentes, da data do casamento (v. comentários aos arts. 1.517 e 1.552). O prazo será também de 180 dias para a anulação do casamento celebrado mediante procura-

ção cujo mandato já havia sido revogado, a partir da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração (v. comentário ao art. 1.550, V e parágrafo único).

Jurisprudência: Apelação cível. Casamento. Incapaz. Enfermidade mental. Nulidade absoluta ou relativa. Casamento nulo ou anulável. Prazos diferenciados. É imprescritível a ação declaratória de nulidade do casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, sendo anulável o casamento realizado por incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento, devendo ser observado, nesse caso, o prazo decadencial previsto no art. 1.560, I, do Código Civil de 2002. (TJMG, Ap. cível n. 1.0106.06.020387-9/001, rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 19.07.2007, *DJEMG*02.08.2007)

Família. Anulação de casamento. Erro essencial. Prazo decadencial. 3 anos contados da celebração. I - O direito de intentar ação de anulação de casamento decai em 3 anos, a contar da data da celebração, nos termos do art. 1.560, III, do Código Civil de 2002. (TJMG, Ap. cível n. 1.0003.07.020695-2/001, rel. Fernando Botelho, j. 09.07.2009)

Ação de anulação de casamento. Erro essencial. Prazo decadencial contado da data da celebração do ato. Art. 1.560, III, Código Civil. 1 - Nos termos do art. 1.560 do Código Civil, o prazo para intentar a ação de anulação de casamento conta-se da data da celebração, sendo irrelevante, no caso, o fato de o erro essencial ter sido descoberto um ano após a realização do ato. 2 - O rol de hipóteses que autorizam a anulação de casamento é taxativo, estando contemplado no art. 1.550 do Código Civil. 3 - Decorrido o prazo decadencial, correta a sentença que extinguiu o feito com base no art. 269, IV, do Código de Processo Civil. 4 - Recurso não provido (TJDF, Ap. cível n. 2008.01.1.119996-2, 4ª T. Cível, rel. Cruz Macedo, *DJ* 23.03.2009, p.103). (*RBD*FS 11/158)

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

CC/1916: art. 221.

Este artigo dispõe sobre o casamento putativo e seus efeitos. *Casamento putativo* é aquele contraído de boa-fé pelos cônjuges, que ignoram circunstância que o torna nulo ou anulável. Em razão da boa-fé dos contraentes, o casamento aparenta ser verdadeiro, válido, mas não o é. Em homenagem a essa boa-fé dos contratantes ou de apenas um deles, a lei assegura que o casamento nulo ou anulável produzirá os efeitos do casamento válido até a data da sentença que decretar a sua invalidação. Desse modo, protegem-se a família e os filhos.

A boa-fé necessária para que se tenha como putativo o casamento significa ignorância do impedimento ou da causa de anulabilidade prevista na lei.

O erro capaz de autorizar o reconhecimento do casamento putativo deve ser escusável. Pode ser de fato (pessoa que se casou sem saber que o cônjuge já era casado; casamento de cônjuges sem que soubessem que eram irmãos) ou de direito (tios e sobrinhos que casaram sem saber da necessidade de exame pré-nupcial). O erro de direito está disciplinado neste Código, precisamente no art. 139, III, em que a lei dispõe sobre esse defeito do negócio jurí-

dico. O erro de direito não é arguido para que os cônjuges se escusem de cumprir a lei que alegaram desconhecer (art. 3º da LICC), pois o casamento será declarado nulo ou anulado de qualquer modo, como no exemplo: genro e sogra viúvos que decidem casar, descuidando do fato de que o parentesco na linha ascendente não se desfaz com o óbito do cônjuge.

O casamento putativo produzirá efeitos de casamento válido até a data da sentença que reconhecer sua invalidade, o que representa exceção à regra do art. 1.563, segundo a qual os efeitos da sentença que decretar nulidade do casamento retroagem à data da celebração. Os efeitos do reconhecimento do casamento putativo variam segundo a boa-fé dos cônjuges. Estando ambos os cônjuges de boa-fé (art. 1.561, *caput*), porque desconheciam o motivo que os impedia de casar, poderão obter o reconhecimento dos efeitos do casamento válido até a data da sentença. Nessa hipótese, as convenções antenupciais deverão ser observadas por ocasião da partilha dos bens. Se a dissolução for decretada após a morte de um dos cônjuges, o outro figura na ordem da vocação hereditária, e se a morte ocorrer após a anulação não haverá direito sucessório, pois não haverá que falar em cônjuge sobrevivente. As doações feitas em razão do matrimônio não deverão ser devolvidas, pois o negócio jurídico (casamento) terá ocorrido.

Caso apenas um dos cônjuges esteja de boa-fé (§ Iº), nenhum efeito do casamento válido beneficia o que estiver de má-fé, que, no entanto, suportará todos os ônus dele decorrentes. O cônjuge de boa-fé poderá optar entre invocar ou não a existência do matrimônio, valendo-se daquilo que o beneficiar. O cônjuge de boa-fé receberá a meação a que teria direito pelo regime de bens; o culpado terá direito aos bens adquiridos com esforço comum durante o casamento, para que não haja enriquecimento ilícito; mas perderá todas as vantagens havidas do inocente, além de ser obrigado a cumprir o que prometeu no pacto antenupcial (art. 1.564, I e II). O inocente que se emancipou com o casamento permanece emancipado. Pode manter o nome de casado, se o alterou com o casamento.

Quando ambos os cônjuges estiverem de má-fé (§ 2º), os efeitos civis só beneficiarão os filhos, para os quais a boa-fé dos pais será irrelevante, pois sua posição não se alterará. Ao cônjuge coacto, por força da equidade, deve ser dado o mesmo tratamento que ao cônjuge de boa-fé que casou por erro, pois foi vítima da *vis compulsiva*, não representando o seu ato a sua real intenção ou vontade. Nesse sentido também são as disposições legais encontradas nos Códigos alemão, italiano e português. Há proposta de inclusão nesse sentido no Projeto de Lei n. 276/2007.

Jurisprudência: Casamento putativo. Nulidade. Declaração que impõe ao contraente de boa-fé o perdimento de direitos patrimoniais e de pensão alimentícia, por não mais existir a condição de cônjuge. (RT 840/334)

Alimentos. Exoneração. Admissibilidade. Casamento anulado. Obrigação alimentar que persistiu enquanto em curso a ação anulatória do enlace. Obrigação que não mais subsiste após o trânsito em julgado da sentença. Ação procedente. Recurso não provido. (JTJ 278/28)

Casamento. Nulidade. Bigamia. Putatividade. Réu desquitado. Ausência de má-fé bem demonstrada. Inocorrência de ocultação da autora, ou mesmo das autoridades, de seu verdadeiro estado civil. Absoluto descuido no processo de habilitação. Hipótese do art. 221 do Código Civil. Ação procedente. Sentença confirmada. (JTJ 239/44 ou RT 788/236)

Anulação de casamento. Bigamia. Boa-fé de um dos contraentes. Convalidação dos efeitos do casamento putativo em relação ao cônjuge inocente e em relação aos filhos. 1 - Restando demonstrada, de forma cabal, a celebração de seu casamento com a autora da ação anulatória, correta é a sentença que, proclamando a existência de impedimento dirimente absoluto, declara a anulação do vínculo matrimonial. 2 - Se um dos cônjuges estava de boa-fé,

porque desconhecia o estado civil do outro contraente, há de ser proclamada a putatividade do matrimônio nulo, preservando-se os seus efeitos em relação a si e aos filhos do casal (TJDF, Remessa de Ofício n. 2000.01.1.011853-5, rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis, *DJU* 07.08.2002). (*RBDFam* 15/118)

Casamento putativo. Boa-fé. Direito a alimentos. Reclamação da mulher. 1 - Ao cônjuge de boa-fé aproveitam os efeitos civis do casamento, embora anulável ou mesmo nulo (art. 221, parágrafo único, do CC). 2 - A mulher que reclama alimentos a eles tem direito, mas até a data da sentença (art. 221, parte final, do CC). Anulado ou declarado nulo o casamento, desaparece a condição de cônjuges. 3 - Direito a alimentos "até o dia da sentença anulatória". 4 - Recurso especial conhecido pelas alíneas a e c e provido. (STJ, REsp n. 69.108/PR, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 16.12.1999, v.u., *DJU* 27.03.2000)

A putatividade, no casamento anulável ou mesmo nulo, consiste em assegurar ao cônjuge de boa-fé os efeitos do casamento válido, e entre eles se encontra o direito a alimentos, sem limitação no tempo (STF, RE n. 81.105/SP, 2ª T., rel. Min. Cordeiro Guerra, vencido Min. Moreira Alves, j. 05.09.1978). (*RTJ* 89/495)

Ação ordinária de anulação de casamento. Confeção de segunda certidão de nascimento, com dados fornecidos pelo próprio interessado, omitindo um de seus sobrenomes e os nomes dos avós. Prova a confirmar que ambas as certidões de nascimento se referem à mesma pessoa. Certidão confeccionada com o fito exclusivo de propiciar segundo casamento. Bigamia caracterizada, estando porém demonstrada a boa-fé do outro cônjuge. Correta a sentença que proclama a nulidade do segundo casamento e declara a putatividade do casamento em relação ao cônjuge não impedido. Sentença que se confirma (TJRJ, DGJ n. 00016/00, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo, j. 31.08.2000). (*RBDFam* 9/119)

Art. 1.562. Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade.

CC/1916: art. 223.

A parte que, *antes* de mover ação de nulidade do casamento, de anulação, de separação judicial, de divórcio direto ou de dissolução de união estável, portanto, previamente, pretender a separação de corpos, poderá fazê-lo desde que comprove a sua necessidade. Trata-se de medida cautelar preparatória, que tem por fundamento legal também o disposto nos arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, que admite ainda medida incidental no mesmo sentido.

A medida cautelar autorizada pela lei tem por finalidade a segurança (integridade física e psicológica) e a dignidade das pessoas dos cônjuges que não mais conseguem conviver pacificamente sob o mesmo teto. Tem como pressuposto uma situação fática de emergência.

A medida cautelar implicará a suspensão do dever de coabitação e fidelidade recíproca e poderá ser requerida por um ou por ambos os cônjuges. Destina-se a obter autorização judicial para que o cônjuge ou companheiro deixe o lar conjugal ou o lar comum, ou para que o outro cônjuge ou companheiro o faça obrigatoriamente. Nesse último caso, os motivos graves retratados no pedido de separação de corpos podem importar o *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiros da moradia do casal* (CPC, art. 888, VI), sendo considerado um *plusem* relação ao pedido de separação de corpos, previsto neste artigo.

A jurisprudência também consolidou entendimento no sentido de que a separação de corpos pode ser formulada conjunta e consensualmente pelos cônjuges, antes mesmo de completado o prazo de um ano para ser requerida a separação consensual, a fim de que seja solucionado imediatamente o problema da impossibilidade da vida em comum, bem como fiquem suspensos os deveres de coabitação e fidelidade recíproca e o regime de bens. A medida produzirá efeitos até que os cônjuges atinjam o lapso temporal necessário para que requeiram a separação consensual. Com o advento da Lei n. 11.441/2007, que instituiu a *separação consensual extrajudicial* é possível vislumbrar a possibilidade de que a medida de separação de corpos tratada no artigo também seja estabelecida por escritura pública para marcar o início da contagem do prazo para o divórcio (art. 1.580), desde que as partes sejam maiores e capazes e o pedido seja consensual, tendo em vista a simplicidade da medida e o objetivo por ela buscado, incidindo aqui a regra de quem pode o mais (separação consensual) pode o menos (separação de corpos).

O “afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a mulher ofendida” também é medida que a nova Lei n. 11.340, de 07.08.2006 (art. 22, II), a qual dispõe sobre os mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, entre eles a criação dos “Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher” prevê como protetiva de urgência imposta ao agressor, estabelecendo ainda outras “protetivas de urgência à ofendida”, tais como a recondução dela e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor (art. 23, II) e afastamento dela do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos (art. 23, III), além da própria separação de corpos (art. 23, IV) aqui tratada, mas fundamentada em qualquer das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, previstas no art. 7º do novo diploma legal citado. Lembre-se de que tais medidas, embora de competência cível, deverão ser conhecidas e julgadas pelos juizes das varas criminais, enquanto ainda não estruturados os juizados especiais estabelecidos pela lei, conforme determina o disposto no seu art. 33.

A providência cautelar prevista neste artigo terá relevância para a contagem do prazo exigido pelo art. 1.580, pois será o marco inicial para a conversão da separação em divórcio. A separação de fato não impedirá o ingresso do processo cautelar, que, em verdade, dará força cogente a uma situação de fato preexistente.

Na separação de corpos cautelar poderá o juiz dispor sobre a guarda dos filhos, como autoriza o art. 1.585, observando o disposto no art. 1.584 e seu parágrafo único (v. comentário).

Jurisprudência: Separação de corpos. Pedido que não precisa necessariamente basear-se em risco à integridade física e psicológica do proponente. Cabimento apenas para que se possibilite o afastamento do lar conjugal sem que esteja configurada a quebra do dever de coabitação. Inteligência dos arts. 1.562, 1.566 e 1.572 do Código Civil. Interesse de agir presente. Carência afastada. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 581.113.4/9-00, rel. Maia da Cunha, 4ª Câ. de Direito Privado, j. 07.08.2008, *DJESP* 18.08.2008)

Agravo de instrumento. Família. Ação de separação judicial litigiosa. Pedido liminar de separação de corpos, guarda dos filhos e alimentos. Possibilidade. Separação de corpos. Necessidade de acautelamento da saúde física e psíquica das partes e dos filhos do casal. Guarda provisória dos filhos deferida à virago. Manutenção. Alimentos provisionais. Alimentos arbitrados em patamar razoável ante as possibilidades do agravante e a necessidade dos alimentandos. Nos termos do § 7º do art. 273 do CPC, que autoriza o deferimento de medida cautelar em caráter incidental, é possível que o autor requeira, liminarmente, a separação de corpos na ação de separação judicial litigiosa. Comprovado o clima de animosidade entre os cônjuges no seio do convívio familiar, de todo recomendável a concessão da separação de

corpos, para evitar o acirramento dos ânimos entre o casal, preservando, assim, sua integridade física e psíquica, bem como a de seus filhos. Inexistindo motivos relevantes para alterar a guarda provisória concedida à mãe, recomendável que a situação dos menores seja mantida da forma como determinada pelo digno juízo de origem. Fixados os alimentos provisionais, nesta fase, em patamar razoável, que atenda, por um lado, às necessidades dos alimentandos e, por outro, às possibilidades do alimentante, devem ser eles mantidos no *quantum* fixado monocraticamente. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.07.785726-6/001, rel. Armando Freire, j. 22.07.2008, *DJEMG* 15.08.2008)

Separação de corpos. Decretação que depende apenas do exame da existência do casamento. Hipótese em que se mostra inoportuna e impertinente a discussão que envolva fatos a ser apreciados na ação de separação judicial. (*RT* 819/289)

Separação de corpos. Ajuizamento para a fixação da data da separação de fato do casal. Admissibilidade. Medida que visa a resguardar direitos para eventual separação judicial. Aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Inadmissibilidade. Prosseguimento do feito. Recurso provido. (*JTJ* 273/146)

Separação de corpos. Pedido cumulado com homologação de acordo. Ajuizamento antes do biênio para a separação. Insuportabilidade da vida em comum. Inépcia da inicial. Não caracterização. Necessidade da medida pleiteada. Acordo que versa sobre direitos disponíveis. Recurso provido. (*JTJ* 274/177)

Separação de corpos. Cabimento ainda que existente a separação de fato. Decretação do afastamento temporário do marido do lar conjugal. Comprovação da imposição de maus-tratos à mulher e da queda ao vício do jogo. (*RT* 810/391)

Separação de corpos. Casal já separado de fato. Admissibilidade. Legalização da situação para resguardo de direitos da autora. Extinção do processo afastada. Recurso provido (*JTJ* 243/118).

No mesmo sentido: *RT*781/349.

Separação de corpos. Pleiteada por marido que descobre, na memória do computador do casal, documentação eletrônica (fotos enviadas e mensagem trocada pela mulher, com sentido pornográfico e injurioso), comprometedora da harmonia e do equilíbrio racional da convivência. Legalidade da providência (art. 888, VI, do CPC). Não provimento (TJSP, AI n. 318.650-4/4, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 07.10.2003). (*RBDFam* 22/63)

Separação de corpos. União estável. Indeferimento da inicial. Inadmissibilidade. Existência de direito líquido e certo da autora na apreciação do seu pedido. Entendimento do art. 226, § 3º, da Constituição da República. Recurso provido. (*JTJ* 258/166)

Separação de corpos. Pedido restrito à desobrigação do débito conjugal. Admissibilidade. Necessidade de coabitação por razões econômicas. Legalização de situação de fato para resguardo da autora em eventual ação de separação ou divórcio. Cônjuges, ademais, que residem na casa do filho. Recurso provido para esse fim.

Separação de corpos. Concessão ao cônjuge sem que esteja vivendo uma situação de perigo. Possibilidade diante da ocorrência de desamor entre o casal. Circunstância, no entanto, que deverá ser devidamente demonstrada. (*RT* 788/247 ou *JTJ* 241/120)

Cautelar. Afastamento do cônjuge da morada comum do casal. Guarda de filhos. Alimentos. Regulamentação de visitas. Possibilidade de cumulação. (TJRS, AI n. 70.005.909.338, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, *DOERS* 20.05.2003)

Separação de corpos. União estável. Interesse de agir. Ocorrência. Providência que objetiva a fixação do termo inicial da extinção da comunhão, bem como fazer cessar o dever de fidelidade. Extinção do processo afastada. Recurso provido. (JTJ 236/154)

Apelação cível. Cautelar. Separação de corpos posterior à separação judicial. Medida preparatória de ação de partilha. Ausência de *debitum conjugale*. Inadequação. Inteligência do art. 1.562 do CC. 1 - A separação de corpos pressupõe o *debitum conjugale* e, estando este extinto pela separação litigiosa, tem-se por inconcebível o seu reconhecimento, vez que já vazio de discussão para uma pretensa ação de partilha de bens, a qual independe de *debitum conjugale*. (TJMG, Ap. cível n. 1.0245.07.131557-7/001, rel. Elias Camilo, j. 29.01.2009)

Art. 1.563. A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.

CC/1916: sem correspondente.

A sentença que declarar a nulidade do casamento retroagirá até a data de sua celebração, porque o ato nulo não gera efeito algum, devendo as partes retornar ao estado em que se encontravam antes do casamento. Essa é a regra contida no artigo ora comentado, que tem como exceção o disposto no art. 1.561, que dispõe sobre os efeitos da sentença anulatória no caso de reconhecimento do casamento putativo (v. comentário ao art. 1.561). Muito embora a lei só se refira à nulidade do casamento, não há razão plausível que justifique a não abrangência do dispositivo aos casos de anulabilidade. Há, no Projeto de Lei n. 276/2007, proposta nesse sentido. Os efeitos retroativos autorizados pela lei à data da celebração do casamento não prejudicarão: a) os direitos adquiridos onerosamente; b) terceiros de boa-fé que tenham celebrado negócios jurídicos com os cônjuges; c) antes da decretação da invalidade do casamento. Os requisitos apontados são cumulativos. Ensina Luiz Edson Fachin (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV) que a lei confere a proteção aos terceiros de boa-fé, independentemente da boa-fé dos cônjuges que com eles contrataram. Assim, o legislador não submete terceiros à insegurança que poderia decorrer da necessidade de um exame da situação atinente à boa ou má-fé do cônjuge que com ele contrata. Relativamente aos negócios benéficos, entretanto, ensina o ilustre jurista que os efeitos perante terceiros dependerão, ainda, da aferição da boa-fé do cônjuge com quem o negócio jurídico foi contraído. Apesar de ser possível concluir, diante de outras regras deste Código (p. ex., art. 1.561), que a situação dos filhos não ficará prejudicada com a invalidade do casamento dos pais, “nada custa - e convém - deixar consignado nesta, que trata diretamente da questão”, segundo justificativa apresentada ao Projeto de Lei n. 6.960/2002, hoje substituído pelo Projeto de Lei n. 276/2007.

Jurisprudência: Apelação cível. Previdência pública. Filha solteira. Casamento. Anulação. Efeitos *ex tunc*. Condição de beneficiária. Restabelecimento. Direito implementado sob a vigência da Lei n. 6.617/73. Dependência presumida. 1 - A anulação do casamento opera efeitos *ex tunc*, como se os cônjuges jamais tivessem contraído o vínculo matrimonial. Nesse passo, a filha solteira que com o matrimônio teve alterado seu estado civil e, assim, extinta

sua inscrição perante o Ipergs, com a anulação do casamento retorna ao *statu quo*, regulando-se o benefício pela data do óbito do segurado. 2 - A filha solteira que implementou seu direito, sob a égide da Lei n. 6.617/73, com o óbito do pai ocorrido em 1975, é assegurada a condição de dependente presumida enquanto não contrair casamento civil, desde que admitido o servidor no serviço público antes de 1974. Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.018.260.166, 2ª Câm. Cível, rel. Arno Werlang, j. 17.10.2007, DJ 09.11.2007)

Art. 1.564. Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá:

I - na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente;

II - na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato antenupcial.

CC/1916: art. 232.

O presente artigo dispõe sobre as sanções que deverão recair sobre o cônjuge culpado pela anulação do casamento. A regra se aplica a todo casamento anulado, seja ele putativo, seja aquele decorrente de erro, seja o realizado mediante coação. Segundo o inciso I, o cônjuge reconhecido culpado perderá todas as vantagens havidas do cônjuge inocente, devendo ser entendidos como vantagens os eventuais direitos adquiridos em decorrência de doação ou outras majorações materiais, tais como participação em herança ou qualquer outra que possa ser restituível. Essa sanção será aplicada ao casamento realizado tanto sob o regime de bens decorrente da estipulação em pacto antenupcial como sob o regime proveniente da comunhão parcial. O cônjuge culpado não terá direito a ser herdeiro por morte do cônjuge de boa-fé, se este falecer antes da sentença anulatória. Já no inciso II determina o legislador que o cônjuge culpado deverá cumprir as promessa que fez no contrato antenupcial. Esse direito fica reservado ao cônjuge de boa-fé, não culpado, que poderá exercê-lo ou não, segundo o seu livre-arbítrio. Porém, se o cônjuge de boa-fé optar pela execução do contrato antenupcial, não poderá cindi-lo para reclamar somente a execução das cláusulas que lhe são favoráveis, rejeitando outras. A avença inserida no pacto antenupcial deve estar revestida de todos os pressupostos de validade do ato jurídico.

CAPÍTULO IX DA EFICÁCIA DO CASAMENTO

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

CC/1916: art. 240.

Do casamento advêm importantes conseqüências (ou efeitos). A primeira delas é a constituição da família legítima, base da sociedade, assim reconhecida constitucionalmente (art. 226, *caput* da CF). O segundo efeito consiste na mútua assunção, pelo casal, da condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Como já salientado em

comentário ao art. 1.511, a relação matrimonial impõe a mútua convivência, a reciprocidade de interesses na organização da vida e na obrigação de atitudes ou condutas individuais, e, por fim, uma gama de direitos e deveres iguais, que irão disciplinar a vida em comum. “A comunhão de vida é a nota fulcral que marca o casamento. Sem esta, desaparecem seu sentido e sua finalidade. O enlace envolve a comunhão de afetos e dos demais componentes de uma vida em comum, como a ajuda mútua, a dedicação recíproca e a colaboração pessoal, doméstica e econômica. Mas o elo espiritual que une os cônjuges é que torna realidade a comunhão material” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 2004).

A adoção do nome de família por qualquer dos cônjuges, autorizada pela lei (§ 1º), é exemplo da comunhão de vida exigida pelo casamento. Decorre do princípio constitucional da igualdade entre as pessoas casadas (art. 226, § 5º, c/c o art. 5º, *caput* e inciso I, da CF). Outro exemplo é o planejamento familiar, em que predomina a autonomia do casal, decorrente da comunhão existente entre os cônjuges. Competirá exclusivamente aos cônjuges decidir se vão ter filhos e quantos. Ao Estado competirá apenas propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (§ 2º). Essa regra também tem natureza constitucional (art. 226, § 7º, da CF), estando fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Este § 2º também se aplica aos casais que vivem em união estável, por força do disposto no art. 226, *caput*, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96 (que regula o § 7º do art. 226 da CF, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências). O terceiro efeito é a imposição de deveres aos cônjuges, a partir da celebração, que serão objeto de comentários ao artigo seguinte (art. 1.566). O quarto e último efeito é a imediata vigência do regime de bens, a cujos comentários feitos ao art. 1.639, §§ 1º e 2º, remete-se o leitor.

Jurisprudência: Registro civil. Retificação. Acréscimo de sobrenome materno omitido na certidão de nascimento e inclusão reflexa de tal sobrenome ao da cônjuge. Exegese dos arts. 55 e 57 da Lei de Registros Públicos e art. 1.565, § 1º, do Código Civil. Direito personalíssimo do indivíduo que deve ser tutelado amplamente. Inexistência de vedação legal. Ação procedente. Recurso provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 539.090.4/0-00/F. D. Brás Cubas/Mogi das Cruzes, rel. Piva Rodrigues, 9ª Câm. de Direito Privado, j. 23.09.2008, *DJESP* 10.10.2008)

Apelação cível. Registro civil. Supressão de patronímico de ascendente. Art. 1.565, § 1º, do CC. Conforme dispõe o art. 1.565, § 1º, do CC, quando do casamento é possível somente o acréscimo pelo nubente do sobrenome do consorte. Nosso ordenamento jurídico homenageia a imutabilidade do nome da pessoa, o que só pode ser modificado em situações excepcionais. Assim, não se enquadrando o caso dos autos nesse rótulo, defesa a exclusão do patronímico paterno pretendida pela apelante. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.020.555.066, 8ª Câm. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 05.12.2007)

Apelação cível. Registro civil. Supressão de patronímico de ascendente. Art. 1.565, § 1º, do CC/2002. Conforme dispõe o art. 1.565, § 1º, do CC/2002, quando do casamento é possível somente o acréscimo pelo nubente do sobrenome do consorte, nosso ordenamento jurídico homenageia a imutabilidade do nome da pessoa, o que só pode ser modificado em situações excepcionais. Assim, não se enquadrando o caso dos autos nesse rótulo, defesa a exclusão do patronímico materno pretendida pela apelante. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.020.783.460, 8ª Câm. Cível, rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 09.08.2007)

Nome. Alteração. Inclusão de sobrenome de marido. Cônjuge já falecido. Art. 1.565, § 1º, do CC. Termo "nubentes". Entendimento. Delimitação temporal. Pedido. Improcedência. Não

se pode alterar nome de pessoa para incluir sobrenome de marido muito depois da celebração do casamento. No art. 1.565, § 1º, do CC, o termo "nubentes", utilizado ao invés de "cônjuges", significa que há delimitação temporal para a modificação no nome. Não se é de dar procedência ao pedido de alteração, mormente porque a sociedade conjugal já foi extinta pelo falecimento de um cônjuge. (TJMG, Ap. cível n. 1.0702.06.266489-2/001, rel. Manuel Saramago, j. 25.01.2007, *DJEMG* 14.02.2007)

Apelação cível. Registro civil. Acréscimo do nome da família do noivo. O acréscimo do nome da família do noivo não se traduz em prejuízo da identificação da noiva no meio social, mormente, porque, no caso, foi mantido integralmente seu nome de solteira. O ordenamento jurídico civil pátrio veda a exclusão do nome de família, não o acréscimo. Inteligência do art. 1.565, § 1º, do CC/2002. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.017.085.127, 8ª Câm. Cível, rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 06.11.2006)

Apelidos do marido. Alteração pedida pela viúva para restabelecer o nome de solteira. Possibilidade jurídica do pedido. Não é irrenunciável o direito ao uso dos apelidos do marido, sendo possível juridicamente o pedido de restabelecimento do nome de solteira, presentes circunstâncias próprias que justifiquem a alteração do registro. (STJ, REsp n. 363.794/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.06.2002, *DJU* 30.09.2002)

Registro civil. Assentos de nascimento e de casamento. Retificação. Substituição no nome da mulher, do nome de família do pai, pelo do marido. Art. 240, parágrafo único, do CC. Recurso provido para esse fim.

Retificação. Assento de nascimento e casamento. Pretensão do marido à inclusão ao seu de nome de família da mulher. Admissibilidade. Princípio da igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal. Recurso provido. (*JTJ* 260/235)

Casamento. Processo de habilitação. Registro civil. Patronímico. Exclusão parcial pela mulher de seus apelidos de família. Admissibilidade. CCB, art. 240. Com efeito, com o advento da Lei n. 6.515/77, a mulher passou a ter a faculdade de adotar ou não o patronímico do marido, explicitando que este pode ser acrescido aos dela. A lei substantiva civil, em seu art. 240, não autoriza a mulher a extrair de seu nome de solteira os apelidos de família, mas também não faz, expressamente, qualquer vedação. Ora, se tal situação é habitual, fazendo parte de nossos costumes e inexistindo empecilho legal para a exclusão, não é razoável criar óbices para apenas alguns nubentes. (TJRJ, Ap. cível n. 19.719, rel. Des. Mello Tavares, j. 25.06.2001, *DJ* 01.11.2001)

Casamento. Sobrenome. Pode o marido, quando do casamento, adotar o sobrenome da família da esposa, visto que o art. 226, § 5º, da CF/88, igualou homem e mulher quanto aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. (TJSP, Ap. cível n. 198.349-1, rel. Des. Guimarães e Souza, j. 03.08.1993)

Nome. Habilitação de casamento. Adoção do patronímico do marido. Prejuízo do nome de solteira da mulher. Admissibilidade. Correição parcial indeferida. Inteligência do art. 240, parágrafo único, do CC. (*RT* 593/122)

Casamento. Processo de habilitação. Nome. Não adoção pela mulher de todos os sobrenomes do marido. Admissibilidade. Correição indeferida. Inteligência do art. 240, parágrafo único, do CC. (*RT* 577/119)

Direito civil. Recurso especial. Casamento. Nome civil. Supressão de patronímico. Possibilidade. Direito da personalidade. Desde que não haja prejuízo à ancestralidade, nem à sociedade, é possível a supressão de um patronímico, pelo casamento, pois o nome civil é direito da personalidade. Recurso especial a que não se conhece. (STJ, REsp n. 662.799, rel. Min. Castro Filho, j. 08.11.2005)

Processo civil. Ação de retificação de nome em virtude de casamento. Supressão de apelido de família da nubente para o acréscimo de um do marido. Possibilidade. Interpretação do art. 1.565, § 1º, do CC/2002. Ainda que o vocábulo "acrescer" contido no §1º do art. 1.565 do CC/2002 indique, a princípio, apenas o acréscimo de um sobrenome, não deve sua interpretação ser realizada restritivamente, de forma a dificultar a vida dos nubentes ou gerar-lhes inconvenientes, mas sim, buscando-se alcançar o significado mais amplo da norma em apreço, que confere aos nubentes a faculdade de, em razão do casamento: a) manter o nome de solteiro; ou, b) acrescentar ao seu nome apelido(s) de família do outro nubente; ou c) substituir um, ou alguns, dos seus apelidos de família pelo do outro nubente, desde que não causem prejuízos a terceiros. (TJMG, Ap. cível n. 1.0145.08.448405-7/001, rel. Elias Camilo, j. 29.01.2009)

Alteração de registro civil. Acréscimo do patronímico do marido após o casamento. Alteração. Possibilidade. Interpretação do art. 1565, § 1º, do CC/2002. Estando clara a demonstração da vontade das partes em inserir o patronímico do virão no Registro Civil de casamento, afigura-se razoável a pretensão. Impedir a concretização é ato que não coaduna com a proteção constitucional da dignidade humana e da família, mesmo porque a lei não exige requisitos rigorosamente estabelecidos para que se dê a retificação do nome da pessoa perante o registro civil. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.08.082916-1/001, rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 16.04.2009)

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

CC/1916: art. 231.

Este artigo estabelece os deveres comuns e recíprocos dos cônjuges, que nascem com o casamento destes. O rol legal não é taxativo. O legislador limitou-se a enumerar os deveres principais, que, descumpridos, poderão gerar a dissolução da sociedade conjugal. De outra parte, o cumprimento de tais deveres gera a estabilidade conjugal, que ainda deverá contar com o amor entre os cônjuges, a confiança, a tolerância, a abnegação, a colaboração, entre outros.

O primeiro dever, previsto no inciso I do presente artigo, é o da fidelidade recíproca. Decorre da organização monogâmica da família. Implica lealdade dos cônjuges, sob os aspectos físico e moral, quanto à manutenção de relações que visam à satisfação de seus instintos sexuais. A infração a esse dever configura adultério, motivo de impossibilidade de manutenção da vida em comum. A infidelidade virtual, o quase-adultério e o adultério científico são objeto de comentário ao inciso I do art. 1.573, a seguir.

O segundo dever, previsto no inciso II deste artigo, é o da vida em comum, no domicílio conjugal. Esse dever tem sentido mais amplo que o simples dever de coabitação - convi-

vencia sob o mesmo teto pois envolve a plena comunhão de vida, na qual se compreende a satisfação sexual (*debitum conjugale*), a assistência mútua, a convivência de esforços, trabalhos, desejos e realizações. As ausências temporárias em razão do exercício da profissão ou impostas por outras necessidades, tais como a assistência a filhos ou pais residentes em outra cidade, não configuram violação do dever de coabitação (v. comentário ao art. 1.569). Até mesmo a moradia em casas diferentes, havendo motivo que o justifique, não descaracteriza, necessariamente, o dever de vida em comum entre os cônjuges. O abandono injurioso (voluntário, injustificado, com ânimo de não regressar) é causa de separação litigiosa.

O inciso III traz a mútua assistência como dever a ser observado reciprocamente pelos cônjuges. A mútua assistência consiste no dever de amparo material (auxílio econômico) e moral (proteção aos direitos da personalidade do cônjuge: vida, integridade física e psíquica, honra e liberdade). O dever de mútua ajuda é, na verdade, um dever de conteúdo ético, fundado na solidariedade.

O quarto dever dos cônjuges é o sustento, a guarda e a educação dos filhos (inciso IV). Esse dever é inerente à autoridade parental e constitui encargo jurídico e moral dos cônjuges. Visa à estruturação da personalidade dos filhos.

Por fim, é dever dos cônjuges o respeito e consideração mútuos (inciso V). Para Carlos Roberto Gonçalves, o respeito e a consideração mútuos constituem corolário do princípio esculpido no art. 1.511 deste Código, segundo o qual o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir. Demonstra a intenção do legislador de torná-lo mais humano (*Direito de família*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. II). Configuram violação a esse dever a tentativa de morte, a sevícia, a injúria grave, a conduta desonrosa, a ofensa à liberdade profissional, religiosa e social do cônjuge, dentre outros atos que importem em desrespeito aos direitos da personalidade do cônjuge (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2002).

Jurisprudência: Apelação cível. Família. Separação judicial litigiosa. Ex-esposa necessitada de alimentos. Sucumbência. Honorários advocatícios. Alteração. Mulher que se dedicou às lides do lar até a separação de fato. Varão único provedor da família. Necessidade de relocalização no mercado de trabalho pelo cônjuge-mulher. Verba alimentar fixada em favor da varoa que atende o binômio necessidade/possibilidade e vem ao encontro do disposto no art. 1.566, III, da Lei Civil, que estabelece o dever de mútua assistência entre cônjuges. Honorários advocatícios em ações que versam sobre alimentos, devem ser fixados em percentual sobre doze prestações mensais fixadas. Desprovida a apelação do autor e provida a apelação da demandada. (TJRS, Ap. cível n. 70.024.390.528,7ª Câm. Cível, rel. André Luiz Planei-la Villarinho, j. 08.10.2008, *DJ* 16.10.2008)

Ação de prestação de contas. Curatela. Suspensão do processo para habilitação do espólio ou sucessores do *de cujus*. Desnecessidade. Período anterior à morte do réu. Ausência de prejuízo. União estável. Companheiros. Inexistência de obrigação de prestar contas entre si. Sentença mantida. Não se vislumbrando a ocorrência de prejuízo às partes, não há nulidade a ser declarada, vez que a legislação processual civil adotou o princípio *pas de nullité sans grief*, ainda que ocorra alguma irregularidade processual. O art. 1.566 do Código Civil estabelece o dever entre os cônjuges de vida em comum e assistência mútua, sendo homem e mulher, na condição de companheiros, responsáveis pelos encargos da família, nos termos do art. 1.565 do mesmo diploma legal, condição essa incompatível com a obrigação de administração de bens e direitos alheios, e de prestação de contas, submetida a procedimento especial - ação de prestação de contas. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.06.029175-4/001, rel. Geraldo Augusto, j. 26.02.2008, *DJEMG* 18.03.2008)

Agravo de instrumento. Alimentos provisórios. Fixação. 1 - O pedido de alimentos reside no dever de mútua assistência entre os cônjuges, previsto no art. 1.566, III, do CC/2002. Imprescindível, contudo, para a fixação dos provisórios, prova inequívoca - entendida como aquela que não admite dúvida razoável - da necessidade de quem os pleiteia e da possibilidade da parte contrária, nos termos do art. 1.694, § 1º, do CC/2002. 2 - Razoável a alegação de que a agravante não possui renda, visto que figura na declaração de imposto de renda do agravado como sua dependente, necessitando, com isso, de pensão. Proveram parcialmente. Unânime. (TJRS, AI n. 70.020.884.854, 7ª Câ. Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29.08.2007)

Ação de exoneração de pensão alimentícia. 1 - Ausente qualquer causa de cessação da incapacidade civil elencadas no art. 5º do CC/2002, e sendo a obrigação do alimentante decorrente do dever de sustento da prole durante a menoridade (art. 1.566, IV, do CC/2002), é juridicamente impossível o pedido exoneratório de alimentos formulado pelo genitor, pois a ninguém é dado livrar-se de um dever absoluto. 2 - Manifesta improcedência do recurso que autoriza o julgamento monocrático. Art. 557 do CPC. Negado provimento, em julgamento monocrático. (TJRS, Ap. cível n. 70.020.369.914, 7ª Câ. Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29.08.2007)

Alimentos. Art. 231, IV, do Código Civil de 1916. 1 - O dever de prestar alimentos aos filhos menores impúberes independe da demonstração da necessidade, cabendo ao juiz, diante das circunstâncias, promover a instrução para que sejam abertos os caminhos para a prestação dos alimentos possíveis. 2 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ, RT 819/158)

Alimentos. Obrigação alimentar. Filha com quatro anos de idade. Necessidade presumida. Fixação em um salário-mínimo em face da imprecisão dos rendimentos do réu. Recurso não provido. (JTJ 276/29)

Alimentos. Obrigação alimentar. Genitor. Prova apenas das possibilidades. Necessidades não demonstradas. Obrigação, ademais, que cabe também à mãe. Redução determinada. Recurso parcialmente provido. (JTJ 275/30)

Alimentos. Obrigação. Filho menor. A obrigação legal de alimentar o filho menor, decorrente dos arts. 229, da CF, e 231, IV, do CC, não pressupõe folga de recursos por parte do alimentante, uma vez que vai mesmo ao ponto de impor sacrifícios ao pai, restrição de seus gastos e redução de suas despesas, se a tanto for levado para cumprir o dever (TJMG, Ap. cível n. 000.217.576-8/00, rel. Des. Almeida Melo, *DJMG* 24.05.2001). (*RBDFam* 12/129)

Alimentos. Menor impúbere. Genitor não encontrado. Representado por curador. Falta de comprovação do binômio necessidade-possibilidade. Desnecessidade. Verba devida nos termos do art. 231, IV, do CC. Filiação comprovada. Obrigação dos pais de prover os filhos. Verba fixada em um salário-mínimo. Recurso provido para tal fim. (TJSP, Ap. cível n. 70.698.4-6, rel. Des. Oswaldo Breviglieri, j. 04.03.1998)

Reconhecendo o dever de sustento de ambos os pais em relação aos filhos de que detêm o poder familiar: TJMG, Ap. cível n. 252.440-3/00, rel. Des. Francisco Figueiredo, *DJMG* 25.10.2002 (*RBDFam* 15/114); TJSC, Ap. cível n. 2002.009795-6, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, *DJSC* 26.08.2002 (*RBDFam* 15/112); TJSP, Ap. cível n. 125.183-4, rel. Des. Cezar Peluso, j. 21.03.2000; TJSP, Ap. cível n. 139.449-4, rel. Des. Cunha Cintra, j. 16.03.2000.

Responsabilidade civil. Dano moral. Adultério. Ação ajuizada pelo marido traído em face do cúmplice da ex-esposa. Ato ilícito. Inexistência. Ausência de violação de norma posta. 1 - O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.

2 - Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566,1, do Código Civil de 2002. 3 - De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, *caput* e parágrafo único, do CC/2002 (art. 1.518 do CC/1916), somente tem aplicação quando o ato do coautor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 1.122.547, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.11.2009)

Separação judicial litigiosa. Comunhão universal. Partilha de bens. A contribuição para o aprimoramento intelectual do cônjuge decorre do dever de mútua assistência, inerente ao casamento, consoante se extrai do art. 1.566, III, do Código Civil, não gerando direito à indenização. A indenização trabalhista é considerada fruto civil do trabalho, ou, na linguagem do novo Código Civil, provento do trabalho pessoal de cada cônjuge, não integrando o patrimônio comum, o que afasta a sua comunicabilidade. Precedentes jurisprudenciais. De acordo com o art. 1.667 do Código Civil, o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas. Todavia, para que seja reconhecida a divisão do passivo, as dívidas devem ser devidamente comprovadas. Recurso parcialmente provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.033.045.865, 8ª Câm. Cível, rel. Claudir Fidélis Faccenda, j. 26.11.2009)

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

CC/1916: art. 233.

O legislador pôs fim à disposição do Código Civil de 1916 que estabelecia ser o marido o chefe da sociedade conjugal. Por força do princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º, da CF), a sociedade conjugal passou a ser dirigida por ambos os cônjuges. Assim, a representação da família, a administração dos bens comuns e particulares dos cônjuges, o direito de fixar o domicílio da família e o dever de prover à manutenção da família passaram a ser exercidos pelo marido e pela mulher, em colaboração (cogestão), não em conjunto - necessidade de prática conjunta -, já que existem atos de direção que dispensam a participação dos dois cônjuges. As únicas exceções à disposição legal contida neste artigo, que atribuem a apenas um dos cônjuges a chefia plena da sociedade conjugal, estão enumeradas no art. 1.570 (v. comentário a seguir). O *parágrafo único* do artigo estabelece a possibilidade de intervenção judicial quando os cônjuges divergirem sobre assuntos relativos à gestão da sociedade familiar. O juiz decidirá tendo em consideração os interesses do casal e dos filhos.

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

CC/1916: arts. 233, IV, e 277.

Ainda fundamentado no princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º, da CF), estabelece o legislador que o sustento da família e a educação dos filhos, seja qual for o regime patrimonial, competirão a ambos os cônjuges. A repartição desses ônus e afazeres respeitará a situação patrimonial de cada cônjuge, pois será estabelecida na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho. Os cônjuges também deverão responder solidariamente pelas dívidas contraídas em benefício da família (v. comentários aos arts. 1.643, 1.644 e 1.664).

Jurisprudência: Separação judicial. Divórcio. Decreto. Lapso temporal. Prova. Alimentos para filha. Partilha de bens. Valores recebidos pelo varão como beneficiário de seguro de vida de sua mãe. 1 - É cabível a decretação do divórcio do casal postulada na resposta do réu à ação de divórcio quando incontroversa a ruptura da sociedade conjugal por período superior a dois anos. 2-0 sustento dos filhos menores decorre de lei, constitui obrigação decorrente do poder parental e esse encargo é, por igual, de ambos os cônjuges, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade, descabendo cogitar-se de exoneração pela superveniente maioridade civil da filha. 3 - Sendo o regime de bens do casamento o da comunhão universal, o patrimônio amealhado pelo casal deve ser repartido igualitariamente, mas não comporta partilha o valor referente ao seguro de vida recebido pelo separando, mormente quando este se deu após a ruptura da sociedade conjugal. Recurso provido em parte (segredo de justiça). (TJRS, Ap. cível n. 70.021.436.951, 7ª Câmara Cível, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 20.02.2008, *DJ* 25.02.2008)

Família. Separação judicial. Cônjuge. Alimentos. Dever de mútua assistência. Fixação. Respeito ao binômio necessidade/possibilidade. Desconto em folha de pagamento. Empréstimo contraído em benefício da família. Dedução do valor da remuneração bruta. 1 - De acordo com o art. 1.568 do Código Civil de 2002, ambos os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. Dessa forma, qualquer dos cônjuges poderá demandar contra o outro a prestação de alimentos que se fizerem necessários para si e para os filhos. 2 - A fixação do débito alimentar deve respeitar critérios de proporcionalidade e razoabilidade, de modo que o valor dos alimentos corresponda à justa medida das possibilidades do alimentante, confrontadas com as reais necessidades do alimentado, nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil. 3 - Havendo desconto em folha de pagamento do valor referente à pensão alimentícia, deverá incidir sobre o salário líquido do alimentante, compreendido como a sua remuneração bruta, excluídos os valores relativos à contribuição previdenciária e ao imposto de renda, e, ainda, a possíveis empréstimos contraídos em benefício do grupo familiar. (TJMG, Ap. cível n. 1.0105.02.056428-9/001, rel. Duarte de Paula, j. 25.11.2004, *DJEMG* 15.04.2005)

Alimentos. Revisional. Existência posterior de outra família e filhos. Pensão. Obrigação concomitante da mãe. Adequação. Mesmo tendo o alimentado direito à pensão, mediante decisão judicial pretérita, não pode passar despercebida ao julgador a compossibilidade e a adequação do valor da pensão, tendo em vista a existência de novos beneficiários, de maneira a tornar a partilha salarial equânime e harmoniosa, evitando a impossibilidade de o alimentante se sustentar, mister observando-se que a obrigação alimentar do menor é dos pais,

cabendo também à mãe contribuir para tal (TJMG, Ap. cível n. 252.440-3/00, rel. Des. Francisco Figueiredo, j. 02.04.2002, *DJMG* 25.10.2002). (*RBDFam* 15/114)

Alimentos. Obrigação alimentar. Genitor. Prova apenas das possibilidades. Necessidades não demonstradas. Obrigação, ademais, que cabe também à mãe. Redução determinada. Recurso parcialmente provido. (*JTJ* 275/30)

Art. 1.569. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

CC/1916: art. 233, III.

Por força do princípio constitucional da plena igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º, da CF), estabelece o legislador que a escolha do domicílio do casal competirá a ambos os cônjuges. A vida em comum do casal em domicílio conjugal constitui dever dos cônjuges (v. comentário ao art. 1.566, II). Por isso, deverão fazer a escolha do lugar onde estabelecerão residência com ânimo definitivo, a fim de que possa ser cumprido o dever imposto pela lei. Na escolha do domicílio deverão ser consideradas a condição econômica dos cônjuges, as comodidades ou vantagens que terão, as condições sociais e ambientais do lugar pretendido, a distância dos centros urbanos, entre outras circunstâncias. Como já se afirmou em comentário ao inciso II do art. 1.566 deste Código, a permanência absoluta dos cônjuges no domicílio conjugal é dispensável, pois situações excepcionais poderão autorizar a ausência de um dos cônjuges do lar conjugal (ausências temporárias em razão do exercício da profissão - atender encargos públicos -, ou impostas por outras necessidades, tais como a assistência a filhos ou pais residentes em outra cidade). O que a lei exige é a presença regular e constante no local eleito, pois, como ensina Luiz Edson Fachin (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV), o objetivo, a rigor, é dar base física à comunhão de vida, daí porque esta comunhão se sobrepõe ao domicílio.

Jurisprudência: Possessória. Por se tratar de efeito jurídico do casamento (art. 233, III, do CC/1916, correspondente ao art. 1.569 do CC/2002), a mulher tem direito de permanecer no imóvel, onde foi fixado o domicílio do casal, mesmo que adquirido antes do casamento pelo marido, com casamento regido pelo regime da comunhão parcial de bens, enquanto não dissolvidos a sociedade conjugal ou o vínculo conjugal, o que não prescinde da separação judicial ou divórcio, ainda mais quando vigente liminar que autorizou o autor a se retirar da residência do casal, mas não determinou o afastamento do lar da mulher. Carência da ação, por falta de interesse de agir, ante a inadequação da via eleita, visto que a ação possessória não se presta a retirada de cônjuge do imóvel em que fixado o domicílio do casal. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível n. 974.118.200/Jacareí, 12ª Câm. de Direito Privado, rel. Rebello Pinto, j. 05.08.2009)

Art. 1.570. Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens.

CC/1916: art. 251.

Este artigo estabelece exceções à determinação contida no art. 1.567 (v. comentário), segundo a qual a direção ou a chefia plena da sociedade conjugal será exercida por ambos os cônjuges, em sistema de cogestão, permitindo ser atribuída a apenas um deles. São elas: 1) quando um dos cônjuges estiver em lugar remoto e não sabido; 2) preso por mais de cento e oitenta dias; 3) interditado judicialmente; e, finalmente, 4) quando um dos cônjuges estiver privado, temporariamente, de consciência, em razão de moléstia ou acidente. O rol legal é exemplificativo. Situações outras (p. ex., doença prolongada, afastamentos ou viagens por longos períodos, o exercício de atividade em local retirado) poderão surgir em que haja a impossibilidade real e efetiva do exercício simultâneo por ambos os cônjuges.

CAPÍTULO X

DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 2º, 17, 18 e 25, parágrafo único, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

O Código Civil passou a regulamentar os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, revogando os dispositivos que tratavam dos temas previstos na Lei n. 6.515, de 26.12.1977.

Entre os casos estabelecidos pela lei, há dois que não só dissolvem a sociedade conjugal como o próprio vínculo do casamento, autorizando o consorte a contrair novas núpcias. São eles a morte e o divórcio (art. 1.571, § 1º, primeira parte). A *morte*, prevista no inciso I do artigo comentado, é a real, a causa natural que faz cessar *ipso iure* o casamento. Equipara-se a ela a presumida. A primeira deverá ser comprovada por certidão do assento de óbito. A segunda, *morte presumida*, novidade introduzida pelo legislador (art. 1.571, § 1º, segunda parte), configura-se quando alguém desaparece por longo tempo, sendo autorizado o seu reconhecimento, quanto aos ausentes (CC, art. 6º, segunda parte, veja comentário), nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva (CC, arts. 37 e 38, veja comentários). Assim, a abertura desta pode ser requerida após dez anos de passada em julgado a sentença que conceder a abertura da sucessão provisória ou provando-se que o ausente tem oitenta anos de idade e que as últimas notícias dele são de cinco anos atrás. Sua inclusão entre as causas terminativas teve por fim solucionar questão relativa à situação de um dos cônjuges que estava impedido de casar sem a declaração de óbito do outro. Para fins de dissolução da sociedade conjugal basta, nessa hipótese, a declaração judicial de ausência. Contudo, não se vislumbra vantagem concreta em solicitar a declaração de ausência do cônjuge, principalmente quando não há patrimônio a ser partilhado, se a parte pode obter a extinção do vínculo do casamento pelo divórcio direto em prazo inferior (dois anos), mediante a alegação de separação de fato do casal. A ausência passou a ser tratada na parte geral do atual Código, espe-

cificamente nos arts. 6º, 7º e 22 a 25 (veja comentários). E exatamente no art. 7º citado encontra-se a disposição em que o legislador admite a declaração de morte presumida, *sem decretação de ausência** para todos os efeitos. Nos casos previstos na lei (“se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida” e “se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra”), a sentença fixará a data provável do falecimento. Ressalte-se, por fim, que o aparecimento do morto presumido após o casamento de seu ex-cônjuge não o tornará nulo, mas apenas putativo (veja comentários ao art. 1.561).

A segunda causa terminativa da sociedade conjugal é a *nulidade ou anulação do casamento*, prevista no inciso II e que ocorrerá sempre que houver vício de legalidade do ato praticado (*vide* comentários aos arts. 1.548 a 1.564).

As outras causas que geram o fim da sociedade conjugal, previstas nos incisos III e IV, são a separação (*judicial ou extrajudicial* - Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007) e o *divórcio** que serão objeto de comentários nos arts. 1.572 a 1.582.

Já o disposto no § 2º do art. 1.571 disciplina a utilização do nome do cônjuge no caso de ocorrer o divórcio. Segundo o legislador, no *divórcio direto* será facultado ao cônjuge, da mesma forma que na separação consensual, manter o sobrenome de casado. No caso do *divórcio-conversão* essa faculdade não poderá ser exercida quando a sentença proferida nos autos da separação judicial dispuser de maneira diversa. Terá, contudo, aplicação ao divórcio o disposto nos incisos do art. 1.578 do Código Civil, quando a alteração do nome do cônjuge acarretar alguma das conseqüências enumeradas no referido dispositivo. Quanto ao nome de casado, no divórcio direto consensual *realizado de forma extrajudicial*, as partes poderão livremente optar pela alteração de algum dos cônjuges, podendo o interessado, inclusive, retificar, mediante declaração unilateral, por nova escritura, a anterior, para voltar a usar o nome de solteiro. Já no divórcio-conversão, também efetivado de forma consensual, *extrajudicialmente*, as partes podem deliberar pela modificação do nome, mesmo quando a sentença de separação judicial tenha disposto em sentido contrário, pois autorizados pelo disposto no art.

1.124-A do Código de Processo Civil.

Jurisprudência: Divórcio direto. Casal separado de fato há mais de dois anos. Preenchido o requisito exigido pelo § 2º do art. 1.580 do Código Civil, o deferimento do pedido é medida que se impõe. Manutenção do nome de casada. Possibilidade, nos termos do art. 1.571, § 2º, do Código Civil. Direito não renunciado e nem perdido em sentença de separação judicial. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. com revisão n. 331.343.4/9-00/Botucatu, rel. Adilson de Andrade, 3ª Câm. de Direito Privado, j. 29.07.2008, *DJESP* 07.08.2008)

Divórcio direto. Nome. Determinação de retirada do patronímico do ex-marido. Descabimento. Em ação de divórcio direto, a questão do nome está condicionada à vontade de quem o usa, sendo descabida a deliberação judicial de retorno ao uso do nome de solteira. Inteligência do art. 1.571, § 2º, do Código Civil de 2002. Apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.019.031.491, 7ª Câm. Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 12.04.2007)

Registro civil. Nome de mulher divorciada. Uso do nome de casada. Pedido de alteração. 1 - Se o casal ajustou no divórcio consensual que a mulher manteria o nome de casada, descabida se mostra a pretensão de que ela retome o uso do nome de solteira. 2 - O uso do nome de casada pela mulher constitui direito da personalidade e, exercendo atividade profissional, a perda acarretaria evidente prejuízo para sua identificação. Inteligência do art. 1.571, § 2º, do CC/2002. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.755.656, 7ª Câm. Cível, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 12.07.2006)

Nome de casada. Sentença de conversão em divórcio que determina a volta ao nome de solteira, havendo cláusula, na separação consensual, para permanência do nome de casada. Pedido indeferido, nos autos da conversão, após o trânsito em julgado da sentença, para continuar a usar o nome de casada. Nova ordem civil. Deferimento. Nenhum óbice ao pleito traz o trânsito em julgado da sentença de conversão da separação judicial em divórcio (TJDF, AI n. 2003.00.2.001785-9, rel. Mário Machado, *DJU* 06.08.2003). (*RBDFam* 25/117)

Apelidos do marido. Alteração pedida pela viúva para restabelecer o nome de solteira. Possibilidade jurídica do pedido. Não é irrenunciável o direito ao uso dos apelidos do marido, sendo possível juridicamente o pedido de restabelecimento do nome de solteira, presentes circunstâncias próprias que justifiquem a alteração do registro. (STJ, REsp n. 363.794-DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* 30.09.2002)

Conversão de separação judicial em divórcio. Supressão do nome de casada. Exceções previstas no art. 25, parágrafo único, I e II, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Preservação do direito à identidade do ex-cônjuge. Distinção manifesta entre o sobrenome da mãe e dos filhos havidos da união dissolvida, não importando que hoje já tenham estes atingido a maioridade. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 358.598/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.09.2002)

Nome. Exclusão do patronímico do ex-marido trinta anos após a separação, quando da conversão em divórcio. Inadmissibilidade. Hipótese em que a ex-mulher ficou autorizada, por consenso de fato, a se identificar com o nome de casada. Supressão que feriria o patrimônio de sua personalidade. (*RT* 815/244)

Divórcio. Conversão da separação judicial. Nome. Ex-esposa que, na separação, optou por não manter o patronímico do marido. Posterior retratação da renúncia. Admissibilidade. Nome que faz parte do direito da personalidade da pessoa humana, protegido pela Constituição Federal. (*RT* 812/214)

Divórcio. Nome da mulher. Ex-cônjuges que acordam que a ex-esposa continue a usar o nome de casada. Admissibilidade. Juiz que não pode impor que a mulher volte a usar o nome de solteira, mais de dez anos após a separação judicial. Patronímico do ex-marido que já faz parte de sua personalidade. (*RT* 808/402)

Divórcio. Direto. Nome da mulher. Manutenção do de casada. Inadmissibilidade. Alteração que não acarreta nenhuma das conseqüências previstas nos incisos I, II e III do art. 25 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Recurso não provido. (*JTJ* 270/245)

Nome. Exclusão do patronímico do varão, em razão de seu falecimento. Admissibilidade. Inexistência de qualquer vedação legal. Hipótese que atende a uma interpretação sistemática à luz dos institutos da separação e do divórcio, sendo de todo descabido impor que a viúva continue com o nome de casada se o casamento findou em decorrência da morte do cônjuge. (*RT* 802/361)

Divórcio. Direto. Manutenção do nome de casada. Admissibilidade. Direito da mulher de optar pelo nome de solteira. Inaplicabilidade do art. 25, parágrafo único, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Condenação à perda do nome afastada. Recurso provido para esse fim. (*JTJ* 250/68)

Divórcio. Conversão da separação. Direito ao uso do nome de casada. Inadmissibilidade. Cônjuge que na separação renunciara ao uso do apelido do marido. Descabimento de agora restaurá-lo. Recurso não provido. (*JTJ* 267/89)

No mesmo sentido: *JTJ* 250/67.

Divórcio consensual. Nome da mulher. Retorno ao adquirido em casamento anterior, dissolvido pela viuvez. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 25, parágrafo único, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Averbação pelo nome de solteira determinada. Recurso não provido. (*JTJ* 252/255)

Divórcio. Conversão de separação judicial. Exclusão do patronímico do ex-marido do nome da mulher. Circunstância que se impõe se não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas no art. 25, parágrafo único, I, II e III, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. (*RT* 783/285)

Divórcio. Conversão da separação. Nome da mulher. Manutenção do de casada. Admissibilidade. Manifesta distinção entre o nome da virago e o de suas filhas. Art. 25, parágrafo único, II, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Partes, ademais, que ajustaram a continuidade do uso, quando da separação. Subsistência dos motivos. Embargos rejeitados. Voto vencido. (*JTJ* 248/362)

Conversão em divórcio. Ex-cônjuge que, em momento posterior à separação, de forma unilateral, manifesta o desejo de preservar o uso do nome de casada. Admissibilidade. Hipótese em que a coisa julgada não abrange a cláusula definidora do patronímico da mulher. (*RT* 776/347)

Divórcio. Conversão de separação judicial. Manutenção do nome de casado. Opção dada ao cônjuge mulher. Inteligência do art. 1.571, IV e § 2º, do CC (de 2002). (*RT* 835/346)

Divórcio. Nome. Manutenção, pela mulher, do patronímico de casada. Admissibilidade. Apelido de família utilizado pela cônjuge-varoa por muitos anos, assim sendo conhecida no seu ciclo social. Inteligência do art. 1.571, § 2º, do CC/2002. (*RT* 843/352)

Sociedade conjugal. Restabelecimento. Falecimento do varão. Ausência de comunicação. Sentença proferida seis meses após a morte. Efeito ex *nunc*. Perda do objeto diante previsão do inciso I do art. 1.571 do Código Civil. Sentença confirmada. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.058.394.400/Guarulhos, 7ª Câm. de Direito Privado, rel. Elcio Trujillo, j. 02.09.2009)

Ação de alimentos. Ex-mulher. Separação judicial. Dispensa de pensão. Divórcio. Requerimento. Impossibilidade jurídica do pedido. Improcedência do pedido. Sentença mantida. A mulher que dispensou alimentos em ação de separação e quando do divórcio, pondo, portanto, fim a sociedade conjugal, conforme art. 1.571 do CC, não pode vir a juízo pleitear pensão alimentícia de seu ex-cônjuge. (TJMG, Ap. cível n. 1.0027.07.138562-2/001, rel. Mauro Soares de Freitas, j. 09.07.2009)

Conversão de separação judicial em divórcio. Nome de casada da apelante. Preservação, mesmo após o advento do divórcio. Possibilidade. Avença, a respeito, por ocasião da separação consensual. Aplicação do disposto no art. 1.571, parágrafo 2º, do Código Civil. Sentença, nesta parte, reformada. Apelo provido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.288.334.500/Santo André, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Donegá Morandini, j. 07.07.2009)

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do § 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 5º, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

O artigo trata da separação judicial, que é causa de dissolução da sociedade conjugal (art. 1.571, III). Não rompe o vínculo matrimonial, de modo que nenhum dos consortes pode convolar novas núpcias somente separado, exigindo a lei que estejam divorciados.

A separação judicial pode ocorrer de forma consensual, por mútuo consentimento (art. 1.574), podendo nesta hipótese se dar também extrajudicialmente, ou litigiosa. A tratada no artigo é a *litigiosa*. Tem por fundamento a *culpa* de um dos cônjuges (*caput*) ou uma das causas objetivas independentes de culpa (§§ 1º e 2º) (a respeito da necessidade da prova da culpa, veja comentários e jurisprudência correspondente ao art. 1.573, a seguir).

São três as espécies de separação litigiosa. A primeira delas é a *separação-sanção*, prevista no *caput* do artigo, que é, na verdade, uma cláusula geral. Está fundamentada na *culpa* que um dos cônjuges atribui ao outro pela dissolução do matrimônio, em razão da grave violação de um dos deveres conjugais (há quem sustente que apenas essa separação é litigiosa, porquanto nas demais não se discute a culpa). Os requisitos (a) de qual dever do casamento foi gravemente violado (art. 1.566) e (b) da insuportabilidade da vida em comum são cumulativos e devem ser demonstrados pelo autor. A culpa, portanto, deve ser comprovada. Reconhecida a culpa, o cônjuge *perderá o direito a alimentos*, exceto os naturais, nas hipóteses dos arts. 1.694, § 2º, e 1.704, parágrafo único (veja comentários aos arts. 1.702 e 1.704), e o direito de conservar o sobrenome do outro, observadas as exceções do art. 1.578 (veja comentário). Já a culpa recíproca afasta o direito a alimentos de qualquer dos cônjuges. O art. 1.573 enumera os motivos que podem causar a insuportabilidade da vida comum e serão analisados a seguir. Quando a ruptura do matrimônio provém da prática de um ato antijurídico, de um delito ou quase delito (por exemplo, adultério ou agressões físicas continuadas), produzindo danos de natureza extrapatrimoniais ao outro cônjuge, que teve sua honra ofendida, a doutrina atual tem admitido a reparação moral, com amparo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art 1º, 111) (veja doutrina na RT775/128).

No § 1º do artigo ora comentado se encontra a *separação-ruptura (ou falência)** que se caracteriza pela ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. Nessa modalidade não se discute culpa. São requisitos cumulativos (a) a separação de fato há mais de um ano e (b) a impossibilidade da reconstituição do casamento. Ambos devem ser comprovados; contudo, não se discutirá a razão da ruptura ou quem tenha dado causa a ela. A lei passou a considerar possível, para os fins da contagem do tempo esta-

belecido no parágrafo, a soma dos períodos de separação para integralizar o prazo exigido, abolindo-se também a sanção, no tocante à partilha dos bens, que era imposta ao cônjuge que tomava a iniciativa da ação. Esse é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves em *Direito de família*, 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

O § 2º do art. 1.572 trata da *separação-remédio*, que recebeu muitas críticas da doutrina por ofender o dever de mútua assistência moral (CC, art. 1.566, III). Poderá ser pedida (a) quando o cônjuge estiver acometido de doença mental grave (b) manifestada após o casamento, (c) impossibilitando a continuação da vida em comum e (d) quando for reconhecido que a cura para a doença é improvável. O requerente deverá fazer a prova da insanidade mental. São casos de doença mental para os fins dispostos neste artigo, entre outros, a paranóia, a neurose-traumática e a psicose maníaco-depressiva.

Por fim, o § 3º deste artigo acima considera efeito patrimonial da separação sem culpa, apenas no caso da separação requerida por motivo de doença mental (§ 2º), a perda pelo cônjuge requerente dos bens remanescentes que o cônjuge enfermo levou para o casamento, assim como a perda da meação dos aquestos, se o regime adotado permitir. O dispositivo visa dar maior proteção à pessoa doente e impor uma sanção ao cônjuge requerente. Na verdade, o requerente perderá a meação dos bens remanescentes do cônjuge enfermo, quando adotado o regime da comunhão universal de bens, e metade dos adquiridos na constância da sociedade conjugal, se o regime for o da comunhão parcial. O Código não mais prevê a *cláusula da dureza* (art. 6º da Lei do Divórcio), que estabelece a possibilidade de o juiz negar a separação-remédio caso ela traga agravamento da saúde do cônjuge doente ou prejuízo aos filhos do casal. De outra sorte, o Código de 2002 reduziu de cinco para dois anos o período de duração da enfermidade grave de cura improvável, que servirá de fundamento à separação-remédio (art. 5º, § 2º, da Lei do Divórcio). Considerando que haverá a necessidade de o cônjuge requerente fundamentar e comprovar o pedido de reconhecimento da separação-remédio, correndo o risco de sofrer repercussão negativa em seu patrimônio, decorrido o prazo de dois anos de separação, caracterizado pela impossibilidade de continuação da vida em comum, poderá requerer imediatamente o divórcio direto. Isso explica porque há forte tendência de o disposto no § 2º do artigo comentado cair em desuso.

Controvertida na doutrina é a questão relativa à possibilidade de reparação por dano moral em Direito de Família, especialmente nas hipóteses de separação judicial por descumprimento de alguns dos deveres do casamento. Regina Beatriz Tavares da Silva sustenta ser cabível a indenização quando houver dano ao consorte em razão de tal descumprimento, não se enquadrando nessa hipótese o simples desamor, pois a falta de amor, por si só, não pode acarretar qualquer consequência jurídica, já que amar não é dever jurídico, inexistente ato ilícito na falta de amor. Sobre o tema, Ênio Santarelli Zuliani assevera que no cotidiano familiar o dano que outrora não se ressarcia, hoje se indeniza. O abandono afetivo, por exemplo, nunca deixou de ser um ato de covardia que se comete contra um ser frágil, mas nunca foi reprovado; agora o é, pelos efeitos perversos da rejeição que, naturalmente, perturbam e lesam a vida, a saúde e o bem-estar da vítima. O sentido cultural do problema é atualmente mais aguçado e receptivo. A infidelidade conjugal é mais grave que a desilusão em face de um amor não correspondido, ela nem sempre será indenizável, exatamente porque o direito jamais impedirá os acertos e desatinos dos sentimentos; contudo, quando a traição excede os limites de uma acentuada tolerância, que se admite em casos do gênero, ao traído cabe destinar uma quantia em dinheiro para que se recupere do golpe vergonhoso e humilhante.

Assim, forçoso é concluir que o cabimento da indenização com essa finalidade é de ser analisado em cada caso concreto. Terá em vista a natureza dos direitos lesados, a intensidade da violação e as consequências dela promanantes, para que seja reconhecida a necessidade de reparação e atribuído o seu valor em pecúnia.

Jurisprudência: Apelações cíveis. Separação judicial. Separação de corpos. O pedido de separação de corpos, deduzido pelo separando na separação litigiosa, não afasta a procedência da cautelar de separação de corpos ajuizada pela separanda. Culpa. Não obstante o disposto no art. 1.572 do CC/2002, descabe a atribuição de culpa em separação judicial, porque a falência do casamento não pode ser imputada unicamente a um dos cônjuges. Alimentos. Mantêm-se os alimentos fixados em favor do filho do menor do casal, se adequado ao binômio necessidade/possibilidade demonstrado nos autos. Visitas. Mantém-se o pernoite na visitação do pai ao filho menor, se não há qualquer elemento de prova que o desautorize. Partilha. Mantém-se a partilha dos bens adquiridos pelo casal, descabendo a inclusão dos imóveis pertencentes a empresa da qual é sócio o separando. Apelações desprovidas. (TJRS, Ap. cível n. 70.026.482.638, 8ª Câ. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 30.10.2008, *DJ* 06.11.2008)

Ação ordinária de indenização por danos morais. Prática de adultério. Reconhecimento da culpa afastada. Dano moral. A orientação da jurisprudência gaúcha é no sentido da irrelevância da aferição da culpa quando da separação judicial, uma vez que a eventual infração cometida por um dos cônjuges decorre da natural deteriorização da relação conjugal. A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera tão somente a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos, não gerando dano moral indenizável à parte ofendida. Apelo não provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.026.555.177, 8ª Câ. Cível, rel. Claudir Fidélis Faccenda, j. 30.10.2008, *DJ* 07.11.2008)

Apelação cível. Separação judicial. Declaração de culpa. Ausência de interesse jurídico. Rompimento da vida em comum. Partilha de bens. Momento posterior. Possibilidade. Alimentos. Necessidade não comprovada. Caracterizada a hipótese de separação judicial autorizada pelo art. 1.572, § 1º, do CC/2002, estando demonstrada a impossibilidade de manutenção da vida em comum, descabe a declaração de culpa de um dos consortes pelo rompimento do vínculo. O reconhecimento da culpa, no caso concreto, não acarretará qualquer benefício para o cônjuge supostamente inocente, inexistindo interesse jurídico nesse provimento. A separação judicial pode ser decretada sem que ocorra a partilha dos bens que, diante da existência de controvérsia sobre a delimitação do patrimônio, pode ser postergada para momento posterior à sentença. Os alimentos são devidos ao cônjuge que demonstrar a impossibilidade de prover por seu trabalho a sua própria subsistência em condições de vida digna e compatível com o padrão mantido na vigência do casamento. Demonstrado que o casamento durou menos de 3 anos e que a requerida se separou aos 29 anos de idade, resta presumida a ausência de necessidade do recebimento de pensão alimentícia, uma vez que a alimentanda poderá cuidar de sua manutenção tal como fazia antes de se casar, quando contava com quase 27 anos de idade. Recurso improvido. (TJMG, Ap. cível n. 1.0701.07.184719-1/001, rel. Heloisa Combat, j. 08.07.2008, *DJEMG* 29.08.2008)

Família. Separação judicial litigiosa. Filho havido fora do casamento. Violação ao dever de fidelidade. Recurso não provido. A existência de filho havido fora do casamento traduz violação ao dever de fidelidade, constituindo, portanto, motivo hábil a decretação de separação judicial, já que tal ato constitui desrespeito à parceira e à própria família, tornando a permanência do vínculo conjugal insuportável. (TJMG, Ap. cível n. 1.0027.06.090347-6/001, rel. Maria Elza, j. 29.05.2008, *DJEMG* 11.06.2008)

Separação litigiosa. Danos morais. Cabimento. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a turma conheceu do especial

e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais. (STJ, REsp n. 37051/SP, 3ª T., v.m., rel. Min. Nilson Naves, j. 17.04.2001, *DJU* 25.06.2001).

No mesmo sentido: *RSTJ* 151/247; TJSC, Ap. cível n. 98.013231-2, 1ª Câ., rel. Des. Newton Trisotto; *JTJ* 240/211; *RJ* 285/96.

Em sentido contrário: *RT* 752/344; TJRJ, Ap. cível n. 14.156/98, rel. Des. Marlan de Moraes Marinho, j. 13.05.1999 (*RBDFam* 2/59); *JTJ* 239/290.

Indenização em caso de adultério do cônjuge. Hipótese em que não cabe aplicar as regras da responsabilidade civil embora tenha sido confirmada a traição da mulher na constância da vida em comum, por ser esse um fato que se tornou público, ao ser objeto de investigação policial, não tendo, apesar dessa notoriedade, proporcionado pronta e enérgica reação do marido enganado, uma conduta omissiva que compromete a noção de honra digna de ser resgatada pela compensação financeira (art. 5º, V e X, da CF). Provimento para julgar improcedente a ação. (TJSP, Ap. cível n. 465.038-4/0-00, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 29.05.2008)

Dano moral. Casamento. Infidelidade do varão comprovada nos autos. Ausência do dever de indenizar. Violação dos deveres do casamento que não pode ser confundida com conduta delituosa de um dos conviventes, a ensejar a reparação. Recurso parcialmente provido para afastar a condenação por danos morais. (TJSP, Ap. cível n. 471.053-4/7, rel. Des. Ruy Camilo, j. 14.11.2006)

Casamento. Adultério. Dano moral não configurado. Para que o adultério se traduza em dano moral é necessária repercussão extraordinária do fato e não, apenas, as conseqüências que lhes são ínsitas. Sendo a prova dos autos insuficiente tal, cabe a improcedência da pretensão. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 228.985.4/1-00, rel. Des. Marcelo Benacchio, j. 19.07.2006)

Danos morais. Adultério. Ato ilícito que causa sofrimento moral e psicológico. Ausência de provas, pelo réu, de separação de fato anterior ao novo relacionamento. Indenização devida. Majoração da *quantum* indenizatório. Recurso da autora provido. (TJSP, Ap. cível n. 185.669-4/8-00, rel. Des. Eduardo Tobias de Aguiar Moeller, j. 23.09.2005)

Ação de separação. Alegação de culpabilidade do cônjuge varão. Ausência de provas. Improcedência do pedido autoral. Insatisfação. Impossibilidade de comunhão de vida em comum manifestada por ambas as partes. Aplicação do § 1º do art. 1.572 do CC. Falência da estrutura do casamento. Apelo provido. Decisão reformada. (TJRJ, Ap. cível n. 06.742/04, rel. Des. Marcus Tullius Alves, j. 05.04.2005. In: CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no CC de 2002*. São Paulo, RT, 2005, v. II)

Separação judicial litigiosa. Pleito ajuizado pelo varão atribuindo a culpa pela ruptura da sociedade conjugal ao virago. Sentença parcialmente procedente, reconhecendo, outrossim, a configuração de danos morais. Inconformismo da ré. Superveniência de acórdão transitado em julgado que decretou o divórcio do casal. Reconhecimento da culpa recíproca, entretanto, unicamente para fins de fixação de alimentos em ação independente. Inadmissibilidade de fixação de indenização por danos morais decorrente de violação dos deveres do casamento. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 478.076-4/2-00, rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 21.02.2008)

Separação judicial litigiosa. Decretada a separação do casal. Indenização por danos morais. Não cabimento. Apelante e apelada que mantiveram relacionamento sexual após a

separação do casal em razão do adultério. Perdão. Configuração. Partilha do imóvel. Confirmação. Regime da comunhão parcial de bens. Presunção de que o bem é produto do esforço comum. Litigância de má-fé. Não caracterização. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 605.828-4/4, rel. Des. Sousa Lima, j. 04.03.2009)

Processual civil. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Impossibilidade de decretação de divórcio em sede de ação de separação judicial com base unicamente nos arts. 1.572, § 1º, e 1.580 do Código Civil. Fundamento suficiente não impugnado. Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal. I - O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância *a quo*, mesmo com a oposição dos Embargos de Declaração, incide o Enunciado n. 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. II - Os arts. 1.572, § 1º, e 1.580 do Código Civil são insuficientes, para, por si sós, autorizar que se decrete o divórcio em uma ação de separação judicial. III - Não merece conhecimento o recurso especial quanto ao ponto em que deixa de atacar todos os fundamentos suficientes do acórdão. Incidência da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental improvido. (STJ, Ag. Reg. no AI n. 1.039.661, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.04.2009, DJ 06.05.2009)

Separação judicial. Mesmo debaixo de teto comum, há muito tempo cessou a vida conjugal, pelo desgaste da relação, com o passar do tempo. Improvável a reconstituição da vida em comum, a separação judicial pode ser decretada com fundamento no art. 1.572, § 1º, do Código Civil. Perquirição da culpa que só remanesce para efeito da imposição do ônus da sucumbência, em virtude do princípio da causalidade. A alegada culpa do apelado não restou demonstrada no âmbito do contraditório. Como consequência da separação judicial, pondo fim aos deveres recíprocos dos cônjuges, o apelado deve deixar o lar conjugal no prazo de trinta dias. Apelante continuará a usar o nome de casada, ao qual poderá renunciar a qualquer momento. Filhos maiores e capazes. Alimentos devidos à apelante. Objeto de processo autônomo. Modificação deve ser pleiteada na via adequada. Decretada a partilha do patrimônio comum do casal (ativos e passivos), que poderá ser ultimada nestes mesmos autos, nomeado inventariante o apelado. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 5.885.164.900/São Paulo, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Paulo Eduardo Razuk, j. 09.06.2009)

Art. 1.573. Pode caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I - adultério;
- II - tentativa de morte;
- III - sevícia ou injúria grave;
- IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V - condenação por crime infamante;
- VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

CC/1916: sem correspondente.

O artigo enumera os motivos que caracterizam a impossibilidade de manutenção da vida em comum.

O Código restabeleceu o rol de situações que autorizavam a separação litigiosa previsto no art. 317 do Código Civil de 1916, então revogado pela Lei n. 6.515, de 26.12.1977. O rol é exemplificativo (até por esse motivo o elenco de cláusulas gerais estabelecido na Lei do Divórcio era mais eficiente) por força do que dispõe o parágrafo único do artigo, autorizando o juiz a considerar outros motivos para aquilatar a insuportabilidade do convívio do casal para os fins da separação, tendo em vista a ausente *comunhão plena de vida* retratada no art. 1.511 (veja comentário) como efeito do casamento. Entre eles podem ser citados os casos de “incompatibilidade de gênios” e de “crueldade mental”, próprios de casais que efetivamente “não combinam”, desde que o comportamento de um dos cônjuges se revele ofensivo ao dever de “respeito e consideração” tornando insuportável o prosseguimento da vida em comum (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. “Direito de família no novo Código Civil”. In: *Cadernos Jurídicos*, n. 13, p. 97-112). Até mesmo pela ausência da *affectio*, que constitui a própria razão de ser do relacionamento conjugal, pode ser decretada a separação judicial com fundamento exclusivo na impossibilidade de continuação da vida em comum. Evidencia ainda a insuportabilidade da vida em comum, o mero ajuizamento da ação imputando fato grave ao outro, a autorizar, inclusive, a inversão da prova quanto à exceção da suportabilidade da vida em comum.

A propósito do tema, oportuna a referência ao Enunciado n. 254 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no seguinte sentido: “formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (arts.

1.572 e/ou 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da *comunhão plena de vida* (art. 1.511) - que caracteriza hipótese de outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum' - sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges”.

De qualquer forma, o que importa ressaltar é que o tipo aberto previsto no parágrafo único pode ser a válvula de escape para que o julgador, valendo-se da equidade, relativize o sistema separatório brasileiro, que exige comprovação de culpa e que representa verdadeiro retrocesso doutrinário e jurisprudencial, para poder, norteado especialmente pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, autorizar a separação do casal - independentemente da prova da culpa - que não mais pretenda preservar o matrimônio, porque falido (veja jurisprudência a seguir). Contudo, mais correta seria a proposta de alteração legislativa do dispositivo, para permitir que qualquer dos cônjuges possa ajuizar ação de separação judicial, com fundamento na impossibilidade da vida em comum.

O primeiro motivo enumerado no artigo comentado é o *adultério* (inciso I), que constitui ofensa ao dever recíproco de fidelidade. Por essa razão seria melhor que o legislador tivesse mencionado a infidelidade, em vez do adultério, pois, além de possuir um dever correspondente, abrangeria outros casos de infidelidade, já que o adultério não é a única forma de violação do dever de fidelidade, sendo, na verdade, espécie do gênero infidelidade. Há proposta de alteração deste dispositivo no Projeto de Lei n. 276/2007. O adultério é, de outra parte, a mais infamante das causas separatórias. A *infidelidade virtual* é uma nova forma de relacionamento que pode ser motivo da separação judicial litigiosa. Não constitui adultério, mas injúria grave. Caracteriza-se pela possibilidade de o internauta casado valer-se de programa de computador para manter envolvimento amorosos que criam laços afetivo-eróticos virtuais, fazendo surgir, na internet, infidelidade, por *e-mail* e contatos sexuais imaginários com outra pessoa, que não seja seu cônjuge, dando origem à conduta desonrosa (veja DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil - direito de família*. São Paulo, Saraiva, 2002). O adultério caracteriza-se pela conjunção carnal entre duas pessoas de sexo diferente, exigindo também a voluntariedade da ação. Os atos pré-sexuais ou preparatórios configuram o *quase-adultério* ou injúria grave. O *adultério científico* é a inseminação artificial, que também constitui injúria grave e não é verdadeiramente adultério, pois este exige a realização do ato sexual.

O segundo motivo previsto no artigo é a *tentativa de morte* (inciso II). Caracteriza-se pelo começo de execução do crime de homicídio por um dos cônjuges contra o outro, só não consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente. O seu reconhecimento não depende da condenação penal do agente. Contudo, poderão ser aproveitadas as causas de sua absolvição criminal, consistentes na falta de prova da existência do fato, de sua autoria e na presença de uma das causas de exclusão da antijuridicidade.

A *sevícia* (inciso III) - maus-tratos corporais ou agressões físicas intencionais - e a *injúria grave* (inciso III) - conceito de grande extensão ou elasticidade - também são motivos que autorizam a separação litigiosa. A injúria, ato que ofende a integridade moral do cônjuge, pode ser real - derivada de gesto ultrajante, que diminui a honra e a dignidade do outro ou põe em perigo seu patrimônio - ou verbal - decorrente de palavras que ofendam a respeitabilidade do outro cônjuge.

O “abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo”, previsto no inciso IV, é causa para a separação litigiosa. O abandono, que é a ausência física ou moral, deve ser, necessariamente, voluntário, pressupondo a intenção ou o ânimo do consorte de não mais retornar ao lar conjugal depois do prazo mínimo de um ano cumprido continuamente. Pode se caracterizar pelo ato de deixar o outro cônjuge e os filhos desamparados material e moralmente. A ausência física do cônjuge, que é o abandono material, deve ser por um ano e ter motivo justo. Já o prazo de um ano exigido pela lei para a configuração do abandono, sem o qual não haveria a situação motivadora da separação, não guarda coerência com o disposto no art. 1.723, § 1º, que reconhece a união estável, sem exigir qualquer lapso temporal, quando a pessoa casada se achar separada de fato. Assim, para que seja possível ao cônjuge separado regularizar seu estado civil, deverá esperar que o juiz reconheça, com fundamento no parágrafo único do artigo comentado, a impossibilidade da vida em comum, pela união do cônjuge com terceiro, ainda que decorrente de concubinato. Por essa razão é que será bem-vinda a alteração proposta no Projeto de Lei n. 276/2007 que excluirá do inciso esse prazo de um ano. Vale ressaltar que o referido prazo legal também é incompatível com a *comunhão plena de vida* prevista no art. 1.511 (veja comentário), porquanto para que esse dever deixe de existir não há a necessidade do prazo de um ano, podendo ocorrer até mesmo antes do decurso de tal período.

A *condenação do cônjuge por crime infamante* acarreta a insuportabilidade da vida em comum, porque revela o caráter do seu autor, responsável pela repulsa no meio social em que vive. A *conduta desonrosa*, que foi deslocada do *caput* do art. 5º da Lei n. 6.515/77 para figurar como motivo autônomo da separação, por impossibilidade da comunhão de vida, é conceito jurídico indeterminado cuja definição cabe aos juizes e tribunais, diante do caso concreto. Fatores como o ambiente familiar, o meio social em que vive o casal, a sensibilidade e o grau de educação dos cônjuges deverão ser considerados para tal definição. Não há dúvida de que o comportamento imoral, ilícito ou antissocial pode configurar conduta desonrosa. A doutrina e a jurisprudência reconhecem o alcoolismo, o uso de tóxicos, o namoro com estranhos, a prática de crimes sexuais e de crimes em geral e a contaminação com doença venérea como condutas desonrosas.

Jurisprudência: Separação judicial. Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor-reconvindo seja condenado no pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria. Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida. Inteligência dos arts. 1.566,1, e 1.573,1, do Código Civil. Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos. Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal. Conduta deson-

rosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes. Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada. Caracterização de dano moral indenizável. Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à ré-reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral. Indenização fixada em R\$ 45.000,00. Alimentos. Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 539.390-4/9-00/São Paulo, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Luis Antônio de Godoy, j. 10.06.2008, *DJ* 17.06.2008)

Separação litigiosa. Conduta desonrosa. Cônjuge condenado por homicídio. Reclusão há mais de três anos. Código Civil, arts. 1.572 e 1.573, VI. Inteligência. Ruptura da vida em comum há mais de um ano e impossibilidade de sua reconstituição. Caracterização. Recurso improvido. A reclusão do apelante há mais de três anos em decorrência da prática de crime de homicídio, considerada a alegação da autora de que sua vida em comum se tornara insuportável, constitui conduta desonrosa em relação ao cônjuge, a possibilitar a separação judicial. (TJSP, Ap. cível n. 432.502-4/1-00/Andradina, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Jesus Lofrano, j. 11.03.2008, *DJ* 17.03.2008)

Direito civil. Família. Ação de separação judicial. Pedidos inicial e reconvenção fundados na culpa. Não comprovação. Insuportabilidade da vida em comum. Decretação da separação sem atribuição de causa. Possibilidade. Verificada a insuportabilidade da vida conjugal, em pedidos de separação com recíproca atribuição de culpa, por meio de ação e reconvenção, e diante da ausência de comprovação dos motivos apresentados conforme posto no acórdão impugnado, convém seja decretada a separação do casal, sem imputação de causa a nenhuma das partes. Ressalte-se que, após a sentença de improcedência dos pedidos de separação com culpa, as partes formularam petição conjunta pleiteando a dissolução do vínculo conjugal, com fundamento no art. 1.573 do CC/2002, e mesmo assim não alcançaram o desiderato em 2º grau de jurisdição. Dessa forma, havendo o firme propósito de dissolução do vínculo matrimonial, nada obsta que o decreto de separação-sanção seja modificado para o de separação-remédio. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 783.137, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.09.2006, *DJ* 09.10.2006)

Pedido de separação judicial. Comportamento agressivo e ameaçador do cônjuge. Conduta desonrosa. Sevícia e injúria grave. Ofensa à integridade física e à honra do cônjuge feminino. Demonstração da impossibilidade da comunhão de vida. Procedência do pedido. Demonstrada nos autos a impossibilidade de comunhão de vida do casal, em decorrência do comportamento agressivo e ameaçador do cônjuge, que ofende a integridade física e a honra do cônjuge feminino, deve ser julgado procedente o pedido de separação judicial, nos termos do art. 1.572 c/c 1.573, III, IV e parágrafo único, do Código Civil. (TJMG, Ap. cível n. 1.0324.04.022570-2/001, rel. Geraldo Augusto, j. 22.11.2005, *DJEMG* 08.12.2005)

Apelação cível. Separação litigiosa. Não decretação. Inconformismo do autor. Alegação da insuportabilidade da vida em comum. Desamor. Possibilidade com base no art. 1.573, parágrafo único. Partilha de bens. Direccionamento para vias ordinárias. Provimento do recurso. (TJMG, Ap. cível n. 1.0194.03.030295-5/001, rel. Roney Oliveira, j. 07.04.2005, *DJEMG* 12.08.2005)

Separação por conduta desonrosa do marido. Prova não realizada. Irrelevância. Insuportabilidade da vida em comum manifestada por ambos os cônjuges. Possibilidade da decretação da separação. Nova orientação. Código Civil de 2002 (art. 1.573). Recurso desacolhido. Na linha de entendimento mais recente e em atenção às diretrizes do novo Código Civil, evidenciado o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade conjugal, a sepa-

ração deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência de conduta desonrosa. (STJ, REsp n. 433.206/DF, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.03.2003, *DJU* 07.04.2003)

Separação. Não identificação do culpado. Insuportabilidade da vida conjugal. Decretação (STJ, REsp n. 467.184, rel. Min. Ruy Rosado, j. 05.12.2002).

No mesmo sentido: TJRS, AI n. 70.004.010.039, j. 08.05.2002 (*RBDFam* 18/51); Ap. cível a 70.003.764.099, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 20.03.2002; TJRS, Ap. cível n. 70.002.371.896, rel. Des. Rui Portanova, j. 17.05.2001; TJRS, Ap. cível n. 70.003.961.604, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 24.04.2002 e Ap. cível n. 70.000.859.983, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 14.06.2000 (*RBDFam* 12/147).

Separação judicial litigiosa. Embora não comprovada a conduta desonrosa e adultério imputados ao varão, incontroverso o abandono voluntário deste, do lar conjugal. Violação dos deveres do casamento (art. 1.566, II, do Código Civil). Ausência de comprovação da culpa atribuída à autora pela separação. Ciúme que não represente grave violação aos deveres do casamento, tampouco culpa recíproca pela separação, que deve ser decretada por culpa exclusiva do varão, diante do abandono voluntário do lar conjugal. (TJSP, Ap. cível n. 547.607.4/4-00, rel. Des. Salles Rossi, j. 06.03.2008)

Separação conjugal litigiosa. Separação de fato. Prova de culpa. Desnecessidade. Confirmando-se o fracasso do casamento, pela ruptura da vida em comum, admite-se a separação-consumação do § 1º do art. 5º, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977, como técnica jurídica de legalização do término do vínculo conjugal irremediavelmente rompido, dispensado o exame da culpa, sempre complicado em termos de matéria probatória e traumatizante para o direito de personalidade dos cônjuges. Provimento (TJSP, Ap. cível n. 211.302.4/7, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 05.02.2002). (*RBDFam* 13/119)

Separação judicial. Culpa. Alimentos temporários. Partilha de bens. O exame da culpa na separação judicial deve ser evitado sempre que possível, consoante moderna tendência do Direito de Família. Quando termina o amor, é dramático o exame da relação havida, pois, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um. Se o varão alega abandono do lar pela mulher e esta disse que foi expulsa do lar, além de ser ofendida pelo marido, descabe questionar a culpa, mormente porque existem indícios de adultério pela mulher e também de que ela foi forçada a sair do lar (TJRS, Ap. cível n. 70.003.893.534, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 06.03.2002). (*RBDFam* 14/122)

Separação judicial litigiosa. Comprovado nos autos que o cônjuge varão dirigia toda sorte de injúrias e agressões verbais à varoa, resta configurada a violação aos deveres recíprocos do matrimônio, tornando insuportável a vida em comum, havendo sucedâneo legal, especificamente o art. 5º da Lei n. 6.515, reguladora da matéria posta nos autos, para que um só dos cônjuges peça a separação (TJMG, AI n. 000.189.451-8/01, rel. Des. Pinheiro Lago, *DJMG* 07.12.2001). (*RBDFam* 13/137)

Separação judicial litigiosa. Quebra do dever conjugal. Comprovada a quebra do dever conjugal por parte do cônjuge virago, impõe-se a decretação da separação judicial do casal. Indícios veementes da infidelidade conjugal, bem como a impossibilidade de reconciliação do casal, ante o não perdão por parte do cônjuge varão, justificam a procedência da ação (TJDF,

Embargos infringentes cíveis n. 52991/2000, 2ª Câm., rel. Des. Haydevalda Sampaio, *DJU* 31.10.2001). (*RBD Fam* 12/139)

Separação litigiosa. Art. 5º, *caput*, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Reconhecimento de culpa do autor. Ausência de reconvenção. Peculiaridade. Situação consolidada há mais de 10 anos. Precedentes do STJ. Para a procedência do pedido, sem que se comprovem os fatos alegados pelo autor, em regra, é indispensável a reconvenção nos casos em que o demandado pretenda imputar a culpa ao autor da ação de separação judicial, aforada com base no art. 5º, *caput*, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Consolidada, porém, a situação das partes, por força de decisão judicial, há mais de 10 anos, não se aconselha seja ela modificada, para atender a norma de caráter puramente processual, mormente quando existe pedido de ambas as partes ao provimento jurisdicional, com acolhimento da pretensão. (STJ, REsp n. 30.202/PR, rel. Min. Castro Filho, j. 20.09.2001, 0/1/05.11.2001)

Separação litigiosa. Culpa exclusiva da mulher. Não demonstração. Conduta apontada pelo cônjuge-varão que não pode ser havida por grave (ingestão pequena de bebida alcoólica). Recurso não provido. (*JTJ* 256/207)

Separação litigiosa. Culpa exclusiva do cônjuge-varão. Reconhecimento. Abandono do lar conjugal. Violação dos deveres do casamento. Recurso não provido. (*JTJ* 256/204)

Separação litigiosa. Culpa exclusiva do cônjuge-varão. Reconvenção. Injúria grave. Não demonstração. Pedido rejeitado. (*JTJ* 256/204)

Separação judicial. Abalo à honra e à dignidade da esposa. Caracterização. Inexistência de prova cabal do adultério que se imputa ao cônjuge varão, porém com fortes indícios de sua ocorrência, com comentários partidos dos próprios familiares. Circunstância que, somada à indiscutível insuportabilidade da convivência conjugal, leva à procedência do pedido. (*RT* 768/370)

Separação judicial litigiosa. Violação de dever do casamento, consistente na perpetração de adultério pelo varão. Reconhecimento da culpa, ensejando a fixação de alimentos em favor do cônjuge inocente e a meação dos bens constantes do patrimônio comum. Alimentos que, entretanto, devem ser fixados com observância do binômio necessidade-possibilidade, ensejando a minoração. Recurso parcialmente provido para este fim. (TJSP, Ap. cível n. 471.053-4/7, rel. Des. Ruy Camilo, j. 14.11.2006)

Sobre o reconhecimento ou não de indenização por dano moral, para a hipótese de cometimento de adultério, vide jurisprudência ao artigo anterior.

Separação judicial. Abandono do lar conjugal. Descaracterização. Afastamento pelo cônjuge em razão de agressões, maus tratos e injúria praticados pelo outro. Motivos que tornam insustentável a vida em comum no domicílio conjugal. Improcedência mantida. (*RT* 707/133)

Separação judicial. Abandono do lar conjugal. Violação do dever de coabitação incoerente. Cônjuge não tratado com o devido respeito e consideração. Existência de justa causa para o afastamento. (*RT* 656/87)

Separação judicial. Conduta desonrosa do cônjuge. Embriaguez habitual e ofensas morais. Grave violação dos deveres do casamento configurada. Insuportabilidade da vida em comum. Ação procedente. Inteligência do art. 5º da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. (*RT* 656/87)

Separação judicial. Pedido intentado com base na culpa exclusiva do cônjuge mulher. Decisão que acolhe a pretensão em face da insuportabilidade da vida em comum, independentemente da verificação da culpa em relação a ambos os litigantes. Admissibilidade.

- A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal.

- Hipótese em que a decretação da separação judicial não surtem consequências jurídicas relevantes.

- Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados. (STJ, EREsp n. 466,329, rel. Min. Barros Monteiro, j. 14.09.2005)

- Civil. Recurso especial. Ação de separação judicial. Pedido de separação fundado na culpa. Não demonstração. Insustentabilidade da vida em comum. Caracterização. Decretação da separação. Julgamento diverso do pedido. Inocorrência.

- Ainda que se requeira a separação judicial com imputação de culpa e essa não reste provada nos autos, o juiz pode decretá-la caso verifique, nas provas coligidas aos autos, a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a decretação da separação não implica julgamento diverso do pedido. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 466.329, rel. Min Nancy Andrigli, j. 22.06.2004)

Separação. Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte. (STJ, REsp n. 467.184, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 05.12.2002)

Separação judicial litigiosa. Prova do decurso do lapso anual e a impossibilidade de reconciliação. Insuportabilidade da vida em comum. Inteligência do parágrafo único do art.

1.573 do CC. Recurso não provido. (TJSP. Ap. cível n. 357.090.4/3-00, rel. Des. Silvério Ribeiro, j. 11.06.2005. In: CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no CC de 2002*. São Paulo, RT, 2005, v. II)

Separação judicial. Culpa da ré verificada. Demonstração da relação extraconjugal bastante suspeita mantida entre a ré e terceiro, com as características do denominado "quase adultério", que constitui injúria grave. Alimentos. Ausência de comprovação de não ter parentes em condições de prestá-los. Inteligência do art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil. Encargo indevido. Valores depositados em conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) do autor. Adoção do regime de comunhão parcial de bens. Partilha indevida, por não integrar o patrimônio comum. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 5.662.914.000/Rosana, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Luiz Antônio de Godoy, j. 19.05.2009)

Ação de separação judicial litigiosa. Acolhimento de contradita. Ausência de impugnação oportuna. Tema, agora, acobertado pela preclusão. Partilha de bens. Adoção do regime de separação total de bens. Inaplicabilidade do enunciado pela Súmula n. 377 do STF. Incidência apenas em relação ao regime de separação obrigatória de bens. Reconhecimento da culpa do apelante pela separação. Conduta violenta do varão. Demonstração na prova. Aplicação do disposto no art. 1.573, III, do Código Civil. Verba honorária (R\$ 1.500,00). Redução afastada, à vista da complexidade da demanda, com oferta e acolhimento de reconvenção. Sentença mantida.

Recursos improvidos. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.110.394.200/São Bernardo do Campo, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Donegá Morandini, j. 28.04.2009)

Separação Judicial. Não comprovadas as recíprocas imputações de injúria grave deduzidas pelos cônjuges. Evidenciada, entretanto, a ruptura da vida em comum há vários anos e a impossibilidade de sua reconstituição. Transformação da separação-sanção em separação-remédio. Aplicação da regra do parágrafo único do art. 1.573 do Código Civil. Partilha descabida em razão do regime de bens adotado. Disciplina da obrigação alimentar do pai mesmo não conhecido o recurso da filha em razão de falha processual. Insurgência do réu desacolhida nessa parte. Recurso do réu provido em parte. Não conhecido o da filha do casal. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.153.134,200/Rio Claro, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Morato de Andrade, j. 01.12.2009)

Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 4º e 34, § 2º, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

O artigo trata de *separação consensual ou amigável*, como modalidade da separação judicial. A Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que acrescentou o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil, passou a permitir a *separação consensual* também *de forma extrajudicial*, mediante escritura pública, disciplinando-a no referido artigo, como se verá a seguir. Na judicial, as partes, de comum acordo, podem solicitar a dissolução da sociedade conjugal após o período mínimo de um ano do casamento, prazo definido como de experiência. Contudo, diante da diretriz do Código Civil de intervenção mínima nas relações familiares e tendo em vista que não há na Constituição da República exigência de tal prazo para a separação amigável, a doutrina tem sustentado a inconveniência do requisito objetivo ora referido, havendo, inclusive, proposta para que seja alterado (Projeto de Lei n. 276/2007). O casal elaborará convenção escrita que será homologada pelo juiz. Não há a necessidade de que seja declinada a causa da separação. O acordo deverá disciplinar obrigatoriamente a guarda dos filhos, o direito de visitas (v. comentário ao art. 1.589), os alimentos, o nome do cônjuge (v. comentário ao art. 1.578). Como as disposições de cunho processual da Lei n. 6.515, de 26.12.1977, não foram revogadas pelo atual Código, os requerentes deverão atender ao disposto no art. 34 da Lei do Divórcio e nos arts. 1.120 a 1.124-A do Código de Processo Civil.

O casal também poderá *optar* (v. art. 2º da Resolução n. 35 do CNJ, de 24.04.2007), quando, entre outras razões, não pretender a preservação do segredo de justiça (como proteção à dignidade humana, é possível, no entanto, sustentar a incidência da norma contida no art. 155, II, do Código de Processo Civil, para restringir a publicidade do ato - veja-se, a propósito, o item 11.11.8.6 do Provimento n. 110 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Paraná), pela *separação consensual extrajudicial*, que se dará por escritura pública e que não dependerá de homologação judicial, exigindo, além do consenso do casal, do preenchimento dos seguintes requisitos para que seja lavrada: 1 - prova de um ano de casamento; 2 - manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas que expressam; 3 - ausência de filhos meno-

res ou incapazes do casal; e 4 - assistência das partes por advogado, que poderá ser comum (cf. art. 47 da Resolução citada). Quanto à *capacidade dos filhos** a lei se refere à civil, de modo que os filhos emancipados, ainda que menores, não constituirão óbice à realização da separação, como, aliás, assentou entendimento o art. 47 da Resolução n. 35 do CNJ. Contudo, adverte Rolf Madaleno (*Separação Extrajudicial e fraude*, coords. Antonio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo, Método, 2007, p. 246), deverá o tabelião “estar atento para pesquisar se a emancipação não teve por objeto burlar a vedação de acesso à separação ou ao divórcio extrajudicial, quando filho menor ou incapaz (art. 1.124-A do CPC), e se a sua finalidade não foi apenas a de exonerar os genitores da imprescindível pensão alimentícia do filho que não tem meios próprios de subsistência. Nesse caso, a emancipação não será de molde a permitir a formalização da escritura pública de separação ou divórcio extrajudicial dos pais do emancipado”. De outra parte, ainda que resolvidas prévia e judicialmente todas as questões referentes aos filhos menores (p. ex. guarda, visitas, alimentos), não poderá ser lavrada escritura pública de separação ou divórcio consensuais. Os *bem do casal* podem ser partilhados por escritura pública ou não (nessa última hipótese, não se deve olvidar do disposto no art. 1.523, III, deste Código, já que a nova lei também se aplica ao divórcio - ver comentário ao art. 1.581), conforme a opção escolhida, constituindo a escritura título hábil para a transferência da titularidade dos bens móveis e imóveis partilhados. Havendo bens a serem partilhados na escritura, distinguir-se-á o que é do patrimônio individual de cada cônjuge, se houver, do que é do patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isto do seu corpo. A partilha em escritura pública de separação consensual se fará conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber, com as adaptações necessárias (ver ainda comentário ao art. 1.581). A *pensão alimentícia* também poderá ser estabelecida na escritura pública, de acordo com a vontade das partes, maiores e capazes, vedada qualquer imposição do notário. Quanto a esta, é possível, por mútuo consenso, a elaboração de escritura pública de retificação da cláusula relativa à obrigação alimentar ajustada anteriormente. No que se refere à possibilidade de inserção na escritura pública de cláusula de renúncia a alimentos, aplica-se a regra do art. 1.707 deste Código apenas ao procedimento administrativo de separação judicial consensual e não ao divórcio direto ou indireto, porquanto a irrenunciabilidade do direito a alimentos entre cônjuges somente é admitida enquanto subsista vínculo de direito de família (ver comentário ao art. 1.707). Também será admitido que da escritura conste cláusula de fixação de pensão devida por um ou por ambos os genitores em favor dos filhos necessitados, ainda dependentes, maiores de 18 anos (por exemplo, sem emprego e cursando ensino superior). O descumprimento da obrigação alimentícia pactuada dará ensejo à execução (CPC, art. 585, II), podendo o credor valer-se do disposto nos arts. 732 e 733 do CPC. Da escritura ainda poderá constar a *alteração de nome* de algum dos cônjuges, podendo o interessado, mediante declaração unilateral, retificar por nova escritura a anterior para voltar a usar o nome de solteiro. Ressalte-se, por fim, que a cláusula de acordo firmada em separação judicial consensual pode ser alterada na via administrativa desde que haja consenso das partes e atenda os limites impostos pela Lei n. 11.441/2007.

O *parágrafo único* do artigo autoriza o juiz - portanto, na separação consensual judicial - a recusar a homologação quando não forem preservados os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, muito embora também possa propor às partes as alterações que entender convenientes para evitar a recusa, cancelando a separação a seguir. O juiz poderá negar a homologação se verificar a insinceridade do pedido de um dos cônjuges, se vislumbrar no acordo que a vontade de um deles está dominada pela do outro, ou se perceber que a separação é concedida por um dos consortes mediante pacto leonino que prejudica, gravemente, o outro e a prole, não atendendo a seus interesses (veja DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo, Saraiva, 2002). A decisão, passível de recurso, deve ser fundamentada e limitada à recusa, não podendo o juiz alterar a convenção das partes. Estas, por sua vez, podem concor-

dar com as ponderações do juiz e apresentar um novo pedido de separação com as alterações que acharem convenientes. Já na *separação consensual extrajudicial* “o tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito” (Resolução n. 35 do CNJ, art. 46, ver ainda art. 32). Com efeito, o notário não pode cancelar ilegalidades, por isso, deverá suscitar dúvida, quando uma disposição proposta estiver contrária à lei. À lavratura de escritura com a inobservância de norma legal dará ensejo à possível ação anulatória do ato jurídico, por vício de consentimento.

Sobre a disciplina das novas regras contidas na Lei n. 11.441/2007, que permitiu a realização de separação e divórcio por escritura pública, vejam-se as orientações extraídas das “Conclusões do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG n. 1/2007 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo”, de fevereiro de 2007; a Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24.04.2007; o Provimento n. 2/2007, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Acre; o Provimento n. 4/2007, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado da Bahia; o Provimento n. 2/2007, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso; o Provimento n. 164/2007, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais; o Provimento n. 3/2007, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado da Paraíba; o Provimento n. 110/2007, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Paraná; e o Provimento n. 4/2007 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Jurisprudência: Apelação cível. Recurso de apelação. Sentença homologatória de acordo. Cabimento. Como o julgador tem o dever de recusar a homologação quando o acordo não preserva suficientemente os interesses dos consortes ou dos filhos, o juízo de valoração previsto no parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil passa a integrar o ato homologatório em si, de forma a ensejar a possibilidade de conhecimento do recurso. Contudo, somente em especialíssimas situações, de flagrante desigualdade ou manifesto prejuízo, esta Corte tem manifestado oposição à respectiva chancela judicial, o que ocorre na espécie, pois as visitas da filha ao pai, da forma como estabelecida na avença, infringem de forma significativa o seu direito à convivência familiar. Outrossim, a patente ilegitimidade da genitora para firmar acordo de alimentos em nome da filha maior de idade deflagra a irregularidade do ato homologatório em si. Apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.022.726.103, 7ª Câ. Cível, rel. Maria Berenice Dias, j. 14.03.2008, *DJ* 19.03.2008)

Família. Separação consensual. Alimentos devidos à filha menor. Ausência de estipulação. Homologação. Impossibilidade. A ausência de fixação da pensão alimentícia devida à filha menor é óbice para a homologação do acordo de separação consensual, tendo em vista o disposto no art. 1.121, III, do CPC, e no parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil. “A menção da importância com que os cônjuges concorrerão para a criação e educação dos filhos constitui requisito indispensável do acordo, sem o qual a separação judicial não pode ser homologada”. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.04.404434-5/001, rel. Gouvêa Rios, j. 21.06.2005, *DJEMG* 01.07.2005)

Recurso de apelação interposto contra sentença homologatória de acordo. Cabimento. Como o julgador tem o dever de recusar a homologação quando o acordo não preserva suficientemente os interesses dos consortes ou dos filhos, o juízo de valoração previsto no parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil de 2002 passa a integrar o ato homologatório em si, de forma a ensejar a possibilidade de conhecimento do recurso. Contudo, somente em especialíssimas situações, de flagrante desigualdade ou manifesto prejuízo, esta Corte tem manifestado oposição à respectiva chancela judicial, o que incorre na espécie. (TJRS, Ap. cível n. 70.018.784.686, 7ª Câ. Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 13.06.2007)

Separação consensual. Acordo. Renúncia a alimentos e partilha desigual. Inexistência de proibição legal para tanto. Desconstituição da convenção que necessita de prova de vício de consentimento. Fato não demonstrado. Ação improcedente. Recurso não provido. (JTJ 264/196)

Separação consensual. Partilha. Renúncia à meação feita por um cônjuge ao outro. Inaplicabilidade do art. 1.175 do Código Civil, disposição de direito sucessório, uma vez que a divisão de bens amigavelmente acordada pelos cônjuges se faz nos termos livremente conveniados pelo casal. Nulidade afastada se não houve vício de consentimento. (RT766/224)

Partilha. Separação consensual. Vício de sonegação. Propositura de sobrepartilha. Inadmissibilidade. (RT737/379)

Separação consensual. Homologação. Recusa do juiz. Admissibilidade. Inteligência do art. 34, § 2º, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. (RT600/260)

Apelação cível. Separação judicial consensual. Prazo. Embora o art. 1.574 do CCB preveja que a separação judicial consensual será concedida somente após passado um ano da data do casamento, não se mostra razoável extinguir o feito, pela falta do decurso do prazo ali previsto, quando esse mesmo prazo restou esgotado no curso da demanda. As partes contraíram matrimônio em 29 de março de 2008. Há mais de um ano, portanto. Negaram provimento. (TJRS, Ap. cível n. 70.028.910.941/Santa Maria, 8ª Câmara Cível, rel. Rui Portanova, j. 09.07.2009)

Família. Separação judicial consensual. Possibilidade de decretação da separação, em face implementação do período de um ano de casamento ao longo do feito. Art. 1.574 do CC. Homologação do acordo relativo à guarda e visitação do filho do casal e aos alimentos. Recurso provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.025.071.499, 7ª Câmara Cível, rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. 29.01.2009)

Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.

Parágrafo único. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 7º, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

A separação judicial ou extrajudicial tem como consequência a *separação de corpos*. Esta poderá ser concedida até mesmo antes do ajuizamento daquela ou do requerimento conjunto perante o tabelião do cartório, quando a urgência da situação recomendar, e tem por fundamento legal o disposto nos arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil e no art. 1.562 do Código Civil (veja comentário). A medida cautelar implica a suspensão do dever de coabitação e fidelidade recíproca e pode ser requerida por um ou por ambos os cônjuges, sendo que nessa última hipótese a medida poderá ser estabelecida também de forma extrajudicial, consoante exposto em comentário ao art. 1.562. A providência cautelar tem relevância para a contagem do prazo exigido pelo art. 1.580, pois é o marco inicial para a conversão da separação em divórcio, que também poderá ocorrer extrajudicialmente. A separação de fato não impede o ingresso do processo cautelar. Na separação de corpos cautelar o juiz poderá dispor sobre a guarda dos filhos, como autoriza o art. 1.585, observando o disposto no art. 1.584

e seu parágrafo único (veja comentário). A separação judicial ou extrajudicial também importa a *partilha de bens* proposta pelos cônjuges e homologada pelo juiz ou constante da escritura pública. Caso não cheguem a um acordo, a separação não poderá ser negada, até mesmo por força do disposto no art. 1.581 (veja ainda Súmula n. 197 do STJ), ficando a partilha relegada ao procedimento próprio de inventário judicial (CPC, art. 1.121, § 1º) ou extrajudicial (CPC, art. 1.124-A). Nesse sentido é também o Enunciado n. 255 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial”. Da mesma forma, não o será na separação extrajudicial, conforme afirmado no artigo antecedente. Exatamente por esse motivo é que existe proposta de alteração do referido dispositivo no Projeto de Lei n. 276/2007, a fim de que não se deixe a impressão de que a realização da partilha é obrigatória para que ocorra a separação judicial, e agora também a extrajudicial, eliminando-se, ainda, do mesmo dispositivo, a referência sobre a separação de corpos, já mencionada no artigo subsequente que dispõe sobre a extinção do dever de coabitação.

Jurisprudência: Sobre a medida cautelar de separação de corpos, veja a jurisprudência contida no comentário ao art. 1.562.

Súmula n. 197, STJ: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

Separação judicial. Partilha. Sobrestamento. Pretensão do ato por ex-cônjuge com a finalidade de aguardar o arrolamento de bens deixados pelos falecidos genitores da separanda. Inadmissibilidade. Hipótese em que o pedido se mostra desnecessário, podendo, desde logo, definir a posição de alguns bens, cuja divisão se mostra incontroversa. Ato que não modifica a situação legal de tais bens e nem as pretensões expressas quanto à divisão a ser feita. (RT820/251)

Casamento celebrado sob o regime de comunhão universal de bens. Casal que ajusta a partilha amigável quando da separação de fato. Ineficácia do ato por ausência de respectiva homologação judicial. Possibilidade, em princípio, da divisão de todos os bens do casal em razão da comunicabilidade do acervo patrimonial. Exclusão, no entanto, dos bens havidos pelo esforço exclusivo de um dos cônjuges após o período de separação de fato. Recursos parcialmente providos. (TJPR, Ap. cível n. 135.965-7, rel. Des. Ulysses Lopes, j. 29.04.2003)

Separação judicial. Partilha. Anulação. Alegação de que o bem partilhado é exclusivo do varão, eis que adquirido antes do matrimônio celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens. Irrelevância. Livre disposição dos bens na partilha. Fato que não contraria o art. 269, I, do Código Civil de 1916. Ação improcedente. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 141.505-4/9-00, rel. Des. Boris Kauffmann, v.u., j. 19.08.2003)

Partilha. Separação judicial. Imóveis adquiridos por um dos cônjuges após o rompimento de fato da relação conjugal. Incomunicabilidade. (STJ, RT196/200)

Partilha. Meação. Separação. O imóvel adquirido pelo varão, ainda que o tenha feito após separação de fato com a mulher, deve integrar o monte partível, porquanto o regime de bens entre os cônjuges vige enquanto perdurar o casamento, entendida esta expressão como sociedade conjugal e não como vínculo matrimonial. Assim, apenas a separação judicial põe termo ao regime matrimonial de bens, jamais a separação de fato (art. 3º, Lei n. 6.515, de 26.12.1977) (TJDF, Ap. cível n. 1998.03.1.003359-2 (137058), rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira, DJU 25.04.2001). (RBDfam 10/133)

Divórcio direto. Pretensão de se partilhar bem adquirido após a separação de fato. Impossibilidade. Justiça gratuita. Suspensão dos ônus sucumbenciais (TJMG, Ap. cível n. 000.230.987-0/00, rel. Des. Hugo Bengtsson, *DJMG* 14.08.2001). (*RBDFam* 14/113)

Separação judicial. Partilha. Anulação de cláusula. Transferência de parte do patrimônio do cônjuge-varão em benefício da ré. Inexistência de comunicação dos bens. Mera homologação de acordo lícito entre partes maiores e capazes. Ato jurídico perfeito. Desnecessidade de pronunciamento do juiz sobre o mérito da questão. Vício não demonstrado. Ação improcedente. Recurso provido. (*JTJ* 238/156)

Separação judicial. Partilha. Imóvel adquirido e vendido na constância do casamento. Regime da comunhão parcial. Meação. Direito da virago. Arts. 1.575 do CCB e 7º da Lei n. 6.515/77. Comprovado que o imóvel, objeto da partilha, foi adquirido pelo varão na constância do casamento que é regido pela comunhão parcial de bens e, posteriormente, transferido a terceiro, ainda na vigência deste, é indiscutível o direito da virago à meação. (TJMG, Ap. cível n. 1.0035.07.088501-3/001, rel. José Francisco Bueno, j. 26.03.2009)

Ação de separação judicial. Feita de consenso quanto à partilha de bens. Cabe ao Magistrado, à luz do disposto no art. 1.575, parágrafo único, do Código Civil, decidir a respeito. Partilha, na espécie, quanto à edificação e bens que guarneciam a moradia, realizada em consonância com a proposta feita na petição inicial. Veículos (caminhão e carro de passeio). Aquisição na constância do casamento. Divisão determinada. Dívidas. Necessidade. Presunção de que foram feitas em benefício do casal. Sentença mantida. Apelo improvido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.228.654.700/Itapetininga, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Donegá Morandini, j. 28.04.2009)

Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 3º, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

A separação põe fim a alguns deveres conjugais recíprocos. Extinguem-se necessariamente os deveres de coabitação, fidelidade e regime de bens. Entenda-se aqui não só a separação judicial referida no artigo, mas a *extrajudicial* (instituída pela Lei n. 11.441/2007), na medida em que o legislador em nada alterou o instituto da separação em relação ao direito material, não havendo, portanto, distinção entre os efeitos de uma ou outra forma de se oficializar o fim da sociedade conjugal. No *plano pessoal*, permanece o dever de mútua assistência, prolongado na forma de alimentos, para os casos previstos na lei. Como *efeito patrimonial*, a separação, que importa a partilha dos bens, conforme art. 1.575, faz cessar, por consequência, o regime matrimonial de bens. A *separação de fato do casal* também poderá implicar *incomunicabilidade* dos bens adquiridos nesse período por um dos cônjuges para que não se gere enriquecimento sem causa (veja comentário ao art. 1.642, V). Da mesma forma, a separação de corpos impõe o fim do dever de coabitação, porque o presente dispositivo não trata do *divórcio* como uma causa que, igualmente, extingue os deveres dos cônjuges; porque a norma não se refere expressamente sobre todos esses deveres, mas apenas aos

de coabitação e fidelidade recíproca; e, finalmente, porque não faz referência explícita à extinção do regime de bens durante a separação de fato do casal, o que, como já referido anteriormente, implicaria incomunicabilidade dos bens adquiridos nesse período. Há proposta para alteração nesses sentidos no Projeto de Lei n. 276/2007, em trâmite no Congresso Nacional.

O *parágrafo único* do artigo assegura o *caráter personalíssimo da ação de separação*, ao afirmar que ela só poderá ser proposta pelos cônjuges. A ação é intransmissível, devendo ser declarada extinta pelo juiz no caso de morte de um deles, evento que também autoriza a dissolução da sociedade, por força do que dispõe o art. 1.571. A lei ressalva a possibilidade de a ação ser ajuizada ou ter prosseguimento por terceiro - curador, ascendente ou irmão, nesta ordem de preferência - no caso de incapacidade de um dos cônjuges. Na hipótese de interdição do cônjuge, ressalva cabe à impossibilidade de o pedido de separação ser ajuizado pelo outro cônjuge, curador do interdito, contra quem se pretende a separação (CC, art. 1.775, *caput*), diante de evidente incompatibilidade de interesses. Isso leva a concluir que na hipótese tratada no referido parágrafo único, ou seja, de pedido de separação, somente o ascendente e o irmão poderão ser os representantes do cônjuge incapaz. A não referência aos descendentes do cônjuge decorre de eventual interesse pessoal que possam vir a ter, causando prejuízo ao incapaz. A representação - *na realidade autêntica legitimação extraordinária* -, autorizada pela lei, poderá ocorrer tanto na ação de separação litigiosa quanto na consensual, uma vez que a norma legal não faz qualquer distinção. A *incapacidade mental do cônjuge* - única tratada pelo artigo, por força do que dispõe o art. 5º, II - deve ser reconhecida por decisão judicial. Assim, ele será representado por seu curador. Já a *separação consensual extrajudicial* poderá ser requerida pelos cônjuges pessoalmente, os quais, contudo, poderão se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias (Resolução n. 35 do CNJ, art. 36). Isto porque não existe nenhum óbice legal a que tal ato consensual seja praticado por procurador, além do que a exigência de procuração por instrumento público, com os requisitos antes referidos, faz com que se mantenha a solenidade do ato. Ademais, se a lei autoriza a representação por procuração para a habilitação e a celebração do casamento, não há por que impedi-la para a hipótese de separação consensual extrajudicial, sendo, inclusive, admitida a representação de ambos os cônjuges pelo mesmo mandatário, ante a inexistência de conflito de interesses.

Jurisprudência: Separação de corpos. Ato judicial que acarreta a extinção do dever de fidelidade, em razão da retroatividade dos efeitos da separação judicial. (JTJ 255/233)

Alimentos. Pensão alimentícia. Exoneração. Inadmissibilidade. Filho concebido pela mulher após a separação consensual. Separação que põe termo ao dever de fidelidade recíproca. Pedido exoneratório somente possível nas hipóteses de o alimentando contrair novas núpcias ou estabelecer relação concubinária, adotar comportamento indigno ou de ocorrer alterações econômicas dos ex-cônjuges em relação às existentes à época da dissolução da sociedade conjugal. Declaração de votos. (STJ, /?7*701/183)

Separação judicial. Abandono do lar conjugal. Violação do dever de coabitação inócurrenente. Cônjuge não tratado com o devido respeito e consideração. Existência de justa causa para o afastamento. (RT656/87)

Alimentos. Pensão alimentícia. Exoneração. Insubsistência da obrigação alimentar pretendida pelo ex-marido com fundamento em argumento de ordem ética consistente na liberdade sexual da mulher. Inadmissibilidade. Direito apenas condicionado à necessidade do alimentando e à possibilidade do devedor de prestar a verba. Deveres de coabitação e fidelidade

recíprocos extintos com a separação, mas não o de mútua assistência, que, reconhecido em sentença ou convenção, não pode atrelar-se a dever que cessou. Obrigação que só deve cessar na hipótese de concubinato ou relacionamento amoroso que implique ou pressuponha alguma forma de ajuda econômica, acarretando mudança na fortuna da beneficiária. Fatos não comprovados. Ação improcedente. Aplicação dos arts. 231, III, 399, 400 e 401 do CC e 3º da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Declarações de votos vencido e vencedor. (RT 643/63)

Separação judicial. Retirada do ex-cônjuge. Deferimento. Insurgência. Inexistentes quaisquer motivos relevantes a autorizar a permanência do varão no imóvel em que reside a ex-mulher. Agravante que possui, inclusive, domicílio em outra localidade. Cessado dever de coabitação. Art. 1.576, *caput*, do CC. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP, AI n. 5.552.894.500/São Bernardo do Campo, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Joaquim Garcia, j. 26.08.2009)

Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 46, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

A lei autoriza os cônjuges a restabelecerem a sociedade conjugal a qualquer tempo, mediante simples requerimento conjunto formulado ao juiz, permitindo, ainda, que não o façam nos mesmos termos e condições em que foi constituída, v. g., modificando o regime de bens do casamento adotado anteriormente, obviamente desde que preenchidos os requisitos legais (CC, art. 1.639, § 2º). Já no caso de cônjuges divorciados, o restabelecimento da sociedade conjugal dar-se-á somente mediante novo casamento (Lei do Divórcio, art. 33). Caio Mário da Silva Pereira ensina que “a sociedade conjugal fica automaticamente restabelecida, nas mesmas condições em que se constituía, independentemente de aprovação judicial. É contudo essencial, a par do elemento psicológico ou perdão, consubstanciado na intenção dos cônjuges, o elemento material, que é a retomada da vida em comum. A matéria, que é de interesse prático evidente, exige esta observação: não há reconciliação sem o restabelecimento da vida em comum, ainda que se prove o perdão manifestado pelo cônjuge inocente. Daí dizer-se que a reconciliação é sempre ato bilateral. Além disto, não comporta seja subordinada à condição, embora possa resultar das circunstâncias” (*Instituições de direito civil*, v. V, “Direito de família” 16. ed., p. 274). O parágrafo único põe a salvo os direitos dos terceiros de boa-fé, para os atos praticados antes e durante a separação (eficácia jurídica da separação anterior). Assim, não se invalidam atos efetuados pelos ex-cônjuges, e nem se impede a produção de efeitos mesmo durante a reconciliação (veja RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 2004). O *restabelecimento da sociedade conjugal também poderá ser feito por escritura pública*, ainda que a separação tenha sido judicial - não há qualquer restrição para tanto bastando, nessa hipótese, que a parte apresente certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento. Nesse caso, a sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações, salvo no que se refere ao uso do nome. Isto porque a mudança do regime de bens, prevista no art. 1.639, § 2º citado, exige a intervenção judicial. Na escritura pública de restabelecimento também deve constar expressamente que em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado

de separado, seja qual for o regime de bens. Será ainda admissível o restabelecimento por procuração, se por instrumento público e com poderes especiais.

Jurisprudência: Processual civil. Agravo de instrumento. Extinção de sociedade conjugal. Separação de corpos. Art. 1.577 CC/2002. Financiamento imobiliário. Possibilidade. 1 - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal contra decisão proferida pela Juíza *a quo*, que decidiu deferir a antecipação dos efeitos da tutela determinando, assim, que a CEF se abstenha de negar a concessão do financiamento imobiliário da agravada. 2 - No caso dos autos, a Agravada objetiva fazer financiamento em seu próprio nome, alegando que sustenta o único filho do casal, na época com 6 anos de idade, e que os dois estão passando sérias dificuldades em encontrar um imóvel onde residir. 3 - É cediço que não se vislumbra nenhum motivo para a agravante negar o financiamento do imóvel para a agravada, uma vez que, de acordo com art. 1.577 do CC/2002 estabelece que posterior e eventual conciliação do casal não prejudicará o direito da CEF. 4 - A separação judicial põe fim ao regime de bens, donde se conclui que a partir da separação de corpos, caso dos autos, já está consumada a dissolução do regime de bens. 5 - Com as garantias legais e judiciais dadas à Caixa Econômica Federal, não se vislumbra motivos suficientes para a mesma negar à Agravada seu pleito por financiamento de imóvel. 6 - Agravo de instrumento improvido. (TRF, 5ª Região, AI n. 63.950/CE, 1ª T., rel. Des. Ubaldo Ataíde Cavalcante, j. 09.10.2008, DJ 14.11.2008)

Civil e processual civil. Separação judicial. Processo. Curso. Pedido de restabelecimento da sociedade conjugal. Art. 1.577 do Código Civil. Deferimento. Acordo. Homologação. Arrependimento. Pedido de prosseguimento da ação. Descabimento. O acordo celebrado entre as partes, objeto de chancela jurisdicional pela competente homologação, não pode ser infirmado pelos acordantes, em sede de apelação, exceto quando configurado vício de consentimento. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.06.130516-5/001, rel. Antônio Sérvulo, j. 30.09.2008, DJEMG 14.11.2008)

Restabelecimento de sociedade conjugal. Pertinência, mediante só requerimento nos autos da ação de separação e resguardados direitos de terceiros adquiridos antes e durante a separação, seja qual for o regime de bens (arts. 46 da Lei n. 6.515/77 - Divórcio - e 1.577 do Código Civil). Petição subscrita só por aquela que assistiu à mulher na separação, conquanto também assinada pelos interessados. Conveniência, antes daquele restabelecimento, de termo de ratificação. Recurso provido parcialmente, nesse sentido. (TJSP, AI n. 565.823.4/1-00/Sumaré, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Vicente Barroso, j. 06.05.2008, DJ 09.05.2008)

Separação judicial. Reconciliação. Homologação. Indeferimento. Declaração unilateral da mulher. Varão falecido. Recurso não provido, com observação. (JTJ 276/420)

Separação judicial. Reconciliação. Pedido efetuado diretamente pelos cônjuges assistidos por advogado comum. Demora na apreciação. Falecimento do varão. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Inadmissibilidade. Homologação que se impõe. Retroação dos efeitos à data do pedido. Recurso provido. (JTJ 273/200)

Separação judicial. Pedido de reconciliação. Ocorrência de morte do cônjuge varão anteriormente à homologação. Desnecessidade da lavratura de termo com as partes presentes. Promoção por advogado com poderes especiais sem objeção do Ministério Público. Inexistência de qualquer manifestação posterior de arrependimento dos postulantes. Recurso provido. (JTJ 262/213)

Separação judicial. Reconciliação. Homologação. Efeitos *ex tunc*. Inadmissibilidade. Retroação que implicaria na supressão da ressalva de direitos de terceiros. Sentença que se caracteriza pelo efeito *ex nunc*. Decisão mantida. Recurso não provido. (JTJ 261/418)

Separação judicial. Reconciliação. Averbação que deve ser feita concomitantemente para garantir direitos e interesses de terceiros e a veracidade dos registros públicos. (RT798/252)

Separação judicial. Reconciliação. Averbação, ainda que concomitantemente, da separação e da reconciliação no Registro Civil. Necessidade como garantia de direitos e interesses de terceiros e a veracidade dos registros públicos. Recurso provido. (JTJ 249/179)

Separação judicial litigiosa. Impossibilidade jurídica do pedido. Casal já separado judicialmente. Reconciliação de fato. Não restabelecimento da sociedade conjugal. Feito extinto. Art. 267, VI, do CPC. É juridicamente impossível o ajuizamento de ação de separação judicial quando o casal em questão já está separado judicialmente. A ausência de averbação na certidão de casamento da sentença homologatória da separação não afasta os seus efeitos. A reconciliação de fato não tem o condão de restabelecer a sociedade conjugal, o que somente ocorre quando observado o disposto no art 1.577 do Código Civil. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida, com extinção do feito sem resolução do mérito. Acolheram a preliminar e extinguiram o feito sem resolução do mérito, declarando prejudicado o agravo de instrumento. (TJRS, AI n. 70.029.296.506, 7ª Câm. Cível, rel. André Luiz Planella Villarinho, j. 10.06.2009)

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

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

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 17, 18 e 25, parágrafo único, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

A perda do direito de usar o sobrenome (ou patronímico) do outro cônjuge é *sanção* imposta ao que foi reconhecido culpado na ação de separação litigiosa. A regra terá incidência na hipótese de *culpa* de qualquer dos nubentes (mulher ou marido), quando qualquer deles tiver se valido da faculdade contida no art. 1.565, § 1º. Além dessa perda, o cônjuge culpado também perderá o direito de receber alimentos do outro, exceto os naturais, na hipótese dos arts. 1.694, § 2º, e 1.704, parágrafo único, do Código Civil (veja comentários aos arts. 1.702 e 1.704).

Na *separação consensual** seja judicial ou extrajudicial, o cônjuge decide livremente a respeito do uso do sobrenome do outro (§ 2º e art 1.124-A do CPC). Caso o cônjuge opte pelo nome de solteiro, não poderá reclamar no futuro a retomada do de casado. Se mantiver o de casado, a qualquer tempo, unilateralmente, poderá optar pelo de solteiro. Somente motivos muito graves e devidamente comprovados podem acarretar a perda do direito ao uso do sobrenome do outro, se o cônjuge não renunciou a ele na separação. Poderá o cônjuge ainda

voltar a usar o nome de casamento anterior, conservado por opção ou na viuvez (sobre a alteração de nome na separação consensual extrajudicial, ver comentário ao art. 1.574).

Na *separação litigiosa*, o cônjuge só volta a usar o nome de solteiro - *a regra é a conservação*- desde que preenchidos os requisitos cumulativos: (a) tenha sido vencido na separação (declarado culpado); (b) tenha sido requerido expressamente pelo vencedor; e (c) não prevista qualquer das hipóteses dos incisos I, II e III do artigo comentado.

Já o cônjuge inocente pode optar por conservar o sobrenome do outro, podendo ainda renunciar ao seu uso a qualquer tempo (§ 1º).

Quanto à exceção prevista no inciso I, evidente prejuízo para a identificação do cônjuge, o fato de privá-lo de usar o sobrenome com o qual adquiriu notoriedade, até mesmo profissionalmente, gera desrespeito ao direito da personalidade dele, inclusive de valor econômico, como se retirasse parte de seu patrimônio. Já a hipótese tratada no inciso II, que se refere à distinção entre o nome de família do cônjuge e dos filhos havidos da união dissolvida, permite que o culpado seja identificado como pertencente à mesma família de sua prole, evitando-se situações de constrangimento aos filhos da união dissolvida.

Quanto ao disposto no inciso III, o dano grave ali referido é aquele decorrente da própria decisão da separação judicial e não de outra ação. O conceito vago “dano grave”, que concede certo poder discricionário ao juiz, não se refere à identidade profissional do cônjuge, porque ela está tratada no inciso I, mas a qualquer dano moral ou material que a exclusão do nome vier a causar, tanto ao cônjuge culpado, como ao inocente. Carlos Roberto Gonçalves (*Direito de família*. São Paulo, Saraiva, 2002) ressalta que o uso do nome do outro cônjuge, nos casos especificados, não é, entretanto, absoluto. Se a mulher, por exemplo, após a separação, mesmo vitoriosa na ação de separação, passa a ter conduta imoral ou desonrosa, agindo de modo a enxovalhar o nome do ex-marido, este poderá ajuizar ação ordinária para cessar esse direito, pela superveniente alteração das circunstâncias.

Nas demais modalidades de separação judicial (ruptura e remédio) terá incidência a regra do § 2º. O Código Civil de 2002 não traz proibição com relação à continuação do uso do sobrenome do outro cônjuge após a decretação do divórcio, como o fazia a Lei do Divórcio. Assim, ao ex-consorte divorciado é permitido manter o sobrenome de casado, até mesmo após novo matrimônio, se a sentença de separação judicial não dispuser em sentido diverso.

Jurisprudência: Sobre o uso do nome no divórcio direto e no divórcio conversão, veja jurisprudência no art. 1.571.

Revelando-se complexa a questão, notadamente pela divergência das partes quanto à forma de partilhamento do patrimônio comum do casal separando, revela-se correta a decisão que relega a partilha para ação própria onde, com maiores oportunidades de se provar o alegado, a questão será melhor esclarecida e avaliada. Não há na lei um critério rígido para a fixação dos alimentos, cabendo ao magistrado, nesta ocasião, levar em consideração o binômio necessidade/possibilidade previsto no art. 1.694, § 1º, CC/2002. Consoante o disposto no art. 1.578, § 1º, CC/2002, “o cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro”. (TJMG, Ap. cível n. 1.0672.06.200352-6/003, rel. Edivaldo George dos Santos, j. 09.09.2008, *DJEMG* 26.09.2008)

Divórcio direto. Cônjuge virago. Nome de solteira. Necessidade de atribuição de culpa. Nos termos do art. 1.578 do CC/2002, somente o cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro e desde que requerido pelo cônjuge inocente. Verificando-se que a alteração vai gerar distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida, deve ser mantido o sobrenome do ex-marido. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.07.474216-4/001, rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 17.04.2008, *DJEMG* 12.06.2008)

Separação judicial. Partilha de bens e alteração de nome da virago. Reconhecimento da sub-rogação alegada. Bem imóvel adquirido com recurso exclusivo do apelante. Possibilidade de alteração do nome da virago. Inteligência do art. 1.578, § 2º, do Código Civil. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. com revisão n. 540.882.4/7-00/Jardinópolis, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Beretta da Silveira, j. 26.02.2008, *DJ* 29.02.2008)

Família. Divórcio direto. Cônjuge virago citada por edital. Nomeação de curador especial. Inconformidade recursal limitada ao uso do nome de casada. Caso em que, ausente controvérsia acerca da culpa pelo término do matrimônio, à varoa assiste o direito de conservar o patronímico do marido. Exegese dos arts. 1.571 e 1.578, § 2º, do CC/2002. Atributo de personalidade, precedentes jurisprudenciais. Apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.018.860.395, 8ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 26.04.2007)

Separação consensual. Mulher. Nome de casada. Manutenção. Art. 25, parágrafo único, II, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977.1 - Reconhecida pela instância originária (ordinária) que ao deixar a mulher de usar o nome de casada ocorrerá manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida, não tem força bastante o fundamento da maioria da prole, invocado pelo acórdão para reformar a sentença, porquanto trata-se de requisito não contemplado pela lei de regência. Precedente da 4ª T., REsp n. 358.598/PR. 2 - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (STJ, REsp n. 247.949/SP, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 11.05.2004, *DJU* 31.05.2004)

Apelidos do marido. Alteração pedida pela viúva para restabelecer o nome de solteira. Possibilidade jurídica do pedido. Não é irrenunciável o direito ao uso dos apelidos do marido, sendo possível juridicamente o pedido de restabelecimento do nome de solteira, presentes circunstâncias próprias que justifiquem a alteração do registro. (STJ, REsp n. 363.794/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.06.2002, *DJU* 30.09.2002)

Separação judicial. Adultério. Culpa da virago. Nome, que deverá voltar a ser o de solteira. Ademais, guarda dos filhos em favor da mesma, por expressa manifestação dos filhos. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível n. 204.749-1, rel. Des. Godofredo Mauro, j. 08.02.1994)

Separação judicial. Direito da mulher em continuar a usar o nome do marido. Possibilidade. Lei n. 6.515, de 26.12.1977, art. 25. A Lei n. 8.408, de 13.02.1992, que deu nova redação ao art. 25 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio), é inaplicável para alterar, na falta de culpa da mulher e sem prova do prejuízo ao conceito familiar do varão, o acordo formulado em separação consensual que lhe garantiu o direito de usar o nome de casada. (TJSP, Ap. cível n. 225.466, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 30.05.1995)

Apelação cível. Direito de família. Separação judicial. [...] Decretada a separação judicial sem atribuição de culpa a qualquer dos cônjuges, inexistente óbice que o virago, em sede de apelação, postule pela retirada do sobrenome do varão, eis que o art. 1.578, § 1º, CC/2002, lhe assegura o exercício do direito de renúncia, a "qualquer momento". (TJMG, Ap. cível n. 1.0051.04.008704-4/001, rel. Afrânio Vilela, j. 06.10.2009)

Apelação. Divórcio. Retorno da ex-esposa ao nome de solteira. Descabimento. Afora os casos de culpa (coisa que aqui não se discute), o retorno ao nome de solteiro é uma opção que cabe apenas à pessoa que adotou o nome do outro ao casar. Inteligência do artigo 1.578 do CCB. [...] Havendo manifestação expressa da apelada, afirmando sua intenção de per-

manecer utilizando o nome de casada, e não sendo caso de culpa dela pela separação, é de rigor seja acolhida tal manifestação. Negaram provimento. (TJRS, Ap. cível n. 70.030.885.289, 8ª Câm. Cível, rel. Rui Portanova, j. 17.09.2009)

Art. 1.579.0 divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos> não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 27, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

Estabelecidos na separação as obrigações e os direitos dos pais em relação a seus filhos, no que se refere a manutenção, guarda e visita, não sofrerão alteração por superveniência do divórcio, ou até mesmo de uma união estável de qualquer dos pais. O divórcio não dará ensejo à modificação dos direitos e deveres dos pais no concernente a seus filhos, até mesmo se um deles vier a contrair novo casamento, pois a lei continuará assegurando a estes últimos atenção e proteção jurídica. Situações excepcionais, no entanto, justificarão a alteração da guarda e dos alimentos anteriormente fixados, por exemplo eventual malefício que o novo cônjuge daquele que detém a guarda possa causar aos filhos do primeiro casamento e a existência de nova prole, a justificar a redução da pensão alimentícia antes estabelecida.

Jurisprudência: Separação. Direito de visitas dos pais aos filhos. Direito inquestionável. Equidade e harmonia dos direitos dos pais. Férias. Dias especiais. Harmonia emocional no maior interesse dos menores, pois entre pais e filhos não existe separação e divórcio. (TJMG, Ap. cível n. 1.0433.05.145782-1/001, rel. Francisco Figueiredo, j. 18.09.2007, *DJEMG* 25.09.2007)

Ação de prestação de contas. Pedido ajuizado pelo alimentante em face da ex-mulher, guardiã da alimentária. Extinção do feito pronunciada em primeiro grau na forma do art. 267, VI, do CPC, reconhecida a inadequação da via eleita. Desacerto do decisório. Se a cada direito deve corresponder uma ação que o assegure, não há como negar ao autor apelante o direito de exigir da acionada esclarecimentos precisos acerca da administração da prestação alimentícia recebida por conta da filha menor, máxime diante da fundada suspeita de malversação. Incidência, no particular, do disposto no art. 1.589 do CC de 2002. Direito de exigir contra que, *in casu*, decorre do chamado poder familiar, sendo certo que o divórcio em nada modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (art. 1.579, também do CC de 2002). Apelo provido. (*JTJ* 271/27)

Pensão. Redução. Nova família. Constituição. I - O simples fato de constituir nova família não importa em redução de pensão à ex-esposa, especialmente se não houve modificação para pior na situação econômica do ex-marido. II - Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 475.167/RJ, 3ª T., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, v.u., j. 25.02.2003, *DJU* 24.03.2003)

Alimentos. Revisão. Constituição pelo autor de nova família. Superveniente modificação em sua situação financeira. Motivo suficiente a justificar a redução do pensionamento à ré. A constituição de nova família pelo alimentante, com filhos, constitui motivo a ser ponderado para a verificação da alegada mudança em sua situação financeira (art. 401 do Código Civil). Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 109.259/SP, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, v.u., j. 12.11.2002, *DJU* 10.03.2003)

Alimentos. Pedido de redução. Cabimento. Como o alimentante constituiu nova família, com nascimento de dois filhos que já estão ingressando na escola e que apresentam problemas de saúde, demandando maiores despesas, cabível a pretensão revisional, pois houve indiscutível redução da sua capacidade econômica. Embora o divórcio não modifique os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, os alimentos devidos pelos pais podem ser alterados a qualquer tempo, caso sobrevenha mudança na capacidade econômica. Inteligência dos arts. 27 e 28 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977, e art. 401 do CCB. Obrigação alimentária não é escravidão nem pode impedir alguém de constituir nova família, não se podendo admitir distinção entre filhos, sendo inaceitável privilegiar os do primeiro casamento ou união em detrimento dos demais, o que é vedado pela Lei Maior (art 227, § 6º, da CFB). A apelada faz *jus* aos alimentos, não apenas por ser filha e menor, mas por estar também dando continuidade aos seus estudos, sendo obrigação do pai dar-lhe condições de concorrer no mercado de trabalho e buscar a realização pessoal e profissional, mas o *quantum* deve ser readequado às possibilidades do alimentante, em vista de todos os seus encargos familiares. Recurso provido em parte (TJRS, Ap. cível n. 70.000.437.129/SJ, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 22.03.2000). (RBD^{Fam} 8/138)

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: arts. 25, 36 e 40, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

Como se viu (art. 1.571, IV e § 1º), o divórcio é uma das causas de dissolução do casamento válido. Com ele rompe-se o vínculo matrimonial ou conjugal. Somente após a sua decretação por sentença judicial ou por escritura pública (Lei n. 11.441/2007) é que estão os ex-cônjuges autorizados a convolar novas núpcias. Há duas modalidades de divórcio previstas em lei: (a) o divórcio-direto e (b) o divórcio indireto. O art. 226, § 6º, da Constituição da República também dispõe sobre o divórcio. Tanto o divórcio-direto consensual como o divórcio-indireto (conversão) consensual podem ocorrer administrativamente, mediante escritura pública, na forma disposta na Lei n. 11.441/2007.

O *divórcio indireto*, previsto no *caput* e no § 1º do artigo ora comentado, além de estar disciplinado na primeira parte do § 6º do art. 226 da CF, também conhecido por *divórcio-conversão* que pode ocorrer de forma consensual (requerido por ambas as partes) e litigiosa, será decretado quando o casal já estiver separado judicialmente - requisito previsto no § 1º tendo já decorrido o prazo de um ano a contar-se do trânsito em julgado da sentença que julgou a separação ou um ano da data da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos.

O divórcio-conversão consensual também poderá se dar *de forma extrajudicial*, e ainda que o casal tenha se separado judicialmente (inexiste óbice constitucional para tanto). O interessado deverá comprovar a separação anterior por intermédio da apresentação da certidão de casamento com a dissolução da sociedade conjugal devidamente averbada ou com a outorga da escritura há mais de um ano. O prazo para a conversão poderá ser contado também da data em que estabelecida extrajudicialmente a separação de corpos consensual (ver comentário ao art. 1.562).

Não há razão para se restringir à medida cautelar de separação de corpos o início do prazo para que se obtenha o *divórcio-conversão*, pois o que se deve ter em vista é a existência de um marco que evidencie que houve a falência do casamento e que a reconciliação será inviável. Presumir-se-á, destarte, a separação de fato do casal da data em que concedida medida cautelar de arrolamento de bens, de busca e apreensão de filho, de entrega de bens de uso pessoal ao cônjuge, de regulamentação do regime de visitas, entre outras. Quando consensual o pedido de divórcio indireto judicial, é lícito às partes convencionarem sobre alterações pretendidas nas cláusulas anteriormente estabelecidas na separação, como aquelas relacionadas com a guarda dos filhos, pensão, visitas, entre outras. Bastando apenas a demonstração do tempo exigido pela lei, independentemente, portanto, de culpa de quem quer que seja, ao cônjuge resistente não restará motivo para a impugnação do pedido, sendo, destarte, objeto de contestação unicamente a questão relativa ao prazo legal. Não mais subsiste, como aliás já vinha entendendo a jurisprudência de nossos tribunais, em razão do disposto no art. 226, § 6º, da Constituição da República, a possibilidade de o cônjuge resistente invocar o descumprimento das obrigações assumidas por ocasião da separação judicial (Lei do Divórcio, art. 36, II), ora revogado, pois o ex-cônjuge pode exigir o cumprimento delas por intermédio da via própria, não sendo coerente e justo que se obste a satisfação da pretensão do requerente por tal motivo.

Quando o casal estiver separado de fato por mais de dois anos, o juiz poderá decretar o divórcio de que trata o § 2º do presente artigo e a segunda parte do § 6º do art. 226 da CF, que se denomina *divórcio direto*. O dispositivo exige que seja comprovado apenas o lapso temporal para que os cônjuges tenham direito ao divórcio. *Encontros eventuais* não serão considerados interruptivos do período de dois anos exigido pela lei, de modo a concluir pela intenção de restabelecimento do convívio permanente. O divórcio direto também pode ser consensual, quando requerido por ambas as partes, e litigioso, quando ausente esse consenso. O divórcio direto consensual poderá ocorrer de *forma judicial ou extrajudicial* este segundo disposto no art.

1.124-A do CPC. Para a decretação do divórcio direto, somente bastará também a demonstração do tempo exigido pela lei, não se questionando a culpa dos cônjuges. Na hipótese do *divórcio direto consensual extrajudicial* a prova da separação de fato perante o tabelião deverá ser feita por documentos, e testemunhas a serem ouvidas por ele, que consignará a declaração na própria escritura pública, não bastando a mera declaração das partes, ainda que sob as penas da lei, sobre o real tempo de separação. De outra parte, havendo a necessidade de definir outras questões que envolvem a dissolução do casamento, como o direito de alimentos do divorciando (veja comentário ao art 1.704), o uso do nome (veja comentários aos arts. 1.571 e 1.578) e eventual indenização por danos morais (veja comentário ao art. 1.572), a discussão sobre a culpa poderá voltar à tona, não impedindo, em qualquer caso, a decretação do divórcio. Já no *divórcio conversão e no direto*, realizados de *forma consensual extrajudicialmente*, as partes deverão observar as regras do art. 1.124-A no que diz respeito à partilha dos bens comuns, à pensão alimentícia e ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou manutenção do nome adotado quando se deu o casamento, já referidos em comentário ao art. 1.574, podendo manter, no divórcio conversão, o que foi convencionado na separação anterior. Não se olvide também que no divórcio extrajudicial não há a necessidade de que a partilha de bens deva ser prévia (veja comentário ao art. 1.581). Por fim, dispõe o § 1º do art. 1.580 que em ambas as modalidades de divórcio não se discutirá a causa que determinou tanto a separação judicial como a separação de fato, aplicando-se a mesma regra no caso do divórcio extrajudicial.

Jurisprudência: Separação consensual. Conversão em divórcio. Art. 1.580 do CC/2002. Possibilidade. Ação de separação litigiosa convertida em consensual. Circunstância que não prejudica a conversão em divórcio, transcorrido 1 ano da liminar concessiva da separação de corpos. Conversão que se impõe. Recurso provido. (TJSP, AI n. 576.033.4/1-00/São José do Rio Preto, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Teixeira Leite, j. 09.10.2008, DJ 22.10.2008)

Divórcio indireto. Conversão. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Lapso temporal. 1 - O que importa para a decretação do divórcio é que a ruptura da vida conjugal seja superior a um ano, o que pode decorrer da separação judicial ou da decisão concessiva de separação de corpos, nos termos do que prevê o art. 1.580 do CCB. 2 - Há possibilidade jurídica no pedido da autora, já que o casal está separado de fato desde julho de 2003. 3 - Além disso, já está sedimentada a orientação de que o lapso temporal exigido por lei para fins de decretação da separação ou do divórcio pode ser implementado no curso da demanda. Recurso provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.024.360.810, 7ª Câm. Cível, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30.07.2008, *DJ* 08.08.2008)

Família. Conversão de separação consensual em divórcio. Inconformidade relativa à decretação do divórcio sem a prévia partilha dos bens. Descabimento. Requisito único para a decretação do divórcio por conversão é o decurso do prazo de um ano da separação judicial, ou da medida cautelar de separação de corpos (art. 1.580 do CC/2002). Hipótese em que o requisito temporal restou implementado, impondo-se a decretação da ruptura do vínculo matrimonial. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.020.384.558, 8ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 16.08.2007)

Civil. Família. Separação judicial. Conversão em divórcio. Art. 1.580 do Código Civil de 2002. Cautelar de separação de corpos. Defere-se a conversão de separação em divórcio, desde que observado o prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença que decretou ou da decisão homologatória da separação judicial, ou daquela que concedeu a medida cautelar de separação de corpos. (STJ, REsp n. 726.870, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.11.2006, *DJ* 18.12.2006)

Separação de corpos. Conversão em divórcio, inadmissibilidade. Necessidade do trânsito em julgado da sentença de separação. Extinção do processo. Recurso não provido. (*JTJ* 276/209)

No sentido da inexigibilidade de separação judicial com sentença com trânsito em julgado (contagem da decisão concessiva da separação de corpos). (*JTJ* 252/66)

Divórcio. Conversão de separação judicial. Comprovação do decurso de prazo de mais de um ano. Admissibilidade. Descumprimento do dever de alimentar ou falta de realização prévia da partilha que não constitui fator impeditivo. Inteligência do art. 226, § 6º, da CF e do art. 25 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. (*RT* 802/211)

No mesmo sentido: STJ, REsp n. 343.635/SP, em decisão monocrática, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.02.2001, *DJ* 26.10.2001, TJSP, Ap. cível n. 450.381-4/0-00, rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 20.03.2007, *RT* 761/311, STJ, fls 740/235, 740/275, 733/221 e 722/234 e *JTJ* 252/63.

No sentido da desnecessidade de prova do cumprimento das obrigações assumidas na separação: *JTJ* 270/50, 267/90 e 259/89.

Divórcio. Conversão de separação judicial em divórcio. Limite temporal. União estável posterior à separação judicial. O ajuizamento de ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato havida entre o casal posteriormente à separação judicial não obsta a conversão em divórcio, sendo suficiente para tanto que tenha transcorrido o limite temporal de mais de um ano da separação judicial dos cônjuges, consoante dispõe o art. 25 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977, c/c o art. 226, § 6º, da CF. As ações de conversão de separação judicial em divórcio e a de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato são autônomas e independentes (TJDF, Ap. cível n. 2001.01.1.119683-8, rel. Des. Sérgio Bittencourt, *DJU* 22.04.2004). (*RBDfam* 24/126)

Divórcio. Pedido fundado não só no decurso do tempo da separação de fato, mas também em questões relacionadas à conduta culposa de um dos cônjuges. Admissibilidade. Desnecessidade da indicação do motivo pessoal que teria provocado a ruptura da vida em comum do casal que não pode servir como óbice à pretensão. Juiz, ademais, que deve examinar a causa da separação quando, na ação, se discutir guarda de filho menor e direito de recebimento da pensão pela mulher. (RT 780/349)

Restabelecimento da sociedade conjugal. Desfazimento dos efeitos. Divórcio direto consensual. Impossibilidade. Ausência de lapso temporal exigido. O restabelecimento do vínculo conjugal dá-se nos mesmos termos em que a sociedade foi constituída, desfazendo-se todos os efeitos produzidos pela separação judicial. A concessão do divórcio direto consensual reclama o transcurso de novo lapso temporal de dois anos de separação de fato do casal, a teor do art. 226, § 6º, da CF e art. 1.580, § 2º, do Código Civil, uma vez que o restabelecimento da sociedade conjugal põe termo a todos os efeitos decorrentes da separação judicial. Apelo conhecido e improvido. (TJDF, Ap. cível n. 2003.01.1.039541-4, DJU 10.12.2003)

Divórcio direto. Pedido consensual. Necessidade de comprovação do lapso temporal previsto em lei. Em ação de divórcio direto, o mero consenso por si só não agasalha a procedência do feito. Sendo a sentença prolatada sem a devida comprovação dos dois anos consecutivos de separação de fato, imperiosa a sua desconstituição, devendo outra ser prolatada após a devida instrução, conforme entendimento do art. 40 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Recurso provido, por maioria (TJRS, Ap. cível n. 70003120318, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DOERS 01.04.2002). (RBDfam 15/121)

Divórcio. Direto. Culpa de um dos cônjuges pela separação. Irrelevância. Figura do "divórcio-sanção" excluída da ordem jurídica. Revogação do § 1º do art. 40 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977, pela Lei n. 7.841, de 17.10.1989. Discussão sobre a culpa válida, no entanto, para efeito de alimentos e guarda de filhos. Recurso não provido. (JTJ 242/55)

Divórcio. Direto. Não constitui obstáculo à ação de divórcio direto a alegação de descumprimento das obrigações alimentares assumidas pelo autor. (RSTJ 51/103)

Separação judicial. Conversão em divórcio. Comprovação do decurso do prazo de mais de um ano. Admissibilidade. Descumprimento das obrigações assumidas na homologação da separação e falta de realização de prévia partilha não constituem fatores impeditivos. Arts. 31 e 36, parágrafo único, II, da Lei do Divórcio, não recepcionados pelo art. 226, § 6º, da Constituição Federal e que foram derogados, tacitamente, pelos arts. 1.580 e 1.581 do CC/2002. Não provimento. (TJSP. AC n. 394.444-4/6, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 28.07.2005, em RBDfam 32/125)

No mesmo sentido: RBDfam 32/123.

Divórcio. Conversão. Prazo legal. União estável. 1 - Presente o lapso temporal exigido pela lei, é cabível a conversão da separação judicial em divórcio. Inteligência do art. 1.580 do CC brasileiro. 2-0 fato de os ex-cônjuges continuarem a morar sob o mesmo teto não impede a dissolução do vínculo matrimonial, eis que a sociedade conjugal restou extinta com a separação judicial. 3 - A eventual ocorrência de uma união estável deverá ser reconhecida e dissolvida em ação própria. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.009.118.233, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 11.08.2004. In: CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no CC de 2002*. São Paulo, RT, 2005, v. II)

Divórcio. Conversão. Prazo. Termo inicial. Separação de corpos. Inteligência do art.

1.580 do CC de 2002. Inexistência de separação judicial. Pedido juridicamente impossível. Recurso provido. 1 - O requisito fundamental para ser convertida a separação judicial em divórcio, logicamente, é a existência da referida separação judicial. Se esta existir, permite o art. 1.580 do CC/2002 que o termo inicial do interstício legal seja a data em que foi concedida a medida cautelar de separação de corpos. 2 - Negada a homologação de separação judicial litigiosa transformada em consensual, revela-se juridicamente impossível o pedido de conversão do que ainda não existe, ou seja, separação judicial em divórcio. 3 - Apelação cível conhecida e provida. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.03.109644-9/001(1), rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 17.08.2004, *DOMG* 03.09.2004. In: CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no CC de 2002*. São Paulo, RT, 2005, v. II)

De acordo com o art. 1.580 do Código Civil, decorrido um ano da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. A conversão de separação em divórcio foi requerida em 2008, vale dizer, depois de um ano do ajuizamento de medida cautelar de separação de corpos e realização de acordo em ação de regulamentação de visitas, o que leva à presunção de que as partes já não mais conviviam sob o mesmo teto e permite a conversão da separação em divórcio, com o que os ex-cônjuges estão de acordo. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.178.854.600/Cruzeiro, 3ª Câ. de Direito Privado, rel. Jesus Lofrano, j. 07.07.2009)

Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 31, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

Ao contrário do que exigia a lei anterior, o Código Civil de 2002 afastou a necessidade da prévia partilha dos bens do casal para que possa se divorciar. A autorização legal atende aos anseios da doutrina e da jurisprudência, que entendiam não se justificar a restrição, especialmente nos casos em que os cônjuges já se encontravam separados de fato há mais de dois anos. O Superior Tribunal de Justiça já havia cristalizado o entendimento de que o divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia separação de bens (veja Súmula n. 197 do STJ). Assim, poderá o divórcio, tanto o direto, como o de conversão, por não existirem motivos para tratamento diferenciado entre eles em relação à partilha, ser concedido sem que haja prévia partilha de bens (veja a alteração proposta no Projeto de Lei n. 276/2007, que faz referência expressa às duas modalidades de divórcio). Como referido em comentário ao artigo antecedente e no art. 1.574, no caso do *divórcio consensual extrajudicial* (conversão ou direto), a partilha de bens poderá ou não ser realizada na mesma escritura pública, pois não teria sentido exigir para o procedimento administrativo mais rigor que o judicial. A escritura pública poderá conter partilha parcial efetuada pelos cônjuges, ficando para a sobrepartilha a discussão e a decisão sobre os bens litigiosos. Convém lembrar que a falta de partilha dos bens do casal impede que o divorciado se case novamente, conforme disposto no art. 1.523, III, do Código Civil. Optando o casal por realizar a partilha, na escritura se distinguirá o que é do patrimônio individual de cada cônjuge, se houver, do que é do patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isto do seu corpo. A partilha em escritura pública de divórcio consensual se fará conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber, com as adaptações necessárias. A escritura constituirá título hábil para a transferência da titularidade dos bens móveis e imóveis partilhados.

Jurisprudência: Súmula n. 197, STJ: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

Agravo de instrumento. Divórcio decretado. Partilha posterior. Possibilidade em via adequada. Não há obstáculo a discussão da partilha efetuar-se em momento posterior ao de decretação do divórcio (art. 1.581 do Código Civil). A partilha posterior, no entanto, deve ser intentada em via própria consoante o disposto no art. 1.121, § 1º, do CPC c/c arts. 982 a 1.045 deste mesmo diploma. Recurso provido. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.98.026776-9/001, rel. Heloisa Combat, j. 18.11.2008, *DJEMG* 05.12.2008)

Apelação. Conversão de separação judicial em divórcio. Descumprimento de obrigação assumida quando da separação que não impede a sua conversão em divórcio. Art. 1.581 do CC/2002 derogou tacitamente a norma do inciso II do parágrafo único do art. 36 da Lei n. 6.515/77. Ação julgada procedente. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 508.986.4/7-OO/Olímpia, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Egidio Giacoia, j. 08.04.2008, *DJ* 17.04.2008)

Apelação cível. Divórcio. Conversão. Partilha. Desnecessidade. Consoante disposto nos arts. 1.580 e 1.581, ambos do Código Civil, assim como o art. 226 da Constituição Federal, desnecessária a partilha de bens para que se opere a decretação do divórcio. O único requisito para tanto é o transcurso do lapso temporal. Precedentes. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.021.853.684, 8ª Câm. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 12.11.2007, *DJ* 20.11.2007)

Divórcio. Conversão. Inexistência de partilha de bens. Possibilidade. 1 - O divórcio pode ser decretado sem que haja prévia partilha de bens, consoante dispõe expressamente o art. 1.581 do Código Civil de 2002. 2 - Mostra-se adequado relegar a partilha do patrimônio comum para exame em ação própria quando o divorciando não concorda com a proposta da divorcianda e pretende relegá-la para momento posterior, pois não possui condições de avaliar a situação real dos bens, até mesmo para fins de conciliação, pois se encontra recolhido em estabelecimento prisional. Recurso desprovido. (TJRS, Ap. cível n. 70.019.105.295, 7ª Câm. Cível, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27.06.2007)

Divórcio. Conversão de separação judicial. Comprovação do decurso de prazo de mais de um ano. Admissibilidade. Descumprimento do dever de alimentar ou falta de realização prévia da partilha que não constitui fator impeditivo. Inteligência do art. 226, § 6º, da CF, e do art. 25 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. (*RT* 802/211)

Divórcio. Conversão. Partilha. A sonegação de um bem, se não chega a causar grave dano ao cônjuge que exercia a administração dos bens do casal, não obsta à conversão, procedendo-se à sobrepartilha. (STJ, REsp n. 115.341/ES, rel. Min. Ruy Rosado, *DJU* 24.09.2001)

Divórcio. Conversão da separação. Prévia partilha. Desnecessidade. Exegese do art. 1.581 do Código Civil de 2002. Derrogação do art. 36, parágrafo único, II, da Lei federal n. 6.515/77. Recurso não provido. (*JTJ* 288/97)

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de conversão de separação judicial em divórcio. Causas impeditivas. Partilha de bens. Prévia decisão. Pendência de execução. Descumprimento de obrigação assumida na separação.

- A pendência de execução da partilha de bens homologada em sentença com trânsito em julgado não obsta a conversão da separação em divórcio.

- Evidenciado o descumprimento da obrigação alimentícia assumida na separação, não há o direito subjetivo de ver decretada a conversão da separação em divórcio.

- Inviável, entretanto, a análise em recurso especial do cumprimento ou não da obrigação de prestar alimentos assumida na separação, quando se extrai da sentença que a pensão alimentícia vem sendo paga e o Tribunal de origem silencia a respeito. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 663.955, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.05.2005)

Divórcio. Direto. Decurso do prazo de 2 anos de separação de fato (art. 226, § 6º, da CF/88) comprovado nos autos. Alimentos e partilha de bens inábeis a obstar o decreto de divórcio. Aplicação da Súmula n. 197 do STJ e do art. 1.581 do CC/2002. Ação procedente. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 3.563.784.000/Andradina, 1ª Câ. de Direito Privado, rel. De Santi Ribeiro, j. 16.06.2009)

Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 24, parágrafo único, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

O artigo refere-se ao caráter personalíssimo do pedido de divórcio. Quanto à separação, já foi objeto de análise no art. 1.576, parágrafo único. Essa é a regra, que comporta a exceção prevista no *parágrafo único* do mesmo artigo citado, ao autorizar que a ação de divórcio seja proposta ou contestada por curador, ascendente ou irmão do cônjuge que apresente incapacidade. Como já mencionado no art. 1.576, trata-se de verdadeira *legitimação extraordinária* autorizada por lei. A lei não estabeleceu a espécie de incapacidade exigida para que se autorize a substituição processual, estendendo-se além da absoluta, ao autorizar a intervenção do ascendente, parente em linha reta de primeiro grau, e do irmão, parente colateral de segundo grau. O certo, no entanto, é que se trata de incapacidade mental - que deve ser reconhecida por decisão judicial - e não a relativa à menoridade, pois desta não há cogitar-se em face do disposto no art. 5º, II, que trata da emancipação pelo casamento. A não referência aos descendentes do cônjuge decorre de eventual interesse pessoal que possam vir a ter, em prejuízo do incapaz. Já o *divórcio consensual extrajudicial* poderá ser requerido pelos cônjuges pessoalmente que, contudo, poderão se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias (Resolução n. 35 do CNJ, art. 36). Isto porque, como afirmado em comentário ao art. 1.576, não existe nenhum óbice legal a que tal ato consensual seja praticado por procurador, além do que a exigência de procuração por instrumento público, com os requisitos antes referidos, faz com que se mantenha a solenidade do ato. Ademais, se a lei autoriza a representação por procuração para a habilitação e a celebração do casamento, não há por que impedi-la para a hipótese do divórcio consensual extrajudicial, sendo, inclusive, admitida a representação de ambos os divorciandos pelo mesmo mandatário, ante a inexistência de conflito de interesses.

Jurisprudência: Família. Divórcio direto. Falecimento de um dos cônjuges antes da sentença. Evento que determina a perda do objeto da demanda. Impossibilidade de habilitação dos herdeiros. Ação personalíssima (CC/2002, art. 1.582). Discussão sobre a partilha relegada ao inventário. Sentença de extinção confirmada. Apelação desprovida (segredo de justiça). (TJRS, Ap. cível n. 70.021.139.332, 8ª Câ. Cível, rel. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 18.10.2007, DJ25.10.2008)

Mandado de segurança. Acórdão que decretou o divórcio. Morte do autor sem o trânsito em julgado. Correta a extinção do feito. Direito personalíssimo. Incabível substituição pro-

cessual. Impossível a apresentação de qualquer recurso em nome daquele que está morto. Cessou o casamento com o falecimento. Cabível o presente mandado para decretar nulidade da decisão proferida nos embargos de declaração e não declarar a impetrante como viúva. Efeito anexo da decisão. Falta à impetrante interesse processual e por não ser o *mandamus* a via adequada. Segurança concedida em parte. (JTJ 237/246)

Divórcio. Falecimento de parte. Estado civil de supérstite. Ação de divórcio direto. Legitimidade do espólio. Habilitação. Ausência de impugnação. Coisa julgada. Falecimento do varão antes do julgamento dos recursos contra o despacho que não admitiu os especiais. Precedente da corte. 1 - Tendo o espólio requerido a sua habilitação oportunamente, sem a devida impugnação da parte interessada, não pode mais o tema ser renovado no âmbito do especial. 2 - Falecendo o varão antes de transitada em julgado a decisão que concedeu o divórcio, embora em execução provisória, porque pendente o julgamento de recursos contra os despachos que não admitiram os especiais, o estado civil do cônjuge sobrevivente é de viúva, não de divorciada. 3 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 239.195/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 05.11.2001)

Separação judicial litigiosa. Falecimento do autor da ação. Falta de interesse processual da sucessão. Extinção da ação sem julgamento de mérito, art. 267, IX, do CPC. Falecendo o autor de ação de separação judicial litigiosa, após o ajuizamento da demanda, há perda de interesse processual, dada a natureza do direito personalíssimo e intransferível da ação (art. 1.582 do CC/2002). Extinção do feito sem julgamento de mérito (inciso IX do art. 267 do CPC). A morte de um dos cônjuges constitui termo da sociedade conjugal (art. 1.572, CC). Negaram provimento à apelação. (Segredo de justiça). (TJRS, Ap. cível n. 70.027.605.625, 7ª Câm. Cível, rel. André Luiz Planella Villarinho, j. 08.07.2009)

Agravo de instrumento. Divórcio consensual. Representação de cônjuge que reside fora do país. Procuração celebrada por instrumento público. Possibilidade legal. Provimento do recurso. O art. 1.582 do Código Civil brasileiro veda o pedido de divórcio por pessoa do cônjuge. Contudo, em momento algum, proíbe a regular representação de cônjuge ausente do país, tal como presenciada nestes autos. De fato, se os arts. 1.525 e 1.535 do Código Civil preveem a possibilidade de requerimento de habilitação e, também, de celebração de casamento, realizado por instrumento de procuração, razão não há para que seja diferente em caso de seu desfazimento. (TJMG, AI n. 1.0411.08.041215-7/001, rel. Edivaldo George dos Santos, j. 12.05.2009)

CAPÍTULO XI DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

Caput com redação dada pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

II - saúde e segurança;

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

III - educação.

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 9º, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

Por ocasião da separação, do divórcio, da anulação de casamento e da dissolução da união estável, o casal poderá acordar sobre a guarda de seus filhos e disciplinar as visitas a eles. Caso assim não procedam, a decisão competirá ao juiz do processo. Em ambas as hipóteses, sempre se decidirá tendo-se em vista os interesses dos menores, podendo, por esta razão, ser modificada a decisão a qualquer tempo, desde que a ocorrência de fato relevante e grave a justifique. Esta guarda não se confunde com aquela do ECA, destinada a colocação dos menores em família substituta, pressupondo a perda do poder familiar dos pais. Por força dos requisitos exigidos pelo disposto no art. 1.124-A do CPC, a norma contida no artigo ora comentado só se aplica à separação e ao divórcio consensuais judiciais e não aos extrajudiciais.

A guarda poderá ser *unilateral* (materna, paterna ou de terceiro) ou *conjunta* (*compartilhada*) (§ 1º). A *guarda unilateral* é exercida com exclusividade por um dos pais — aquele que revele melhores condições para exercê-la (§2º) (segundo o Enunciado n. 102 do Conselho da Justiça Federal a expressão “melhores condições” no exercício da guarda, significa atender ao melhor interesse da criança), e que mais aptidão tenha para propiciar aos filhos afeto nas relações com ele e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação (*incisos I a III*) - ou por terceiro (veja comentário do § 5º do art. 1.584 desta Lei). Na atribuição do exercício da guarda deve-se ter em vista o equilíbrio entre dois elementos da mesma equação: as necessidades dos filhos e as possibilidades (objetivas e subjetivas) dos pais (veja FACHIN, Luiz Edson. *Código Civil comentado* - direito de família. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV). Nessa modalidade de guarda, a lei obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos (§ 3º). A supervisão diz respeito a tudo o que envolve as necessidades vitais do filho, como nutrição adequada, cuidados com a saúde física e mental, lazer, brinquedos. A fiscalização abrange não apenas o efetivo emprego dos valores correspondentes aos alimentos, cuja obrigação assumiu o não guardião, mas o que compete ao guardião, de acordo com os rendimentos deste (cf. Lôbo, Paulo, *RBDFS* 6/30, Magister) (v. com. ao art. 1.589, a seguir, e sua jurisprudência relativa à prestação de contas sobre os alimentos administrados pelo guardião).

Na *guarda conjunta*., ambos os pais participam da convivência, da educação e dos demais deveres inerentes ao poder parental (veja SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2002). Haverá, portanto, a responsabilização conjunta, bem como o exercício de direitos e deveres dos pais, concernentes ao poder familiar dos filhos. Essa guarda é a mais recomendada para os casos em que os pais tenham moradias próximas - e que, portanto, não vivam sob o mesmo teto -, compreensão e diálogo. Na *guarda compartilhada* os pais têm responsabilidade conjunta na tomada das decisões e igual responsabilidade legal sobre os filhos. Ambos têm a guarda jurídica, apesar de um deles ter a guarda material. Há presença física da criança no lar de um dos genitores, tendo o outro o direito de visitá-la periodicamente, mas a responsabilidade legal sobre o filho e pela sua educação deve ser bilateral, ou seja, do pai e da mãe. O poder familiar é exercido por ambos, que tomarão

conjuntamente as decisões do dia a dia. A *guarda conjunta* é, na verdade, o exercício comum do poder familiar. Desaparece o casal conjugal e surge o casal parental, que decidirá sobre os estudos, a educação religiosa, as férias, as viagens, o lazer e as práticas desportivas da prole (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil* - direito de família. São Paulo, Saraiva, 2002).

A lei recomenda que, em não havendo acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seja aplicada pelo juiz, sempre que possível - portanto, diante das peculiaridades do caso concreto e sempre considerando o interesse do menor - a guarda compartilhada (cf. § 2º do art. 1.584). Como se vê, *o legislador instituiu a preferência pela guarda compartilhada*, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral (v. com. ao artigo seguinte).

A *guarda compartilhada* que agora passou a ter previsão legal, já era admitida pela doutrina e pela jurisprudência na preservação dos interesses dos filhos. No Enunciado n. 101 da I Jornada de Direito Civil, ficou assentado, ainda sob a égide da redação anterior do artigo, que: “sem prejuízos dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão ‘guarda dos filhos’, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada em entendimento ao princípio do melhor interesse da criança”.

Jurisprudência: Direito de família. Guarda de menor. Impossibilidade de guarda conjunta. Pai detentor da guarda de fato. Critérios para determinação da guarda. Princípio do melhor interesse do menor. O juiz, ao apurar qual dos pais tem melhores condições para exercer a guarda, sob o ponto de vista moral, educacional e afetivo, deve analisar as circunstâncias específicas de cada caso concreto, com vistas a garantir o melhor interesse do menor. (TJMG, Ap. cível n. 1.0396.03.012019-2/001, rel. Dárcio Lopardi Mendes, j. 27.11.2008, DJ 10.12.2008)

Ação de guarda de menor. Guarda compartilhada. Relação conflituosa entre os genitores. Impossibilidade. Risco de ofensa ao princípio que tutela o melhor interesse do infante. Procedência do pedido. Provimento da irresignação. Inteligência do art. 227 da Constituição da República e arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, com redação dada pela Lei n. 11.698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem-estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos. (TJMG, Ap. cível n. 1.0775.05.004678-5/001/Coração de Jesus, 5ª Câm. Cível, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. 07.08.2008, DJEMG 27.08.2008)

Dissolução de união estável litigiosa. Pedido de guarda compartilhada. Descabimento. Ausência de condições para decretação. A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobretudo, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS, AI n. 70.025.244.955/Camaquã, 7ª Câm. Cível, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 24.09.2008, DOERS 01.10.2008, p. 44)

Guarda. Criança. Sentença estrangeira. Homologação. Inadmissibilidade. Divórcio. Decisão proferida no exterior que concedeu a guarda compartilhada aos pais do menor. Posterior decisão determinando o genitor como guardião exclusivo. Ausência de citação da genitora

na ação proposta no juízo estrangeiro. Pedido idêntico ao da mãe da criança formulado no Brasil, que deferiu à genitora a guarda do infante. (*RT* 824/130)

Guarda compartilhada. Genitor residente de outro país. Interesses do menor. 1 - Inviabilizada a guarda compartilhada na hipótese de o genitor residir em outro país, eis que não ocorreria a efetiva e contínua participação de ambos os pais no integral acompanhamento do filho. 2 - Encontrando-se o menor perfeitamente ajustado em seu modo de vida, mantendo bom relacionamento com a genitora e recebendo educação adequada, incabível a transferência da guarda para o outro genitor (TJDF, Ap. cível n. 2000.01.1.094839-5 (163208), rel. Des. Valter Xavier, *DJU* 13.11.2002). (*RBDFam* 16/129)

Guarda conjunta. Só é recomendada a adoção de guarda conjunta quando os pais convivem em perfeita harmonia e livre é a movimentação do filho entre as duas residências. O estado de beligerância entre os genitores não permite a imposição judicial de que seja adotada a guarda compartilhada. Apelo do autor improvido, e acolhido o recurso da ré. (TJRS, Ap. cível n. 70.001.021.534, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 21.06.2000)

Agravo de instrumento. Direito civil. Ação de guarda. Estatuto da Criança e do Adolescente. Termo de guarda e responsabilidade. Ausência de vedação legal à guarda conjunta deferida ao casal de avós. Recurso provido (TJRJ, AI n. 7141-2000/RJ, rel. Des. José Pimentel Marques, *DORJ* 06.09.2001). (*RBDFam* 11/129)

Guarda compartilhada de menor. Pedido de guarda compartilhada formulada pelos tios. Menor que se encontra sob a guarda da avó materna. Arts. 33 e seguintes do ECA (TJMG, Ap. cível n. 000.190.410-1/00, rel. Des. Bady Curi, j. 28.12.2000). (*RBDFam* 9/124)

Guarda de filho menor. Pais separados de fato. Guarda conferida à mãe. que organiza nova família com terceiro. Pedido de destituição do pátrio poder. Inadmissibilidade. Concessão, todavia, da guarda conjunta dos menores à mãe e seu companheiro. (*RT* 552/70)

Separação judicial consensual. Guarda compartilhada. Interesse dos menores. Ajuste entre o casal. Possibilidade. Não é a convivência dos pais que deve orientar a decisão da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos (TJMG, Ap. cível n. 01.0024.03.887697-5/001, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Hyparco Immedi, j. 09.12.2004). (*RBDFam* 32/72)

Processual civil. Conflito positivo. Ações de revisão de acordo judicial de separação do casal e de guarda da filha. Conexão. Prevenção. Guarda compartilhada. Pluralidade de domicílios. Inexistência. Local onde regularmente exercida. Preservação do interesse da menor. Lei n. 8.069/90, art. 147. Precedente.

I - A guarda, ainda que compartilhada, não induz à existência de mais de um domicílio acaso os pais residam em localidades diferentes, devendo ser observada a prevenção do Juízo que homologou a separação do casal, mediante acordo.

II - Preserva os interesses do menor o foro do local onde exercida regularmente a guarda para dirimir os litígios dela decorrentes (Lei n. 8.069/90, art. 147,1). Precedente.

III - Conflito conhecido, para declarar competente o juízo da 11ª Vara de Família e Registro Civil de Recife, PE. (STJ, Conflito de competência n. 40.719/PE, 2ª Seção, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 25.08.2004)

Guarda de menor. Provas dos autos indicam que a melhor solução é atribuir a guarda do filho adolescente ao pai. Inteligência do art. 33 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e 1.583 do Código Civil. Laudos social e psicológico favoráveis à guarda paterna. Menor que se encontra adaptado ao lar paterno. Mãe que se mostrou mais instável emocionalmente. Razoável regime de visitas, que permite à genitora acompanhar a educação e o desenvolvimento do filho. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 6.401.274.100/Jundiaí, 4ª Câ. de Direito Privado, rel. Francisco Loureiro, j. 29.10.2009)

Dissolução de sociedade de fato. Guarda. Alimentos. Mantém-se a sentença que deferiu a guarda dos dois filhos adolescentes ao pai, se esta é a situação que atende o melhor interesse deles, nos termos do art. 1.583, § 2º, I, II, e III, do CC/2002. Redimensionam-se os alimentos a serem prestados pela mãe aos filhos, os quais se mostram exagerados, ante as possibilidades dela. Apelação parcialmente provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.031.772.510, 8ª Câ. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 17.09.2009)

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

Caput com redação dada pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Inciso acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida,

considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Parágrafo acrescentado pela Lei n. 11.698, de 13.06.2008.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 10, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

Como ressaltado no comentário do artigo anterior, a lei visou a assegurar o interesse dos filhos na questão relativa à sua guarda. O artigo trata da guarda dos filhos quando esta tiver de ser definida em ações consensuais e litigiosas. Possui regras de natureza material e processual. O dispositivo legal, assim como o anterior, afasta qualquer relação entre eventual culpa de um dos cônjuges pela dissolução da sociedade e a guarda dos filhos comuns, deixando claro que a guarda deverá ser compartilhada entre os pais, pois é a que mais atende os interesses dos filhos, ou ser atribuída àquele que revelar melhores condições - condição pessoal do guardião: capacidade material e moral para assistência e educação dos filhos - para exercê-la, considerando aqui também sempre prevalente o maior interesse da criança.

A guarda unilateral ou compartilhada pode ser requerida de comum acordo pelos pais, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar (*inciso I*). Nesta última hipótese, a ação cautelar de guarda terá por fim assegurar o resultado útil do processo principal, onde ela será decidida de forma definitiva, e se revestirá dos requisitos do *fumus honi juris* (demonstração do direito à guarda, decorrente, por exemplo, do poder familiar) e do *periculum in mora* (situação de risco de dano ao menor em caso de não concessão imediata da medida). Há, no entanto, necessidade de que o juiz aja com especial cautela na apreciação do pedido, uma vez que constantes modificações quanto à guarda provisória poderão prejudicar os interesses do menor.

Não havendo consenso entre os pais sobre a guarda dos filhos, será aplicada pelo juiz, sempre que possível - à vista das circunstâncias do caso concreto - a guarda compartilhada (§ 2º), competindo a ele informar ao pai e à mãe o significado dessa modalidade de guarda, sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas (§ 1º). Como afirmado no artigo anterior, *o legislador instituiu a preferência pela guarda compartilhada*, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral, tornando esta subsidiária em relação àquela. Paulo Lôbo ensina que a guarda compartilhada tem as seguintes vantagens: “prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das relações da criança com seus dois pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para o âmbito original, que é o das relações entre os adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio da cooperação, são fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravessa no processo de separação” (*RBD FS* 6/33, Magister).

Decidindo a guarda e considerando os interesses do menor, o juiz atentará para as necessidades específicas dele, e para a satisfatória distribuição de tempo necessário para que ele conviva com o pai e com a mãe (*inciso II*). Quanto à guarda compartilhada, a lei ainda dispõe que o juiz poderá valer-se de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (laudos elaborados pela equipe psicossocial do Poder Judiciário) para, convencendo os pais e superando seus conflitos, definir as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência (§ 3º).

O descumprimento imotivado do deliberado pelo juiz importará restrições, quanto à guarda, ao desobediente (§ 4º). Esta sanção civil estabelecida pelo legislador contraria o princípio do melhor interesse do menor, podendo ampliar a alienação parental, no caso da guarda unilateral, ou comprometer a guarda compartilhada. Daí concluir com acerto o jurista anteriormente citado que a regra deve se restringir “à violação da cláusula de guarda, quando o genitor, sem justificativa razoável e de modo arbitrário, reter o filho reiteradamente além de seu período de convivência, prejudicando o direito de convivência do outro. Ocorrências isoladas não devem ser consideradas, para que a justiça não se converta em arena de reabertura de conflitos. Em contrapartida, se o genitor reduzir o período de convivência, reiteradamente e sem motivo justificável, incorre em inadimplemento do dever jurídico correspondente, respondendo por danos morais” (LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 25).

Sendo desaconselhável a permanência dos filhos em companhia de qualquer dos genitores, autoriza o disposto no § 5º do artigo em comento que o juiz confira a guarda a terceiro. O novo guardião, de notória idoneidade, deverá revelar compatibilidade com a função. Será escolhido pelo juiz, que levará em conta o seu grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade com os menores, consoante determina a lei especial (ECA, arts. 28 e segs.). O encargo, excepcionalmente, poderá recair sobre um terceiro não parente do menor.

Jurisprudência: Guarda das filhas menores. Deferimento de forma compartilhada. Se a guarda das meninas já vem sendo exercida de forma compartilhada entre os litigantes, estando a genitora/apelante, inclusive, residindo próximo à moradia do genitor e das filhas, conforme consta do último estudo social, não há porque atribuí-la exclusivamente a um dos genitores, devendo ser estabelecida na forma do art. 1.584, § 2º, do CC/2002, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.698/2008. Apelação parcialmente provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.024.950.438/ Alvorada, 8ª Câm. Cível, rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 27.11.2008, *DOERS* 03.12.2008, p. 57)

Ação de guarda de menor. Guarda compartilhada. Relação conflituosa entre os genitores. Impossibilidade. Risco de ofensa ao princípio que tutela o melhor interesse do infante. Procedência do pedido. Provimento da irresignação. Inteligência do art. 227 da Constituição da República e arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, com redação dada pela Lei n. 11.698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem-estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos. (TJMG, Ap. cível n. 1.0775.05.004678-5/001/Coração de Jesus, 5ª Câm. Cível, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. 07.08.2008, *DJEMG* 27.08.2008)

Dissolução de união estável litigiosa. Pedido de guarda compartilhada. Descabimento. Ausência de condições para decretação. A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS, AI n. 70.025.244.955/Camaquã, 7ª Câm. Cível, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 24.09.2008, *DOERS* 01.10.2008, p. 44)

Agravo de instrumento. Separação. Alimentos provisórios, guarda compartilhada e visitas. Mantêm-se os alimentos provisórios fixados em favor dos dois filhos, se o valor ofertado pelo agravante representa quantia por demais ínfima para ajudar no sustento dos menores. A guarda compartilhada não decorre pura e simplesmente da Lei n. 11.698/2008, mas sim, conforme a redação dada ao art. 1.584, § 2º, CC/2002, será aplicada sempre que possível. Sobre ela deve ser ouvida primeiramente a genitora. A visitação livre também depende da análise da sua conveniência, mostrando-se adequada, dentro da cognição sumária apresentada, a fixação em finais de semana alternados. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS, AI n. 70.024.604.555, 8ª Câm. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 30.06.2008, *DJ* 07.07.2008)

Pedido de guarda de menor formulado pelo pai em face da mãe. Melhores condições. Prevalência do interesse da criança. Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal - CF. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor. Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado. Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem-estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família - tanto materna, quanto paterna. Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/2002. Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável. Contrapõe-se à proibição de se reexaminar provas em sede de Recurso Especial, rever a conclusão do Tribunal de origem, que repousa na adequação dos fatos analisados à Lei aplicada. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 916.350, 2007/0002419-2/RN, 3ª T., rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, j. 11.03.2008, *DJE* 26.03.2008)

Guarda. Disputa entre genitores. Apresentando a mãe melhores condições de satisfazer as necessidades da filha, a ela deve ser deferida a guarda, até mesmo porque a menina já se encontra sob seus cuidados há mais de ano. Inteligência do art. 1.584 do Código Civil de 2002. Afastada a preliminar, apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.775.381, 7ª Câm. Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 14.02.2007)

Ação de separação. Guarda. Disputa entre os genitores. Aplicação do art. 1.584 do Código Civil de 2002. O conjunto probatório formado pelo laudo de perícia social, laudo psicológico e depoimentos, demonstra que, apesar da vontade do menor de ficar com o pai, a mãe está melhor estruturada para suprir as necessidades do infante. O Código Civil de 2002 em seu art. 1.584 estabelece que decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar as

melhores condições para exercê-la. Apelo não provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.016.267.205, 8ª Câm. Cível, rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 31.08.2006)

Separação judicial. Litigioso. Culpa exclusiva da ré. Violação ao dever matrimonial de fidelidade. Perda do lar conjugal. Admissibilidade. Manutenção, no entanto, da guarda da filha ante as melhores condições para sua criação. Exegese do art. 1.584 do Código Civil de 2002. Recurso parcialmente provido. (JTJ 284/186)

Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. (STJ, REsp n. 37051/SP, 3ª T., v.m., rel. Min. Nilson Naves, j. 17.04.2001, DJU 25.06.2001)

Guarda de menor. Adolescente. Pais divorciados. Idênticas condições destes para assumi-la. Prevalcimento da opção do menor livremente manifestada. Em questões atinentes a menores impõe-se o prevalcimento do interesse deles, com vistas ao seu bem-estar. Se, *exempli gratia*, divorciados os pais, sua filha adolescente opta, sem hesitar, por residir em companhia do pai, tendo este e a mãe idênticas condições para o exercício do dever de guarda, impõe-se dar receptividade à sua opção, desde que se infira ter sido livremente manifestada (TJMG, AI n. 188.593-8/00, rel. Des. Hyparco Immesi, DJMG 24.04.2001). (RBDFam 10/128)

Separação judicial litigiosa. Guarda dos filhos. Permanência com o pai. Conduta mais adequada. A guarda dos filhos deve permanecer com o pai, que com eles já se encontra há bastante tempo e que, segundo revelam os autos, mantém conduta mais adequada que a mãe, que foi considerada culpada pela separação do casal (TJMG, Ap. cível n. 000.200.737-5/00, rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. 31.05.2001). (RBDFam 12/139)

Guarda de filho. Se uma criança supera e bem os eventuais efeitos traumáticos da divisão de irmãos que os pais decidem quando rompem a coabitação, construindo, com o pai, um padrão existencial próprio e digno, não é possível, anos depois, subtrair-lhe a perspectiva de viver o destino que lhe foi imposto. Modificação de guarda pleiteada pela mãe não recomendada para o interesse da criança. Improvimento (TJSP, Ap. cível n. 190.472.4/0, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 04.09.2001). (RBDFam 12/137)

Guarda. Pais separados. Custódia alternada semanalmente. Inconveniência. Permanência sob a guarda da mãe. Direito de visita do pai. (RT733/333)

Família. Guarda de filhos. 1 - Assentado o acórdão recorrido na prova dos autos que indica já estarem as filhas na guarda do pai, integradas ao convívio familiar e gozando de afeto, a modificação da guarda pode ser prejudicial às filhas, no cenário desenhado nos autos. 2 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 27.346/SP, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.03.2004, DJU 03.05.2004)

Criança. Modificação da guarda. Homologação do acordo em que a genitora, sob a alegação de não ter condições de criar seus filhos, transfere o encargo a seus pais, avós dos menores. Desnecessidade da expressa concordância do genitor dos impúberes. Medida que não implica em perda ou suspensão do pátrio poder, podendo ser modificada a qualquer tempo, desde que sobrevenha alteração do estado de fato ou de direito. (RT 186/267)

Adolescente. Guarda. Transferência do encargo antes atribuído à mãe para o pai. Admissibilidade se o infante, sem hesitar, afirma adaptar-se melhor ao genitor. Prevalência do interesse do menor sobre qualquer outro. (RT7Q4/364)

Criança. Guarda. Menor adotado. Fato que não modifica os critérios a serem observados para a concessão da medida. Guarda que deve ser concedida à mãe se as provas apontam no sentido de que o infante ficaria em situação melhor, ressalvado ao pai o direito de visita que também deve ser regulado. (J7782/358)

Guarda. Modificação. Pedido do pai, em face da mãe. Atribuição da guarda à avó materna. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Aplicação do art. 10, § 2º, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Preliminar rejeitada. (JTJ 241/131)

Guarda de filhos. Proposta de mudança deduzida sem vantagem concreta para os menores, que estão sendo bem cuidados e educados pelo pai. Predominância do interesse dos menores (TJSP, Ap. cível n. 221.653-4/6, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 05.03.2002). (RDBFam 14/115)

Guarda. Criança. Menor que era criado pelos avós. Pretensão da genitora em tê-lo sob sua responsabilidade. Admissibilidade. Laudo psicológico que indica a conveniência em se manter o infante junto de sua mãe. Circunstância em que a custódia deve a ela ser concedida. Aplicabilidade dos princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente. (RT 817/367)

Família. Relações de parentesco. Guarda de filha com 11 anos de idade. Permanência com a genitora. Atendimento do princípio da preponderância do interesse da criança. Preservação da situação que ocasiona bem-estar e maior estabilidade emocional e afetiva. Ausência de demonstração de que a criança se encontra sob risco. Inexistência de razão relevante que ateste a necessidade de alteração da situação existente. Animosidade entre os genitores. Não se mostra razoável a alteração da guarda de filho se inexistente situação de risco ou razão relevante para que não mais permaneça sob os cuidados de quem detém o encargo. Levando-se em consideração o estabelecido no art. 1.584 do Código Civil, que recomenda que a guarda deve ser concedida àquele cônjuge que tiver melhores condições para criar o filho, há de buscar-se, sempre, o melhor atendimento dos interesses da criança, ostentando-se irrazoável que se altere a guarda anteriormente concedida a um dos genitores tão somente em virtude de o outro não concordar com a forma como conduzida a vida cotidiana do filho. Impossível o deferimento da guarda compartilhada quando os pais não mostram o mínimo interesse de, abstraindo as diferenças pessoais que levaram à separação, manter conduta razoável com o bom senso que deve permear os relacionamentos interpessoais, mormente quando em jogo o desenvolvimento saudável da prole. Apelação desprovida. (Segredo de justiça). (TJRS, Ap. cível n. 70.029.650.033, 7ª Câ. Cível, rel. José Conrado de Souza Júnior, j. 14.10.2009)

Ação de guarda autônoma. Residindo o casal litigante sob o mesmo teto, juntamente com os três filhos, e não havendo separação de fato deles, descabe o pedido autônomo de guarda dos menores (art. 1.584, 1, do CC/2002). Agravo de instrumento provido. (TJRS, AI n. 70.029.438.215, 8ª Câ. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 14.07.2009)

Ação de guarda compartilhada. Improcedência. A guarda compartilhada será deferida sempre que possível (art. 1.584, § 2º, CC/2002). Se o relacionamento dos genitores/litigantes é conflituoso, sendo que eles sequer se comunicam, ela não se mostra cabível. Apelação

desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.032.636.698, 8ª Câm. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 20.10.2009)

Ação de substituição de guarda de menor. Guarda exercida pelos avós maternos, confiada ao pai na sentença. Prevalência dos interesses da menor. Estando demonstrado no contexto probatório dos autos que, ao melhor interesse da criança, será a transferência da guarda para o pai biológico, que há muitos anos busca em juízo a guarda da filha, a sentença que assim decidiu, com base na prova e nos laudos técnicos, merece ser confirmada. Aplicação do 1.584 do Código Civil. Guarda da criança até então exercida pelos avós maternos, que não possuem relação amistosa com o pai da menor, restando demonstrado nos autos presença de síndrome de alienação parental. Sentença confirmada, com voto de louvor. Negaram provimento à apelação (TJRS, Ap. cível n. 70.029.368.834, 7ª Câm. Cível, rel. André Luiz Planella Villarinho, DJ 14.07.2009). (RBDfs 11/165)

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, aplicam-se quanto à guarda dos filhos as disposições do artigo antecedente.

CC/1916: sem correspondente.

Os mesmos critérios e solução estabelecidos no artigo antecedente, relativos à separação e ao divórcio litigiosos - *que estão voltados para o interesse dos menores* - são extensivos à medida cautelar de separação de corpos, autorizada pelo disposto no art. 1.562 deste Código. Isso significa que na medida de separação de corpos o juiz também poderá decidir sobre a guarda dos filhos, sendo ainda admitido pela jurisprudência (ver a seguir) a possibilidade de cumulação na mesma medida dos pedidos de alimentos e regulamentação de visitas. Por ser instrumento usual, preparatório da ação de separação ou de divórcio, é que a separação de corpos mereceu especial referência, uma vez que o deferimento da medida suscita preocupação com a guarda dos filhos, cuja finalidade precípua é obstar, sejam eles atingidos pela desavença eventualmente existente entre os pais (veja FACHIN, Luiz Edson. *Código Civil comentado* - direito de família. São Paulo, Atlas, 2003, v. XI).

Jurisprudência: Separação de corpos. União estável. Cumulação com pedido de guarda de filho menor, bem como autorização para retirar da residência do casal os pertences de uso pessoal de ambos. Admissibilidade. Inexistência de óbice legal à cumulação. Extinção do processo afastada. Recurso provido. (JTJ 236/154)

Medida cautelar. Concubinato. Separação de corpos cumulada com guarda de filhos menores. Companheira. A lei não veda a um dos concubinos a possibilidade de requerer judicialmente o seu afastamento da residência comum do casal, sendo-lhe lícito recorrer ao poder de cautela quando ocorrentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (TJMG, Ap. cível n. 157.938/2, rel. Des. Aloysio Nogueira, DJMG 03.08.2000). (RBDfam 7/125)

Separação de corpos. Possibilidade de disposição sobre guarda dos filhos, visitas, alimentos e administração dos bens comuns em acordo entre as partes. Pedido indeferido. Apelação provida para homologar o ajuste e deferir alvará de separação. (TJSP, Ap. cível. 98.918-4, rel. Des. Maurício Vidigal, j. 02.03.1999)

Medida cautelar de separação de corpos. Requerimento conjunto antes de completar-se o biênio do casamento. Cabimento. Ausência de obstáculo jurídico para que o ajuste envolva

estipulação sobre a guarda da filha menor e a prestação de alimentos a esta. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 67.747-4, rel. Des. Cesar Lacerda, j. 29.04.1998)

Separação de corpos. Guarda de filho menor e alimentos. Pedidos cumulados. Processo extinto. Possibilidade da cumulação, ainda que desaconselhável. Processamento em apartado do pedido de alimentos. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Ap. cível n. 90.374-4, rel. Des. Olavo Silveira, j. 03.12.1998)

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 13, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

Este artigo realça mais uma vez a prevalência, quanto à definição sobre a guarda, do interesse do menor sobre o dos seus pais, como já constava nos artigos antecedentes (arts. 1.583 e segs.). Em razão da não ocorrência da coisa julgada material, exatamente porque recomenda o interesse do menor, o que se definiu anteriormente sobre a guarda dos filhos pode ser regulamentado de maneira diferente pelo juiz, agora se houver motivos graves. A lei não define “motivos graves”, que, sem dúvida, são aqueles decorrentes de situações especiais ou anormais. São aqueles que podem comprometer a saúde, a segurança ou a moralidade dos filhos, por comprovada negligência, incapacidade, abuso de poder, maus exemplos, perversidade ou crimes dos pais (veja MONTKIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*-direito de família. São Paulo, Saraiva, 1994, v. II). A gravidade da motivação está no âmbito do juízo discricionário que se funde em razões baseadas na proteção dos filhos. A existência de motivos suficientes é por si só grave em tal perspectiva (veja FACHIN, Luiz Edson. *Código Civil comentado* -direito de família. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV). A degradação dos costumes e o relacionamento amoroso do guardião com pessoa nociva ao filho menor são exemplos de motivos graves. Os motivos podem ser supervenientes ou ao menos não conhecidos por uma das partes ao tempo em que foi proferida a sentença concedendo a guarda. Paulo Lôbo ressalta que o juiz deve verificar se o acordo dos pais sobre a guarda dos menores observa efetivamente o melhor interesse dos filhos, ou o reduz em benefício de concessões recíprocas para superação do ambiente conflituoso, contemplando mais os interesses de um ou de ambos os pais, e que é, certamente, motivo grave a preferência dada pelos pais para a superação de seus próprios conflitos, em detrimento dos filhos. Segundo o jurista, a guarda também pode ser modificada pelo juiz ou mesmo subtraída do guardião se este abusar de seu direito, em virtude da regra geral estabelecida no art. 187 deste Código, quando exceder manifestamente os limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Na doutrina estrangeira, observa ele, entende-se como abuso, no âmbito do direito de família, quando o direito é exercido com o propósito de causar dano aos interesses da outra pessoa; ou quando tem fins distintos do que o direito lhe atribui; ou quando há desproporção entre o modo do exercício e o dano causado por esse exercício (RBDFS v. 6, p. 24). A regra, como se vê, tem evidente caráter excepcional. Contudo, em motivo incidente que justifique, o juiz estará autorizado, por força do disposto neste artigo, a conceder a guarda do menor a terceiro. Em razão do princípio da mutabilidade da sentença que definiu a guarda dos filhos, antes referido, reclama a doutrina a previsão legal para que se possa modificar a guarda anteriormente concedida, quando os interesses dos menores recomendarem e houver justo motivo para tanto, levando-se em conta no momento da alteração a afinidade e a afetividade que deve

sempre prevalecer nas relações entre o guardião e o menor - filhos oriundos ou não de casamento. Por isso existe proposta nesse sentido de alteração do dispositivo ora comentado no Projeto de Lei n. 276/2007.

Jurisprudência: Agravo de instrumento. Guarda e visita de filha menor. Finais de semana alternados. Possibilidade. Melhor interesse da menor. Provimento do recurso. O direito de visitas não é sagrado, imposterável, ou inalienável, mas está sujeito a limitações que podem levar à sua suspensão ou exclusão, sempre que considerações de ordem moral ou psicológica assim o exigirem. Vigora sempre o princípio de que, havendo motivos graves, devidamente especificados na sentença, o juiz pode e deve regular a guarda e entrega dos filhos (visita) por forma diferente da fixada na lei, em termos gerais e abstratos. Se não tem caráter definitivo o direito de visita, como indica a exegese legal, pode ser modificado, suspenso ou até mesmo suprimido, sempre que as circunstâncias assim o exigirem. No presente caso, considerando o melhor interesse da menor, deve-se dar provimento ao recurso, pois assim, aquela terá um maior convívio tanto com a família da mãe quanto com a do pai, devendo as visitas de finais de semana do pai se alternarem com a mãe. (TJMG, AI n. 1.0024.07.588213*4/001, rel. Mauro Soares de Freitas, j. 28.02.2008, *DJEMG* 28.03.2008)

Menor. Direito de visita. Alteração do local. Decretação de ofício. Admissibilidade. Desvio de conduta sexual do pai. Voto vencido. (RT732/349)

Art. 1.587. No caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 1.584 e 1.586.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 14, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

Dispõe este artigo que as regras estabelecidas nos arts. 1.584 e 1.586, que privilegiam os interesses dos filhos menores no que concerne à sua guarda pelos pais, também deverão ser observadas na hipótese de se reconhecer a invalidade do casamento tratada pelos arts. 1.548 a 1.564. Nulo ou anulado o casamento, a guarda dos filhos de divorciados e separados judicialmente deverá ser concedida àquele que revelar melhores condições para exercê-la, entendida essa expressão como *atender melhor ao interesse da criança*. Por “filhos comuns” entenda-se aqueles originários do matrimônio e os filhos do cônjuge que podem ser adotados pelo outro.

Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

CC/1916: art. 329.

O artigo retrata mais uma vez a prevalência dos interesses do menor, ao dispor que o novo casamento, por si só, não obstará a que pai e mãe exerçam o direito de ter consigo seus filhos. O direito outrora reconhecido só poderá ser modificado por decisão judicial, quando comprovado que os filhos não estão sendo tratados convenientemente por aqueles com quem convivam diretamente. A indefinição sobre o que constitua tratamento conveniente - conceito jurídico indeterminado - confere ao juiz poder discricionário para estabelecer situações especiais que evidenciem tratamento inadequado destinado aos menores, entendido este

como aquele não condizente com o necessário para sua formação física e moral. A inadequação do tratamento é extensiva a todos aqueles com os quais convivam os menores, até mesmo àqueles com os quais ele não mantenha relação de parentesco. Embora a lei faça referência às novas núpcias, não se pode restringir o direito assegurado pelo dispositivo apenas ao casamento, devendo compreender na expressão “novas núpcias” eventual novo relacionamento amoroso de qualquer dos pais, desde que implique no compartilhamento dos direitos de guarda sobre os filhos. Como já se afirmou em comentários ao parágrafo único do art. 1.579, somente situações excepcionais justificarão a alteração do direito de guarda, como eventual malefício que o novo cônjuge daquele que detém a guarda possa causar aos filhos do casamento anterior, por exemplo.

Art. 1.589.0 pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 15, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 <Lei do Divórcio>.

O artigo estabelece o direito de visita dos pais que não detêm a guarda de seus filhos. Esse direito poderá ser exercido segundo o que foi pactuado livremente entre os genitores ou, na falta de consenso entre eles, o que foi definido pelo juiz. A visita dos pais aos filhos está compreendida no exercício do poder familiar (art. 1.634, II) e, na realidade, constitui verdadeiro direito-dever dos primeiros. No regime de visitas, os cônjuges ajustam a forma de permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos (CPC, art. 1.121, § 2º).

Quando reconhecido e estabelecido pelo juiz o direito de visita, a decisão, de natureza determinativa, não fará coisa julgada material, podendo ser modificada a qualquer tempo desde que situações excepcionais autorizem, sempre em atenção ao interesse do menor, que deve se sobrepor a qualquer outro. Existe proposta de alteração no Projeto de Lei n. 276/2007, para que fique clara e expressa a possibilidade de que a fixação das visitas possa ser modificada pelo juiz, assim como na guarda, a qualquer momento.

A lei ainda assegura ao genitor que não detém a guarda o direito de fiscalizar o sustento, a manutenção e a educação conferidos a seu filho, embora esse direito não deva ser restrito ao genitor, estendendo-se a qualquer um que venha noticiar o desempenho inadequado pelo guardião, em virtude da preservação do interesse do menor.

No exercício do direito de visita, importante é que o genitor não se comporte como mero visitante, mas como efetivo pai, interessado na vida e na formação do filho, participando, além de fiscalizar, das decisões relativas à sua criação e educação (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. "Direito de família no novo Código Civil". In: *Cadernos Jurídicos*, n. 13, p. 97-112).

O direito de visita poderá ser extensivo aos avós ou outros parentes próximos dos menores, como os irmãos. Embora a lei não o preveja expressamente (há proposta de alteração do dispositivo nesse sentido no Projeto de Lei n. 276/2007), o certo é que o reconhecimento deste direito, já admitido pela doutrina e jurisprudência, é recomendado em razão dos princípios maiores que informam os interesses da criança e do adolescente e para que se preservem sua necessária integração no núcleo familiar, os laços de afeição que os unem e na própria sociedade.

Assim como já afirmado em comentários ao art. 1.584, em relação à guarda, não se deve fazer qualquer associação entre o direito de visita conferido aos pais e a culpa de um deles,

reconhecida na ação de separação, ou à falta de condições para tornar-se guardião, pois o direito-dever ora referido estará assegurado independentemente da existência de qualquer dessas situações. Até mesmo faltando idoneidade à pessoa de um dos pais, não será subtraído desta o direito de permanecer com o seu filho, salvo na hipótese de vir a prejudicá-lo.

Ressalte-se, entretanto, que o direito de visita do pai aos filhos poderá vir a sofrer restrição ou suspensão quando constatada a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo esta a medida protetiva de urgência a ser adotada pelo juiz contra o agressor, nos termos do disposto no art. 22, IV, da Lei n. 11.340, de 07.08.2006 (dispõe sobre os mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher), após a oitiva da equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar do juízo, cumprindo lembrar, por fim, que tal medida, embora de competência cível, deverá ser conhecida e julgada pelos juizes das varas criminais, enquanto ainda não estruturados os juizados especiais estabelecidos pela lei, conforme determina o disposto no seu art. 33.

Jurisprudência: Visita. Decisão que concede ao pai direito de visitar filha, de 3 anos, todos os domingos, podendo sair para passeios. Admissibilidade, nos termos do art. 1.589 do CC. Não provimento. (TJSP, AI n. 583.670-4/4-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Ênio Zulia-
ni, j. 04.09.2008, *DJ* 26.09.2008)

Apelação cível. Ação cautelar satisfativa. Fiscalização da pensão alimentícia. Art. 1.589 do CC/2002. A ação cautelar inominada, satisfativa, não é o instrumento processual adequado para a fiscalização da manutenção do menor/alimentando, pelo pai/alimentante, quando nenhum proveito jurisdicional dela advirá. Eventual apuração de gastos inúteis e desnecessários do menor, do desperdício da pensão alimentícia pela genitora do alimentando, ou superfaturamento das despesas do menor elencadas na contestação à ação revisional de alimentos, é matéria atinente a essa ação ordinária (revisional). A inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual. Extinção da ação cautelar mantida. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.024.137.564, 8ª Câmara Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trin-
dade, j. 21.08.2008, *DJ* 29.08.2008)

Cautelar. Separação de corpos. Possibilidade. Regulamentação de visitas. Direito do pai. A separação de fato do casal não obsta o deferimento liminar da separação de corpos das partes, sendo medida recomendável a fim de evitar futuras discussões advindas do fim da sociedade conjugal. Ao pai que não é atribuída a guarda dos filhos deve ser garantido o direito de visitas, conforme dispõe o art. 1.589 do Código Civil. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.08.978927-5/001, rel. Edilson Fernandes, j. 19.08.2008, *DJEMG* 12.09.2008)

Agravo. Regulamentação de visitas. Menor em idade tenra. Bem-estar da menor que se sobrepõe ao interesse dos seus genitores. 1 - O direito do pai de visitar e ter consigo a filha decorre da regra prevista no art. 1.589 do Código Civil, e só admite restrições, ou até mesmo supressão, se diante da prova segura de que seu exercício decorresse para a menor consequências maléficas. 2 - Os interesses da menor hão de preferir aos dos seus genitores (art. 227 da CF). (TJMG, AI n. 1.0074.03.017664-3/001, rel. Fernando Bráulio, j. 28.10.2004, *DJEMG* 16.03.2005)

Alimentos. Prestação de contas. Ação ajuizada em face da mãe do alimentando, objetivando esclarecimento sobre o destino que vem sendo dado às prestações mensais em favor de seu filho. Inadmissibilidade. Mãe administradora legal dos bens do filho porque se acha sob seu poder. Autor que, na qualidade de pai, não guarda qualquer vínculo jurídico obrigacional com a mãe da criança que possa legitimar seu pedido de prestação de contas. Faculdade do art. 15 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977, de mera fiscalização e não de exigência de obri-

gação legal ou contratual. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Ap. cível n. 298.195-4/3, rel. Des. Sebastião Amorim, j. 17.06.2004)

Alimentos. Pensão. Filha sob a guarda da mulher. Prestação de contas. Exigência pelo alimentante pai da criança. Possibilidade. Direito deste em exigir esclarecimentos precisos acerca da administração da prestação alimentícia recebida por conta da filha menor. Incidência do art. 1.589 do Código Civil de 2002. Direito de exigir contas que, na hipótese, decorre do exercício do poder familiar. Art. 1.579 do referido *Codex*. Extinção do processo afastada. Recurso provido. (JTJ2TM2T)

Prestação de contas. Pleito ajuizado pelo alimentante em face da guardiã da alimentanda menor. A guardiã não administra bens ou valores do alimentante, mas valores integralmente cabentes à filha, cuja guarda e respectivo poder-familiar asseguram a ela o lídimo direito de administração, visando à manutenção e ao bem-estar da infante. Manifesta ilegitimidade *ad causam* e falta de interesse processual, com a conseqüente carência da ação. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 400.980.4/2-00, rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 02.02.2006)

Direito de visita. Suspeita de abuso sexual do genitor em face da filha. Genitora que impede que o pai visite a criança desacompanhado. Hipótese em que a pessoa ideal para acompanhá-lo é a avó paterna ou em seu impedimento, outra pessoa indicada pela mãe. (RT 823/323)

Guarda de menor e regulamentação de visitas. Genitor residente em outro país. Genitora que detém a guarda do menor e atualmente reside no Brasil. Competência da Justiça comum para dirimir os conflitos até que se prove o seqüestro na Justiça federal. Afastada a suspensão do presente feito. Quando no Brasil, a visita do pai não fica restrita nos moldes pretendidos pela genitora, a criança pode pernoitar no hotel com o genitor nos finais de semana, sendo devolvida às 17 horas de domingo. Agravo parcialmente provido. (TJSP, AI n. 408.499-4/5-00, rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 26.01.2006)

Regulamentação de visitas. Filha menor. 1 - O interesse maior a prevalecer, em caso de impossibilidade de convivência entre os pais, é o interesse da filha menor. 2 - Por se tratar de criança em tenra idade, atento às necessidades da mesma, resta clara a necessidade de cuidados maternos. 3 - Recomenda-se, por previdência, seja o contato com o genitor amadurecido simultaneamente ao desenvolvimento da prole (TJDF, AI n. 2003.00.2.008365-3, rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, DJU 23.03.2004). (RBDfam 24/130)

Guarda. Direito de visita. Prazo de trinta e duas horas semanais concedido ao pai. Admissibilidade por inexistir qualquer fato que desaconselhe a permanência daquele período. (RT 810/305)

Regulamentação de visitas. Direito dos avós paternos de visita aos netos. Medida que decorre, antes de tudo, do direito dos menores à convivência familiar. Art. 227 da Constituição Federal e art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antecipação parcial da tutela mantida. Recurso improvido. (JTJ 263/362)

No mesmo sentido: RT 696/110, 726/375 e 742/232.

Visitas. Regulamentação. Inexistência de prova de risco que o agravado representaria à integridade física ou mental do filho. Convivência com ambos os pais que constitui fator de pleno desenvolvimento da criança. Regulamentação mantida. Recurso não provido. (JTJ 260/395)

Visitas. Regulamentação. Ação proposta pela genitora. Criança que é cuidada por terceiro desde a tenra idade e não demonstra apreço pela mãe. Imposição judicial das visitas. Medida inadequada ante a situação. Contato entre mãe e filha, no entanto, que não é de modo algum proibido. Recurso provido. (*JTJ* 254/184)

Direito de visita. Direito de executar sentença que materializa a visita a filho menor não é e não poderia ser absoluto, pois prepondera sempre o interesse do menor, princípio jurídico que se aplica para ser viabilizada, em novo processo de conhecimento, a reaproximação entre pai e filho depois de três anos de visita interrompida por denúncias (não comprovadas) de ter o pai abusado sexualmente do menino. Inadmissibilidade de qualificar a antiga sentença de regulamentação de visita e que se mantém abalada estruturalmente pela interferência de fato grave, como coisa julgada soberana de imediata executóriedade. Não provimento (TJSP, AI n. 258.099-4/2, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 17.12.2002). (*RBDFam* 16/128)

Direito de visita. Genitor que não possui a guarda da filha menor. Exercício do qual não pode ser privado e que atende aos interesses da criança. Meras conjecturas e acusações, sem provas convincentes de que a regulamentação de visitas à filha menor, com pernoite na residência paterna, seja prejudicial à moral ou ao seu bom desenvolvimento físico-psicológico, não justificam a limitação das visitas, principalmente quando a criança já possui idade para tanto. Ainda que a criança, durante as visitas ao genitor, freqüente a residência do avô paterno e que já foi este condenado por fato criminoso, não é caso de restrição de tal direito, visto não haver provas de que o avô será uma convivência perniciosa para a menor, que tem direito de conhecer e visitar sua ascendência. Também o fato de a criança apresentar graves problemas de saúde não a impede de pernoitar em companhia do genitor que tem ciência do problema e pode bem levar a filha ao hospital, em uma eventual emergência (TJDF, Ap. cível n. 1999.01.1.033984-4, rel. Des. Haydevalda Sampaio, *DJU* 05.06.2002). (*RBDFam* 14/114)

Direito de visitas. Pai. Abuso sexual indemonstrado. Regulamentação. Como decorrência do pátrio poder, tem o pai não guardião o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação, estabelecendo com ela um vínculo afetivo saudável. A mera suspeita - não comprovada - de abuso sexual não pode impedir a convivência entre pai e filha, sendo que a visitação deverá ocorrer na casa do avô paterno, inicialmente com a assistência de um dos peritos, de escolha da recorrida, que deverá supervisionar esse encontro, de forma a se estabelecer uma aproximação progressiva entre pai e filha. Recomendando-se sejam as partes litigantes e a infante submetidas a uma terapia familiar. Recurso de A. A. N. provido em parte e o de L. L. prejudicado (TJRS, Ap. cível n. 70.002.444.693, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 13.03.2002). (*RBDFam* 14/115)

Direito de visitas. Regulamentação. Filho em tenra idade. É indispensável que o casal litigante tenha sensibilidade para colocar os interesses do filho acima dos seus próprios, pois o amor que devotam ao pequeno não deve ser egoísta. Desnecessário complicar ato tão singelo como esse, de aproximação do pai com o filho, podendo ser equacionado pela genitora o horário e o sistema de alimentação do infante, cabendo também ao pai participar desse encargo, já que o filho não é propriedade de um ou de outro. A convivência entre pai e filho não é um direito apenas do pai, mas, sobretudo, do filho, que deve ser poupado de disputas nada edificantes (TJRS, AI n. 70.001.913.540, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, *DOERS* 21.02.2001). (*RBDFam* 10/127)

Direito de visita e retirada. Menor que convive com os avós, que mantêm sua guarda judicial desde o seu nascimento. Manutenção da situação nos primeiros meses em que a mãe

obteve o direito de visita. Permissão para saída do infante para a residência da genitora somente quando não ocorrer clima prejudicial à sua formação, saúde, educação e outros atributos necessários à sua criação. (RT767/333)

Direito de visita. Concessão a outros parentes que não os pais e pessoas estranhas ao parentesco. Admissibilidade, em casos especiais ainda que inexistente expressa previsão legal. Necessidade apenas de que o interesse sentimental e moral do menor esteja a indicar o deferimento. (RT 675/97)

Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Medida cautelar incidental. Pretensão da mãe de obstar o direito do pai de visitar a filha. Ação de modificação de visitas. Pretensão do pai de ter ampliado o seu direito de visitar a filha. Ajuizamento concomitante, em outro processo, de ação negatória de paternidade. Alegação de incompatibilidade de interesses a envolver ambas as ações propostas pela mesma parte. Desistência da negatória após a contestação. Ausência de consentimento da parte ré. Questão a ser observada na ação negatória e não em sede de medida cautelar. Manutenção do direito de visitas. A prevalência do melhor interesse da criança impõe o dever aos pais de pensar de forma conjugada no bem-estar dos filhos, para que possam os menores usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, sob a premissa de que toda criança ou adolescente tem o direito de ter amplamente assegurada a convivência familiar, conforme linhas mestras vertidas pelo art. 19 do ECA. É inerente ao poder familiar, que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, tê-los em sua companhia, nos termos do art. 1.634, II, do CC/2002, ainda que essa companhia tenha que ser regulada pelo direito de visitas explicitado no art. 1.589 do CC/2002, considerada a restrição contida no art. 1.632 do CC/2002, quando colhido o casal pela separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável; sem que se tenha notícia de que o poder familiar do recorrido em relação à filha tenha sido de alguma forma suspenso ou extinto, assiste-lhe o direito de visitar a filha, nos termos em que fixadas as visitas em juízo. A desistência da ação negatória em outro processo, tal como asseverado no acórdão impugnado, não tem o condão de produzir efeitos processuais nos autos da ação de modificação de guarda com o objetivo de ampliar as visitas do pai à filha; apenas foi tomada em consideração a referida desistência, para que se verificasse a real intenção do recorrido, de não se afastar da criança, tendo como parâmetro que neste processo, discute-se unicamente o direito de visitas. Se o acórdão recorrido estabelece que o pai possui interesse de estar presente e visitar a filha o tanto quanto lhe for permitido, conforme determinação do Juízo na regulamentação de visitas, cumprindo, por conseguinte, com suas obrigações paternas, demonstrando intensa preocupação e cuidado com o bem-estar da menor, tendo-se apenas em perspectiva real o fator de intenso conflito vivenciado entre os genitores, não há porque restringir o salutar contato da filha com pai. Recurso especial não provido. (STJ, REsp n. 1.032.875, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.04.2009)

Regulamentação de direito de visitas. Preponderância dos interesses da criança. Convivência com o pai que é necessária para seu bom desenvolvimento psicológico e emocional. Direito natural do pai consagrado no art. 1.589 do Código Civil de 2002. Visita fora da casa materna, aos domingos, das 9 às 19 horas, que é razoável e se mostra benéfica à formação afetiva da criança. Inexistência motivo concreto para restrição, devendo a autora adaptar sua rotina e da criança para que esta última possa estar na companhia do pai. Jurisprudência dominante neste TJSP e no STJ. Decisão parcialmente reformada. Recurso provido em parte. (TJSP, Ap. cível n. 669.353.440/Franca, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Maia da Cunha, j. 26.11.2009)

Alteração de guarda. Regulamentação de visitas. Necessidade de manutenção do vínculo materno. Ainda que a adolescente esteja sob a guarda de sua tia paterna há aproximadamente 07 (sete) anos, lhe deve ser oportunizado o convívio materno, direito assegurado pela Constituição Federal, bem como pela legislação infraconstitucional (art. 227 da CF, arts. 4º e 19 do ECA e art. 1.589 do CC). Recurso improvido. (TJRS, Ap. cível n. 70.027.937.903, 8ª Câ. Cível, rel. Claudir Fidélis Faccenda, j. 19.02.2009)

Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

CC/1916: sem correspondente.

Legislação correlata: art. 16, Lei n. 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio).

O artigo ora comentado estende aos maiores incapazes as disposições anteriores relativas à guarda (arts. 1.584 e segs.) e as dos arts. 1.694 a 1.710 referentes à prestação alimentícia. A incapacidade mencionada no artigo é a tratada pelo art. 4º, II a IV, deste Código.

Jurisprudência: Separação judicial. Partilha postergada. Alimentos. Filha maior, mas incapaz. Pedido de exoneração ou redução. Prova. 1 - Se a filha do casal é portadora de deficiência física e mental, estando interditada e, portanto, incapacitada ao trabalho, compete aos pais prestarem o necessário auxílio, na medida das suas possibilidades. 2 - É adequado o *quantum* alimentar fixado na sentença quando atende ao binômio possibilidade-necessidade e o alimentante não comprova a sua impossibilidade. Conclusão n. 37 do Centro de Estudos do TJRS. 3 - Descabe determinar a partilha de bens quando não resta definido o patrimônio comum, havendo na área de terras incertezas acerca da posse e propriedade de bens, inclusive havendo edificações irregulares, devendo a questão ser alvo de ação própria. Recurso desprovido (segredo de justiça). (TJRS, Ap. cível n. 70.024.339.269, 7ª Câ. Cível, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 13.08.2008, DJ 21.08.2008)

SUBTÍTULO II DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

CC/1916: art. 330.

Na lição de Maria Helena Diniz, “parentesco é a relação jurídica vinculatória existente entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum e entre um cônjuge e os parentes do outro e entre adotante e adotado” (*Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2002, v. V, p. 361). No que se refere ao parentesco resultante da adoção, importa registrar que ele não se distingue do consanguíneo, a despeito da classificação distinta que lhe confere o art. 1.593, tendo em vista a regra do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que assegura igualdade de tratamento aos “filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção” vedando qualquer designação discriminatória.

O parentesco denominado natural ou consanguíneo compreende as pessoas descendentes de um mesmo tronco ancestral, ligadas, portanto, pelo mesmo sangue. É, a rigor, o único parentesco realmente existente, na medida em que o casamento “não traz parentesco entre o homem e a mulher. Eles são simplesmente afins” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 393).

A relação de parentesco tem reflexos jurídicos fundamentais: vocação hereditária (CC, art. 1.829), impedimentos para o casamento (CC, art. 1.521, 1), dever alimentar (CC, art. 1.696) etc. A linha de parentesco é estabelecida entre as pessoas a partir da identificação de um tronco comum. Essa linha pode ser reta ou colateral. No primeiro caso, ela se dirige de modo ascendente ou descendente, tal como consignado no dispositivo em exame. Compreende, pois, bisavós, avós, pais, filhos, netos, bisnetos etc. Na linha colateral, o parentesco se estabelece na linha transversal, dirigindo-se até o tronco comum, mas sem descenderem umas das outras. Tal definição está consignada no art. 1.592 do Código Civil. A linha reta é dividida em graus, correspondente, cada um deles, a uma geração. Assim, pai e filho são parentes em primeiro grau; avô e neto, em segundo, como ensina Luiz Edson Facchin (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 13, v. XVI11). O mesmo autor pondera que se o ponto de partida da contagem for o pai e a mãe, surgirão as linhas retas paterna e materna (idem). Na linha reta ascendente ou descendente, o parentesco é infinito. Paulo Luiz Netto Lôbo observa que “a descendência não pode ser desfeita por ato de vontade” e que o parentesco, porém, será extinto no caso de adoção (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, p. 18-9, v. XVI).

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

CC/1916: art. 331.

Na linha colateral, o parentesco tem origem em um mesmo tronco ancestral, mas não se vincula em linha reta (ascendente ou descendente), mas sim de modo transversal. Nessas hipóteses, o parentesco se encerra no quarto grau: os filhos de nossos de primos não são nossos parentes. Tal limite resulta do reconhecimento de que o parentesco longínquo afrouxa os laços de afeto e solidariedade que sustentam e devem caracterizar a entidade familiar. Para contagem do grau de parentesco, contam-se os graus (gerações) até o ancestral comum dos parentes cujo grau se pretende apurar. Assim, de José ao pai de José, primeiro grau; em seguida, vai-se ao avô de José, segundo grau; do avô de José, vai-se ao tio paterno de José, terceiro grau; finalmente, alcança-se o primo de José, filho do tio paterno antes referido, quarto grau, encerrando-se assim, nessa linha, o parentesco. A questão tem relevância em matéria sucessória (art. 1.839 do CC), em matéria de casamento (art. 1.521, IV, do CC) e em matéria de legitimidade para as medidas previstas no parágrafo único do art. 12 do Código Civil, a cujo comentário nos reportamos. Por outro lado, na legislação especial, a Lei n. 10.211, de 23.03.2001, admite que o parente colateral até segundo grau autorize o transplante de órgão de pessoa morta (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XVI).

Jurisprudência: Nos termos do art. 83, § 1º, b, 1 e 2, da Lei n. 8.069, de 13.07.1990, não se exige autorização para viagem de criança acompanhada de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, se comprovado documentalmente o parentesco. (STJ, REsp n. 264.077, rei. Min. Garcia Vieira, j. 18.06.2002)

Ação de interdição. Legitimidade para interpor a ação que alcança o parentesco até o 4º grau (art. 1.592 do CCB). Hipótese em que a autora da ação possui relação familiar de 5º grau, evidenciando efetiva ilegitimidade à causa. Recurso provido, com extinção da ação de interdição. Recurso provido. (TJRS, AI n. 70.027.501.717, 7ª Câm. Cível, rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. 28.01.2009)

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

CC/1916: sem correspondente.

O dispositivo classifica o parentesco, distinguindo os que resultam da consangüinidade do que tenha outra origem. De acordo com a regra em exame, o parentesco civil é todo aquele que não tem origem biológica. Recorde-se, porém, que o art. 227, § 6º, da Constituição Federal assegura igualdade aos filhos havidos ou não do casamento. O termo “outra origem”, usado pelo legislador, admite como fontes de parentesco os casos de reprodução artificial e as relações socioafetivas, sem vínculo biológico ou de adoção. A respeito do tema, a Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, editou o Enunciado n. 103: “o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado do filho” Por seu turno, na III Jornada cristalizou-se o entendimento enunciado da seguinte forma: “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva), constitui modalidade de parentesco civil” (Enunciado n. 256). Sobre parentalidade socioafetiva, vide comentário ao art. 1.596.

Jurisprudência: Partilha. Anulação de ato jurídico. Demanda ajuizada com fulcro no art. 1.029 do CPC. Inocorrência de prescrição, diante da regra do art. 198, I, do Código Civil. Procedência. Inobservância da ordem hereditária (arts. 1.829 c/c 1.845 do mesmo diploma legal). Autora única filha do *de cujus*. Inocorrência de cerceamento de defesa. Insurgência com relação ao registro de nascimento e escritura pública de reconhecimento de filiação deve ser objeto de ação própria. Incabível sua arguição através da contestação. Apelantes que pretendem transformar a defesa e recurso em verdadeira negatória de paternidade, o que não se admite. Pretensão exordial que encontra amparo na regra do art. 1.603 do Código Civil. Sentença que ressaltou ainda para a questão de eventual paternidade socioafetiva, diante do conteúdo da escritura pública de reconhecimento de filiação (também encartada aos autos), que também confere os mesmos direitos hereditários à apelada. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil c/c Enunciado n. 103 do CEJ. Sentença mantida. (TJSP, Ap. com revisão n. 505.057-4/6-00, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Salles Rossi, j. 27.03.2008, DJ 09.04.2008)

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo socioafetivo. Peculiaridades. A chamada adoção à brasileira, inserida no contexto de filiação socioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. O reconhecimento do estado de filiação cons-

titui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrai, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar adotivo e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e socioafetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 833.712, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.05.2007, DJ 04.06.2007)

Apelação cível. Ação de interdição. Parentesco por afinidade. Legitimidade ativa *ad causam* presente. Recurso provido. 1 - A legitimação para a causa decorre do envolvimento do sujeito do direito em conflito de interesses. 2 - A relação de parentesco não se restringe à consangüinidade, podendo ter origem civil, o que deve ser interpretado segundo o método teleológico. 3 - Tem legitimidade ativa *ad causam* para propositura da ação de interdição o parente próximo, ainda que por afinidade. 4 - Apelação cível conhecida e provida. (TJMG, Ap. cível n. 1.0342.05.061006-8/001, rel. Caetano Levi Lopes, j. 05.09.2006, DJEMG 11.10.2006)

Apelação cível. Ação de impugnação a reconhecimento de paternidade. Improcedência da ação em que pese à comprovada inexistência de liame consanguíneo entre pai e filha. 1 - O autor, mesmo sem ser casado com a mãe da demandada, com quem manteve relação irregular e, segundo diz, sem compromisso de fidelidade à época da concepção, em ato jurídico sem qualquer mácula reconheceu voluntariamente a paternidade da menina. 2 - Ao longo do processo não fez prova de qualquer vício de consentimento capaz de anular aquele ato jurídico. 3 - Além disto, o reconhecimento de paternidade é irrevogável, devendo ser preservada a relação de parentalidade mesmo se o exame de DNA denunciar a ausência de vínculo biológico, porque na atualidade o parentesco pode resultar de consangüinidade ou outra origem, como dispõe o art. 1.593 do CC/2002. Negaram provimento, à unanimidade. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.576.730, 7ª Câ. Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 07.06.2006)

Ação de investigação de maternidade c/c anulação de registro civil. Evidências de que o parentesco biológico diverge do assento de nascimento. Irrelevância. Existência de parentesco socioafetivo que sustenta a manutenção do registro civil. Situação consolidada há dezesseis anos, com anuência da suposta mãe biológica. Impossibilidade de desfazimento da filiação socioafetiva, contra o interesse da filha menor e dos pais que constam do assento de nascimento. Ação improcedente, ressalvada a possibilidade da própria filha impugnar a paternidade e a maternidade após a maioridade, na forma do artigo 1.614 do novo Código Civil. Ação improcedente. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 403.085.4/0-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 23.03.2006)

Ação negatória de paternidade cumulada com nulidade de registro de nascimento. Legitimidade ativa. Presença. Interesse de natureza sucessória da apelante. Ausência, no entanto, de erro no reconhecimento da recorrida como filha. Falta de verossimilhança da alegação. Presença, de outro lado, da chamada paternidade desbiologizada ou sociafativa a apartar a eventual falsidade do registro. Incidência imediata do disposto no art. 1.593 do Código Civil. Improcedência da demanda preservada. Apelo improvido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 5.734.344.000/São Paulo, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Donegá Morandini, j. 10.03.2009)

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

CC/1916: art. 333.

O modo de contagem de graus de parentesco é esclarecido neste artigo. A contagem é relevante em matéria sucessória (art. 1.839 do CC), em matéria de casamento (art. 1.521, IV, do CC) e em matéria de legitimidade para as medidas previstas no parágrafo único do art. 12 do Código Civil, a cujo comentário nos reportamos. A linha reta ascendente ou descendente é infinita, mas o direito limita o parentesco na linha colateral até o quarto grau (CC, art. 1.592). Na linha reta, conta-se uma geração do filho para os pais e assim sucessivamente, na linha ascendente ou descendente. Forma-se, então, a linha ascendente paterna ou materna. Do mesmo modo, no parentesco em linha reta descendente, conta-se um grau dos pais aos filhos, outro aos netos e assim sucessivamente. Na linha lateral, para a contagem dos graus, parte-se da pessoa indicada até o ascendente comum em relação ao parente cujo grau se pretende conhecer. Não há parentes colaterais em primeiro grau, porque tal será sempre um parentesco na linha reta ascendente. Irmãos são parentes em segundo grau, contando-se um grau até os pais (ascendentes comuns) e outro, dos pais ao irmão. Dessa forma, tios, tias e sobrinhos e sobrinhas serão parentes em terceiro grau. Em quarto grau estão tio-avô, sobrinho-neto, primo e seus correspondentes femininos.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

CC/1916: arts. 334 e 335.

Segundo Fachin, a contagem de grau de parentesco estabelecida entre os parentes por afinidade “limita-se aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro somente em relação ao outro cônjuge, não configurando-se afins de um aqueles que são afins do outro, posto que a afinidade é um vínculo pessoal” (*Comentários ao novo Código Civil* Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. XVIII, p. 33). Denomina-se afinidade o vínculo estabelecido entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, isto é, do seu cônjuge ou companheiro. Neste dispositivo estão compreendidos sogros, enteados e cunhados, pois, segundo o § 1º do mencionado dispositivo, a afinidade não alcança os demais parentes - como os colaterais de terceiro e quarto graus. Importa observar que o parentesco na linha reta - ascendentes e descen-

dentes - não se extingue com a dissolução do casamento em razão da viuvez ou do divórcio. A permanência da afinidade impede o casamento entre eles, como resulta do disposto no art. 1.521, II, do Código Civil, mas não autoriza o ascendente por afinidade a suceder (ALMKIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XVIII, p. 207-8).

Jurisprudência: Apelação cível. Concurso público. Conselho tutelar. Município de Vera Cruz. Mandado de segurança. Impedimento. Parentesco por afinidade. Impossibilidade. A interpretação a ser dada ao disposto no art. 24, da Lei Municipal n. 2.899/2006, deve guardar relação com o que dispõe o Código Civil acerca das relações de parentesco, haja vista que aquela é restritiva de direito, e como tal deve ser interpretada, não podendo alargar sua abrangência para hipóteses não contempladas no Estatuto Material Civil, visto que o seu § 1º do art. 1.595 define que o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.026.471.318, 3ª Câm. Cível, rel. Rogério Gesta Leal, j. 13.11.2008, DJ 24.11.2008)

Pedido de suspensão de liminar. Indeferimento versando sobre os fatos objeto dos autos. Exame que se cinge aos requisitos do art. 4º da Lei n. 8.437/92. Inexistência de prejudicialidade, em relação ao mérito do recurso. Preliminar afastada. Conhecimento. Improbidade administrativa. Liminar. Afastamento de servidor ocupante de cargo em comissão na Câmara, filho de irmão do marido de vereadora. Limitação do parentesco por afinidade a ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge (art. 1.595, § 1º, do CC). Disciplina dada pela Res. n. 07/2005 do CNJ. Definição de critério apto a evitar infringência aos princípios da impessoalidade e da moralidade, não se criando relação de parentesco não contemplado na lei civil. Cabimento. Tutela antecipada. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Diferimento para afastar servidores da Câmara, ocupantes de cargo em comissão, que sejam parentes de vereadores. Presença dos requisitos do art 273 do CPC. Inexistência de violação ao princípio do contraditório a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), tampouco ao art. 17, da Lei n. 8.429/92. Inocorrência de medida satisfativa. Nulidade afastada. Recurso desprovido. (TJSP, AI n. 775.656-5/9-00/F.D. Paulínia/Campinas, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Paulo Travain, j. 03.09.2008, DJ 11.09.2008)

Direito de família. Alimentos. Pedido feito pela enteada. Art. 1.595 do Código Civil. Existência de parentesco. Legitimidade passiva. O Código Civil atual considera que as pessoas ligadas por vínculo de afinidade são parentes entre si, o que se evidencia pelo uso da expressão "parentesco por afinidade", no § 1º de seu art. 1.595.0 art. 1.694, que trata da obrigação alimentar em virtude do parentesco, não distingue entre parentes consanguíneos e afins. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.04.533394-5/001, rel. Moreira Diniz, j. 20.10.2005, DJEMG 25.10.2005)

Casamento. Ação de anulação fundada na existência do impedimento previsto no art. 1.521, II, do Código Civil. Mulher que vivia em união estável com o filho do contraente. Vínculo de afinidade caracterizado (art. 1.595 do Código Civil) a nulificar o matrimônio. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 6.046.494.000/Santos, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Morato de Andrade, j. 14.04.2009)

Reconhecimento de união estável c/c recebimento de benefício previdenciário. Ausente objetivo de constituir família. Inexistência de prova da convivência pública e duradoura. Vínculo de parentesco na linha reta por afinidade. Impedimento legal. Improcedência. A união estável se caracteriza pela convivência pública, contínua e duradoura entre um casal com o objetivo de constituir uma família. Inexistindo indícios suficientes da existência de vida em comum de reconhecimento público, assemelhada a um casamento, descabe a declaração da

sociedade da união estável. A existência de vínculo de parentesco entre a autora e o *de cujus*, em linha reta e por afinidade (sogro e nora), constitui impedimento ao reconhecimento de união estável (art. 1.723, § 1º, 1.521, II e 1.595, § 2º, do CC/2002). Recurso improvido. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.06.215824-1/001, rel. Heloisa Combat, j. 07.04.2009)

CAPÍTULO II DA FILIAÇÃO

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

CC/1916: sem correspondente.

A disposição em exame corresponde ao § 6º do art. 227 da Constituição Federal e tem por objetivo eliminar as distinções que se faziam entre filhos legítimos e ilegítimos. Entre os filhos havidos ou não do casamento e os adotivos há distinções, mas elas não autorizam divergência de direitos e efeitos. Também não se admitem discriminações entre uns e outros. Sílvio Rodrigues, porém, pondera a respeito do tema o seguinte: “Assim é que, para os filhos originados de uma relação conjugal, a lei estabelece uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, criam-se critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, por fim, para os adotados, são estabelecidos requisitos e procedimento para a perfilhação” (*Direito civil*. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 340, v. VI).

O conceito de *entidade familiar* foi reformulado na nova ordem constitucional, especialmente com base na doutrina moderna que define a família sob a visão das pessoas que dela fazem parte. Em estrita observância ao *princípio da dignidade da pessoa humana* e considerando exclusivamente os integrantes da família e os laços de afetividade que os envolvem, foram reconhecidos expressamente pela Constituição Federal de 1988 outros modelos de entidade familiar, além daquele decorrente do casamento: *o núcleo formado pela união estável e a denominada família monoparental constituída por um dos genitores e seus filhos*. Com referência às relações familiares e, especialmente, no tocante à filiação, identifica-se no Brasil de hoje a plena observância ao *princípio da afetividade* como uma espécie do princípio geral da dignidade da pessoa humana, que privilegia os laços sociais e afetivos, em contraposição aos vínculos de origem biológica ou genética, que eram, em outros tempos, os únicos critérios considerados para a constatação da filiação. Paulo Lôbo assevera que a doutrina jurídica brasileira tem vislumbrado aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do direito de família, nas dimensões: a) da solidariedade e da cooperação; b) da concepção eudemonista; c) da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros; d) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade; e) dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida; f) da colisão de direitos fundamentais; g) da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica (RBDFS 5/12-13, Magister).

Com efeito, do registro de nascimento constarão todas as informações apontadas como obrigatórias no art. 54 da Lei de Registros Públicos e anotadas de acordo com as declarações prestadas pelo pai da criança, sendo este o declarante. A filiação e o conteúdo das demais informações constantes do assento de nascimento são dotadas de presunção de veracidade, nos termos dos arts. 1.603 e 1.604 do Código Civil. Ao Estado e à sociedade interessam que o vínculo registral seja mantido por ser o principal gerador de direitos e deveres, em razão da lei e da publicidade de que é revestido. Contudo, em alguns casos, ele poderá ser alterado, em

razão do *vínculo socioafetivo* que, para ser reconhecido, necessita de ampla dilação probatória. A despeito da presunção de veracidade de que todos os dados existentes no assento de nascimento são dotados, a verdade registral poderá não coincidir com a verdade biológica.

A *parentalidade biológica* é identificada pela herança genética recebida pela criança que foi gerada após a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. O vínculo biológico surge, portanto, já no início da vida da criança ao receber os genes da mãe e do pai, por meio da união dos respectivos gametas. A paternidade genética pode hoje, pois, ser identificada por intermédio da utilização de avançadas técnicas científicas e de modernos exames laboratoriais que rastreiam e esclarecem a verdade biológica, muitas vezes, contrariando as informações existentes no registro de nascimento.

A *parentalidade socioafetiva*, por sua vez, não decorre de uma declaração, nem tampouco, de um fato biológico. Ela surge em razão da existência de estreitos laços afetivos e sociais que unem determinadas pessoas que se relacionam como entidade familiar, independentemente da correspondência com a verdade biológica ou aquela constante do assento de nascimento. A *posse do estado de filho*, como também é denominado o relacionamento socioafetivo, é reconhecida pela própria sociedade que identifica o vínculo parental pela observação daquele núcleo familiar que possui uma relação verdadeira entre pais e filhos ligados pelo amor, carinho, consideração, respeito e cumplicidade, importando direitos e deveres. A opção do legislador pela filiação socioafetiva se manifesta nos arts. 1.593, 1.596, 1.597, V, 1.605 e 1.614 deste Código.

É possível concluir que a nossa legislação estabelece quatro tipos de estados de filiação, decorrentes das seguintes origens: 1) por consangüinidade; 2) por adoção; 3) por inseminação artificial heteróloga; 4) em virtude de posse de estado de filiação. Paulo Lôbo ensina que a consangüinidade, a mais ampla de todas, faz presumir o estado de filiação quando os pais são casados ou vivem em união estável, ou ainda na hipótese de família monoparental, e que o direito brasileiro não permite que os estados de filiação não consanguíneos (itens 2, 3 e 4 acima) sejam contraditados por investigação de paternidade, com fundamento na ausência de origem biológica, pois são irreversíveis e invioláveis, no interesse do filho (ob. cit., p. 14).

Jurisprudência: Obrigação de fazer. Plano de saúde. Inclusão de dependente. Requisito de guarda judicial. Os filhos civis devem possuir os mesmos direitos que os filhos consanguíneos. Recurso provido. (TJSP, Ap. cível n. 527.250-4/8-00/São Paulo, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. José Luiz Gavião de Almeida, j. 29.07.2008, DJ 18.08.2008)

Apelação cível. Negatória de paternidade c/c retificação de registro civil. Verdade biológica que prevalece sobre a verdade registral. Inexistência de relação socioafetiva. 1 - O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. 2 - Constitui-se em decorrência da lei (arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. 3 - Se o autor registrou demandado como filho, sem saber que não era o pai biológico, e não possui maior relação socioafetiva com ele, a ação negatória de paternidade é medida que se impõe, pois, neste caso, a verdade biológica deve prevalecer sobre a verdade registral. Apelo não provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.021.308.515, 8ª Câmara Cível, rel. Claudir Fidélis Faccenda, j. 13.12.2007, DJ 11.01.2008)

Apelação cível. Negatória de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil de 2002, e 227 da CF/88), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Para anulação do registro

civil, deve ser demonstrado um dos vícios do ato jurídico ou, ainda mesmo, a ausência da relação de socioafetividade. Registro mantido no caso concreto. Apelo não provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.018.217.638, 8ª Câm. Cível, rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 19.04.2007)

Civil. Indenização. Paciente. Queda da maca durante a internação hospitalar. Evento morte. Dano e nexo de causalidade demonstrados. Responsabilidade civil do município. Verificado nos autos que hospital público pertencente à Secretaria de Saúde do Município de Contagem foi negligente no atendimento de paciente e, comprovado que a causa da morte (traumatismo crânio-encefálico) deveu-se à queda da vítima durante a internação, impõe-se o dever de indenizar os autores pelos danos morais e materiais sofridos. Não havendo o que ser reembolsado à parte vencedora, não deve o ente público ser condenado ao pagamento de custas, por ser isento, na forma prevista no art. 10 da Lei Estadual n. 14.939/2003. O dano moral não se vincula à idade dos beneficiários, sendo que o ordenamento jurídico não permite discriminação dos filhos, ressaltando que todos terão os mesmos direitos (art. 227, § 6º, CF e art. 1.596, CC). (TJMG, Ap. cível n. 1.0079.02.006626-6/001, rel. Edilson Fernandes, j. 28.06.2006, *DJEMG* 28.07.2006)

Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de DNA. Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. Apelo provido. (Segredo de justiça). (TJRS, Ap. cível n. 70.029.363.918, 8ª Câm. Cível, rel. Claudir Fidélis Faccenda, j. 07.05.2009)

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

CC/1916: art. 338.

A regra em exame tem por objeto fixar critérios para tornar certa a filiação. O dispositivo foi alterado significativamente em relação ao Código Civil revogado, na medida em que não se restringiu às hipóteses de relação sexual. José de Oliveira Ascensão criticou o dispositivo ao afirmar que ele traz mais dúvidas do que soluções, uma vez que os seus incisos não tratam propriamente da filiação, mas de presunções de vínculos decorrentes do casamento.

O período da gravidez se inicia com a concepção e se encerra com o nascimento. Desse modo, de acordo com o inciso I do dispositivo em exame, os nascidos seis meses após o estabelecimento da convivência conjugal presumem-se concebidos durante o casamento. Esse prazo é o mínimo para o desenvolvimento da gestação. De todo modo, Arnaldo Rizzardo observa que "inexistindo impugnação de parte do marido da mãe, firma-se a paternidade" (*Direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 416).

O sistema legal, por outro lado, afasta a presunção se o nascimento ocorrer antes do decurso do prazo de 180 dias contados do estabelecimento da convivência conjugal. Também se estabelece presunção de que a concepção se verificou na constância do casamento quando o filho nasceu menos de dez meses após sua dissolução (inciso II). O marco inicial para a fluência desse prazo deve ser a separação de fato. Tais presunções, contudo, não prevalecem em face da constatação biológica em sentido diverso. Tratando-se de presunção relativa, e levando em conta a evolução da ciência contemporânea a respeito do tema, haverá de prevalecer a constatação técnica a propósito da paternidade.

No inciso III do presente artigo, cuida-se da fecundação artificial homóloga, correspondente àquela que resulta da manipulação de gametas do marido (sêmen) e da mulher (óvulo). Tal procedimento depende do consentimento do marido enquanto ele viver (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XVI, p. 50). Diversamente do que ocorre com a presunção prevista no inciso II do presente artigo, nessa hipótese a fecundação pode ocorrer mais de trezentos dias da dissolução do casamento. Nesses casos, será indispensável o consentimento expresso do marido.

Segundo o Enunciado n. 106 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, "para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte".

A hipótese tratada no inciso IV cuida dos embriões excedentários, isto é, aqueles que foram manipulados geneticamente, mas encontram-se armazenados sem, ainda, terem sido introduzidos no útero materno. A concepção de embriões excedentários só é admitida nos casos de fecundação homóloga, ou seja, em que os gametas sejam de pessoas casadas ou que vivam em união estável (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*, v. XVI. São Paulo, Atlas, 2003, p. 52). Descumprida essa regra, o filho será juridicamente da mulher em cujo útero ele foi instalado e do marido dela, se ela for casada (idem). "Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões" (Enunciado n. 107 da I Jornada de Direito Civil).

Finalmente, a última hipótese - inciso V - disciplina a inseminação heteróloga - aquela em que o gameta não é do marido possibilidade condicionada exclusivamente à autorização prévia deste. O dispositivo não exige nem mesmo que a autorização seja dada por escrito, bastando que seja prévia. Comprovada a autorização, o marido não poderá negar a paternidade, prevalecendo, mais uma vez, a paternidade socioafetiva. Note-se, ainda, que, embora o dispositivo faça referência expressa ao casamento, deve ser aplicado integralmente à união estável (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 59, v. XVI).

Sobre o presente dispositivo legal, as I e III Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos antes referido estabeleceram os seguintes Enunciados: n. 104: "no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa

de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento”; n. 105: “as expressões ‘fecundação artificial, ‘concepção artificial e ‘inseminação artificial constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida*”; n. 257: “as expressões ‘fecundação artificial, ‘concepção artificial e ‘inseminação artificial, constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”.

A doutrina prevê que a Lei de Biossegurança, n. 11.105/2005, trará inúmeros questionamentos acerca da filiação decorrente de inseminação artificial heteróloga, entre outros, o relativo à autorização de utilização de células-tronco pelos genitores do embrião (art. 5º, § Iº).

Jurisprudência: Negatória de paternidade. Ausência de prova. Vício de consentimento não demonstrado. 1 - O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei n. 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2 - Não sendo apontada a existência de qualquer vício de consentimento no registro de nascimento dos filhos menores, mostram-se hígidos os assentos civis. 3 - A mera dúvida sobre a paternidade dos filhos de sua ex-esposa, gerados e nascidos na constância casamento, não justifica a propositura da ação negatória de paternidade. Recurso desprovido (segredo de justiça). (TJRS, Ap. cível n. 70.024.635.500, 7ª Câmara Cível, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 22.10.2008, DJ 22.10.2008)

Investigação de paternidade. Alimentos provisórios. Fixação. Cabimento. 1 - É possível deferir alimentos provisórios em sede de ação investigatória quando existem ponderáveis elementos de convicção acerca do liame parental, ainda que pendente o exame de DNA. 2 - Considerando que o réu era casado com a mãe do investigante, vige a presunção *juris tantum* de ter sido ele concebido na constância do casamento, merecendo credibilidade a alegação de existência do liame biológico constante na peça exordial. Inteligência do art. 1.597, II, do CCB. Recurso desprovido (segredo de justiça). (TJRS, AI n. 70.022.142.905, 7ª Câmara Cível, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 20.02.2008, DJ 26.02.2008)

Processo civil. Embargos de declaração. Inexistência de omissão. Acórdão fundamentado. Impugnação do estado de filiação. Filhos concebidos na constância do casamento. Presunção da paternidade. Recusa ao exame de DNA. Examinadas, fundamentadamente, todas as matérias discutidas na apelação, especialmente a aplicação das regras dos arts. 231 e 232 do Código Civil de 2002, quando se discute a negação de estado de filiação regularmente constituído, na forma da lei, reiteram-se os fundamentos e a conclusão do acórdão. Rejeitam-se os embargos de declaração. (TJMG, Embargos de Declaração n. 1.0687.01.007227-4/002, rel. Almeida Melo, j. 28.06.2007, DJEMG 05.07.2007)

Apelação cível. Investigação de paternidade. Pai registral que é marido da mãe. Presunção de paternidade. 1 - Cuida-se de parentalidade *ficta*, estabelecida a partir da presunção de paternidade do marido da mãe (*pateris est*), hipótese prevista no art. 1.597 do CC/2002. 2 - Não há falar em erro como vício de consentimento se a relação de parentesco se forja por força de imperativo legal e ao longo de 25 anos houve a convivência da autora com o pai registral, encontrando-se o marido e mulher ainda casados. No caso concreto, coincidem a filiação noticiada no registro civil e aquela que se firmou na posse do estado de filho. Negaram provimento, por maioria. (TJRS, Ap. cível n. 70.015.797.301, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13.09.2006)

Agravo de instrumento. Investigação de paternidade. Alimentos provisórios. Presunção de paternidade. Art. 1.597, II, CC/2002. A obrigação alimentar advinda da relação de paren-

tesco, quando presentes os requisitos da verossimilhança da paternidade, enseja a fixação de alimentos provisórios, em ação de investigação de paternidade. No caso vertente, detecta-se a existência de prova nesse sentido. Agravo provido. Em monocrática. (TJRS, Ap. cível n. 70.013.705.553, 8ª Câm. Cível, rel. Des. Rui Portanova, j. 20.02.2006)

União estável. Encerramento pelo óbito do varão, antes da entrada em vigor da Lei n. 9.278, de 10.05.1996. Inadmissibilidade de sua aplicação retroativa. Conviventes, porém que tiveram o primeiro filho em setembro de 1985. Aplicação analógica do art. 338 do CC, a fixar o período de concepção em dezembro de 1984 e o início, a partir de então, da vida em comum. Recurso provido para elevar à metade ideal os direitos da apelante sobre o imóvel comum. Recurso provido para elevar à metade ideal os direitos da apelante sobre o imóvel descrito na inicial. (TJSP, Ap. cível n. 127.847-4-6/SP, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Waldemar Nogueira Filho, j. 06.08.2002, v.u.)

Negatória de paternidade. O exame genético é de vital importância para engrandecer a sentença que resolve ação negatória de paternidade (art. 338, I, do CC). Todavia, a sua ausência não obsta a valoração subjetiva por outros elementos probatórios confiáveis, como a confissão da mulher de que a criança é filha de outrem que não o marido de quem se encontrava separada de fato, por guardar coerência com a realidade (arts. 340, II, e 346 do CC). Improvimento (TJSP, Ap. cível n. 192.890-4/2, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 14.08.2001). (*RBDFam* 11/133)

Investigação de paternidade. Época da concepção que autoriza, de regra, prova indireta. Réu que admite último relacionamento com a mãe do autor 300 dias antes do seu nascimento. Presunção de paternidade daí decorrente, com aplicação analógica do art. 338, II, do CC. Ônus do réu, no caso concreto, de demonstrar a *exceptio plurium concubentium*, o que não fez. Recurso improvido nesse ponto, mantida a procedência da ação. (TJSP, Ap. cível n. 118.406-4/Lençóis Paulista, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Waldemar Nogueira Filho, j. 19.10.1999, v.u.)

Investigação de paternidade. Casamento da mãe do autor com terceiro. Nascimento do filho antes de 180 dias depois do casamento. Art. 338,1, do CC. Presunção não verificada de concepção do filho na constância do casamento. Perícia técnica necessária. (TJSP, Ap. cível n. 37.691-4/São Caetano do Sul, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Osvaldo Caron, j. 04.11.1997, v.u.)

Decadência. Negatória de paternidade. Presunção de filiação legítima. Art. 338,1, do CC. Decurso de tempo reconhecido. Inteligência do art. 178, § 3º, do CC. Hipótese em que o autor estava presente no momento do nascimento. Recurso parcialmente provido para esse fim. (TJSP, AI n. 221.081-1/SP, 8ª Câm. Cível, rel. Walter Theodósio, j. 21.09.1994, v.u.)

Investigação de paternidade. Admissibilidade. Separação do casal. Afastada a presunção de paternidade. Art. 338, II, do CC. Constituição da República que proíbe qualquer discriminação quanto à filiação. Igualdade em direitos e qualificações. Preliminar rejeitada. Recurso não provido. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação, podendo agora os adulterinos *a matre* ou *patre* investigar a sua paternidade. (TJSP, AI n. 206.593-1/Orlândia, rel. Gonzaga Franceschini, j. 01.03.1994)

Investigação de paternidade. Casamento da mãe do autor com terceiro. Nascimento do filho antes de cento e oitenta dias depois do casamento. Art. 338, I, do CC. Presunção não verificada de concepção do filho na constância do casamento. Perícia técnica desnecessária.

Filiação. Presunção legal. Art. 338,1, do CC. Inocorrência. Filho nascido antes do prazo do referido dispositivo legal. Exigibilidade de perícia técnica. Sentença confirmada. (JTJ 202/110)

Negatória de paternidade. Decadência. Presunção de filiação legítima. Assento de nascimento lavrado mediante declaração paterna. Art. 338, I, do CC. Decurso de tempo reconhecido. Art. 178, § 3º, do CC. Decadência operada. Recurso provido para esse fim. (JTJ 167/207)

Ação negatória de paternidade. Presunção de paternidade não incidente na hipótese. Recusa reiterada da mãe a submeter o menor a exame genético. Quadro probatório. Existência de laudo nos autos negando a paternidade. Ausência de vínculo de parentesco entre as partes. Reconhecimento. Possibilidade. Filiação afetiva não configurada. Estado de filiação. Direito personalíssimo. 1 - A presunção de paternidade prevista no art. 1.597 do Código Civil não é aplicável à espécie, porquanto esta vige nos casos em que a criança nasce depois de 180 dias do início da convivência conjugal. Na espécie, a criança foi gerada um mês após o matrimônio. 2 - A persistente recusa ao exame pericial perpetrada pela mãe da criança, conjugado à existência de um laudo nos autos atestando a ausência de vínculo de parentesco entre as partes, somado, ainda, à conduta do autor, se dispondo a realizar por diversas vezes novo teste genético em juízo e à ausência de prova testemunhai em sentido diverso, dá ensejo a que seja reconhecido o alegado maltrato ao art. 232 do Código Civil. 3 - É preciso advertir que não se está a dizer que a simples recusa da mãe à submissão do menor ao exame de DNA faz presumir a inexistência de vínculo filial. 4 - Não há, a princípio, vínculo entre as partes suficiente a configurar, mesmo que fosse, a filiação afetiva, definida pela estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho. 5 - A manutenção de um vínculo de paternidade a toda força impede a criança de conhecer seu verdadeiro estado de filiação, direito personalíssimo, nos termos do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 6 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 786.312, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 21.05.2009)

Investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos provisórios. Sede de cognição sumária. Elementos colacionados que atestam a possibilidade, *in fimine litis*, do réu vir a ser o pai da menor infante. Provas calcadas em certidões registrárias de Casamento e nascimento dos envolvidos. Aplicação do art. 1.597, II, do Código Civil. Presunção *pater is est quem nuptiam demonstrant* Antecipação dos efeitos da tutela para o fim de conceder alimentos provisórios, todavia, no importe de 1/3 do salário-mínimo vigente. Recurso parcialmente provido para esse fim. (TJSP, AI n. 6.316.244.900/Itatiba, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Oscarlino Moeller, j. 27.05.2009)

Investigação de paternidade. Alimentos. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por separação judicial (art. 1.597 do CC). Considerando-se que o investigador nasceu dentro desse período, é de rigor a presunção da paternidade para efeitos de reconhecimento do dever alimentar. A Corte guarda algum entendimento de que alimentos em prol de apenas 1 filho, sem necessidades especiais, devem ser fixados em cerca de 20% dos rendimentos líquidos do alimentante. Agravo parcialmente provido. Em monocrática. (TJRS, AI n. 70.033.413.147, 8ª Câm. Cível, rel. Rui Portanova, j. 23.11.2009)

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do

falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597.

CC/1916: art. 340.

O dispositivo visa estabelecer presunções que solucionem eventual conflito a respeito da paternidade de criança nascida de mulher viúva ou separada judicialmente que volte a se casar. Se a mulher se casar novamente antes de dez meses contados de sua viuvez, anulação ou declaração de nulidade (art. 1.523, II, do CC), presumir-se-á que o filho que vier a ter é de seu primeiro marido, se nascer dentro de trezentos dias posteriores ao falecimento deste. Caso venha a nascer após esse prazo, e ultrapassados 180 dias do estabelecimento da nova convivência conjugal (art. 1.597,1, do CC), a presunção será de que o filho é do segundo marido. Embora o dispositivo só mencione a presunção de paternidade no caso de nascimento posterior a trezentos dias do falecimento do primeiro marido, como o art. 1.523, II, que também se refere à separação, é de se considerar excluída a presunção também se tratar de invalidação.

Não se pode deixar de notar que o sistema de presunção não prevalecerá diante da prova técnica, que, nos tempos atuais, permite com segurança identificar a paternidade sem necessidade de partir de critérios meramente originados de presunção. A investigação do DNA, por exemplo, pode conferir praticamente 100% - mais exatamente 99,99% - de certeza ao reconhecimento ou à exclusão da paternidade, conforme observa Arnaldo Rizzardo (*Direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 489). No mesmo sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira: "Quer dizer: não poderá ser admitida a relação jurídica da paternidade em face de concluir a prova científica pela impossibilidade da filiação biológica" (*Reconhecimento de paternidade e seus efeitos* 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, p. 125). Arnaldo Rizzardo também observa com acerto que "o Código de 2002, primando pela objetividade, dá ensejo à prova da impossibilidade da concepção através da relação com o marido ou o companheiro porque inexistia a união na época, ou porque presente qualquer fator impossibilitante da relação sexual" (op. cit., p. 425).

A presunção oriunda desse dispositivo não incide nos casos de fecundação artificial homóloga, com a utilização do sêmen do primeiro marido, nos casos em que ela se verificar após trezentos dias contados de sua morte. Do mesmo modo, não se aplica aos casos em que a concepção se dá após trezentos dias da dissolução da sociedade conjugal com embriões excedentários. A norma em exame deve ser aplicada em relação às uniões estáveis, na medida em que elas também podem dar origem ao conflito de paternidades entre duas uniões, ou entre uma união posterior a um casamento, ou a um casamento posterior a uma união.

Jurisprudência: Negatória de paternidade. O exame genético é de vital importância para engrandecer a sentença que resolve ação negatória de paternidade (art. 338,1, do CC). Todavia, a sua ausência não obsta a valoração subjetiva por outros elementos probatórios confiáveis, como a confissão da mulher de que a criança é filha de outrem que não o marido de quem se encontrava separada de fato, por guardar coerência com a realidade (arts. 340, II, e 346 do CC). Improvimento (TJSP, Ap. cível n. 192.890-4-2/Batatais, 3ª Câm. de Direito Privado, rei. Ênio Santarelli Zuliani, j. 14.08.2001, v.u.). (*RBDFam* 11/133)

Negatória de paternidade. Filiação na constância do casamento. Paternidade presumida. Restrição às hipóteses do art. 340 do CC. Inadmissibilidade. Prosseguimento do feito. Recurso provido. (*JTJ* 267/180)

Paternidade. Filiação. Impugnação. Inadmissibilidade. Convivência dos cônjuges sob o mesmo teto após a separação. Art. 341 do CC. Enumeração do art. 340 do CC que é taxativa, não comportando ampliação. Recurso não provido. (*JTJ* 114/191)

Investigação de paternidade. Filiação adulterina *a matre*. Admissibilidade do reconhecimento na hipótese de comprovação da separação de fato do casal, ao tempo da concepção ou do nascimento. Interpretação extensiva do disposto no art. 340 do CC. Possibilidade jurídica do pedido. Carência afastada. Recurso provido para esse fim. (JTJ 113/215)

Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

CC/1916: art 342.

Se na época provável da concepção o cônjuge estava impotente para gerar, não pode prevalecer a presunção de que era pai da criança nascida de sua esposa. A impotência *coeundi* acarreta presunção da impossibilidade para gerar, pois se caracteriza pela impossibilidade de cópula. Métodos científicos modernos, porém, permitem que seja extraído sêmen do homem para fins de inseminação artificial. A impotência denominada *generandi* é a que impede a inseminação de modo absoluto. Ela pode resultar da cirurgia de vasectomia ou de fatores físicos, mas não é incompatível com a realização do ato sexual. O dispositivo contempla, portanto, toda hipótese em que se demonstrar a absoluta impossibilidade de gerar na época da concepção, sem distinguir entre uma e outra espécie de impotência (CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. XVIII, p. 63). Não se aplica a disposição aos casos em que o marido registra filho em seu nome sabendo que não é pai biológico, pois nesse caso não poderá, posteriormente, contestar a paternidade assumida espontaneamente (op. cit., p. 63).

Jurisprudência: Negatória de paternidade. Somente com indícios fortes e convincentes da impotência *generandi* (art. 1.599 do CC) se poderá cogitar de interesse para desconstituir reconhecimento de paternidade solenizado em audiência, com homologação judicial, não bastando, para tal, exame que indica baixa quantidade de espermatozoides. Nesse contexto e por não constar indícios de vício de consentimento, preserva-se a sentença que rejeita a ação com base nos arts. 1.604 e 1.610 do CC. Não provimento. (TJSP, Ap. cível n. 5.871.414.000/Itaquaquecetuba, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Enio Zuliani, j. 27.08.2009)

Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

CC/1916: art. 343.

O adultério não exclui a presunção de paternidade em qualquer circunstância, pois, a despeito de sua ocorrência, subsiste a possibilidade de o cônjuge ser o pai da criança gerada pela esposa adúltera. Contudo, não se questiona que o adultério comprovado lança dúvidas sobre a paternidade do marido. Haverá, sempre, que se verificar se a mulher mantinha dupla vida sexual. Do contrário, se a mulher estiver separada de fato do marido, o adultério exclui a presunção de paternidade deste, embora, no caso de rompimento do primeiro relacionamento, não se possa falar, a rigor, em adultério.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

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

CC/1916: arts. 344 e 345.

Restringe-se ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, mas, uma vez contestada judicialmente, seus herdeiros podem prosseguir na demanda. Como registra Paulo Luiz Netto Lôbo, “ninguém, nem mesmo o filho ou a mãe, poderá impugnar a paternidade. A norma, assim lida em conformidade com a Constituição, desloca a paternidade da origem genética para a paternidade socioafetiva” (*Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, p. 73). Silmara Juny Chinelato anota que o pai que espontaneamente reconhece filho que sabe não ser seu não poderá contestar a paternidade (*Comentários ao Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. XVIII, p. 66), salvo se comprovar que foi induzido em erro ou se agiu mediante dolo ou coação. Acrescente-se que também não basta a demonstração de que o marido não é o pai biológico: deve-se, ainda, provar que não se estabeleceu a paternidade socioafetiva (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 76-7).

Por outro lado, o presente dispositivo estabelece a imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade, na medida em que envolve direitos da personalidade. Sobre a matéria, Silmara Chinelato pondera: “Tratando-se de estabelecimento de paternidade, é curial que a socioafetiva prevaleça em relação à biológica, determinando que o pai socioafetivo não tenha interesse algum em contestá-la. Os outros filhos - se houver - podem ter interesse patrimonial em fazê-lo, ao excluir um herdeiro, aumentando o quinhão na herança. Porque não sou contra o conteúdo do art. 1.601 e apenas lhe dou interpretação restrita, penso que o legislador andou bem ao estabelecer como personalíssimo o direito de ingressar com a ação negatória de paternidade, quando cabível. Resta aos herdeiros apenas prosseguir como autores, se falecer o impugnante no curso da ação. Não têm, no entanto, legitimidade para interpô-la em nome próprio e por direito próprio” (op. cit., p. 68).

A III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos judiciais do Conselho da Justiça Federal firmou o entendimento no sentido de que “não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”(Enunciado n. 258).

A ação de contestação da paternidade é imprescritível, tanto quanto a de investigação de paternidade, como consignado na Súmula n. 149 do STF. Os herdeiros do marido não estão autorizados a propor a ação de contestação, mas apenas a prosseguir na que ele já houver proposto, o que significa que só poderão fazê-lo em caso de óbito daquele, pois “o direito brasileiro não admite herança ou herdeiros de pessoas vivas” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 74-5). Levando em conta que a paternidade biológica pode inexistir, mas, em virtude de se estabelecer a paternidade socioafetiva - e sendo a questão vinculada a aspecto íntimo da família -, a contestação da paternidade não é admitida para o pai biológico (idem). A concepção do filho que se fizer por uma das formas previstas no art. 1.597 do Código Civil não admite a contestação da paternidade, a não ser que fique comprovado que o profissional ou o hospital utilizaram sêmen que não era do marido.

Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, o estado de filiação nada tem a ver com o direito ao conhecimento da origem genética, questão ligada ao direito da personalidade (op. cit., p. 78). Para a tutela do direito de conhecer a origem genética não há necessidade de alterar a paternidade que resulta da relação social e afetiva estabelecida entre pai e filhos ou filhas.

O dispositivo em exame não se aplica às uniões estáveis, nas quais o reconhecimento da paternidade resulta do ato espontâneo de cada companheiro.

Jurisprudência: Negatória de paternidade. Ação imprescritível. Art. 1.601 do CC. Precedentes do STJ. Sentença desconstituída para determinar prosseguimento do feito. Apelo provido. (TJRS, Ap. cível n. 70.020.913.042, 7ª Câm. Cível, rel. Maria Berenice Dias, j. 12.11.2007, *DJ* 23.11.2007)

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico. A realização do exame pelo método DNA, a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. A regra expressa no art. 1.601 do CC/2002 estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade. Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA. E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 878.954, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 28.05.2007)

Ação negatória de paternidade. Imprescritibilidade. Produção de provas. Necessidade. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Cassação da sentença. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível, conforme disposição do art. 1.601 do Código Civil. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça, sob o risco de se sobrepor a verdade formal à possível verdade real. (TJMG, Ap. cível n. 1.0035.06.068524-1/001, rel. Geraldo Augusto, j. 03.04.2007, *DJEMG* 17.04.2007)

Civil. Direito de família. Anulação de registro de nascimento. Direito imprescritível do marido de contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher. Prescrição rejeitada. Sentença cassada. Na ação negatória de paternidade ajuizada pelo marido, com o objetivo de contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher, não mais se aplica o prazo decadencial do § 3º do art. 178 do Código Civil de 1916. A ação negatória de paternidade configura-se em ação personalíssima do marido e, atualmente, a teor do art. 1.601 do Código Civil de 2002, não mais subsiste qualquer prazo prescricional ou decadencial. (TJMG, Ap. cível n. 1.0000.00.345225-7/000, rel. Brandão Teixeira, j. 09.03.2004, *DJEMG* 19.03.2004)

Ação negatória de paternidade. A jurisprudência, por força da evolução da ciência e possibilidade de reconhecimento da filiação quase com absoluta certeza, há muito já havia reconhecido a ineficácia do art. 178, § 3º, do CC/1916, litigado aos arts. 338 e 344 daquele Código. O CC/2002, embora tenha ampliado os casos de filiação presumida, no art. 1.597, deixou expresso, no art. 1.601, que é imprescritível o direito de o marido questionar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Hipótese dos autos, contudo, que não é de filiação presumida, mas de reconhecimento voluntário de filho nascido fora do casamento, em que se pretende a declaração de filiação ilegítima. Carência incorretamente decretada por ausência

de interesse. O avanço tecnológico não permite que se deixe de verificar a paternidade real nos casos em que questionada. Irrevogabilidade inexistente. Recurso provido para determinar o prosseguimento da ação até o julgamento do mérito. (TJSP, Ap. cível n. 263.48-4/Tietê, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Maia Cunha, j. 15.04.2003, v.u.)

Investigação de paternidade. Ação intentada pelo filho, visando pesquisar sua herança genética e cancelar registro de paternidade produzido com erro, ainda que com nobres motivos. Legitimidade *ad causam*. Ouebra do monopólio do marido para intentar negatória de paternidade. Observância da dignidade humana da criança. Inteligência dos arts. 1º, III, e 226, § 6º, da CF; 17 e 29 da Lei n. 8.069, de 13.07.1990; e 344 do CC. (RT 793/232)

Negatória de paternidade. Legitimidade de filho. Em benefício da dignidade humana da criança (arts. Iº, III, e 226, § 6º, da CF; e 17 e 29 do ECA, Lei n. 8.009, de 29.03.1990), admite-se a sua plena legitimidade para pesquisar a sua herança genética, cancelando registro de paternidade produzido com erro, ainda que com nobres motivos. Ouebra do monopólio da legitimidade centralizada do marido para a negatória de paternidade (art. 344 do CC). Improvimento (TJSP, AI n. 189.803-4/0, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 19.06.2001). (RBDFam 11/133)

Negatória de paternidade. Legitimidade do pai natural para a sua propositura. Reconhecimento voluntário que não lhe inibe o exercício, quer por defeito do ato jurídico, quer por não espelhar a verdade. Irrevogabilidade vitanda que impede a retratação pura e simples do ato e não a sua anulação através de decisão judicial. Inteligência dos arts. 1º, da Lei n. 8.560, de 29.12.1992; 344 e 348 do CC e 113 da Lei de Registros Públicos. (TJSP, Ap. cível n. 135.057-4/Socorro, 3ª Câm. de Direito Privado, rel. Waldemar Nogueira Filho, j. 15.02.2000, v.m.)

Investigação de paternidade. Cumulação com petição de herança. Filho havido fora do casamento pela mulher (filiação adulterina *a matre*). Possibilidade de ser promovida não pelo marido. Abrandamento da restrição imposta pela regra do art. 344, do CC. Presunção relativa da paternidade do art. 338, do CC, que permite a interpretação favorável a essa interpretação. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido para cancelar a r. sentença e prosseguir-se no feito. (TJSP, Ap. cível n. 117.479-4/Franco da Rocha, 2ª Câm. de Direito Privado, rel. Linneu Carvalho, j. 19.10.1999, v.u.)

Prescrição. Ação negatória de paternidade. Ação relativa ao estado da pessoa. Imprescritibilidade. Inteligência da Súmula n. 149 do STF. (TJSP, Ap. cível n. 93.628-4, 8ª Câm. de Direito Privado, rel. Haroldo Luz, j. 05.05.1999)

Embargos infringentes. Anulação de registro civil. Filiação. Negatória de paternidade. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Aos herdeiros do marido já falecido falta-lhes legitimidade ativa para negar a paternidade de filho havido fora do casamento, pois, *in casu*, cuida-se de ação de natureza personalíssima (art. 344 do CC). Recurso improvido (TJGO, Embargos infringentes n. 758-5/196, Câmaras Cíveis Reunidas, rel. João Waldeck Félix de Sousa, j. 19.02.1999). (RBDFam 1/136)

Prescrição. Negatória de paternidade. Inocorrência. Ação imprescritível. Art. 1.601 do CC de 2002. Irrevogabilidade do reconhecimento que se curva diante da ocorrência de eventual vício. Preliminar rejeitada. (JTJ 294/283)

Ação negatória de paternidade. Art. 1.601, CC/2003. Falecimento do pai antes do nascimento de sua filha. Assento com o nome do falecido, porquanto a concepção se deu na constância do casamento. Presunção do art. 1.503, II, CC/2003. Propositura da ação contestatória pela avó paterna. Extinção sem julgamento do mérito por ilegitimidade, reconhecida a natureza personalíssima da demanda. Ainda que superado tal vício com a interpretação extensiva do dispositivo relevando a peculiaridade de o suposto genitor ter falecido antes do nascimento da ré, remanesce a ilegitimidade porque a autora não assume a condição de herdeira. Ilegitimidade bem decretada. Recurso improvido. (TJSP, Ap. cível n. 620.366-4/5, rel. Des. Maia da Cunha, j. 16.04.2009)

Ação negatória de paternidade. Extinção do processo, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil. Alegação de nulidade do registro de nascimento, por conter falsidade. Imprescritibilidade da ação conforme previsão do art. 1.601, *caput*, do novo Código Civil. Norma que, aliás, se coaduna com a jurisprudência sedimentada à época da vigência do Código Civil de 1916, que já reconhecia a imprescritibilidade da ação. Sentença reformada para que o feito tenha regular prosseguimento. Determinação, entretanto, de emenda da inicial, para que o pedido se torne certo e determinada, considerando-se a falta de formação até o momento da relação processual. Dá-se provimento ao recurso, com determinação. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 4.272.064.900/São José dos Campos, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Christine Santini, j. 01.07.2009)

Negatória de paternidade. Falecimento do pai da ré. Ação ajuizada pela viúva e pelo filho. Ilegitimidade ativa configurada. Hipótese em que somente o pai tem legitimidade ativa, inteligência do art. 1.601, *caput* e parágrafo único, do Código Civil. Herdeiros que somente poderiam prosseguir na ação negatória de paternidade na hipótese de óbito no curso da ação do primitivo requerente. Interesse meramente patrimonial dos autores verificado. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 5.501.694.100/Guarujá, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Luiz Antônio de Godoy, j. 05.05.2009)

Negatória de paternidade c/c cancelamento de registro. Espólio. Ilegitimidade ativa. Direito personalíssimo. Honorários advocatícios. Ausência manifestação do requerido. Descabimento da verba. Sentença reformada em parte. Os filhos do impugnante e bem assim seus demais descendentes não têm legitimidade para contestarem a paternidade, se em vida o marido legitimado não contestou a ação, isso porque os descendentes só têm o direito de prosseguirem na ação (parágrafo único, art. 1.601 do CC), e se o processo iniciado pelo marido for extinto por sua inércia em vida seus herdeiros não poderão reativar a ação. Em caso de improcedência do pedido ou de extinção do processo sem resolução de mérito, é incabível a condenação do postulante no pagamento de honorários advocatícios da sucumbência quando o requerido não comparece nos autos para se defender nem se faz representar por advogado em qualquer fase processual anterior ao julgamento da apelação. (TJMG, Ap. cível n. 1.0194.07.067284-6/001, rel. Mauro Soares de Freitas, j. 27.08.2009)

Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

CC/1916: art. 346.

Como visto no exame do art. 1.601 deste Código, não se confere à mãe o direito de impugnar a paternidade de seu marido. A lei considera a confissão insuficiente para afastar a presunção de paternidade. Mais uma vez prevalece a paternidade socioafetiva em relação à biológica.

Jurisprudência: Negatória de paternidade. O exame genético é de vital importância para engrandecer a sentença que resolve ação negatória de paternidade (art. 338, I, do CC). Todavia, a sua ausência não obsta a valoração subjetiva por outros elementos probatórios confiáveis, como a confissão da mulher de que a criança é filha de outrem que não o marido de quem se encontrava separada de fato, por guardar coerência com a realidade (arts. 340, II, e 346 do CC). Improvimento. (TJSP, Ap. cível n. 192.890-4/2/Batatais, 3ª Câ. de Direito Privado, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 14.08.2001, v.u.)

Exoneração de alimentos. Procedência parcial do pedido. Inconformismo do autor reconvinco e das rés reconvintes. Alimentos com fundamento no dever de solidariedade. Decisão exoneratória tem caráter desconstitutivo. Impossibilidade de retroação. Efeitos a partir da prolação. Condenação de autor reconvinco ao pagamento das mensalidades da faculdade cursada pela ré reconvinte M. N. B. Desnecessidade. Antecipação parcial dos efeitos da tutela manteve as despesas com educação. Alimentos à ré reconvinte Y. N. B. Manutenção. Fixação que obedeceu aos requisitos do binômio necessidade/possibilidade. "Não basta a confissão materna para excluir a paternidade" (art. 1.602 do CC). Sucumbência recíproca. Recurso de apelação das rés-reconvintes parcialmente provido e do autor reconvinco não provido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 5.795.764.000/São Paulo, 9ª Câ. de Direito Privado, rel. Piva Rodrigues, j. 05.05.2009)

Negatória de paternidade. Lide que versa sobre direitos indisponíveis. Revelia que não produz os efeitos do art. 319 do Código de Processo Civil. Prova pericial não produzida. Não comparecimento do requerido e de sua genitora. Impossibilidade de obrigar o requerido a ceder material para a realização do exame. Existência de declaração da mãe do requerido de que o autor não é pai do menor. Irrelevância. Interesse da genitora no desfecho do processo em favor do requerente demonstrado. Inteligência do art. 1.602 do Código Civil. Ausência de elementos capazes de comprovar os fatos alegados. Exclusão da paternidade de que não se cogita. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. cível com revisão n. 5.780.774.600/Marília, 1ª Câ. de Direito Privado, rel. Luiz Antônio de Godoy, j. 05.05.2009)

Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

CC/1916: sem correspondente.

Este artigo deve ser conjugado com o art. 1.609 do Código Civil, que autoriza outros meios de reconhecimento da paternidade. O registro, porém, gera presunção quase absoluta de paternidade, só se desconstituindo se for comprovado erro ou falsidade. A declaração de paternidade feita pelo pai é irrevogável, remanescendo apenas a contestação de paternidade prevista no art. 1.601 do Código Civil. Na Jornada de Direito Civil ocorrida em setembro de 2002, foi aprovado enunciado segundo o qual “no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva” (Enunciado n. 108). Sobre a *filiação Socioafetiva*, veja-se comentário ao art. 1.596.

Jurisprudência: Apelação cível, alimentos. 1 - Ilegitimidade passiva afastada. Enquanto não anulado o registro de nascimento da autora/alimentanda, na ação intentada pelo réu/alimentante, vige a presunção de veracidade que dele emana. A relação de filiação demonstrada pela certidão de nascimento afasta a alegada ilegitimidade passiva deduzida pelo alimentante. 2 - Base de incidência dos alimentos. Mantém-se o percentual alimentar fixado na

sentença, se de acordo com o binômio necessidade/possibilidade. Mantém-se também a incidência dos alimentos sobre o 13º salário percebido pelo alimentante, mas exclui-se a incidência sobre as horas extras. Prefaciai de ilegitimidade passiva rejeitada. Apelação parcialmente provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.026.596.056, 8ª Câ. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 28.10.2008, *DJ* 04.11.2008)

Ação negatória de paternidade. Inexistência de prova do erro ou coação que viciasse a vontade. Autor que suspeitava da conduta infiel da esposa ao longo do casamento. Impossibilidade de afastar-se a paternidade. Inteligência dos arts. 1.603 e 1.604 do CC. Não demonstrado o vício da vontade no registro de nascimento, prevalece a paternidade socioafetiva. Da análise dos autos infere-se que o autor não se desincumbiu do ônus gravado no art 333, I, do CPC, já que não logrou comprovar que agiu em erro ao registrar a ré como filha. Assim, considerando-se que a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento (CC, 1.603) e que ninguém pode vindicar estado contrário ao ali registrado, salvo provando-se erro ou falsidade do registro (CC, 1.604), não se pode revogar a paternidade que o autor assumiu em relação à ré no ato de registro. (TJMG, Ap. cível n. 1.0702.02.024425-8/001, rel. Wander Marotta, j. 11.12.2007, *DJEMG* 18.03.2008)

Apelação cível. Alimentos. Certidão de nascimento. Presunção de veracidade. A certidão de nascimento é prova bastante para configurar a obrigação alimentar do pai em relação à filha. A declaração de possível falsidade do documento ou da inexistência de filiação deve ser pleiteada em ação própria, manejada pelo interessado. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.02.826571-8/001, rel. Wander Marotta, j. 31.08.2004, *DJEMG* 05.11.2004)

Apelação cível. Ação de reconhecimento de maternidade socioafetiva cumulada com petição de herança. Filho de criação. Inviabilidade da pretensão. A relação socioafetiva serve para preservar uma filiação juridicamente já constituída, modo voluntário, pelo registro (que define, no plano jurídico, a existência do laço - art. 1.603 do Código Civil de 2002), jamais sendo suficiente para constituí-la de modo forçado, à revelia da vontade do genitor. Dar tamanha extensão a parentalidade socioafetiva, resultará, por certo, não em proteção aos interesses de crianças e adolescentes, mas, ao contrário, em desserviço a eles, pois, se consolidada tal tese, ninguém mais correrá o risco de tomar uma criança em guarda, com receio de mais adiante se ver réu de uma investigatória de paternidade ou maternidade. É bom ter os olhos bem abertos, para não se deixar tomar pela bem intencionada, mas ingênua ilusão de que em tais situações se estará preservando o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o que invariavelmente se encontra por trás de pretensões da espécie aqui deduzida nada mais é do que o reles interesse patrimonial. É de indagar se o apelado deduziria este pleito se a falecida guardiã fosse pessoa desprovida de posses! Proveram, por maioria. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.775.159, 7ª Câ. Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28.06.2006)

Ação negatória de paternidade. Inexistência de prova do erro ou coação que viciasse a vontade. Autor que confirma o relacionamento íntimo com a mãe do menor e decide registrá-lo como filho. Impossibilidade de afastar-se a paternidade. Inteligência dos arts. 1.603 e 1.604 do CC. Não demonstrado o vício da vontade no registro de nascimento, prevalece a paternidade socioafetiva. Da análise dos autos infere-se que o autor não se desincumbiu do ônus gravado no art. 333, I, do CPC, já que não logrou comprovar que agiu em erro ao registrar o menor como filho. Assim, considerando-se que a filiação se prova pela certidão do termo de nascimento (CC, art. 1.603) e que ninguém pode vindicar estado contrário ao ali registrado, salvo provando-se erro ou falsidade do registro (CC, art. 1.604), não se pode revogar a paternidade que o autor assumiu em relação ao menor no ato de registro, efeti-

vando, ao que parece, o que se costumou chamar de "adoção à brasileira". (TJMG, Embargos Infringentes n. 1.0672.05.183900-5/002, rel. Wander Marotta, j. 26.05.2009)

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

CC/1916: art. 348.

A regra é a presunção praticamente absoluta da filiação estabelecida no registro, só se admitindo sua alteração em caso de erro ou falsidade reconhecida em decisão judicial. Nos termos do disposto no art. 52 da Lei n. 6.015, de 31.12.1973, o pai ou, na falta ou impedimento dele, a mãe, ou, na falta ou impedimento desta, o parente mais próximo, com sucessão por administradores de hospitais, médicos, parceiras e terceiros que tiverem assistido ao parto. Confere-se ao oficial a possibilidade de, se tiver motivo para duvidar da declaração, exigir atestado do médico ou da parteira ou declaração de duas pessoas que tenham assistido ao parto e não sejam os pais. Se a mãe for casada, do registro constará o nome do marido como pai; se for solteira, o nome do pai só constará se ele for o declarante, em conjunto com a mãe, ou isoladamente, ou, ainda, quando vier a reconhecer posteriormente a paternidade, voluntariamente ou em ação de investigação. Caso o filho seja havido fora do casamento, do registro não constará o estado civil dos pais nem a natureza da filiação (art. 5º da Lei n. 8.560, de 29.12.1992). A norma em exame é de ordem pública e exclui outras possibilidades de se buscar estado diverso do que consta do registro.

Mais uma vez, é oportuno notar que toda pessoa tem direito constitucionalmente assegurado de conhecer sua origem biológica. Mas nem por isso esse direito pode interferir no direito de família, que não permite a modificação do estado de filiação, que decorre da relação socioafetiva (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo, Atlas, 2003, v. XVI, p. 88).

Não se vislumbra incompatibilidade entre este artigo e o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, neste, assegura-se o direito ao reconhecimento da filiação a quem ainda não tenha sido reconhecido por ambos ou por um dos pais. No presente dispositivo, cuida-se da hipótese em que já houve o reconhecimento, prevalecendo o que consta do registro.

Autorizam, porém, vindicar estado de filiação contrário ao registro o erro ou a falsidade. Caracteriza-se o erro como o engano não intencional na declaração relativo ao próprio ato do registro, por parte do declarante ou do oficial. A falsidade é a declaração intencionalmente contrária à verdade que havia de constar do registro. Silmara Juny Chinelato observa não haver erro quando alguém registra em seu nome aquele que sabe ser filho de outro e pondera que a norma não pode ser aplicada aos casos de espontâneo reconhecimento de filho alheio para constituição da paternidade socioafetiva (*Comentários ao Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 78-80, v. XVIII).

Jurisprudência: Ação negatória de paternidade c/c declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido. O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto. Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigante para que tenha assegurado um direito que lhe é iminente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano - tão falho por muitas vezes - livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua disso-

lução. Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-pais. O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o pai registrai" foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento. A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 1.003.628/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.10.2008)

Apelação cível. Família. Anulatória de registro civil. Desconstituição de paternidade. Ação movida pelo pai registrai. Ausência de prova a demonstrar vício de consentimento ou nulidade do ato de registro de nascimento. Inteligência dos arts. 185,171,166,1.604 e 1.609, todos do Código Civil e art. 1º da Lei n. 8.560/92. Paternidade socioafetiva que se mostra incontroversa. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Apelação improvida. (TJRS, Ap. cível n. 70.025.822.115, 7ª Câ. Cível, rel. Vasco Delia Giustina, j. 19.11.2008, *DJ* 26.11.2008)

Retificação de registro civil. Art. 1.604 do Código Civil c/c art. 113 da Lei n. 6.015/73. Modificação quanto à filiação. Necessidade de contencioso. Ação de retificação. Procedimento de jurisdição voluntária. Ação inadequada. Dispõe o art. 1.604 do Código Civil que ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. A simplória alegação de erro na filiação não propicia a retificação de registro civil na forma prevista no art. 109 da Lei n. 6.015/73, que em seu art. 113 submete as questões referentes à filiação a processo contencioso para anulação ou reforma de assento. (TJMG, Ap. cível n. 1.0024.06.073470-4/001, rel. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 20.05.2008, *DJEMG* 17.06.2008)

Apelação cível. Ação anulatória de registro de nascimento por falsidade ideológica. Legitimidade do avô paterno. Aquele que consta como avô paterno no registro de nascimento dos menores é parte legítima para a anulação de tal registro, por falsidade ideológica, sendo juridicamente possível seu pedido, conforme previsão contida no art. 1.604, CC/2002. Precedentes. Sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido desconstituída. Apelação provida. (TJRS, Ap. cível n. 70.017.692.179, 8ª Câ. Cível, rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 29.01.2007)

Família. Processual civil. Indeferimento da inicial. Extinção do processo, impossibilidade jurídica do pedido. Negativa de paternidade. Anulação de registro de nascimento. Vício de consentimento ou falsidade do registro sequer alegado (CC/2002, art. 1.604). Parentalidade socioafetiva. Prevalência da realidade socioafetiva sobre a biológica, diante da relação formada entre pai-filho ao longo de anos. Declaração de vontade, reconhecendo voluntariamente a paternidade, que se torna irretratável. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.014.027.544, 8ª Câ. Cível, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 23.03.2006)

Ação negatória de paternidade. Anulação de registro de casamento. Falsidade ideológica. Comprovada a falsidade do processo de habilitação de casamento, inclusive com expedição de termo de casamento sem que haja o respectivo registro de assentamento do nascimento no Cartório de Registro Civil, o mesmo é nulo, eis que padece de formalidade essencial. Não é possível juridicamente a pretensão deduzida relativa ao pedido de anulação da certidão e retirada do nome do suposto pai através de ação Negatória de Paternidade, e sim através de ação Anulatória do Registro de Nascimento por falsidade ideológica da paternidade atribuída, fulcrada no art. 1.604 do Código Civil. (TJMG, Ap. cível n. 1.0210.93.000349-1/001, rel. Belizário de Lacerda, j. 19.10.2004, *DJEMG* 30.12.2004)

O filho nascido na constância do casamento tem legitimidade para propor ação de investigação de paternidade contra quem entende ser seu verdadeiro pai, não obstando esta ação a presunção *pater est* de caráter relativo. Esta ação independe da prévia propositura de ação anulatória de assento de nascimento, não sendo também necessária a cumulação expressa da investigação com o pedido de cancelamento de registro, pois este é efeito lógico e jurídico da sentença de procedência da investigação. (STJ, REsp n. 184.151/SP, j. 15.10.2001, *DJ* 19.11.2001, v.u.); REsp n. 195.527/SP, decisão 10.04.2000, v.u., *DJ* 22.05.2000; REsp n. 203.208/SP, decisão 26.06.2001, v.u., *DJ* 29.10.2001; REsp n. 107.222/MG, decisão 29.02.2000, v.m., *DJ* 26.03.2001.

Investigação de paternidade. Ação anulatória. Registro de nascimento. Reconhecimento de paternidade decorrente de erro. Cabimento. Sendo a declaração de vontade emanada de erro substancial, e havendo nos altos elementos bastantes a demonstrá-lo, cabível e procedente é a ação anulatória de registro civil (TJMG, Ap. cível n. 1.031.301.027.003-8/001, 1ª Câ. Cível, rel. Geraldo Augusto, j. 30.04.2004). (*RBDFam* 26/122)

Negatória de paternidade. Ação proposta pelo suposto pai. Admissibilidade. Reconhecimento voluntário. Ato anteriormente realizado que não exclui a possibilidade de questionamento judicial se o registro não espelha a verdade. (*RT* 811/229)

Negatória de paternidade. Reconhecimento voluntário que não inibe o seu exercício pelo perfilhante, quer por defeito do ato jurídico, quer por não espelhar a verdade. Irrevogabilidade vitanda que impede a retratação pura e simples do ato e não a sua anulação por meio de decisão judicial. Inteligência dos arts. 1º da Lei n. 8.560, de 29.12.1992; 348 do CC/1916; 1.604 do CC/2002; e 113 da Lei de Registros Públicos. Hipótese, ademais, em que não houve sentença de mérito proclamando a paternidade, mas mera homologação de reconhecimento levado a efeito em ação de investigação. Recurso provido para determinar o prosseguimento do processo, indeferindo, porém, o pedido de antecipação da tutela. (TJSP, Ap. cível n. 271.160-4/7/Itapeva, 3ª Câ. de Direito Privado, rel. Waldemar Nogueira Filho, j. 01.04.2003, v.u.)

Adoção. Não pode a mãe biológica, após ter dado a filha em adoção, pleitear nova adoção sob o fundamento do rompimento dos laços de família. Ato simulado da mãe biológica dando em adoção uma das filhas gêmeas para uma tia, para que dela cuidasse. Adotada que sabe ser irmã gêmea e que vive sob o mesmo teto com esta e com a mãe biológica, desde o falecimento da mãe adotiva. Simulação que implica ato nulo que não é suscetível de confirmação e que não convalesce pelo decurso do tempo. Hipótese de incidência do art. 113, da Lei dos Registros Públicos, e 348 e 349, do CC, porque a certidão de nascimento tem que tornar certa a filiação. (TJSP, Ap. cível n. 94.678-0/Vargem Grande Paulista, Câ. Especial, rel. Moura Ribeiro, j. 23.09.2002, v.u.)