
Direito Civil

Pablo Stolze

Curso LFG – 2007
2º SEMESTRE



1ª Aula – 02/08/07

O NCC/2002 foi reconstruído tendo por base a dignidade da pessoa humana. O VCC era baseado no patrimônio. (pegar o material de apoio no site – 69 páginas)

PERSONALIDADE JURÍDICA

Conceito: *A Personalidade Jurídica é a aptidão genérica para se titularizar direitos e contrair obrigações na ordem jurídica. Esse é o conceito técnico de Clóvis Beviláqua. Personalidade Jurídica é a qualidade para ser sujeito de direito (conceito simples). O sujeito de direito tanto pode ser a Pessoa Jurídica ou Pessoa Física.*

PESSOA FÍSICA (OU PESSOA NATURAL – cfe. o CC/2002)

* Problema: Em que momento a pessoa física adquire personalidade jurídica?

R: Numa interpretação literal, a resposta está na 1ª parte do artigo 2º do CC: No Nascimento com Vida! Que é comprovado por exame médico que vai atestar o sistema cardio-respiratório. Mas, esta é só uma interpretação literal da norma até o ponto e vírgula. A resposta, na verdade, é mais complexa:

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

Obs.1: Diferentemente da orientação do artigo 30 do CC da Espanha, o nosso direito, a luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para considerar o recém nascido PESSOA, não exige FORMA HUMANA e NEM TEMPO MÍNIMO DE SOBREVIVÊNCIA. (O Direito Comparado sempre facilita para o candidato)

Art. 30. Para efeitos civis só se reputará nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do ventre materno.

Após o “;” há um “mas” que põe a salvo, DESDE A CONCEPÇÃO, os direitos do NASCITURO. Então, quer dizer que antes de ter personalidade jurídica, ele, o nascituro, já é sujeito de direitos? Então, o nascituro é pessoa? O que é o nascituro?

R: Limonge França (SP) = segundo este doutrinador, o nascituro é o ente concebido, MAS, ainda não nascido. É o ente com vida intra-uterina.

Então, de que maneira você explica o nascituro de maneira jurídica?

TEORIAS DE EXPLICAÇÃO JURÍDICA SOBRE O NASCITURO: (são 3)

1. TEORIA NATALISTA
2. TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL
3. TEORIA CONCEPCIONISTA

1. **TEORIA NATALISTA:** Foi defendida pelos doutrinadores: Silvio Rodrigues, Silvio Venozza, Eduardo Espínola, Vicente Rao,... Esta teoria, AINDA, é a mais forte e clássica do Direito Brasileiro. Ela é a mais conservadora. Ela sustenta que a personalidade jurídica somente é adquirida a partir do nascimento com vida, de maneira que o nascituro não seria considerado pessoa, tendo MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. Esta teoria parte da interpretação literal do CC. Porém, surgiram tantas críticas a essa teoria que nasceram outras 2 teorias mais modernas. Perceba que a segunda é preparatória da terceira.

2. **TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL:** Ela é um pouco tímida, porém, mais evoluída. Ela está presente nas obras de Arnold Wald e de Serpa Lopes. O Professor não gosta desta teoria, porque a considera pouco corajosa. Ela afirma que o nascituro seria dotado apenas de uma personalidade “limitada” a certos direitos personalíssimos, apenas tornando-se pessoa, na concepção plena do termo, a partir do nascimento com vida. Ex.: Ele teria direito à vida, mas não teria direitos patrimoniais, porque considera que ele só teria direitos personalíssimos.

3. **TEORIA CONCEPCIONISTA:** É a teoria mais moderna. Adotada do Código Francês e que caiu no gosto dos civilistas, principalmente no TJRS. Esta teoria afirma que o nascituro é PESSOA, é dotada de PERSONALIDADE JURÍDICA. Defensores: Clóvis Beviláqua, Teixeira de Freitas, a Prof. Silmara Chinelato, a Des. Maria Berenice Dias. Esta teoria vai mais além, porque não se limita a dizer que o nascituro é titular de direitos. Ela diz que ele É PESSOA! Portanto, ele tem direitos patrimoniais, direito a alimentos...

Qual é a melhor teoria que explica quem é o nascituro?

R: Depende. Há 3 teorias. (o Professor prefere a 3ª) Já no concurso, defenda a teoria que o examinador defende (coloca no Google).

Obs.: Independentemente da Teoria adotada, não se pode desconhecer que a ordem jurídica brasileira tutela os direitos do nascituro (ver Quadro Sinótico no Material de Apoio).

O nascituro tem direito a Alimentos?

R: Fazendo uma pesquisa na jurisprudência, a maioria dos juízes brasileiros não aceita esta tese. Porque a teoria natalista ainda é mais forte atualmente. Ora, onde está o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? Ela tem uma dimensão existencial, concreta, não está no imaginário. O Professor encontrou apenas 1 decisão a favor do nascituro.

O nascituro teria direito à indenização por dano moral?

R: Um indivíduo recebeu uma indenização de cerca de 30.000 reais, porque enquanto estava no útero da mãe, esta foi obrigada a ouvir os gritos lancinantes que o seu marido soltava enquanto era barbaramente torturado na época da ditadura. Ele foi morto. O filho teve conseqüências traumáticas, abalos psicológicos provenientes da época da vida intra-uterina. Se o irmão desta criança estivesse presente à cena, receberia uma indenização ainda maior, porque ele chegou a conhecer o pai vivo.

Ver sentença da grávida aos 8 meses que foi soterrada na Bahia.

O natimorto tem algum direito?

R: O natimorto é o nascido morto. O enunciado n. 1 da Primeira Jornada de Direito Civil firmou entendimento no sentido de que o natimorto teria direitos personalíssimos (nome, respeito a sua imagem e sepultura).

CAPACIDADE CIVIL:

No momento que há o nascimento com vida, a pessoa adquire personalidade. E a capacidade?

A capacidade no Direito Civil subdivide-se em:

{ CAPACIDADE DE FATO
CAPACIDADE DE DIREITO

A capacidade de direito ou de gozo é uma capacidade genérica, qualquer pessoa tem. Segundo Orlando Gomes, em Introdução ao Direito Civil, capacidade de direito e personalidade jurídica se confundem. Porém, não se confunde com capacidade de fato.

A capacidade de fato é a capacidade para pessoalmente praticar os atos da vida civil. Ex.: Uma criança de 3 anos tem capacidade de direito, tem personalidade de direito, mas não tem capacidade de fato.

A junção da capacidade de direito com a capacidade de fato resulta na CAPACIDADE PLENA, que geralmente ocorre aos 18 anos de idade. Se faltar a capacidade de FATO, haverá INCAPACIDADE. E esta incapacidade pode ser absoluta ou relativa.

Obs.: Não devo confundir incapacidade com ilegitimidade. Porque a ilegitimidade traduz um impedimento específico para a prática de determinado ato. Não tem nada a ver com incapacidade. Toda vez que houver 1 incapacidade específica, fala-se em ilegitimidade. Ex.: 2 irmãos que querem se casar.

O que é INCAPACIDADE ABSOLUTA?

R: Art. 3º do CC.

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

I - os menores de dezesseis anos;

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

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

Lembre-se sempre que os absolutamente incapazes são REPRESENTADOS.

- são os menores de 16 anos (igual ao VCC- é o menor impúbere)
- são as pessoas sem o necessário discernimento proveniente de deficiência mental (aqui, o NCC não fala mais em “loucos de todo gênero” como se falava no VCC) Essas pessoas têm que ser totalmente privada de discernimento para praticar atos e assim ser declarada interditada. Porque qualquer ato que ele pratique é nulo. Não vale nada, porque depois de decretada a interdição do absolutamente incapaz, o ato por ele praticado, mesmo em momento de lucidez, não tem validade jurídica.
- São também absolutamente incapazes as pessoas que, MESMO POR CAUSA TRANSITÓRIA, não possam exprimir a sua vontade.

Ex.: Uma pessoa que sofre traumatismo craniano e está em coma. É uma causa transitória que a impede de manifestar uma vontade.

Ex.: A intoxicação fortuita de quem ingeriu bebida em boate.

Ex.: receber um chiclete na rua, de um estranho, e ficar 12 horas em estado de torpor. É também caso de incapacidade absoluta.

Qual é o tratamento jurídico que deve ser dado a uma pessoa que não tem discernimento, porque padece de doença mental? O ato que ela realiza é válido? (Ele não foi interditado ainda!)

R: Influenciada pelo artigo 503 do CC da França, a doutrina brasileira (Orlando Gomes, Silvio Rodrigues) admite a invalidação do ato realizado pelo incapaz ainda não interditado, desde que lhe seja prejudicial e haja a má-fé da outra parte. (como provar a má-fé ??????????)

Art. 503 da França – “Os atos anteriores à interdição poderão ser anulados, se a causa da interdição existia notoriamente à época em que tais fatos foram praticados.”

Mas, a outra parte sempre vai dizer que não sabia. Porém, a incapacidade mental do sujeito pode ser deduzida, porque se ele vende um carro de 100 mil por 1 mil, os atos do negócio denunciam a sua incapacidade (e também a má-fé do comprador).

Como ficaram agora os ausentes e os surdos-mudos que não podiam manifestar a sua vontade?

R: A ausência é tratada no CC como morte presumida. Já o surdo-mudo incapaz de manifestar a sua vontade não é previsto explicitamente neste NCC. Mas, ele está implicitamente previsto no artigo 3º, III do CC. São aquelas pessoas que, mesmo por causa transitória não possam exprimir a sua vontade. Porque se a lei prevê a incapacidade a quem tem causa transitória, muito mais aqueles que possuem inabilidade permanente para se comunicar, até porque, estes, por muitas vezes, têm alguma incapacidade mental.

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

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

Quem são os RELATIVAMENTE INCAPAZES? (Estes são ASSISTIDOS)

R: O art. 4º do CC prevê quem são os relativamente incapazes no Brasil.

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

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

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

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

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

- são os maiores de 16 e menores de 18 (os menores púberes, com púbis).
- são os ébrios HABITUAIS, viciados em tóxico e os DEFICIENTES MENTAIS, TODOS ESTES que tenham o DISCERNIMENTO REDUZIDO, porque se for aquela que ANIQUILA o discernimento, ela gera a incapacidade absoluta. Cuidado porque a CESPE adora este tipo de pegadinha. E mais, se a embriaguez é apenas habitual, é caso de incapacidade relativa. Os deficientes mentais com discernimento reduzido.

Ex.: aqueles com Síndrome de Down.

O pródigo é um relativamente incapaz. Ele pode ser interditado. Mas, ela não é completa, porque o curador só poderá assisti-lo nos atos relacionados ou de repercussão patrimonial. (art. 1.782 do CC – que cuida da curatela)

Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. (Quer dizer que os atos de mera administração ele pode realizar? Que atos são esses?)

- Ser pródigo não é ser apenas gastador. É um desvio de comportamento que pode reduzir a pessoa a total miséria. É compulsivo. O CC preza pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Respeito ao Patrimônio Mínimo. O pródigo, para se casar, precisa que o seu curador se manifeste?

R: Sim. Quanto aos aspectos patrimoniais, por exemplo, a respeito do regime de bens, o pacto antenupcial.

- E os silvícolas, onde estão?

R: Eles sumiram. Hoje, ele é chamado de índio e pronto. Porque a palavra “silvícola” é infeliz, e se refere aos que vivem na selva. A maioria dos índios não vive mais na selva. Antes, no VCC, o silvícola era considerado relativamente incapaz. Hoje, no NCC, ele é chamado de ÍNDIO, no artigo 4º, § 1º, do CC, a capacidade deles está regulada em lei especial, porque o CC foi omissivo.

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

OBS.: Na legislação especial, a Lei 6001/73, no art. 1º, ele é tratado como absolutamente incapaz; todavia, a mesma lei excepciona a regra da incapacidade ao admitir a validade do ato do índio caso ele revele consciência e conhecimento do ato praticado que não lhe prejudique.

Na verdade, é incapaz absolutamente o índio que vive no meio da selva, porque a maioria dos índios hoje possui consciência. Por isso, a incapacidade foi mitigada.

Segundo o artigo 3º, I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

O que é RESTITUTO IN INTEGRUM?

R: É o benefício da RESTITUIÇÃO. Ver na apostila. Ele é oriundo do Direito Romano que cuidava de um privilégio concedido ao incapaz no sentido de reconhecer-lhe o direito de anular o ato que praticou caso lhe fosse prejudicial.

Isso é um absurdo. Era a consagração da insegurança jurídica. Porque o menor, por exemplo, pediria a restituição que ele vendeu. Só se parece justo se provar que houve vício de vontade. Hoje, a maioria civil se equiparou à maioria penal.

A maioria se inicia no primeiro segundo após a meia noite ou se exige que se perfaça o ciclo de 24 hs daquele dia?

R: Segundo Washington de Barros Monteiro, a opinião correta é no sentido de que a maioria é atingida no 1º instante do dia em que se completa 18 anos.

EMANCIPAÇÃO:

Todavia, existe um instituto jurídico que admite a antecipação da capacidade plena. É a EMANCIPAÇÃO.

A EMANCIPAÇÃO só tem efeitos CIVIS. A pessoa emancipada aos 16 anos continua tendo inimizabilidade penal. Ela só emancipa a capacidade civil plena. A emancipação também não gera efeitos administrativos. Nós temos 3 tipos de emancipação:

1. **EMANCIPAÇÃO VOLUNTÁRIA – art. 5º, I – primeira parte**
2. **EMANCIPAÇÃO JUDICIAL – art. 5º, I, 2ª parte**
3. **EMANCIPAÇÃO LEGAL – art. 5º, II a V.**

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

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

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

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

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

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

1. A EMANCIPAÇÃO VOLUNTÁRIA é um ato concedido pelos pais. Que se opera na falta do outro. Se opera por instrumento público. É irrevogável e independe de homologação do juiz. Ela só é possível se o menor tiver pelo menos 16 anos completos.

A doutrina sustenta (Carlos Roberto Gonçalves), que na emancipação voluntária, em respeito à dimensão existencial da vítima, os pais permanecem responsáveis pelos atos que o menor emancipado praticar até os 18 anos de idade.

Ex.: A lei faz essa ressalva para evitar que a vítima fique sem ressarcimento, porque existem pais que possuem filhos irresponsáveis e que querem emancipá-los para que ele, ao se tornar capaz, possam assim “tirar” a responsabilidade deles. Mas, isso não acontece.

2. A EMANCIPAÇÃO JUDICIAL aplica-se, especialmente, a menores órfãos, ou cujos pais estejam destituídos do poder familiar. Quem concede a emancipação voluntária? São os pais!
Quem concede a emancipação judicial? É o juiz de direito! Que antes, ouve a opinião do tutor e concede a emancipação judicial.
Também na emancipação judicial, o menor deve ter, pelo menos, 16 anos completos. Art. 5º, I, do CC.

3. A EMANCIPAÇÃO LEGAL é a emancipação por força de lei. É a que mais ocorre na prática. Ela decorre do casamento. O casamento emancipa. Pelo CC, no art. 1.517, a idade mínima para se casar no Brasil é com 16 anos de idade. E se casando, o menor adquire capacidade plena, porque o casamento emancipa.

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

E se ele se separar ou se divorciar, a menoridade retorna?

R: Não!!!! Porque a separação ou divórcio, por terem efeito para o futuro, não prejudicam a emancipação decorrente do casamento.

Todavia, se o casamento foi invalidado (ex.: o casamento foi anulado), em princípio, conclui-se que a incapacidade (relativa) retorna. Porque a invalidação dada por sentença tem efeitos para o passado.

Além do casamento, que emancipa o menor por força de lei, o NCC é uma piada, porque emancipa também o menor que exerça EMPREGO PÚBLICO EFETIVO (em sentido lato), ou seja, qualquer função pública, abaixo dos 18 anos.

Ex.: as pessoas que ingressam nas carreiras militares que se inicia aos 17 anos.

E também pode se emancipar aquele que colar grau no ensino SUPERIOR antes dos 18 anos. Isso não existe mais!!!!

A prova do MPF perguntou: “A aprovação em vestibular de ensino superior emancipa?”

R: Não! Porque só se emancipa quando está graduado, na colação de grau.

Por força de lei, também se emancipa o menor, com pelo menos 16 anos completos que tiver:

- ou um estabelecimento CIVIL*
- ou um estabelecimento COMERCIAL (empresário)
- ou a existência da relação de EMPREGO (menor empregado)

* É aquele estabelecimento não empresarial. Ex.: o que dá aula de violão, montou uma quitanda...

Este menor, DESDE QUE, em razão desses estabelecimentos ou da relação de emprego, o menor tiver **pelo menos 16 anos completos E economia própria**, ele está EMANCIPADO POR FORÇA DE LEI.

Mas, economia própria é um conceito aberto. Segundo o Princípio da Operabilidade, este conceito deve ser analisado no caso concreto.

Ex.: O menor de 16 anos completos que ganhe 1 salário mínimo no Rio de Janeiro, pode não ter economia própria. Mas, se for nos confins da Paraíba, ele pode ser emancipado por força de lei. E se ele for demitido, não retorna a incapacidade, porque geraria insegurança jurídica a terceiros que tenham celebrado qualquer tipo de negócio com ele. Até porque ele se emancipou por ordenamento jurídico válido.

REPERCUSSÃO JURÍDICA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE CIVIL AOS 18 ANOS COM O NCC/2002:

1- NA ESFERA PENAL = art. 65, CP. Este artigo admite que o sujeito, de 18/21 anos, que tenha cometido crime, tenha o benefício de uma atenuante. Esse benefício penal continua em vigor?

R: SIM. Porque a doutrina paternalista (Marcos Viveiros Dias e LFG) sustenta que os benefícios penais em favor do réu entre 18/21 anos, continuam em vigor a luz do princípio da individualização da pena. (Ou seja, por ser paternalista, tudo que for para beneficiar o réu, não deixa de existir no CP).

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

2 – NO CPP = No campo processual penal, o tratamento é diferente. Os atos processuais praticados por pessoa maior que 18 anos não exige mais assistência.

3 – NO CAMPO PREVIDENCIÁRIO = o que aconteceu com os benefícios previdenciários que eram concedidos até os 21 anos de idade?

R: Neste campo, o enunciado 03 da Primeira Jornada de Direito Civil e a nota 42 de 2003, da Casa Civil do Governo federal, determinam que os benefícios previdenciários devem acompanhar o limite etário da lei previdenciária e não do CC.

4 – NA ESFERA DO DIREITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE = aqui, prevalece a orientação de que, em havendo conflito com o código civil, prepondera o ECA. A jurisprudência do STJ afirma que a liberação do menor infrator só ocorre aos 21 anos.

HABEAS CORPUS. ECA. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. ADVENTO DA MAIORIDADE PENAL. PEDIDO DE LIBERAÇÃO COMPULSÓRIA. IMPROCEDENTE. ORDEM DENEGADA

1. Apesar de a lei não tratar expressamente da ultra-atividade da medida de semiliberdade, a partir de uma interpretação sistêmica do Estatuto da Criança e do Adolescente é possível concluir que tanto a medida de internação como a de semiliberdade são aplicáveis ao menor mesmo após o advento de sua maioridade penal.

2. Para os efeitos de aplicação da Lei 8.069/90, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato, ex vi art. 104, parágrafo único do ECA. Precedentes.

3. A liberação compulsória, na realidade, só se dará aos 21 (vinte e um) anos de idade (art. 121, § 5o. do ECA).

4. Ordem denegada, de acordo com o parecer do MPF.

5 – NA ESFERA DO DIR. DE FAMÍLIA = o STJ já pacificou (Ver Informativo nº 232 e os Acórdãos Constantes do Material de Apoio), no sentido de que a redução da maioridade civil não implica cancelamento automático da pensão alimentícia. E a jurisprudência brasileira é pacífica de que o alimentando tem direito aos alimentos até em torno dos 24 anos, enquanto durar os estudos.

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de exoneração de alimentos. Maioridade. Exoneração. Ampla defesa e contraditório. Reexame de provas. Fundamentação deficiente.

- Não tem lugar a exoneração automática do dever de prestar alimentos em decorrência do advento da maioridade do alimentando, devendo-se propiciar a este a oportunidade de se manifestar e comprovar, se for o caso, a impossibilidade de prover a própria subsistência. Isto porque, a despeito de extinguir-se o poder familiar com a maioridade, não cessa o dever de prestar alimentos fundados no parentesco. Precedentes.

- Contudo, se foi propiciado ao alimentando ampla manifestação de suas teses, produção de provas e, por conseguinte, irrestrito exercício do contraditório, sendo os elementos fáticos devidamente examinados e, com base neste exame, houve conclusão do Juízo de primeiro grau, referendada pelo Tribunal de origem, no sentido do afastamento da obrigação alimentar, observado o binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, a modificação de tais conclusões esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

- Não se conhece do recurso especial na parte em que deficiente sua fundamentação.

Recurso especial não conhecido.

DJ 11.06.2007 p. 315

2ª Aula – 16/08/07

1. AUSÊNCIA:

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

Nos termos do art.6º do CC, a vida termina com a morte. E o que caracteriza a morte hoje, é a cessação das atividades cerebrais, tal como a Resolução de 1480/97, do Conselho Federal de Medicina. Ela afirma que o marco da morte é a cessão das funções encefálicas, inclusive, para fins de transplante.

O problema é a questão da morte presumida, que é muito importante para o concurso. No direito Brasileiro, ela se dá em 2 situações:

1. No caso da AUSÊNCIA.

2. Ou nas hipóteses do art. 7º do CC.

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

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

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

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

A Ausência é um procedimento que já está previsto na lei. Não precisa buscar a doutrina neste ponto. Basta ler a lei. A ausência se caracteriza quando um sujeito desaparece do seu domicílio, sem deixar paradeiro ou procurador. No material de apoio do professor, já todo o procedimento de ausência.

A ausência tem 2 fases: a primeira é a sucessão provisória, onde o seu patrimônio é provisoriamente transmitido ao herdeiro. E na segunda fase há a sucessão definitiva dos bens dele.

Ocorre que, pela Lei Brasileira, no art. 6º, no momento em que se abre a sucessão definitiva do ausente, ele é considerado **presumidamente MORTO**.*

* A análise da ausência é feita no material de apoio, Ler com o CC.

No momento em que se abre a sucessão definitiva, a sua esposa é viúva, ela pode se casar de novo. Na forma do parágrafo 1º, do art. 1571, do CC, aberta a sucessão definitiva, e considerado morto o ausente, resulta rompido o vínculo matrimonial. Ela já é viúva, por presunção, mas é.

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

E se o sujeito voltar, ele pode ingressar com uma ação para declarar a inexistência da morte, ou melhor, da ausência. Mas, ele vai argumentar que o casamento dele é válido. No entanto, se a viúva estiver com outra pessoa, e construiu nova família, mesmo que não possa continuar casada, por contestação do ausente, ela tem, no mínimo, a união estável.

Quando o sujeito é declarado ausente (diferentemente do morto de forma presumida), o registro da ausência não é feito no livro de óbito, e sim no LIVRO DE AUSENTES. (experiência cartorária) Mas, existem hipóteses, de morte presumida, que não se confundem com a ausência, que estão capituladas no artigo 7º do CC/2002.

Art. 7º, I - Pessoa que estava em grave perigo de morte, e o corpo não é encontrado.

Ex.: Vão 3054 da TAM

Art. 7º, II – casos de guerra. Ex.: Engenheiro de Belo Horizonte, contratado pela Odebrech e trabalhando no Iraque.

Art. 7º, § - só após de todas as formas de busca é que o juiz pode declarar o óbito. Esse procedimento se chama **PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO**, onde o juiz, nas hipóteses do art. 7º, ele declara o óbito e fixa a provável data de falecimento. Essa sentença não é de ausência, é de declaração óbito de mesmo.

Este sim é um registro feito no livro de óbito.

O juiz competente para declaração de óbito, deverá ser sempre o Juízo Estadual, porque se trata de ações e procedimentos que dizem respeito ao status da pessoa.

A Comoriência é uma situação de morte simultânea. Ela traduz a situação em que duas ou mais pessoas falecem na mesma ocasião (não precisa ser no mesmo local), sem que se possa indicar a ordem cronológica das mortes. É uma situação delicada, principalmente para fins de transferência de patrimônio.

Não precisa ocorrer no mesmo lugar, mas no mesmo acidente, o que geralmente ocorre no mesmo lugar.

Ex.: Maria e João, casados, ricos, morrem no mesmo acidente de carro. E deixam 2 herdeiros, uma prima da Maria e um primo do João. Esses herdeiros não se davam bem. No concurso, veja se o enunciado indica que um morreu primeiro. Porque se a questão disser que o laudo necroscópico não teve condições de indicar quem morreu primeiro, aplica-se a comoriência, de acordo com o artigo 8º, do CC/2002, na mesma linha dos Códigos do Chile e da Argentina, consagra a regra, segundo a qual, não se podendo averiguar a ordem dos óbitos, os comorientes (por presunção!!) presumem-se mortos AO MESMO TEMPO. Na prática, significa que se os comorientes são considerados mortos ao mesmo tempo, abrem-se cadeias sucessórias distintas. Ou seja, que um comoriente não herda do outro. E mais, se você aplicar o artigo 8º aqui, abre-se uma cadeia sucessória para Maria, e outra para o João, porque, são cadeias sucessórias autônomas. Um comoriente não herda do outro. Assim, a prima da Maria herda tudo dela e o primo do João herda tudo dele.

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

2. DOMICÍLIO

Antes do conceito, é preciso saber o seguinte:

* **Morada**: é o lugar em que a pessoa se estabelece, temporariamente.

Ex.: ficar no Rio para fazer um curso de 6 meses.

* **Residência**: é o lugar onde a pessoa se estabelece com habitualidade, com frequência.

Ex.: passar todo fim de semana na Serra.

* **Domicílio**: é mais do que a residência, porque nele, no termos do artigo 70 do CC, é o lugar em que a pessoa fixa residência com ânimo definitivo, transformando-o em centro da sua vida jurídica.

Esse ânimo definitivo de ficar = “animus manendi” É o elemento psicológico do domicílio.

Ex.: Meu pai diz “Meu sonho é manter a minha vida na fazenda”. Mas, é no Rio que ele tem o seu ânimo definitivo.

Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

No entanto, pode acontecer de um sujeito ter em uma cidade: residência, família e vida jurídica negocial, e em outra cidade também. Na forma do artigo 71 do CC, se uma pessoa tiver residência e vida jurídica em cidades diferentes, será considerado como seu domicílio **QUALQUER DELAS**. E para efeitos de competência territorial também.

Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

OBS.: O que é domicílio profissional? Essa inovação surgiu no CC de 2002. Ele é fixado apenas para aspectos concernentes à vida profissional do indivíduo (artigo 72 do CC). Quando se lê o art. 72, percebe-se que se refere apenas para isso.

Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

Parágrafo único. Se a pessoa exercer profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

Ex.: Médico que tem domicílio em Curitiba mas, trabalha alguns dias da semana, em Cascavel, que fica no extremo oposto do Estado do Paraná. Esse domicílio profissional serve apenas para aspectos concernentes à profissão. Se ele tem uma ação de investigação de paternidade (o foro só é da criança quando cumulada com alimentos), ela deverá ser proposta no domicílio geral, ou seja, em Curitiba. Agora, se ele tem uma ação que envolva questões de sua profissão, ela deverá ser proposta em Cascavel.

OBS.: **O que é Domicílio Aparente ou Ocasional, que foi desenvolvida por um jurista belga chamado Henri de Page?**

R: É uma ficção jurídica, prevista no artigo 73 do CC, para pessoas que não tenham domicílio certo. Então, **ONDE ELE FOR ENCONTRADO, SERÁ O SEU DOMICÍLIO**. Assim, a fixação é essa.

Ex.: ciganos, trabalhador de circo, caixeiros, ...

Art. 73. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.

Domicílio da Pessoa Jurídica se vê mais em Direito Administrativo e Processo Civil. Ele foi regulado no artigo 75 do CC.

Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

I - da União, o Distrito Federal;

II - dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;

III - do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;

IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

§ 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

§ 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.

ESPÉCIES DE DOMICÍLIO:

1. **Domicílio Voluntário = é o domicílio comum, fixado por simples ato de vontade.**

A natureza jurídica do ato de fixação do domicílio voluntário é de ato jurídico em sentido estrito. E o que é isso? Ele também é chamado de Ato Não Negocial. (veremos na outra aula)

Ex.: Querer se mudar do Rio para Floripa.

2. **Domicílio Legal ou Necessário = é fixado por lei. Logo, em princípio, não deve e não pode ser alterado pelas partes.** Artigos 76 e 77 do CC.

Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.

Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.

Art. 77. O agente diplomático do Brasil, que, citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade sem designar onde tem, no país, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde o teve.

Ex: art. 76 – DECORAR!!! Incapaz, Servidor Público, Militar, Marítimo e Preso. (Inês saiu mas ...)

Obs.: O militar é o integrante das forças armadas e também da polícia. O domicílio do militar, segundo a lei, é aonde ele servir. E no caso deste militar ser da Marinha ou da Aeronáutica, o endereço é de onde estiver o seu Comando imediato (a sede).

Obs.: O marítimo não é militar. Ele é o marinheiro da Marinha Mercante, da iniciativa privada. Pode estar embarcado na Petrobras, na Fronape...

Obs.: O Servidor Público será onde ele realizar permanentemente as suas funções.

Pessoas do art. 76 do CC	Domicílio Legal
Incapaz	Representante ou Assistente
Servidor Público	Lugar em que exercer permanentemente as suas funções. Servidor em Comissão não serve. Porque função temporária não fixa domicílio.
Militar	Onde ele servir.
Marítimo	Onde o seu navio está registrado, matriculado. Porque ele vive viajando.
Preso	Onde ele cumpre SENTENÇA. (não é em caso de prisão preventiva)

1. **Domicílio de Eleição é a última das espécies.** É regulado no art. 78 do CC e artigo 111 do CPC, é aquele estipulado pela vontade das partes, no contrato.

Ex.: compro uma geladeira no RJ, e em caso de litígio, qualquer conflito será resolvido no RS.

Art. 78. Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.

Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

No entanto, o **RESP 201195 do STF** - de SP, bem como a recente reforma processual que alterou o artigo 112 do CPC (“o juiz pode declinar de ofício!!!” Que se justifica pelo interesse público. - Lei 11.280/06), em respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa do Contratante, firmaram-se no sentido de considerar NULA a CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO, PREJUDICIAL AO ADERENTE, que em geral, é o consumidor.

Art. 112. Argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.

Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.

3. PESSOA JURÍDICA:

Foi consagrada no início do Século XX. E foi chamada de Ente de Existência Ideal (Teixeira de Freitas). A pessoa jurídica é decorrência do fato associativo. Por quê? Porque o ser humano tem a natural tendência a se agrupar.

Ela é um grupo humano personificado pelo Direito, visando a atingir determinadas finalidades. Esse é só um primeiro conceito, que recorre do fato associativo. E ela é um centro de imputação (segundo Hans Kelsen) ou uma pessoa de direito.

Obs.: Empresário individual é pessoa física, não é pessoa jurídica, mesmo que ele tenha CNPJ.

Na doutrina, nem sempre foi fácil reconhecer a pessoa jurídica, portanto, surgiram várias teorias explicativas:

TEORIAS EXPLICATIVAS DA PESSOA JURÍDICA: (são duas)

- 1. Teoria ou Corrente Negativista
- 2. Teoria ou Corrente Afirmativista

A **Corrente NEGATIVISTA** negava a pessoa jurídica como pessoa de direito. Negava a sua existência. Defensores: Brinz, Bekker, Planiol, Rudolf Ihering, ... O fundamento, era: a PJ não era pessoa de direito, era apenas um patrimônio afetado a uma finalidade. Ou diziam que a PJ não é pessoa de direito, era apenas um patrimônio coletivo, ou condomínio. E por fim, o último argumento, e mais comum, defendia que a PJ não era pessoa de direito, mas era um grupo de pessoas físicas reunidas.

Obviamente, esta corrente acima não vingou.

E A corrente **AFIRMATIVISTA** reconhecia a existência da pessoa jurídica. E as três teorias que surgiram dentro da Teoria Afirmativista, são:

- a) Teoria da Ficção
- b) Teoria da Realidade Objetiva (ou Teoria Organicista)
- c) Teoria da Realidade Técnica (que o Professor adota).

A Teoria da Ficção foi desenvolvida pelo brilhante Savigny, se baseando no pensamento de Windscheid. Ele sustentava que a Pessoa Jurídica teria existência meramente IDEAL, ou seja, abstrata. Ela seria uma criação da técnica jurídica, uma criação do Direito. A PJ não teria uma atuação na realidade social, porque ela era abstrata. Essa teoria não vingou, porque Savigny reduziu a PJ a uma ficção ou criação do Direito, mas é claro que a PJ tem atuação social, embora não se possa concretamente pôr a mão nela. Essa foi a falha do Savigny.

Isso revoltou uma parcela da Doutrina Internacional, principalmente um cidadão chamado Augusto Comte (Pai do Positivismo), que criou então uma teoria como reação á teoria do Savigny. Criando a Teoria da Realidade Objetiva. Para essa teoria, a PJ teria uma atuação SOCIAL REAL, ou seja, defendia-se que a PJ seria uma célula ou um organismo social vivo.

Defensores: Clóvis Beviláqua, Lacerda de Almeida, Cunha Gonçalves,...

A Teoria da Realidade Técnica absorve o que cada uma das teorias anteriores tem de melhor. Ela é uma teoria moderada. É defendida por Saleilles, Ferrara. Essa é a teoria que melhor explica a Pessoa Jurídica. Ela afirma que a PJ, embora PERSONIFICADA pelo Direito, tem atuação social.

AQUISICÃO DA PESSOA JURÍDICA:

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

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

A aquisição da personalidade jurídica da PJ é regulada pelo artigo 45 do CC. Deve ser DECORADO!

a) Começa a existência = com a inscrição do ato constitutivo, no respectivo Registro. Ou seja, opera-se por meio do registro o seu ato constitutivo. **O ato de registrar a pessoa física é ato declaratório, já o registro da Pessoa Jurídica é ato constitutivo da personalidade.** Vem então Caio Mário complementar que, as Sociedades que não têm registro (sociedades irregulares ou de fato*), se já estão em atividade há 8 anos, por exemplo e, um dia resolve registrar seus atos constitutivos, esse registro só tem efeito para o futuro, porque não é possível legitimar o passado. Ou seja, ela trabalha de modo irregular.

* Considerando-se que o Registro da Pessoa Jurídica é constitutivo da sua personalidade, as entidades desprovidas de registro são consideradas IRREGULARES tratando-as o Novo CC a partir do artigo 986, como **SOCIEDADES DESPERSONIFICADAS**. Isso quer dizer que nos termos do artigo 990, essas sociedades despersonificadas permitem que os seus sócios ou administradores possam ser pessoalmente responsabilizados (coitados) pelos débitos sociais.

Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

O que é Ato Constitutivo de PJ?

R: Ele pode ser ou um Contrato Social ou um Estatuto.

E onde eu faço o Registro do Ato Constitutivo?

R: Em geral, ele é feito ou na Junta Comercial ou No Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas (CRPJ).

b) Em algumas situações, alguns tipos de pessoas jurídicas especiais, não basta o registro no CRPJ, porque é preciso de autorização ou aprovação do Poder Executivo.

Ex.: Bancos.

O Prazo para anular o registro de uma PJ: Prazo Decadencial de 3 anos. (art. 45, § único, do CC).

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

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

O seu ato de constituição é o Estatuto, e ele é registrado no CRPJ. Você pode excluir um associado sim. Mas, no caso do condômino, não é possível expulsá-lo, mas pode-se aplicar multa progressiva (condômino equânimo).

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

3ª Aula – 23/08/07

ASSOCIAÇÕES:

As Associações são entidades de direito privado formadas pela união de indivíduos com a finalidade de realizar fins não econômicos. (art. 53, CC)

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

O Ato Constitutivo é o estatuto. E deve ser levado ao registro no cartório de pessoa jurídica. (art. 54, CC)

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

- I - a denominação, os fins e a sede da associação;**
- II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;**
- III - os direitos e deveres dos associados;**
- IV - as fontes de recursos para sua manutenção;**
- V - o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;**
- VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.**
- VII - a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.**

Uma associação tem a sua diretoria, a sua presidência, o seu conselho fiscal, e o mais importante: a Assembléia Geral.

Assembléia Geral – competência (art. 59, CC) – compete a ela destituir administradores, alterar o estatuto, e o quorum da assembléia deve ser definido na própria assembléia.

Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral:

- I – destituir os administradores;**
- II – alterar o estatuto.**

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores.

O CC inova ao prever a possibilidade do associado ser expulso da assembléia, desde que haja JUSTA CAUSA, com direito de defesa e recurso. Ele tem garantido o CONTRADITÓRIO, mesmo sendo um procedimento extrajudicial. Art. 57, CC

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

OBS.: O CC fez um conceito aberto de justa causa. Ele não define qual atitude se configura justa causa. Por isso, vamos ver o que seja Sistema Aberto do Direito Civil (pedido na prova da magistratura de GO) e o Princípio da Operabilidade (pedido na prova da magistratura do PR). = É característica do novo CC, que consagrou um sistema aberto de normas, a adoção de cláusulas gerais e conceitos abertos, a exemplo da expressão “Justa Causa”. É uma tendência nitidamente européia. Porque o nosso sistema entende que esse sistema permite a melhor aplicação da norma ao caso concreto, ele fica com maior operabilidade. Porque caberá ao juiz, ou administrador, no caso concreto, preencher esse conceito.

Há diferença entre Cláusula Geral e Conceito Aberto.

Na forma do artigo 61, CC, uma vez dissolvida a Associação, o seu patrimônio será incorporado à outra entidade de fins não econômicos, nos termos do Estatuto ou, caso este seja omissivo, será incorporado a outra instituição congênera municipal, estadual ou federal.

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

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

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

Cuidado com a prova da CESPE, quanto ao sublinhado acima.

FUNDAÇÕES:

(de direito privado)

Conceito: As fundações, diferentemente, das associações e sociedades, não se formam pelo agrupamento humano, mas decorrem da personificação de um patrimônio na forma do art. 62 do CC.

Ela é criada por escritura pública ou testamento. (No Tabelionato de Notas – onde o instituidor irá destacar (ou dotar ou afetar) parte do seu patrimônio).

É só para quem tem dinheiro! Bens!

TODA FUNDAÇÃO NO BRASIL SÓ PODE TER FINALIDADE NÃO ECONÔMICA, NÃO LUCRATIVA. ELA É IDEAL (Art. 62, p. ú, do CC)

A fundação só poderá ter fim:

- Religioso,*
- Moral (educacional, em prol do meio ambiente, ...)*
- Cultural ou de Assistência.*

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

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

Etapas de Instituição da Fundação:

1º - A Afetação de Bens Livres do Instituidor, mediante a formalização de Escritura Pública ou Testamento.

2º - É a Elaboração do Estatuto (Porque as fundações são organizadas por seu estatuto. Ele vai normatizar a fundação, definir a diretoria, o conselho...) Quem elabora o estatuto? R: Quando for o próprio instituidor quem elabora, fala-se em ELABORAÇÃO DIRETA. Mas, se o instituidor delegar este encargo, fala-se em ELABORAÇÃO FIDUCIÁRIA. (porque fidúcia é confiança, e que neste caso, é depositada nas mãos de um terceiro).

E se o estatuto não for elaborado, quem o elabora é o Ministério Público (art. 65, CC) – cuidado com a prova da CESPE, que estuda para a prova da CESPE está preparado para qualquer prova. O MP tem um encargo subsidiário, ou seja, ele só vai elaborar o estatuto se quem deveria elaborá-lo ficar inerte por mais de 180 dias.

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

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

3º - A Aprovação do Estatuto pelo Ministério Público. (Se for o próprio MP quem elaborou o estatuto, quer dizer que ao elaborá-lo, ele já está aprovado. E se o MP não quiser aprová-lo, aprova o juiz).

4º - O Registro do Estatuto (no CRPJ – Cartório de Registro da Pessoa Jurídica).

Vale registrar que a alteração dos estatutos da Fundação exige o quorum de 2/3 dos seus administradores, nos termos do artigo 67, podendo a minoria vencida, impugnar a alteração em 10 dias a luz do artigo 68 do CC.

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

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

II - não contrarie ou desvirtue o fim desta;

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

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

Se a fundação for extinta, o que ocorre com seus bens?

R: Ver o art. 69 do CC – salvo disposição em contrário, aqueles bens vão constituir os bens de uma outra fundação.

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

É o Ministério Público ESTADUAL quem fiscaliza as Fundações no Brasil. Art. 66, § 1º, do CC. No entanto, se a fundação tiver algum fundo federal, o MPF atua junto. MAS, se a fundação funcionar no DF ou no Território, não é o MPF quem irá zelar por ela, e sim o MPDF (que tem competência ESTADUAL). (ADIN 2794 – onde o STF julgou procedente a INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 66 DO CC).

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

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal. (Vide ADIN nº 2.7948-8)

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

Se a fundação extrapolar os limites de um Estado, cada MP estadual atuará em seu território, conjuntamente.

SOCIEDADES:

As sociedades, espécies de corporações, são dotadas de personalidade jurídica própria, instituídas mediante contrato social (art. 981

do CC) e visam à realizar finalidade econômica ou lucrativa. Ela não tem estatuto, ela tem contrato social, e não tem associado, tem sócio.

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O novo CC, influenciado pelo Código Civil da Suíça, acabou com a distinção entre sociedades com atos de comércio (mercantil) e a civil. Acabou com o termo direito comercial, e agora é Direito Empresarial. Agora, nós temos as Sociedades Empresárias e as Sociedades Simples.

NÃO É SOCIEDADE EMPRESARIAL!!!!!! A atividade que é empresarial. E a sociedade é empresária.

Distinguir sociedade empresária de sociedade civil é bem complexo. A diferença não está no objeto social (no contrato social). A diferença entre elas está, especialmente, no exercício da atividade e também no órgão em que é feito seu registro. (art. 982 do CC)

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

{	SOCIEDADE EMPRESÁRIA	{	Exercício de atividade própria de EMPRESÁRIO
	≠		+ O REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL
{	SOCIEDADE SIMPLES	{	SÃO AS DEMAIS
			+ registro no CRPJ

A Sociedade Empresária exerce papel tipicamente capitalista, em que os seus sócios coordenam atividade econômica organizada, articulando fatores de produção (Capital, Trabalho, Tecnologia e Matéria Prima). O seu registro é feito na Junta Comercial.

Já as Sociedades Simples, em geral, prestadoras de serviços (ex.: médicos, advogados) caracterizam-se pela atuação ou supervisão pessoal dos seus sócios, sendo o seu registro feito do CRPJ.

No caso dos advogados, o registro se faz na OAB.

A Lei 11.101/05 (Falências) se dirige, especialmente, às sociedades empresárias.

Independentemente do seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações e simples, a cooperativa.

POLÊMICA QUANTO AO LOCAL DE REGISTRO DAS COOPERATIVAS:

Obs.: Há décadas, o registro das cooperativas sempre foi feito na Junta Comercial. No entanto, com o advento do novo CC, de 2002 em diante, o seu registro não deve mais ser feito na Junta Comercial, porque ela faz parte do grupo das sociedades simples, e deve ser registrada no CRPJ. (Defensores deste entendimento: Paulo Rêgo e Julieta Lunz) x (Contrário: Sérgio Campinho, por ser um doutrinador de Direito Empresarial, ele defende que a cooperativa deve continuar sendo registrada na Junta Comercial, porque a lei anterior seria especial em face do CC).

POLÊMICA QUANTO ÀS SOCIEDADES ENTRE CÔNJUGES:

O NCC traz uma restrição na sociedade entre homem e mulher no artigo 977 do CC. O Prof. defende que este dispositivo é totalmente inconstitucional. Porque a lei está afirmando presunção de fraude. Mas, pelo menos, o DNRC (Dep. Nacional de Registro do Comércio), exarou um Parecer Jurídico, de n. 125/03, no sentido de que esta restrição não se aplica às sociedades anteriores ao NCC.

Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

DISSOLUÇÃO DA PESSOA JURÍDICA:

Ela pode ocorrer de 3 maneiras:

1. Convencional;
2. Administrativa;
3. ou Judicial.

3. A dissolução **judicial** se opera com **sentença**.

Ex.: Falência. (Em geral, de sociedade empresária).

Obs.: Há sociedades que não estão sujeitas à Falência e estão submetidas ao procedimento de dissolução de sociedade em geral, nos termos do artigo 1218 do NCC, o procedimento é regulado pelo CPC de 1939. (matéria do Didier)

Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante. (????)

2. A dissolução **administrativa** opera-se por **cassação da autorização especial de constituição e funcionamento** de determinadas

peças jurídicas.

Ex.: Banco Central que dissolve um banco.

1. A dissolução **convencional** opera-se por meio de **deliberação** dos membros da entidade.

DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA:

“Disregard of Legal Entity” ou “Disregard Doctrine”

Há um projeto de lei (PL 2426/03). Ler!

Histórico: Nasceu na Inglaterra pelos idos de 1896 no famoso caso julgado Salomon x Salomon Co., causando reflexos na Alemanha (com Rolf Serick), na Itália (com Pierrô Verrucoli) e no Brasil (com Rubens Requião).

Obras a respeito: USP – O Novo Direito Societário – Calisto Salomão Filho.

Salomon era um cidadão de visão, na Inglaterra. Ele queria formar uma companhia, e para isso precisava de 7 pessoas. Cada sócio detinha uma quota de 20 mil. Assim que a Co. começou a atuar, passou a adquirir dívidas. Ao perceber que ele ia quebrar, ele astutamente emitiu no Mercado de Ações inúmeros títulos de alto valor (que lhe dava o direito de receber em primeiro lugar). Quando a empresa quebrou, ele era o primeiro credor da fila, onde os demais credores estavam sem garantia. Esses credores então pediram a desconsideração da Personalidade Jurídica para garantir o seu crédito de volta.

Conceito: A doutrina da desconsideração **pretende o afastamento temporário** (episódico) da personalidade jurídica da entidade, visando a permitir que os credores possam se satisfazer no patrimônio pessoal do sócio ou administrador que cometeu o ato abusivo.

Atente que pelo Princípio da Função Social da Empresa e da Continuidade dela, a desconsideração não pode aniquilar a pessoa jurídica.

Essa desconsideração serve para qualquer sociedade, empresária ou não, até mesmo para entidades filantrópicas, associações, uma sociedade simples ..., podem ser desconsideradas. Enunciado 284 das Jornadas.

284 – Art. 50. As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não-econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica.

Vale registrar que a Desconsideração da Pessoa Jurídica nada tem a ver com a sua Despersonalização e nem com a Responsabilidade Pessoal dos Sócios. (é a responsabilidade subsidiária dos sócios)

O art. 135 do CTN estabelece o “ultra vires”, onde se vê a despersonalização da pessoa jurídica. Isso é outra coisa, não tem nada a ver com o tema ora abordado. Na despersonalização a sociedade é aniquilada, é uma medida muito mais gravosa.

DIREITO POSITIVO:

A Desconsideração da Pessoa Jurídica não foi contemplada no VCC, de 1916. Apenas a CLT chegou a mencioná-la. Mas, a primeira lei de grande porte, no Direito Privado, que regulou essa doutrina, foi o CDC, no artigo 28.

O NCC a contempla no artigo 55 para as situações em geral, e o art. 28 do CDC para as relações de consumo em especial. No entanto, antes de ler o art. 50 do CC, é preciso saber o que é a TEORIA MAIOR E A TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.

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

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

A Teoria Menor é muito mais fácil de ser aplicada. Porque para ela basta a demonstração da insolvência da entidade. O juiz desconsidera a PJ da empresa e permite que o credor tenha acesso diretamente ao patrimônio pessoal do sócio. Ela surge mais nos casos que envolvem o consumidor ou questões ambientais.

A Teoria Maior é mais difícil de ser aplicada, porque esta teoria não se contenta com o não pagamento ou a não insolvência. Pois se exige também requisitos específicos. Esta teoria foi adotada pelo artigo 50 do CC. É por isso que certas empresas terminam e ainda sim os sócios ficam milionários.

É bom ler o acórdão proferido no caso da queda de parte de um teto do shopping de Osasco para entender estas teorias. Pegar no material de apoio.

Art. 50 do CC – “Desvio de Finalidade” ou “Confusão de Patrimônio”.

Obs.: Segundo a doutrina de Fábio Konder Comparato (O Poder de Controle na Sociedade Anônima – Ed. Forense) o NCC dispensa para efeito de desconsideração a prova do dolo específico do sócio ou administrador (Ainda bem! Porque será muito difícil para a vítima de uma pessoa jurídica provar o que se passava na mente de um sócio que teve intenção de prejudicá-lo).

Neste caso, em havendo grupo societário, afasta-se a personalidade da entidade por meio da qual se cometeu o ato abusivo para se atingir outra empresa do conglomerado. Chama-se isso de despersonalização indireta, porque se trata de uma “empresa podre” no meio de outras do mesmo grupo para assumir os débitos das demais.

O que é Desconsideração Inversa?

Desconsideração Inversa é uma criação da criatividade Brasileira. Nela, diferentemente do sistema tradicional, o juiz deve atingir o patrimônio da entidade para poder satisfazer o direito da vítima, do sócio ou administrador que cometeu o ato abusivo.

Ex.: um cidadão casado, ao se separar, o juiz teve que fazer uma desconsideração inversa para penhorar os bens da empresa para chegar ao patrimônio do sócio, porque ele transferiu tudo para ela na iminência da separação e partilha de bens com a ex-mulher.

BENS JURÍDICOS:

Com base no pensamento de Agostinho Alvin e Orlando Gomes, **podemos definir Bem Jurídico como toda utilidade física ou ideal que seja objeto de um direito subjetivo.**

Orlando Gomes sustenta que bem jurídico é gênero e coisa é espécie (seguindo a linha germânica). Mas, a matéria é polêmica, porque Maria Helena e Silvio Venozza entendem o inverso. Washington de Barros Monteiro já entende que eles são sinônimos.

Numa prova objetiva, esse tipo de questão não pode cair.

Mas, numa prova discursiva, o Professor recomenda colocar as posições acima, e que você se incline a Orlando Gomes, porque ele entende que de fato o NCC seguiu a doutrina germânica, e que bens é genérico, é muito mais amplo que coisas. Coisa é o objeto material.

E o que é Patrimônio Jurídico?

R: Caiu na prova do MPF. A sua natureza jurídica é de **uma universalidade de BENS, DIREITOS e OBRIGACÕES.**

Ex.: quando a pessoa morre, os seus bens se transformam em herança.

No entanto, a doutrina tradicional dizia que patrimônio era a representação econômica da pessoa. Mas, se consultarmos as obras de Carlos Alberto Bittar, Sérgio Severo, Clayton Reis e Rodolfo Pamplona Filho, eles avançaram dizendo que não é só isso. Pois, levanto-se em conta o conceito de patrimônio acima, o conjunto de direitos da personalidade também são integrados, que se chamam de patrimônio MORAL. E ainda, é forte e crescente na nossa doutrina a idéia de que cada pessoa possui um **único patrimônio.**

O que é Instituto Jurídico do Patrimônio Mínimo?

R: Trata-se de tese desenvolvida por Luiz Edson Faquim, segundo a qual, em uma perspectiva civil constitucional, as normas da legislação ordinária devem resguardar, a cada pessoa, um mínimo de patrimônio para que tenha vida digna. (NÃO FALE EM SUBSISTÊNCIA!!!! PREFIRA DIGNIDADE)

Ex.: Em nome do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não se permite a doação universal (art. 548 do CC), ou seja, aquela em que não se respeita a Reserva de Patrimônio Mínimo para se ter uma vida digna. Isso também configura a aplicação da Repartição Horizontal dos Poderes. (ver o nome na aula de constitucional)

Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

Ex.: As normas do Direito de Família também aplicam esta Teoria do Patrimônio Mínimo.

Obs.: Dolo de Aproveitamento = é a intenção existente no dolo daquele que quer causar prejuízo com abuso.

E-mail do Professor: pablostolze@terra.com.br

Pesquisar: Teoria da Paternidade Sócio Afetiva

4ª Aula – 30/08/07

BENS JURÍDICOS E BENS DE FAMÍLIA

Não precisa anotar porque o material está todo no site do LFG.

- BENS IMÓVEIS
- BENS MÓVEIS

Obs.: **Bem imóvel é o solo ou tudo aquilo que se incorporar natural ou artificialmente.**

- Mas, ainda se consideram imóveis os bens incorporados por acessão intelectual?

Ex.: escada de incêndio, material de obra, tudo aquilo que você deixa no quintal da sua casa.

R: A doutrina clássica, baseada no código de 1916, tradicional no Brasil, **admitia** a categoria de bens imóveis por acessão intelectual (ex.: o maquinário agrícola empregado na fazenda). No entanto, a despeito da polêmica, a doutrina moderna **não aceita mais** esta classificação a luz do novo CC/2002 (ver Enunciado nº 11 da 1ª Jornada de Direito Civil).

II – Art. 79: não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão “tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”, constante da parte final do art. 79 do CC.

- Art. 80, I, CC – direitos reais são considerados bens imóveis.
- Art. 80, II, CC – o direito sobre a herança tem a natureza imobiliária.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

- I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;**
- II - o direito à sucessão aberta.**

• Quer dizer que se a herança envolver 3 carros, essa herança continua ter natureza imobiliária?

R: Sim! Porque a doutrina brasileira é forte no sentido (Francisco Cahali) de que por ter natureza imobiliária, a renúncia dos direitos hereditários é cercada de formalismos (escritura pública, outorga uxória do cônjuge do renunciante que não for casado em separação de bens).

- Art. 83 do CC – consideram-se móveis as energias que tenham valor econômico (energia elétrica, sêmen do boi – que é energia biológica).

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

- I - as energias que tenham valor econômico;**
- II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;**
- III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.**

- Quanto aos bens singulares e coletivos, é outra classificação dos bens:

Bem Singular. Ex.: Um lápis.

Bens Coletivos: Ex.: rebanho, biblioteca, herança,...

A classificação mais importante é o que vem agora:

- Dos Bens Reciprocamente Considerados (que é estudado na Parte Geral e na Parte de Reais):

São eles os Bens Principais.

Ex.: a vaca com relação ao bezerro.

E os Bens Acessórios.

Ex.: os frutos com relação à árvore.

Frutos são bens renováveis!!!!

Ex.: café, laranja, ... eles podem ser naturais, civis, industriais...

Fruto é totalmente diferente de Produto! Os produtos são utilidades e NÃO se renovam.

Ex.: o carvão extraído de uma mina. Porque à medida que você vai extraíndo, a fonte vai se esgotando.

As Pertencas são bens acessórios. Elas não se integram ao bem principal. É um bem apenas ACOPLADO.

Ex.: Ar condicionado são pertencas. Assim como as caixas de som da sala de aula.

As Benfeitorias (cai muito em prova!) – trata-se de toda obra realizada pelo homem... arts. 96 e 97 do CC. Veremos melhor este tema na aula de reais.

Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.

§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

Art. 97. Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.

Obs.: Para saber se uma determinada obra é benfeitoria ou não, lembre que ela deve ser ARTIFICIAL! Não existe benfeitoria natural. Toda ela é feita pelo homem. E ela serve para melhorar, embelezar ou otimizar o seu bem principal, mas não visa a aumentar o valor do bem principal. Porque quando é para aumentar o valor dele, é acessão.

Bens Públicos e Bens Particulares - veremos em Direito Administrativo. Mas, quanto aos bens públicos, o Enunciado nº 287 da 4ª Jornada de Direito Civil, segundo o qual, a classificação do CC (bens de uso comum, de uso especial e dominial) não esgota os bens de domínio público, considerando que também tem natureza publicista os bens pertencentes à Pessoa Jurídica de Direito Privado, que estejam afetados à prestação do serviço público.

287 – Art. 98. O critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente a pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos.

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

BENS DE FAMÍLIA:

Tema muitíssimo cobrado nos concursos.

Quanto ao histórico dos bens de família, foi denominado “Homestead Act – Lei Texana de 1839”. Foi um dos piores anos do EUA, porque vários bancos faliram nesta época. Então, as pessoas tinham medo de fazer empréstimo (já que os bancos não tinham condições disso) porque poderiam perder as suas casas. Neste momento, baixaram esta lei garantindo a impenhorabilidade dos imóveis. Essa proteção, traduzida, é hoje o nosso Bem de Família, no artigo 70 do CC.

Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Há duas modalidades de bens de família:

Existe o Bem de Família Voluntário (art. 1.711 do CC)

E o Bem de Família Legal (Lei 8.009/90)

1. Bem de Família Voluntário – Art. 1.711 do CC:

Conceito: Trata-se do bem de família instituído por ato de vontade do casal, da entidade familiar, ou de terceiro (como o solteiro), mediante escritura pública e registro no cartório de imóveis, resultando em uma impenhorabilidade limitada e uma inalienabilidade relativa.

Ele produz esses 2 efeitos acima: IMPENHORABILIDADE E INALIENABILIDADE..

Obviamente, só quem vai poder instituir o bem de família voluntário é o solvente, porque se não fosse, ele estaria fazendo fraude contra credores.

Analizando o artigo 1.711 do CC – este valor é limitado a 1/3 do patrimônio líquido do casal ou família ou terceiro. E ele é voluntário porque é exclusivo do titular do bem.

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Obs.: Visando a evitar fraude a credores, o art. 1.711 do CC limita o valor do bem de família voluntário ao patamar de 1/3 do patrimônio líquido do instituidor.

• Como o escrevente vai saber se o bem do instituidor é de R\$ X, para poder apurar esses 1/3 de patrimônio? Por declaração do IR? – Não... Porque para o casal, é muito interessante instituir o seu bem como de família, porque ele gera esses 2 efeitos protetivos. Veja que o art. 1.715 fala que a impenhorabilidade do bem é limitada, porque, por exemplo, se houver execução de taxa de condomínio do prédio e tributos, este tipo de débito não está a salvo. E ainda o art. 1.717, sobre a inalienabilidade, ressalta que o bem de família serve para ser MORADIA. Não dá para instituir o bem de família e transforma-lo em uma quitanda. E o art. 1.712 prevê que para ser alienado ele tem que ter autorização e ouvir o MP.

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz.

Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.

O NCC permite que ao instituir o Bem de Família Voluntário, possam ser afetados também valores mobiliários (art. 1.712 do CC) na mesma escritura de instituição. Você pode escriturar o seu imóvel e também valores vinculados a ele, que são valores mobiliários. Ou seja, incluir no valor do imóvel os gastos que você tem para manter o apartamento, por exemplo: condomínio, taxas, impostos (IPTU), ...

Obs.: Nos termos da recente corrente jurisprudencial do STJ (RESP 439920-SP e RESP 315979-RJ) tem-se admitido, inclusive, ser **impenhorável** a renda proveniente de aluguel de único imóvel residencial locado. (ex: o aluguel é depositado na poupança). É só instituir o imóvel alugado como bem de família e inserir nesta instituição, no limite de 1/3, o valor do aluguel. Esse 1/3 se tornará impenhorável e inalienável (com limites), porque está protegido pelo bem de família, mesmo que o titular do imóvel não more nele, mas viva exclusivamente da renda deste imóvel (o aluguel).

O art. 1720 vai cuidar da administração do bem de família.

Art. 1.720. Salvo disposição em contrário do ato de instituição, a administração do bem de família compete a ambos os cônjuges, resolvendo o juiz em caso de divergência.

Parágrafo único. Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior, e, do contrário, a seu tutor.

Os arts. 1721 e 1722 cuidam da extinção do bem de família.

Art. 1.721. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família.

Parágrafo único. Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal.

Art. 1.722. Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos a curatela.

2. Bem de Família Legal – Lei 8.009/90:

Perceba que este tipo de Bem de Família Voluntário, apesar de ser um benefício ao titular do bem, porque ele protege 1/3 do seu patrimônio, não “pegou”. Ele não teve sucesso no Brasil.

Por isso, surgiu a Lei 8.009/90, que é a Lei do Bem de Família Legal. Esta lei consagra a **impenhorabilidade legal do bem de família**, independentemente da ida do titular instituí-lo em cartório. Mas, essa Lei 8.009/90 só consagra a IMPENHORABILIDADE do seu imóvel (a inalienabilidade, não!), mas não está limitado a 1/3 do seu patrimônio, portanto **a impenhorabilidade incide sobre a integralidade do imóvel.**

A Lei 8.009 NÃO REVOGOU O BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO!

Eles convivem conjuntamente.

O art. 5º da Lei 8.009 diz que se você tiver 2 imóveis, um de pequeno valor e outro de grande valor, o bem de família legal vai incidir sobre o bem de menor valor, salvo se o bem de maior valor já tiver protegido pelo bem de família voluntário.

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

- Se um cliente seu já tem seus bens penhorados, você pode salvá-los instituindo esses bens como bem de família?

R: a Súmula 205 do STJ admite a aplicação da Lei 8.009/90 para penhoras realizadas antes da sua vigência. (ver a data de publicação da lei)

Súmula: 205 - A LEI 8.009/90 APLICA-SE A PENHORA REALIZADA ANTES DE SUA VIGENCIA.

Obs.: Patrimônio de Afetação tem a ver com a Lei 10.931/05, das construtoras imobiliárias.

Art. 1º da Lei 8.009/90 – a IMPENHORABILIDADE. Veja que na ressalva no final do caput prevê uma LIMITAÇÃO A ESSA IMPENHORABILIDADE.

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

OBS.: O § único, numa interpretação literal, você chegaria à conclusão que o bem de família engloba todos esses bens, mas o STJ tem admitido o desmembramento do imóvel residencial para efeito de penhora, a exemplo do RESP 307693 de SC.

É bem verdade que a impenhorabilidade, no art. 2º desta lei, engloba os bens móveis que guarnecem a residência. A lei não prevê que bens móveis são esses. Mas, prevê os que não são protegidos pela impenhorabilidade, ou seja, são penhoráveis, tais como:

- adornos suntuosos,

- obras de arte e

- veículos de transporte (???? Quer dizer que existem veículos que não são de transportes? Seria o veículo do colecionador, por exemplo?)

Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

O STJ, em sede de RESP, já considerou impenhorável (portanto, protegido): TV, Freezer, Máquina de Lavar, Computador, Ar Condicionado, Antena Parabólica. E o RESP 218889 de SP, onde o Min. do STJ incluiu um teclado, por considerar que o instrumento poderia equilibrar as finanças da família ou poderia trazer lazer a ela.

O Bem de Família Legal tem a sua impenhorabilidade limitada porque o art. 3º da Lei 8.009/90 capitulou as exceções à impenhorabilidade. Elas formam uma norma de ordem pública. E por isso, são aplicáveis também ao Bem de Família Voluntário. Onde há mesma razão, há o mesmo direito. Veja que este artigo é muitíssimo utilizado pelos Bancos ao executar os seus devedores.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)

Relação de Dívidas que serão executadas ao devedor que tenha um imóvel, mesmo sendo este um bem de família:

I - São eles: dívidas oriundas de verbas salariais do EMPREGADO DOMÉSTICO, sendo ele crédito trabalhista ou previdenciário, que trabalhe na própria residência. Neste caso, o devedor perde a casa mesmo. O STJ, com o Min. Luiz Fux, derrubou um recurso do INSS, onde se cobrava o recolhimento da contribuição previdenciária para pedreiro.

OBS.: O RESP 644733 de SC, o STJ, em voto do Min. Luiz Fux, entendeu que na exceção legal do inciso I do art. 3º, não se incluem débitos previdenciários de empregados eventuais na construção ou reforma do imóvel.

II - o sujeito que compre um imóvel financiado e não o quita. (é a dívida do imóvel financiado)

III - a dívida de pensão alimentícia é um crédito poderoso, porque ele também pode causar a penhora de um bem de família.

IV - impostos, taxas e contribuições DEVIDOS EM FUNÇÃO DO IMÓVEL, também geram a penhora do bem de família.

Ex.: ITR, IPTU, ...

Obs.: Vale lembrar que o próprio STF já firmou entendimento no sentido de que, processo movido para cobrança de taxa de condomínio também excepciona a proteção do bem de família. (RESP do Min. Eros Grau).

V - o devedor não pode invocar o direito à proteção do bem de família se ele sofrer a execução de uma hipoteca sobre o imóvel que o casal tinha. Essa renúncia é válida? Porque o casal deu como garantia o seu bem de família. E pode? Eles quiseram!

Obs.: Essa exceção do art. 3º, inciso V, que permite ao credor hipotecário (o Banco) penhorar o Bem de Família dado em hipoteca, não subsiste caso se aplique a Súmula 308 do STJ. (RESP 616125 de SP). Neste caso, o bem de família continua protegido, por casa da Súmula que ataca uma das maiores atrocidades jurídicas que acontece em nosso país. Deste inciso, você parte para a súmula, e assim, a hipoteca é NULA DE PLENO DIREITO. (Para que não viole o Princípio Social do Contrato)

Súmula: 308 - A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

Obs.: Ao comprar um imóvel de uma construtora, você deve tirar certidões sobre ela (TJ, INSS, TRT, Fazenda,...). A compra de um imóvel é relação de consumo. E o contrato é de adesão. Se a construtora falir e hipotecar o seu imóvel, a súmula garante a sua nulidade de pleno direito, porque aquele imóvel se tornou bem de família do comprador. (e se o comprador tiver outros bens?)

VI - fácil...leitura pura da lei.

VII - O bem de família do fiador não fica a salvo da dívida do inquilino que deixa de pagar os seus aluguéis. NÃO SEJA FIADOR NUNCA NA SUA VIDA!!!!!!!!!!!! (inciso incluído pela Lei 8245)- A fiança se realiza no contrato de locação celebrado entre o locador e o locatário. O Prof. entende que isso fere o Princípio da Isonomia, porque o bem de família protege o devedor mas o fiador, não!

Obs.: O STF, no REXT 352940 - SP firmou entendimento, contra a decisão monocrática do Relator Min. Carlos Vellozo, no sentido de ser CONSTITUCIONAL a regra que permite a PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. Portanto, não tem para onde correr. Perde mesmo o seu imóvel, porque ele não é protegido como bem de família.

Caiu na prova o seguinte: O devedor solteiro goza da proteção do bem de família?

R: Num primeiro momento, o STJ disse que o devedor solteiro não tem (RESP 169239 de SP- Min. Barros Monteiro) essa proteção, porque a lei protege o bem de família, e o solteiro não pode, ele com ele mesmo, formar família. Mas, hoje o STJ entende, a luz do princípio constitucional do direito à moradia, que o solteiro goza dessa proteção segundo a Lei 8.009/90, RESP ? do RJ.

5ª Aula - 06/09/07

FATO JURÍDICO

Conceito: é todo acontecimento natural ou humano apto a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Alguns autores utilizam a expressão "jurígeno" (Picard). Mas, não use isso em prova, porque ele só se refere à criação do fato jurídico, e isso é muito pouco.



Obs.: O ato ilícito será melhor retratado na aula de Resp. Civil. Ele está no art. 186 e art. 187 do CC. Ele está num título separado. Há quem entenda que o ato ilícito faz parte do ato jurídico. Já o Prof. entende que ele é um instituto próprio, autônomo, relacionado não aos atos e sim às ações ilícitas. José Junqueira escreve sobre o tema. Para o professor ato ilícito está relacionado ao abuso de direito.

Obs.: O que se entende por *Supressio* e *Surrectio*?

R: Tem a ver com o ato ilícito. A *Supressio* e a *Surrectio* estão intimamente ligadas: opera-se a *Supressio* quando uma parte deixa de exercer determinado direito ou praticar um ato, criando, ao longo do tempo, na outra parte uma legítima expectativa de confiança, para permitir a consolidação de um direito, sem que haja, portanto, cometimento de ato ilícito. Não havendo ato ilícito, não há o que indenizar...

Ex.: O caso do pai do professor. O pai dele mora em um edifício onde há 2 vagas de garagem. Em uma delas, há um espaço confinado que o pai dele tem usado há um bom tempo para uso próprio. Ocorre que este espaço é área comum dos condôminos. E durante todo esse tempo, o pai dele nunca foi notificado a deixar de usá-lo. O professor entende que em casos como este, houve *Supressio* por parte do Condomínio que deixou de exercer o direito de reivindicar aquele espaço. E que o pai dele está construindo a idéia de aquilo ali está se tornando dele, já que ninguém reclama. O condomínio deveria ter feito uma notificação para que o condômino saia dali ou que pague pela utilização.

Fato Jurídico em Sentido estrito – é todo acontecimento natural que produz efeitos na órbita do Direito. É todo acontecimento alheio a vontade do homem.

O acontecimento comum é chamado de ordinário, tal como o nascimento, o decurso do tempo, a morte natural, são fatos em sentido estrito ordinários.

Um fato jurídico em sentido estrito extraordinário seria um acontecimento da natureza, como por exemplo, um terremoto. Mas, não é qualquer acontecimento da natureza que é fato jurídico. Ex.: chuva no mar, porque este acontecimento não tem qualquer efeito jurídico.

Tanto o FJ comum ou extraordinário não tem plano de validade. Não há fato nulo, por exemplo. Mas, dentro dessa classificação de FJ, há uma categoria muito importante que se refere à ação do homem, que é o ATO JURÍDICO.

Ele pode se subdividir em ato jurídico em sentido estrito
e negócio jurídico

ATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO:

Autores que desenvolveram este tema: Vicente Ráo, José Abreu, Orlando Gomes (Brasil).

Na Itália: Santoro Passarelli

O ato jurídico em sentido estrito, também chamado de ato não negocial, traduz todo o comportamento humano, voluntário e consciente (no plano da juridicidade), cujos efeitos jurídicos estão predeterminados na lei.

Aqui, no AJSE o agente **não tem liberdade** e nem autonomia privada para a escolha dos **efeitos** que ele persegue.

No AJSE, o agente concretiza o pressuposto legal da norma, mas é a norma quem escolhe os seus efeitos.

Ex.: Os denominados atos materiais. Tais como: a percepção do fruto de uma árvore. Quando sujeito realiza esse ato, a percepção que ele tem de sua propriedade é o efeito.

Ex.: A caça ou a pesca: ali o agente realiza o ato concreto, voluntário, mas o efeito não é você quem escolhe. Não há liberdade negocial.

Ex.: O ato de fixação de domicílio. O seu comportamento em escolher uma cidade é o ato. Mas, o efeito é a aquisição do imóvel, onde você não tem mais controle, porque quem tem controle aqui é a norma.

Ex.: Participações = no significado de atos de comunicação, no Direito, são AJSE. Como a notificação, por exemplo, aqui você comunica a outra parte. Você realiza o ato (que é voluntário), mas, os efeitos desta comunicação você não escolhe, quem determina é a lei.

Assim, o professor dá como exemplo uma notificação pedida a ele (que é juiz de direito) para que não só comunicasse a outra parte para que deixasse o imóvel, como também, que pagasse perdas e danos. Não pode! O ato de notificação é só para comunicar a saída. Mas, daí a utilizá-lo para perdas e danos é extrapolar os efeitos da lei.

O **NEGÓCIO JURÍDICO**, por sua vez, não consiste em um simples comportamento humano de efeitos jurídicos predeterminados. Trata-se de uma declaração de vontade, por meio da qual, o agente manifesta a sua autonomia privada, perseguindo os efeitos jurídicos, previamente, escolhidos, visando a satisfazer interesse patrimonial.

Mesmo no contrato de adesão, ainda há um mínimo de liberdade negocial. Por isso, a escolha desses efeitos só pode ser negócio jurídico. E esse negócio jurídico está intimamente ligado à autonomia privada e esta está limitada a princípios de ordem pública.

Ex.: Testamento – o testador tem a liberdade de escolher o seu conteúdo. Há escolha nos efeitos jurídicos que esse ato vai produzir.

Pontes de Miranda, Marcos Bernardo de Melo e Vicente Ráo, desenvolveram uma categoria muito polêmica que é o ATO-FATO. Esta categoria está entre o ato e o fato.

O ATO-FATO caracteriza-se pela realização de um comportamento que embora derive do homem (ATO) e produza efeitos, é desprovido de consciência e voluntariedade (FATO). No dizer de Marcos Bernardes de Melo, o ato-fato carece de elemento volitivo.

Ex.: do alienado que sai do hospício e encontra uma casa de argila. Lá, ele amassa uma bola de argila para comer, e antes de comer, ele é recapturado. Alguém especializado em Artes aparece e vê naquela bola de argila amassada uma obra de arte. Aquele ato do alienado foi realizado sem qualquer elemento de vontade. Mesmo assim, aquele ato gerou direitos, configurando-se em fato. Porque, mesmo sem consciência, o alienado adquiriu propriedade.

Ex.: a pessoa que encontra um tesouro.

Ex.: uma criança de 3 anos e meio, sem consciência alguma, dá 1 real para receber um bombom. É um contrato de compra e venda, mas é um contrato nulo, porque ele é absolutamente incapaz. Mas, a frequência disso é tão grande, que acaba sendo um negócio aceito, embora nulo.

Ora, a criança não tem o elemento volitivo de um contrato, ou de um negócio jurídico, como um absolutamente incapaz, por exemplo, de 15 anos (que é capaz de pedir desconto ou até mesmo negociar). Ele realizou um ato-fato, que produz efeitos, mas sem qualquer elemento volitivo.

Obs.: O que é um achádego – é a recompensa que você recebe quando encontra uma coisa perdida e devolve para o dono. (MPF)

Negócio Jurídico – Segundo Luiz Édson Faqui, analisando a teoria do ato jurídico, o sistema brasileiro adotou o Critério Dualista, segundo o qual, o ATO EM SENTIDO AMPLO subdivide-se em ato jurídico em sentido estrito (art. 185 do CC) e negócio jurídico a partir do artigo 104 do CC.

Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

O art. 185 remete o interprete ao art. 104 no que couber ao negócio jurídico.

TEORIAS EXPLICATIVAS DO NEGÓCIO JURÍDICO: (são 2)

Há basicamente, duas correntes doutrinárias.

A primeira teoria, segundo Antonio Junqueira, é a mais antiga, a chamada **Corrente Voluntarista**, desenvolvida na Alemanha, por **Willens Theorie (Corrente da Vontade)**. Esta corrente sustenta que o núcleo essencial do negócio jurídico é a vontade interna do declarante. Então, a vontade interna é a intenção.

Essa corrente foi a que mais influenciou o nosso CC, ver, por exemplo, o art. 112 do CC, que via na vontade interna a essência do negócio jurídico.

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

A outra corrente, chamada de **Corrente Objetivista**, ou **Corrente da Declaração (ERKLÄRUNGS THEORIE)**, discordava dizendo que não é a vontade interna que forma o núcleo do negócio jurídico, e sim, a vontade externa, ou seja, a declaração, a vontade que ele declarou.

Quem venceu essa quebra de braço?

R: Nenhuma.

Na verdade, elas não são antagônicas, elas se completam. Porque o negócio jurídico é manifestação de vontade, é a soma da vontade interna com a vontade externa.

Tanto é assim, que se houver um decapasso entre a minha vontade interna e a vontade externa, o negócio jurídico é nulo!

Obs.: O que são as Teorias da Pré Suposição e da Base do Negócio Jurídico?

São duas teorias explicativas do negócio, e que caem no concurso. A Teoria da Pré Suposição foi desenvolvida por WINDSCHEID em 1850 e a da Base do NJ por OERTMANN, em 1921.

Segundo a Teoria da Pré Suposição, o negócio jurídico somente seria considerado válido e eficaz, se a certeza subjetiva do declarante não se modificasse ao longo do tempo.

Ex.: Eu, pressupondo não ter filhos, fiz um testamento deixando todo o meu patrimônio para o meu sobrinho. Tempos depois, surgiu um filho que eu tive num carnaval. Eu pressupus que ele não existisse. Essa certeza subjetiva se modificou ao longo do tempo, logo, perdeu a certeza jurídica.

Já a Teoria da Base do Negócio, em linha muito semelhante, sustenta que o negócio jurídico poderá ser desfeito se durante a sua execução, circunstância ou acontecimento superveniente o desequilibrar. Veja que ele muito se aproxima à nossa Teoria da Imprevisão. E o raciocínio é o mesmo que o da teoria da pré suposição.

1. PLANO DE EXISTÊNCIA

- manifestação de vontade

- agente
- objeto
- forma

NEGÓCIO
JURÍDICO

2. PLANO DE VALIDADE
(104, C)

- livre + boa-fé
- capaz + legitimado
- lícito + possível + determinado
- livre ou prescrito em lei

3. PLANO DE EFICÁCIA

I. PLANO DE EXISTÊNCIA

Esse é o plano concreto do negócio. E na falta deles o negócio é inexistente (nunca inválido ou ineficaz).

Os 4 pressupostos do negócio são: manifestação de vontade, agente, objeto e forma. E faltando qualquer um deles, o negócio é inexistente.

Se o examinador perguntar a você quais são os elementos do negócio jurídico, você responde: em qual plano Excelência? No plano de existência, no plano de validade ou no de eficácia? Certamente, o examinador vai tratar você com outros olhos.

- MANIFESTAÇÃO DE VONTADE:

É o primeiro elemento do plano de existência, é a soma da vontade interna + vontade externa. Lembre-se que é onde há vontade. Faltando vontade, o negócio jurídico é inexistente (não é nulo!).

Ex.: Coação Física – ausência da manifestação de vontade, o contrato é inexistente.

Ex.: Em Direito Civil no plano da existência do negócio, o silêncio significa anuência? Ou seja, quem cala consente?

R: Caio Mário = Em princípio, o silêncio não traduz manifestação de vontade. O silêncio é o nada. Mas, **excepcionalmente**, o Dir. Civil Brasileiro reconhece efeitos jurídicos no silêncio, com base no art. 111 do CC.

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

Exemplo de Silêncio que produz efeitos jurídicos: **O Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.**

Ex.: A omissão Dolosa de Informação (art. 147 do CC).

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

Ex.: Com base no Princípio da Boa Fé, a depender das circunstâncias do negócio, o silêncio pode traduzir manifestação de vontade, para se evitar comportamento contraditório.

Por exemplo, uma empresa enviava todos os anos uma proposta para outra para fornecimento de material de carnaval. Em um ano, a proposta foi enviada, mas não houve retorno. Como o fornecedor sempre correspondeu, o proponente ficou tranquilo.

Na verdade, o que se quer evitar é a Teoria do “Venire Contra Factum Proprium” é a proibição ao comportamento contraditório, porque quebra a boa-fé. Assim, se o fornecedor deixa de fornecer os produtos, ele comete comportamento contraditório. E essa Teoria quer proibir isso. Isso é quebra o Princípio da Boa-Fé e da Confiança. Então, o silêncio, em respeito à boa-fé, pode ser entendido como anuência.

Ex.: Pagamento todo dia 15, há 3 anos, e cobrança de repente, no dia 10.

AGENTE:

Todo negócio prescinde de um agente, que pode ser pessoa física ou jurídica. Ele é o emissor de vontade. Sem o agente o negócio é inexistente.

OBJETO:

Sem o objeto o negócio é inexistente. Esse objeto é o bem jurídico, o bem da vida, o da prestação.

FORMA:

Este elemento está intimamente ligado à manifestação de vontade. O elemento manifestação de vontade e a forma não podem ser confundidos. Eles estão “umbilicalmente” ligados. Enquanto a manifestação da vontade é a soma da vontade interna + externa, a forma é apenas o revestimento exterior da vontade. A forma é apenas o veículo ou o meio pelo qual a vontade se manifesta, se projeta.

Ex.: Forma oral, mímica ou gestual, ...

Se não houver forma, o negócio é inexistente.

Mas, e se a forma não for aquela prevista em lei? Ora, essa não é a forma da validade e sim da existência!

Obs.: Em caso de inexistência, o juiz pode declará-la de ofício ou provocado por meio de Ação Declaratória de Inexistência de Ato Jurídico, que é imprescritível.

Ex.: O caso do Camponês Pedro. Este senhor compareceu ao gabinete do professor para dar um presente. E aproveitou o ensejo para tirar uma dúvida. Ele contou que havia guardado as economias de toda uma vida para comprar um terreno, um pedaço de terra para construir a sua casa. Feito isso, hoje ele é importunado com os herdeiros do sujeito que havia vendido esse terreno ao Sr. Pedro, por que diziam eles que o “de cujus” não vendeu nada a ninguém. O professor perguntou a ele quanto havia custado o imóvel. O camponês disse que tinha sido tantos reais. O professor fez as contas e viu que de fato, aquele valor era superior ao valor previsto em lei para imóveis que não exige escritura pública para serem

transferidos de um titular a outro. Perguntou então o professor se este senhor teria a escritura pública deste imóvel. E o Senhor, muito firme de seus direitos, apresentou ao professor um papel que ele havia guardado com muito esmero. Uma vez aberto o papel, o professor constatou que era uma folha de caderno com a marca de um dedão no rodapé.

Ou seja, este negócio é aceito pelo Direito?

Vejamos: No plano da existência, houve respeito à manifestação de vontade (um quis vender e o outro quis comprar), tem agente (comprador e vendedor), tem objeto (a venda de um imóvel) e tem forma (escrita). Portanto, no plano da existência, este negócio existe.

Mas, e no plano da validade, este negócio é aceito pelo Direito?

Vejamos no próximo ponto:

2. PLANO DE VALIDADE:

O artigo que serve de base para os pressupostos de validade é o artigo 104 do CC. Mas, atente que esse rol de pressupostos é INCOMPLETO!!!

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Um dos pressupostos do Plano de Existência do negócio Jurídico é a Manifestação da Vontade. Mas, para que ela exista e seja válida, ela tem que ser LIVRE + de BOA-FÉ.

E o Agente, para existir e ser válido, ele tem que ser CAPAZ + LEGITIMADO.

E o Objeto, para existir e ser válido, ele tem que ser LÍCITO + POSSÍVEL + DETERMINÁVEL.

E a Forma, para existir e ter validade, ela tem que ser LIVRE OU PRESCRITA EM LEI.

PLANO DE EXISTÊNCIA	PLANO DE VALIDADE
MANIFESTAÇÃO DE VONTADE	LIVRE + DE BOA-FÉ
AGENTE	CAPAZ + LEGITIMADO
OBJETO	LÍCITO + POSSÍVEL + DETERMINÁVEL
FORMA	LIVRE + PRESCRITA EM LEI

Então, se faltar um pressuposto de existência, o negócio é inexistente. E se faltar um pressuposto de validade, a vontade não foi aniquilada, o negócio não é inexistente, na verdade, ele é inválido.

Ex.: A compra de um churrasquinho na Bahia durante o Carnaval. Houve manifestação de vontade? Sim. Mas, houve boa-fé? Não, porque o comprador achou que era alcatra e era carne de um bicho que parece rato.

Então, neste caso, para ser negócio válido, ele tem que ser de boa-fé.

A doutrina de Orlando Gomes afirma que a licitude não significa apenas legalidade, mas consiste também na observância do padrão médio de moralidade (o chamado homem médio).

O contrato de prestação de serviços sexuais seria um negócio jurídico inválido por ilicitude do objeto. Se no concurso te perguntarem se esse contrato é aceito, você sempre deve se perguntar se ele é perfeito no plano da existência ou da validade. Vá analisando cada um dos pressupostos, se ele tem manifestação da vontade, se tem agente, se tem objeto, se tem forma, e depois, no plano da validade, se esses pressupostos de existência estão em conformidade com os pressupostos de validade.

*Ainda quanto à **FORMA:***

O princípio que vigora no Direito Brasileiro é o Princípio da Liberdade da Forma, no art. 107 do CC. Em geral, é forma livre, salvo quando a lei a exigir, excepcionalmente.

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Obs.: Todavia, em caráter excepcional, a forma pode ser exigida como prova do negócio (art. 227 do CC) ou a forma pode ser exigida como requisito de validade do próprio negócio. (art. 108 do CC)

Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

O artigo 108 do CC se refere à FORMA como pressuposto de validade. Seria a forma prescrita em lei.

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Ex.: compra de um imóvel com valor superior a 30 salários mínimos. Exige-se formalidade, exige-se solenidade, exige-se a forma pública (escritura pública).

Como considerar o valor do imóvel? Considera-se a declaração das partes ou o valor venal do imóvel?

R: O Enunciado 289 da 4ª Jornada de Dir. Civil é no sentido de que o valor de 30 SM é o arbitrado pelas partes no negócio e não pela Administração Pública. (enunciado não vincula!!!)

289 – Art. 108. O valor de 30 salários mínimos constante no art. 108 do Código Civil brasileiro, em referência à forma pública ou particular dos negócios jurídicos que envolvam bens imóveis, é o atribuído pelas partes contratantes e não qualquer outro valor arbitrado pela Administração Pública com finalidade tributária.

Obs.: Hoje, a Receita Federal obriga as Construtoras a declararem o valor real do imóvel, porque quando for feito o contrato de compra e venda, se houver alguma fraude no valor declarado, a Receita vai pegar.

Obs.: Na forma do artigo 1.417 do CC, em se tratando de promessa de compra e venda, qualquer que seja o valor do imóvel, o instrumento pode ser particular. E depois que pagar todas as prestações previstas na promessa, você lavra a escritura definitiva, e a forma é pública.

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO:

Este tópico está inserido no plano de validade dos negócios jurídicos.

1. **ERRO** – é causa de ANULAÇÃO do negócio jurídico.

Conceito = o erro traduz uma falsa representação positiva da realidade. Segundo Caio Mário, o erro traduz uma opinião errada sobre alguma coisa. É diferente de ignorância, porque ignorância é o negativo, é a falta de conhecimento. Mas, na prática, erro ou ignorância é o mesmo.

A Teoria do Erro foi reconstruída nos últimos anos, porque a doutrina clássica (Clóvis Beviláqua) e que ainda influencia o NCC (art. 138) afirma que o erro para anular o negócio jurídico deve conter 2 requisitos:

O erro deve ser substancial e escusável.

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Ou seja, que ataque a substância ou a essência do negócio.

Mas, esse segundo requisito é que traz a polêmica. O erro escusável é o comportamento perdoável. Concluir que um erro é substancial é fácil, mas chegar a conclusão que o erro é escusável é muito subjetivo. Então, a doutrina moderna, a exemplo do Enunciado 12 da 1ª Jornada de Direito Civil, sustenta, a luz do Princípio da Confiança, que é dispensável a análise da escusabilidade do erro. Ou seja, é irrelevante se o erro é perdoável ou não.

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

MODALIDADES DE ERRO:

Fundamentalmente, lembra Roberto Ruggiero que há 3 espécies de erro:

- 1 - o erro sobre negócio,
- 2 - o erro sobre objeto e
- 3 - o erro sobre pessoa.

1 - O ERRO SOBRE NEGÓCIO é o mais difícil de acontecer. Ele ataca a estrutura da declaração negocial de vontade emitida.

Ex.: Entro na loja, saio de lá com um brinde que eu pensei que era doação, mas não era, era locação. É imaginar que está celebrando um negócio, mas na verdade está celebrando outro.

2 – O ERRO SOBRE O OBJETO é o erro sobre o objeto ataca as qualidades ou características do objeto do negócio.

Ex.: A mãe do professor comprou uma “pedra” que venderam para ela como sendo da manjedoura do Menino Jesus.

Cuidado não confunda erro do objeto com vício redibitório. Este é um defeito oculto da própria coisa enquanto o erro do objeto é o erro

3 - O ERRO SOBRE A PESSOA é o erro que incide em um dos agentes participantes do negócio jurídico.

Ex.: celebrar um contrato com o gêmeo, achando que está celebrando com o seu irmão.

Em direito de família, o erro de pessoa tem especial aplicação no casamento, porque pode gerar a sua anulação. Há ainda o erro que anula registro civil de nascimento.

Essas modalidades de erro estão no art. 139 do CC. No material do professor há 2 jurisprudências interessantes.

Ex.: 20 dias de namoro – casamento – anulação por erro. O Tribunal não concedeu a anulação, porque a mulher tinha cultura e conhecimento mediano para perceber com quem estava casando. (o professor achou um absurdo!)

Ex.: Acórdão de 07/05/07 – anulação de registro de nascimento pleiteado pelo suposto pai que induzido a erro, acreditou que a criança registrada por ele era seu filho biológico. O registro foi anulado mesmo. E o professor discorda, porque essa anulação alegando erro poderia ter sido evitada a luz da paternidade sócio afetiva. Ele não explica porque ele adota essa linha de raciocínio, mas eu entendi que é para proteger a criança.

3. PLANO DE EFICÁCIA

Aqui que nós estudamos a condição, o termo e o modo ou encargo. São os elementos que interferem não na existência, e nem na validade, mas na eficácia do negócio jurídico. (veremos em outra aula)

6ª Aula – 13/09/07

DEFEITOS QUE ANULAM O NEGÓCIO JURÍDICO:

MODALIDADE DE ERRO – ERRO DE DIREITO

Ele não existia no CC de 1916 e só veio a surgir no CC de 2002. Porque Clóvis Beviláqua (1916) não aceitava essa modalidade de erro. Ele entendia que o ERRO seria sempre fático, seja erro sobre o negócio, sobre a pessoa ou sobre o objeto. Ele não aceitava a tese do erro de direito e foi a doutrina que trabalhou com a essa nova tese, qual seja, que esta é possível. Defensores: Eduardo Espínola, Carvalho Santos, Caio Mário.

Erro de Direito é um erro sobre a ilicitude. O erro de direito é um erro no alcance interpretativo da norma.

Obs.: O erro de tipo seria o erro de fato no penal. E o erro de direito, não incide no fato, ele incide na norma. É quando o sujeito interpreta errado a lei. Mesmo que a lei preveja que ninguém é dado o direito de desconhecê-la. No entanto, não é humanamente possível saber todas as leis.

O reconhecimento do erro de direito em favor do agente de boa-fé, não significa a recusa intencional de respeito à lei. Mas, sim, o reconhecimento da possibilidade razoável de haver equívoco na interpretação da norma. Quer dizer, em suma, que ninguém em dado ignorar a lei, mas ninguém está imune de interpretar errado a lei, e por isso ele pode anular o ato que pode ter interpretado errado.

Ex.: o aluno, candidato de determinado concurso, que sabia que a função que ele exercia não era reconhecida como atividade jurídica. Então, por causa da interpretação errada dele, ele pode ser processado por declaração falsa. Mas, ele interpretou errado!!! E se tinha boa-fé, ele pode anular o ato, por puro equívoco na interpretação da norma.

Erro de Direito – art. 139, III do CC

Art. 139. O erro é substancial quando:

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.

Havendo erro, em um negócio, se a outra parte aceitar revisar os termos do negócio, não haverá prejuízo. Não havendo prejuízo, não há o que invalidar. (ladra que perdoa ladrão)

Ex.: Comprei uma sandália Kenya, achando que era uma sandália Kenner. Se a outra parte aceitar, não há o que invalidar.

DOLO

O dolo é pior que o erro no plano axiológico, porque ele é carregado de má-fé, de peçonha, vil, soez. Então, no conceito valorativo, é pior. **Ele é o artifício, ardil, que induz uma das partes a incorrer em erro.** Ele é mais grave porque ele **é o erro provocado**. Mas, se por um lado, se no plano valorativo o dolo é mais grave, no plano da produção dos efeitos validantes o erro e o dolo, neste ponto, são iguais. Ambos são causas de **ANULAÇÃO DO ATO JURÍDICO**.

No Direito Romano, quando tratavam do dolo, esse defeito do negócio jurídico, os romanos já diferenciavam o “dolus malus” (que é o defeito, o vício) do “dolus bonus”, que era socialmente aceitável. O “dolus bônus” não era um defeito. É o que acontece, por exemplo, no mercado de publicidade, o anunciante realça as características do seu produto. Isso não é um defeito, não gera defeito no negócio dos outros.

Ex.: O hambúrguer da foto e o hambúrguer que você compra para comer.

Ex.: O xampu da TV e os cabelos maravilhosos que aparecem na tela.

Ex.: O creme dental que aparece na TV onde as pessoas têm os dentes na cor da parede.

Ex.: O brinquedo mirabolante na TV que não é nada disso quando se leva para casa.

Isso tudo é dolus bônus, aceitável. No entanto, nós temos comerciais que estão muito próximos ao “dolus malus”.

Então, haverá dolo mal na publicidade enganosa, ou na prática comercial abusiva, quando o declarante alterar ou mascarar espuriamente as características do objeto ou os termos do negócio.

Esse tipo de técnica abusiva é a **MENSAGEM SUBLIMINAR**. Ela é freqüentemente considerada prática ilícita e abusiva, carregada de má-fé. E realizada com o escopo de induzir o declaratário a realizar comportamento não refletido no seu plano crítico e consciente.

Existe ainda um projeto de lei, de nº 5.047/01 que visa a alterar o CDC para explicitamente proibir a veiculação de mensagens subliminares. (www.mensagensubliminar.com.br)

Ex.: Tela do cinema que mostra, sem que você perceba, várias vezes, o saco de pipoca e a garrafa da coca-cola.

É bom lembrar que a mensagem subliminar pode ser auditiva ou visual.

E esse dolo mal invalida o negócio.

ESPÉCIES DE DOLO:

1. Dolo Invalidante (ou dolo principal) – ou seja, o dolo somente invalida o negócio se ele atacar a causa, a substância do negócio. Art. 145 do CC.

Art. 145. São os negócios jurídicos **anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.**

O dolo que invalida o negócio é o dolo mal.

Obs.: Não posso confundir o dolo principal, invalidante do negócio, com o dolo simplesmente **acidental, que diz respeito apenas às características secundárias do negócio.** (art. 146 do CC)

2. Dolo Acidental (ou secundário):

Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das **perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.**

Esse dolo acidental não anula o negócio. Ele apenas gera a obrigação de indenizar por perdas e danos.

Ex.: Trouxe um celular dos EUA. Eu sei que ele não funciona aqui no Brasil, porque ele não é compatível com nenhuma operadora. E o vendo. Esse negócio é ilegal. Ele será invalidado. (é o dolo invalidante)

Ex.: Vendo um celular cujo acessório não funciona. Eu sabia, mas vendi assim mesmo. Ainda que o dolo tenha atingido um aspecto secundário, isso não invalida todo o negócio, mas dá direito às perdas e danos por aquele acessório. É o dolo acidental.

Já o dolo acidental só dá direito às perdas e danos mesmo. (porque não atine todo o negócio)

Obs.: o dolo pode derivar da atuação de um terceiro (art. 148 do CC)

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele/ **tivesse ou devesse ter conhecimento;** em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou. (= **cumplicidade**)

Explicação: havendo dolo de terceiro, o negócio só é anulado se houver cumplicidade entre o 3º e o beneficiado. A prova de concurso tem que dizer isso, que o beneficiário sabia ou devia saber dessa má-fé existente no negócio por parte do 3º. Se este beneficiado comprovar que não sabia, o negócio fica mantido, e o 3º é quem vai responder por perdas e danos ao prejudicado. Se não houve cumplicidade do 3º com o beneficiado, o beneficiado não tem que indenizar nada. Mas, se houve cumplicidade entre os dois, ambos arcarão com as perdas e danos, não de maneira solidária (porque a lei nada prevê sobre a solidariedade), mas sim, respondendo de acordo com a sua atuação dolosa.

Ex.: Um Corretor de Gado, movido pela má-fé, se propõe a comprar umas cabeças de gado do Fazendeiro Y, porque ele sabe que o gado está doente e já vai morrer. Por conta disso, ele comprou o gado por preço baixo, e os revendeu a uma Fazendeira X, por um bom preço, e sem que ela soubesse que o gado estava fadado a morrer em breve. Segundo a interpretação deste art. 148, se o corretor estiver em conluio com o Fazendeiro Y, o negócio é anulável e os dois ainda respondem por perdas e danos, na medida das suas participações. No entanto, se o Fazendeiro Y nada sabia sobre as más intenções do corretor, o negócio permanece válido (até porque o Fazendeiro Y não tem nada a ver com a malandragem do corretor, e não pode ter prejuízo) e só quem vai responder por perdas e danos será o corretor.

Em suma:
Dolo de 3º + conluio do beneficiado = anulação do negócio + perdas e danos sobre os dois.
Dolo de 3º _ conluio do beneficiado = não anula o negócio + perdas e danos do terceiro.

Perguntas:

1. O que é **DOLO NEGATIVO?** (caiu na prova de TJGO)

2. O que é **DOLO BILATERAL?**

1. O Dolo Negativo, previsto no art. 147 do CC, traduz uma **omissão dolosa**, violadora do Princípio da Boa-Fé Objetiva. O dolo negativo é uma omissão de informação, que viola o Princípio da Eticidade.

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

2. O Dolo Bilateral resulta da situação de má-fé das duas partes do negócio. (art. 150 do CC)

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

É a torpeza existente entre as duas partes, e por isso, não se compensa nada. É nulo o negócio.

COAÇÃO:

Nós temos 2 espécies de coação:

1. A Coação Física (vis absoluta) – **NEGÓCIO INEXISTENTE**

2. A Coação Moral (vis compulsiva) – **NEGÓCIO ANULÁVEL**

1. Ex.: O lutador de sumo que pegou o braço da senhorinha e a fez assinar um contrato, é um negócio inexistente. É inexistente porque não houve qualquer manifestação de vontade da senhorinha.

2. Ex.: A coação moral é uma coação psicológica. Aqui, a vontade de se manifestar não deixa de existir, mas ela é mitigada, deixando, porém, uma margem para a REAÇÃO. Nós veremos aqui que a coação moral torna o negócio jurídico anulável, e o seu conceito está no artigo 151 do CC.

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

Ex.: Se você não celebrar um negócio comigo, eu vou matar a sua namorada. Neste caso, o juiz vai avaliar se houve coação ou não.

Obs.: A figura do homem médio é a figura do homem de existência comum. Nunca use essa expressão em sua prova no caso de coação, porque o que conta para a coação são as condições do art. 152 do CC (como SEXO, IDADE, CONDIÇÃO, SAÚDE, TEMPERAMENTO...). Vale lembrar que, por força de norma explícita, art. 152 do CC, a coação sempre será analisada em concreto. Por isso, não se invoca a figura do homem médio. E mais, na forma do art. 153, fica claro que a coação não se confunde com a ameaça do Exercício Regular do Direito, nem com Simples Temor Reverencial.

Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

Ex.: Colocar o nome de alguém no Serasa não é ameaça, é exercício regular de direito. Assim entende a jurisprudência.

Ex.: O Temor Reverencial, que é o respeito à autoridade constituída ou reconhecida, também não representa ameaça. Ex.: Autoridade eclesiástica, os pais, os sogros, o militar,... eles não ameaçam ou coagem ninguém (a não ser que atuem com ameaças mesmo). É caso de RESPEITO, e não de ameaça.

COAÇÃO EXERCIDA POR TERCEIRO: (Art. 154 e art. 155 do CC)

Ex.: é o mesmo exemplo do dolo acima, só que é caso de coação de terceiro. Aqui, havendo cumplicidade entre o coator e o beneficiário, este responderá **SOLIDARIAMENTE** com o coator.

Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá **SOLIDARIAMENTE com aquele por perdas e danos.**

Esta solidariedade no dolo NÃO EXISTE. Até porque, a solidariedade não se presume. Lá, cada um vai responder segundo a sua atuação dolosa.

Art. 155. Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento (o beneficiário); mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.

Neste artigo, o negócio persiste, mas neste caso, haverá indenização por perdas e danos.

Ex.: O Corretor de Gado fará ameaças à fazendeira (ou você compra o gado ou te mato). E o negócio só será anulado se não houver cumplicidade entre o coator e o beneficiado. Se havia cumplicidade entre eles, o beneficiado responderá pela indenização integral ou solidária com o coator (porque ele sabia ou devia saber das ameaças feitas pelo terceiro).

Assim, se o beneficiado sabia ou devia saber (era cúmplice), ele responde por perdas e danos em solidariedade com o 3º.

Enquanto que se o beneficiado não sabia de nada, ele não responde por nada. O negócio não será anulado, porque para ele, tudo foi feito em conformidade.

LESÃO:

Esse vício do negócio jurídico é o mais próximo da nossa realidade.

A lesão é um defeito do negócio jurídico, causa de sua invalidade, resultado nefasto do **ABUSO DE PODER ECONÔMICO** e que se concretiza quando **em face do abuso, da necessidade ou inexperiência**, onde uma das partes assume prestação excessivamente onerosa, em franco desrespeito ao Princípio da Equivalência Material.

Este princípio significa que as prestações precisam ser equilibradas. E quando se realiza um negócio jurídico em que há lesão, as prestações do negócio jurídico já nascem desequilibradas, porque uma das partes abusa da necessidade ou da inexperiência da outra impondo uma prestação excessivamente onerosa. A **LESÃO JÁ NASCE COM O CONTRATO DESEQUILIBRADO**. Ele é geneticamente desequilibrado. Já a Lesão é diferente da Teoria da Imprevisão, onde o contrato nasce válido e se desequilibra depois.

Ex.: Contrato de compra de um som onde a parte compradora vai assumir uma prestação excessivamente onerosa por pura inexperiência.

Obs.: Quando o desequilíbrio do contrato é oriundo de taxa e juros bancários, o STF costuma não entender que seja lesão.

Obs.: O Caio Mário disse que o milionário pode até não sofrer lesão com frequência, mas pode ocorrer em razão da sua inexperiência (e não por conta de necessidade) em determinado ramo de um negócio desconhecido por ele. Mas, frequentemente, quem é vítima de lesão é o pobre, é o necessitado, e por conta dele, é que se deve usar o Princípio da Função Social do Contrato. Aliás, a lesão tem íntima relação com este princípio. Há um caso inclusive, que chegou ao STJ onde o tribunal não invalidou o contrato, mas recalculou a atualização da dívida do autor

devedor. (Ver acórdão no material do professor). Para o professor, este caso do empréstimo de 90 mil dólares que se tornou 1 bilhão de reais é um claro exemplo de lesão, e que deveria ter sido anulado sim.

A lesão é causa de invalidade do negócio jurídico. (depois ele vai explicar se é caso de anulação ou nulidade do contrato).

A primeira lei a regular a lesão, foi uma lei penal, Lei 1.521/51, art. 4º, que considerava como crime apenado com detenção a prática da usura ou da lesão. Assim, o negócio jurídico cujo valor fosse superior ao preço justo, configurava crime de usura ou lesão. Mas, não havia lei civil que regulasse a usura e nem a lesão. Então, se o negócio jurídico foi celebrado antes do CC/2002, como se faz?

Obs.: O STJ, no julgamento do RESP 434687/RJ, entendeu que no regramento anterior (CC/1916), a despeito da ausência de norma civil reguladora da lesão, o negócio que contivesse este defeito poderia ser considerado **nulo**, por ilicitude do objeto, nos termos do CC/1916.

A primeira lei de natureza civil que regulou a lesão foi o CDC, no art. 6º, V, art. 39, V e art. 51, IV.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam **prestações desproporcionais** ou sua **revisão** em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Das Práticas Abusivas

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Das Cláusulas Abusivas

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

O CDC regula a lesão nesses artigos da seguinte maneira: O jurista Nelson Nery afirma que o CDC possui normas de ordem pública. Portanto, a lesão prevista no CDC era por ele considerada causa de nulidade ABSOLUTA do negócio, era cláusula leonina, violadora do direito do consumidor.

O Princípio da Conservação orienta o magistrado sempre que o juiz for avaliar a validade do negócio. Mas, num contrato de negócio envolvendo consumidor, neste caso, é causa absoluta de nulidade do contrato. Portanto, você, com juízo deve analisar bem o contrato, porque se for oriundo do **CC**, é caso de **ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO**.

LESÃO – CONTRATO BASEADO NO CDC – É NEGÓCIO NULO

LESÃO – CONTRATO BASEADO NO CC – É CASO DE ANULAÇÃO

Em doutrina, são reconhecidos dois elementos ou pressupostos da lesão, quais sejam:

1. Um **Elemento Objetivo ou Material;**

OU

2. Um **Elemento Subjetivo ou Imaterial.**

Esse elemento objetivo não pode faltar na prova! Porque todo negócio viciado pela lesão o tem.

Eles são:

- **A DESPROPORÇÃO;**

- **O DESEQUILÍBRIO ENTRE AS PRESTAÇÕES DO NEGÓCIO.**

Todo negócio sinalagmático com lesão tem esses elementos.

O elemento subjetivo da lesão também tem 2 aspectos:

- **O DOLO DE APROVEITAMENTO DA PARTE QUE SE BENEFICIA (isso para a doutrina clássica)**

- **A NECESSIDADE OU A INEXPERIÊNCIA DA PARTE QUE SE PREJUDICA**

O Dolo de Aproveitamento é o dolo específico de aproveitar, de explorar. É a intenção de realizar o ilícito.

Embora a doutrina entenda que no negócio em que haja lesão deva ter o dolo de aproveitamento da parte que se beneficia e a necessidade ou a inexperience da outra parte que se prejudica, tanto o CC quanto o CDC, para auxiliar a parte que se prejudicou, dispensam a prova do dolo de aproveitamento.

Lembre-se que o Ministro Moreira Alves, que fez o Ante Projeto do atual CC, explica isso: ele quis que o CC tivesse uma posição mais objetiva. Assim, o dolo de aproveitamento tem a sua prova dispensada, no entanto, a necessidade e a inexperience devem ser provadas.

Veja isso no art. 157 do CC. – aqui não há critério matemático. O juiz é quem vai apreciar com liberdade.

Da Lesão

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperience, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º **Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.**

§ 2º **Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. (é o Princípio da Conservação do Negócio)**

Qual foi a pergunta que o professor fez que ele respondeu DEPENDE??????

ESTADO DE PERIGO:

Conceito: trata-se da aplicação do estado de necessidade do CP no Direito Civil. O Estado de Perigo também não foi regulado no CC/16, e só veio a aparecer no CC de 2002.

Ele é causa de **ANULAÇÃO** do negócio jurídico. Configura-se o Estado de Perigo quando o agente, diante de situação de perigo, de dano material ou moral conhecido pela outra parte, assume uma prestação excessivamente onerosa. Perceba que o Estado de Perigo também é oriundo de um vício que NASCE com o negócio. É um dano a sua integridade física, a sua integridade psicológica, é por conta disso, é diferente da lesão. Porque aqui não há inexperiência ou ignorância, como existem na lesão. É o caso, sim, da situação de urgência, de grande necessidade. O necessitado aqui neste vício do negócio pode ser até muito bem esclarecido, mas, sujeito a uma situação de risco de vida. Tampouco o Estado de Perigo se confunde com a coação, porque aqui não há ameaça, há perigo efetivo, seja a sua pessoa, ou a pessoa próxima ou a sua família.

Em havendo estado de perigo, o negócio será ANULADO.

Do Estado de Perigo

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Ex.: um cidadão teve o filho seqüestrado. O seqüestrador diz que se não for pago o resgate até o dia 10, o seqüestrado morre. Então, o familiar se socorreu de um agiota. Neste caso, não é lesão, é estado de perigo.

Ex.: exigência de cheque caução como condição para internar uma pessoa em um hospital em situação de emergência.

Obs.: (Para quem quer concurso do MPF!!!) Além de ilegal, imoral, por força da aplicação da Teoria do Estado de Perigo, vale acrescentar que a Resolução nº 44 de 2003, da Agência Nacional de Saúde, recomenda representação perante o MPF, em caso de exigência do cheque caução.

O cheque é negócio jurídico? Ele é ato negocial. E neste caso você até pode entregar o cheque, mas com toda segurança, pode sustar o cheque alegando com firmeza o seu motivo, porque você assumiu este negócio em estado de perigo. O negócio é ANULÁVEL.

Veja o RESP 796.739/MT – 07/05/07.

Obs.: Um cheque, geralmente, não se discute a causa. Mas, neste caso hospitalar, tem que discutir. Pode acontecer do hospital exigir um cheque em branco. E neste caso, se ele for preenchido e SACADO, você pode pedir a restituição em dobro. E se for pouco? Tipo, um cheque de R\$ 3.000,00, o juiz arbitra o que lhe for justo.

SIMULAÇÃO

Na simulação, celebra-se um negócio jurídico que tem aparência de negócio normal, mas que, em verdade, não pretende atingir um efeito que juridicamente deveria produzir. A doutrina clássica a classifica como um vício muito grave.

É uma declaração falsa da vontade, visando aparentar negócio diverso do efetivamente desejado.

A simulação é diferente do dolo, porque neste, uma das partes é sempre vítima. Enquanto que na simulação, as partes não se comutam para prejudicar um terceiro. A simulação é produto de um conluio entre os contratantes, visando obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir. Difere do dolo, porque neste a vítima participa da avença, sendo induzida em erro, porém. Na simulação, a vítima lhe é estranha. É chamada de vício social porque objetiva iludir terceiros ou violar a lei.

No CC de 1916, a Simulação era causa de anulação do negócio jurídico, enquanto a Simulação no CC/2002 é causa de nulidade. No que tange a validade do negócio, você tem que aplicar a lei da época em que foi celebrado o negócio.

A simulação pode ser de 2 espécies:

- Simulação Absoluta
- Simulação Relativa (também chamada de Dissimulação)

Ambas geram a nulidade do negócio.

Na Simulação Absoluta, as partes criam um negócio jurídico aparentemente normal, mas, que não pretende produzir efeito algum.

Nesta simulação, as partes não realizam nenhum negócio. Apenas fingem, para criar uma aparência, uma ilusão externa, sem que na verdade desejem o ato. Em geral, destina-se a prejudicar terceiro, subtraindo os bens do devedor à execução ou partilha. Ex.: a falsa confissão de dívida perante amigo, com concessão de garantia real, para esquivar-se da execução de credores quirografários.

Sinopse Jurídica da Saraiva - 2006

Ex.: Um sujeito está apavorado com a sua separação, porque sua mulher é advogada. Ele então chama um amigo para celebrar uma simulação absoluta. Ele quer transferir o seu patrimônio para o seu amigo sob a falsa criação da quitação de uma dívida. Essa é a simulação absoluta.

Na Simulação Relativa, as partes criam um negócio jurídico aparentemente normal, mas, que visa a **encobrir um outro negócio jurídico, de fins proibidos por lei.**

Nesta simulação, as partes pretendem realizar determinado negócio, prejudicial a terceiro ou em fraude à lei. Para escondê-lo ou dar-lhe aparência diversa, realizam outro negócio. Compõem-se de 2 negócios: um deles é o simulado, destinado a enganar. E o outro é o

dissimulado, oculto, mas verdadeiramente desejado. O negócio aparente, simulado, serve apenas para ocultar a efetiva intenção dos contratantes, ou seja, o negócio real. É o que acontece, por exemplo, quando o homem casado, para contornar a proibição legal de fazer doação à concubina, simula a venda a um terceiro, que transferirá o bem àquela; ou quando, para pagar imposto menor e burlar o fisco, as partes passam a escritura por preço inferior ao real.

Sinopse Jurídica da Saraiva - 2006

Ex.: Um sujeito é casado e mantém a vida conjugal, além de uma amante. O STJ já entende que a amante tem direitos. Ela é a dissimulada neste caso. Porque o homem faz uma doação a ela. Uma simulação relativa. Ou ainda, quando faz a simulação por interposta pessoa. O homem quer dar um imóvel para a amante, e doa primeiro para um amigo para que este doa para ela.

Veremos depois o que seja Reserva Mental e Contrato Vaca Papel.

7ª Aula – 20/09/07

DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

ERRO

Ele não existia no CC de 1916 e só veio a surgir no CC de 2002. Porque Clóvis Beviláqua (1916) não aceitava essa modalidade de erro. Ele entendia que o ERRO seria sempre fático, seja erro sobre o negócio, sobre a pessoa ou sobre o objeto. Ele não aceitava a tese do erro de direito e foi a doutrina que trabalhou com a essa nova tese, qual seja, que esta é possível. Defensores: Eduardo Espínola, Carvalho Santos, Caio Mário.

Erro de Direito é um erro sobre a ilicitude. O erro de direito é um erro no alcance interpretativo da norma.

Obs.: O erro de tipo seria o erro de fato no penal. E o erro de direito, não incide no fato, ele incide na norma. É quando o sujeito interpreta errado a lei. Mesmo que a lei preveja que ninguém é dado o direito de desconhecer-la. No entanto, não é humanamente possível saber todas as leis.

O reconhecimento do erro de direito em favor do agente de boa-fé, não significa a recusa intencional de respeito à lei. Mas, sim, o reconhecimento da possibilidade razoável de haver equívoco na interpretação da norma. Quer dizer, em suma, que ninguém em dado ignorar a lei, mas ninguém está imune de interpretar errado a lei, e por isso ele pode anular o ato que pode ter interpretado errado.

Ex.: o aluno, candidato de determinado concurso, que sabia que a função que ele exercia não era reconhecida como atividade jurídica. Então, por causa da interpretação errada dele, ele pode ser processado por declaração falsa. Mas, ele interpretou errado!!! E se tinha boa-fé, ele pode anular o ato, por puro equívoco na interpretação da norma.

Erro de Direito – art. 139, III do CC

Art. 139. O erro é substancial quando:

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.

Havendo erro, em um negócio, se a outra parte aceitar revisar os termos do negócio, não haverá prejuízo. Não havendo prejuízo, não há o que invalidar. (ladra que perdoa ladrão)

Ex.: Comprei uma sandália Kenya, achando que era uma sandália Kenner. Se a outra parte aceitar, não há o que invalidar.

DOLO

O dolo é pior que o erro no plano axiológico, porque ele é carregado de má-fé, de peçonha, vil, soez. Então, no conceito valorativo, é pior. Ele é o artifício, ardil, que induz uma das partes a incorrer em erro. Ele é mais grave porque ele é o erro provocado. Mas, se por um lado, se no plano valorativo o dolo é mais grave, no plano da produção dos efeitos validantes o erro e o dolo, neste ponto, são iguais. Ambos são causas de ANULAÇÃO DO ATO JURÍDICO.

No Direito Romano, quando tratavam do dolo, esse defeito do negócio jurídico, os romanos já diferenciavam o “dolus malus” (que é o defeito, o vício) do “dolus bonus”, que era socialmente aceitável. O “dolus bônus” não era um defeito. É o que acontece, por exemplo, no mercado de publicidade, o anunciante realça as características do seu produto. Isso não é um defeito, não gera defeito no negócio dos outros.

Ex.: O hambúrguer da foto e o hambúrguer que você compra para comer.

Ex.: O xampu da TV e os cabelos maravilhosos que aparecem na tela.

Ex.: O creme dental que aparece na TV onde as pessoas têm os dentes na cor da parede.

Ex.: O brinquedo mirabolante na TV que não é nada disso quando se leva para casa.

Isso tudo é dolus bônus, aceitável. No entanto, nós temos comerciais que estão muito próximos ao “dolus malus”.

Então, haverá dolo mal na publicidade enganosa, ou na prática comercial abusiva, quando o declarante alterar ou mascarar espuriamente as características do objeto ou os termos do negócio.

Esse tipo de técnica abusiva é a MENSAGEM SUBLIMINAR. Ela é freqüentemente considerada prática ilícita e abusiva, carregada de má-fé. E realizada com o escopo de induzir o declaratório a realizar comportamento não refletido no seu plano crítico e consciente.

Existe ainda um projeto de lei, de nº 5.047/01 que visa a alterar o CDC para explicitamente proibir a veiculação de mensagens subliminares. (www.mensagemsubliminar.com.br)

Ex.: Tela do cinema que mostra, sem que você perceba, várias vezes, o saco de pipoca e a garrafa da coca-cola.

É bom lembrar que a mensagem subliminar pode ser auditiva ou visual.

E esse dolo mal invalida o negócio.

ESPÉCIES DE DOLO:

Dolo Invalidante (ou dolo principal) – ou seja, o dolo somente invalida o negócio se ele atacar a causa, a substância do negócio. Art. 145 do CC.

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

O dolo que invalida o negócio é o dolo mal.

Obs.: Não posso confundir o dolo principal, invalidante do negócio, com o dolo simplesmente acidental, que diz respeito apenas às características secundárias do negócio, (art. 146 do CC)

Dolo Acidental (ou secundário):

Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

Esse dolo acidental não anula o negócio. Ele apenas gera a obrigação de indenizar por perdas e danos.

Ex.: Trouxe um celular dos EUA. Eu sei que ele não funciona aqui no Brasil, porque ele não é compatível com nenhuma operadora. E o vendo. Esse negócio é ilegal. Ele será invalidado. (é o dolo invalidante)

Ex.: Vendo um celular cujo acessório não funciona. Eu sabia, mas vendi assim mesmo. Ainda que o dolo tenha atingido um aspecto secundário, isso não invalida todo o negócio, mas dá direito às perdas e danos por aquele acessório. É o dolo acidental.

Já o dolo acidental só dá direito às perdas e danos mesmo. (porque não atine todo o negócio)

Obs.: o dolo pode derivar da atuação de um terceiro (art. 148 do CC)

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele/ tivesse ou devesse ter conhecimento/ em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico/, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou. (= cumplicidade)

Explicação: havendo dolo de terceiro, o negócio só é anulado se houver cumplicidade entre o 3º e o beneficiado. A prova de concurso tem que dizer isso, que o beneficiário sabia ou devia saber dessa má-fé existente no negócio por parte do 3º. Se este beneficiado comprovar que não sabia, o negócio fica mantido, e o 3º é quem vai responder por perdas e danos ao prejudicado. Se não houve cumplicidade do 3º com o beneficiado, o beneficiado não tem que indenizar nada. Mas, se houve cumplicidade entre os dois, ambos arcarão com as perdas e danos, não de maneira solidária (porque a lei nada prevê sobre a solidariedade), mas sim, respondendo de acordo com a sua atuação dolosa.

Ex.: Um Corretor de Gado, movido pela má-fé, se propõe a comprar umas cabeças de gado do Fazendeiro Y, porque ele sabe que o gado está doente e já vai morrer. Por conta disso, ele comprou o gado por preço baixo, e os revendeu a uma Fazendeira X, por um bom preço, e sem que ela soubesse que o gado estava fadado a morrer em breve. Segundo a interpretação deste art. 148, se o corretor estiver em conluio com o Fazendeiro Y, o negócio é anulável e os dois ainda respondem por perdas e danos, na medida das suas participações. No entanto, se o Fazendeiro Y nada sabia sobre as más intenções do corretor, o negócio permanece válido (até porque o Fazendeiro Y não tem nada a ver com a malandragem do corretor, e não pode ter prejuízo) e só quem vai responder por perdas e danos será o corretor.

Em suma:

Dolo de 3º + conluio do beneficiado = anulação do negócio + perdas e danos sobre os dois.

Dolo de 3º _ conluio do beneficiado = não anula o negócio + perdas e danos do terceiro.

Perguntas:

1. O que é DOLO NEGATIVO? (caiu na prova de TJGO)

2. O que é DOLO BILATERAL?

1. O Dolo Negativo, previsto no art. 147 do CC, traduz uma omissão dolosa, violadora do Princípio da Boa-Fé Objetiva. O dolo negativo é uma omissão de informação, que viola o Princípio da Eticidade.

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

2. O Dolo Bilateral resulta da situação de má-fé das duas partes do negócio. (art. 150 do CC)

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

É a torpeza existente entre as duas partes, e por isso, não se compensa nada. É nulo o negócio.

COAÇÃO:

Nós temos 2 espécies de coação:

A Coação Física (vis absoluta) – NEGÓCIO INEXISTENTE

A Coação Moral (vis compulsiva) – NEGÓCIO ANULÁVEL

1. Ex.: O lutador de sumo que pegou o braço da senhorinha e a fez assinar um contrato, é um negócio inexistente. É inexistente porque não houve qualquer manifestação de vontade da senhorinha.

2. Ex.: A coação moral é uma coação psicológica. Aqui, a vontade de se manifestar não deixa de existir, mas ela é mitigada, deixando, porém, uma margem para a REAÇÃO. Nós veremos aqui que a coação moral torna o negócio jurídico anulável, e o seu conceito está no artigo 151 do CC.

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

Ex.: Se você não celebrar um negócio comigo, eu vou matar a sua namorada. Neste caso, o juiz vai avaliar se houve coação ou não.

Obs.: A figura do homem médio é a figura do homem de existência comum. Nunca use essa expressão em sua prova no caso de coação, porque o que conta para a coação são as condições do art. 152 do CC (como SEXO, IDADE, CONDIÇÃO, SAÚDE, TEMPERAMENTO...). Vale lembrar que, por força de norma explícita, art. 152 do CC, a coação sempre será analisada em concreto. Por isso, não se invoca a figura do homem médio. E mais, na forma do art. 153, fica claro que a coação não se confunde com a ameaça do Exercício Regular do Direito, nem com Simples Temor Reverencial.

Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais

circunstâncias que possam influir na gravidade dela.

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

Ex.: Colocar o nome de alguém no Serasa não é ameaça, é exercício regular de direito. Assim entende a jurisprudência.

Ex.: O Temor Reverencial, que é o respeito à autoridade constituída ou reconhecida, também não representa ameaça.

Ex.: Autoridade eclesiástica, os pais, os sogros, o militar,... eles não ameaçam ou coagem ninguém (a não ser que atuem com ameaças mesmo). É caso de RESPEITO, e não de ameaça.

COAÇÃO EXERCIDA POR TERCEIRO: (Art. 154 e art. 155 do CC)

*Ex.: é o mesmo exemplo do dolo acima, só que é caso de coação de terceiro. Aqui, havendo cumplicidade entre o coator e o beneficiário, este responderá **SOLIDARIAMENTE** com o coator.*

*Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá **SOLIDARIAMENTE** com aquele por perdas e danos.*

Esta solidariedade no dolo NÃO EXISTE. Até porque, a solidariedade não se presume. Lá, cada um vai responder segundo a sua atuação dolosa.

Art. 155. Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento (o beneficiário); mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.

Neste artigo, o negócio persiste, mas neste caso, haverá indenização por perdas e danos.

Ex.: O Corretor de Gado fará ameaças à fazendeira (ou você compra o gado ou te mato). E o negócio só será anulado se não houver cumplicidade entre o coator e o beneficiado. Se havia cumplicidade entre eles, o beneficiado responderá pela indenização integral ou solidária com o coator (porque ele sabia ou devia saber das ameaças feitas pelo terceiro).

Assim, se o beneficiado sabia ou devia saber (era cúmplice), ele responde por perdas e danos em solidariedade com o 3º.

Enquanto que se o beneficiado não sabia de nada, ele não responde por nada. O negócio não será anulado, porque para ele, tudo foi feito em conformidade.

LESÃO

É um defeito do negócio jurídico, causa de sua invalidade, resultado nefasto do abuso do poder econômico que se concretiza quando, em face do abuso da necessidade ou inexperiência, uma das partes assume prestação excessivamente onerosa, em franco desrespeito ao princípio da equivalência material.

A lesão nasce com o negócio ou contrato.

O STF não considera a presença do defeito da lesão em contratos com juros bancários, apesar do Prof. entender que isso é exemplo típico de lesão.

A lesão é causa de invalidade do negócio jurídico.

A primeira lei a regular a lesão no Brasil foi a Lei de Economia Popular (1521/51), que considerava crime apenado com detenção a prática da usura ou lesão.

OBS: o STJ, no julgamento do Resp. 434687 do RJ, entendeu que no regramento anterior, a despeito da ausência de norma civil, reguladora da lesão, o negócio que contivesse este defeito poderia ser considerado nulo, por ilicitude do objeto, nos termos do CC de 1916.

A primeira lei de natureza civil que regulou a lesão foi o CDC (arts. 6º, V, 39, V, 51, IV).

No CDC, como contém um sistema de normas de ordem pública, a lesão no CDC é considerada causa de nulidade absoluta do negócio (cláusula leonina).

Portanto, a lesão no CDC é causa de nulidade absoluta e no CC é causa de anulação do negócio jurídico.

Análise doutrinária da lesão: Em doutrina, são reconhecidos dois elementos ou pressupostos da lesão. Um elemento objetivo ou material e um elemento subjetivo ou imaterial.

Elemento objetivo: desproporção, desequilíbrio entre as prestações do negócio.

Elemento subjetivo: decompõe-se em dois aspectos: o primeiro deles é o dolo de aproveitamento da parte que se beneficia (é o dolo específico de prejudicar, de explorar) e o segundo aspecto é a necessidade ou inexperiência da parte que se prejudica.

Tanto o CC, como o CDC não exigem, para a configuração da lesão o dolo de aproveitamento. Exemplo disso é o art. 157 do CC:

“Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

***§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.** (princípio da conservação)*

ESTADO DE PERIGO

Trata-se da aplicação do estado de necessidade no direito civil. É causa de anulação do negócio jurídico.

Configura-se o estado de perigo quando o agente, diante de situação de perigo de dano material ou moral, conhecido pela outra parte, assume uma prestação excessivamente onerosa.

Esta situação de perigo é dano à saúde, integridade física, psicológica.

Art. 156 CC:

“Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

Em havendo estado de perigo o negócio será anulado.

Exemplo típico de estado de perigo é a exigência do cheque caução como condição para internamento hospitalar de emergência.

OBS: além de ilegal e imoral, por força da aplicação da teoria do estado de perigo, vale acrescentar que, a Resolução nº 44 de 2003 da agência nacional de saúde recomenda representação perante o MPF, em caso de exigência do cheque caução.

Resp 796739 MT de 07 de maio de 1007 = aplicação deste exemplo.

Em regra, na emissão do cheque não se discute a causa, mas nesses casos deve ser discutido.

SIMULAÇÃO

Na simulação, celebra-se um negócio jurídico que tem aparência normal, mas que, em verdade, não pretende atingir o efeito que juridicamente deveria produzir. A doutrina clássica classifica a simulação como um vício social.

No dolo uma das partes é sempre vítima. Na simulação as partes se mancomunam para prejudicar terceiro. No CC de 1916, a simulação era causa de anulação do negócio jurídico. No NCC, a simulação é causa de nulidade absoluta. Deve ser aplicada lei do tempo que o negócio foi celebrado.

A simulação pode ser de duas espécies.

- absoluta: as partes criam um negócio jurídico aparentemente normal, mas que não pretende produzir efeito algum.

- relativa: ou dissimulação. As partes criam um negócio jurídico, aparentemente normal, mas que visa a encobrir outro negócio jurídico de fins proibidos por lei.

Ex: cidadão que é casado e mantém uma amante. A lei brasileira proíbe a doação à concubina. Assim, o cidadão simula um contrato de compra e venda para encobrir a doação.

Ambas as espécies geram a nulidade do negócio jurídico.

***OBS:** À luz do princípio da conservação e, nos termos do Enunciado 153 da 3ª Jornada, na simulação relativa o negócio simulado é nulo, mas o juiz pode aproveitar o negócio dissimulado se for possível.*

Hoje qualquer dos simuladores poderá ir a juízo alegando a simulação, já que é causa de nulidade absoluta. Nulidade absoluta pode ser alegada por qualquer pessoa. Deverá ser aplicada a lei do momento da celebração do negócio, mesmo com a proibição do antigo CC de ser alegado pelos simuladores.

RESERVA MENTAL:

A reserva mental se configura quando o agente emite declaração de vontade resguardando o íntimo propósito de não cumprir ou atender à finalidade do negócio. Está na mente do agente.

Ex: digo que toda a renda da venda de um livro será revertida em doação para asilo. Na minha cabeça, mantenho a reserva de que não doarei e tomarei tudo de cerveja.

Enquanto está somente na cabeça do agente (escondida), não tem importância para o mundo jurídico. Manifestada a reserva mental, duas correntes na doutrina analisam os seus efeitos.

**** Uma primeira corrente (Caio Mário, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze) sustenta que, uma vez manifestada a reserva o negócio se torna inválido por dolo ou simulação.*

Ex: Falo alto e alguém escuta que não doarei e tomarei tudo de cerveja, se essa pessoa se mancomunou comigo para enganar outras pessoas, torna-se simulação.

**** Diferentemente, uma segunda corrente da doutrina (Moreira Alves e adotada pelo art. 110 do CC), sustenta que tomando o destinatário ciência da reserva o negócio jurídico não subsiste mais, ou seja, é inexistente.*

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

O QUE É CONTRATO DE VACA PAPEL??

Teoricamente, o contrato de vaca papel é um negócio de parceria pecuária que tem por objeto a cessão de animais, todavia, em verdade, freqüentemente dissimula ou mascara um empréstimo a juros extorsivos, já que no Brasil é proibido pela Lei da Usura.

Esse contrato, na verdade, é de agiotagem.

FRAUDE CONTRA CREDITORES:

Conceito: *A fraude contra credores, defeito do negócio jurídico, consiste na prática de um ato negocial que, diminui o patrimônio do devedor insolvente, em prejuízo de um credor preexistente.*

Quem comete a fraude contra credor é o devedor já insolvente (possui passivo maior que o ativo), que não tem como honrar com seus débitos.

Fraude contra credores ≠ Fraude à Execução: *esta (fraude à execução) é mais grave que a fraude contra credores, pois a fraude à execução é crime, pois atenta contra a administração da justiça. Na fraude à execução o devedor já está sendo processado, demandado.*

Na fraude contra credores, ainda não há demanda instaurada contra o devedor.

Fraude contra credores ≠ Simulação: *A fraude contra credores não se confunde com simulação por dois motivos, na fraude não existe simulação de negócio aparente e, na fraude a vítima é específica: é o credor preexistente.*

A doutrina clássica, desde Clóvis Beviláqua sustenta que a Fraude contra credores pressupõe dois requisitos: 1) consilium fraudis (= má-fé) e 2) Eventus damni (= prejuízo).

Existem atos que pela gravidade, presumem-se a má-fé. Ex: doação feita a terceiro, com devedor preexistente.

- Hipóteses legais de fraude contra credores: (ver esquema no material de apoio)

1) negócios de transmissão gratuita de bens (ex: doação feita pelo devedor insolvente);

2) Remissão de dívidas (ex: devedor insolvente perdoa dívida de terceiro).

“Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles”.

3) Contratos Onerosos do devedor insolvente em duas hipóteses (art. 159 CC): quando a insolvência for notória e quando houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

OBS: nos contratos onerosos, para se configurar fraude, além dos requisitos gerais, o credor possui o ônus de provar ou que a insolvência era notória ou que havia motivo para ser conhecida do outro contratante.

“Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Art. 160. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados.

Parágrafo único. Se inferior, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real”.

4) Antecipação de pagamento feita a um dos credores quirografários, em detrimento dos demais (art. 162 CC).

Art. 162. O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu.

5) Outorga de garantia de dívida dada a um dos credores em detrimento dos demais (art. 163 CC).

“Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor”.

AÇÃO PAULIANA: ação pessoal e específica para discutir a fraude contra credores, que independe de outorga uxória, sendo denominada também ação revocatória.

Legitimidade ativa: credor.

Legitimidade passiva: devedor insolvente em litisconsórcio com a pessoa que estipulou o ato com ele e, eventualmente, figurará também como litisconsórcio passivo o terceiro de má-fé.

**** Se o terceiro estiver de boa-fé, o bem ficará com ele.**

**** Qual a natureza jurídica da sentença na ação pauliana? A corrente que ainda prepondera, defendida por Clóvis Beviláqua e Moreira Alves, tem assento no art. 165 do CC, dizendo que a natureza da sentença é anulatória.**

“Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.

Parágrafo único. Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada”.

Uma segunda corrente no direito brasileiro, capitaneada por Cahali, e com precedente no STJ (Resp 684925 do RS), afirma que a sentença pauliana é apenas declaratória da ineficácia relativa do negócio fraudulento (esta corrente é visivelmente contra legem).

Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

INVALIDIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

O princípio que deve nos orientar é o da conservação. A invalidade do negócio desdobra-se em nulidade absoluta ou relativa (anulabilidade).

No direito brasileiro é corrente que as nulidades pressupõem previsão legal.

Existe uma corrente nova dizendo que há de existir a nulidade virtual. Diz que um negócio jurídico que não atenda a sua função social é tão grave que deve ser tratado como nulidade virtual.

NULIDADE ABSOLUTA

A nulidade absoluta é a mais importante e veio regulada em dois artigos (166 167 CC) no CC.

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

OBS: o motivo determinante comum a todas as partes é a causa do negócio jurídico, que não se confunde com o motivo psicológico de cada um. A causa é a finalidade, é a liberalidade. Ex1: tenho apartamento na Barra e celebro contrato de locação com Júnior. A finalidade comum foi instalar ali uma casa de prostituição. Esta finalidade é ilícita. A causa, portanto, declara a nulidade do negócio jurídico. Ex2: celebro contrato de seguro para meu carro, mas a finalidade é para fazer racha. Isso gera a nulidade do negócio.

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

OBS: toda vez que o legislado disser que 'é vedado', a pena também é a nulidade.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Características do negócio nulo:

- A nulidade absoluta pode ser argüida por qualquer interessado, pelo MP quando lhe couber intervir, ou declarada de ofício pelo juiz (art. 168CC).

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

- O negócio nulo não admite confirmação (art. 169, 1ª parte CC).

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

- A nulidade absoluta é imprescritível (art. 169, 2ª parte CC).

Todavia, o que é imprescritível é a declaração da nulidade. Mas, os efeitos patrimoniais daí decorrentes prescrevem.

- A sentença declaratória de nulidade absoluta tem efeitos ex tunc (retroativos). Proferida a sentença, esta sentença ataca o negócio desde o início.

NULIDADE RELATIVA OU ANULABILIDADE:

Não é tão grave quanto a nulidade absoluta. Está previsto no art. 171 CC.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Características do negócio anulável:

- Diferentemente do negócio nulo, a anulabilidade somente pode ser apontada por meio de ação anulatória proposta por quem tenha interesse jurídico, não podendo o juiz atuar de ofício (art. 177 CC).

Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

- A anulabilidade deverá ser impugnada dentro dos prazos decadenciais dos artigos 178 e 179 do CC. Regra geral o prazo é de 04 anos. Há um prazo supletivo de dois anos, previsto no art. 179.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

- O negócio anulável admite confirmação expressa ou tácita (arts. 172 a 174).]

Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

- A sentença anulatória, embora desconstitutiva, produz em caráter excepcional efeitos ex tunc (Humberto Theodoro Junior).

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO:

O NCC, em seu art. 170, considerou a conversão uma medida sanatória típica de negócios nulos.

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Conceito: Trata-se de uma medida sanatória por meio da qual, aproveitam-se os elementos materiais de um negócio inválido, convertendo-o em outro negócio válido e de fins lícitos.

Requisitos da Conversão: para que haja a conversão do negócio inválido é preciso haver dois requisitos: material – que é o aproveitamento dos elementos fáticos do negócio inválido; imaterial – a intenção dos declarantes no sentido de que, se houvessem previsto a nulidade, teriam celebrado o negócio convertido.

PLANO DE EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO:

Em regra, o negócio jurídico que existe e é válido tem eficácia imediata.

Ex.: Se uma pessoa me vende alguma coisa, eu tenho que pagar na hora. A entrega é na hora. E a eficácia é imediata.

Excepcionalmente, pode ser inserida uma cláusula que irá alterar a eficácia natural do negócio jurídico.

Quais sejam: condição, termo, modo (ou encargo). Esses são os elementos acidentais, ou acessórios, conforme define a doutrina. Eles se prendem ao negócio jurídico, e não se desprendem mais. Ficam aderidos.

Ex.: Eu te vendo amanhã o “liquid paper” se chover.

Então, a eficácia começa amanhã, quando chover e só então eu pagar para pegar o produto.

Todo negócio jurídico admite um elemento acidental?

R: Em regra, somente negócios, que envolvam um interesse econômico, podem ser objeto de elemento acidental. Os outros direitos indisponíveis e que não admitem a inserção de cláusulas com elementos acidentais são:

Ex.: direitos de família, direitos à honra, dignidade, ...

Obs.: A aceitação e a renúncia da herança também não admitem elemento acidental. Porém, o autor da herança pode inserir uma condição na sua herança, mas quem vai receber, não pode impor nenhum dos elementos acidentais do negócio jurídico.

Ex.: Só recebo esse bem se fulano jamais puder entrar nele.

CONDICÃO:

É a cláusula que subordina a eficácia do negócio jurídico a um evento futuro e incerto.

Ela é sempre um elemento acidental **INSERIDO PELA VONTADE DAS PARTES.**

A condição só existe se ela for inserida observando-se alguns requisitos:

- 1º requisito: **QUE A CONDIÇÃO SEJA VOLUNTÁRIA** – ou seja, que esta cláusula tenha sido inserida pela vontade das partes, no exercício da autonomia privada. A condição advém da vontade e não da lei.

Ex.: vou comprar o seu “liquid paper” se amanhã estiver chovendo. Essa condição foi criada pelas partes.

Porém, a doutrina diz que existe a **CONDICÃO PRÓPRIA** e a **CONDICÃO IMPRÓPRIA.**

CONDICÃO PRÓPRIA é aquela inserida pela vontade das partes. (art. 121 a 130 do CC). É a condição que estamos estudando.

CONDICÃO IMPRÓPRIA, também conhecida como **CONDICÃO LEGAL** ou **CONDITIO IURIS**, é aquela considerada como um pressuposto/exigência da lei. Essa nós não vamos estudar agora.

Ex.: Pacto Ante Nupcial – digamos que o pacto foi feito 2 meses antes da celebração do casamento. O pacto existe e tem validade, mas ele só produz efeitos na data de celebração do casamento. A celebração do casamento é uma condição necessária inserida no negócio jurídico por causa da lei, e não por causa da vontade das partes, é uma **CONDICÃO IMPRÓPRIA**, para que o negócio tenha eficácia. Mas, essa não é a condição que estamos estudando aqui.

Voltando à condição própria...

Além da Condição (própria) ser voluntária, o 2º requisito da condição é que deve ser um evento **FUTURO.**

- 2º requisito: **QUE A CONDIÇÃO SEJA UM EVENTO FUTURO:** Se o fato já é passado, condição não há. Se o fato já tiver ocorrido, o negócio é considerado plenamente desenvolvido (válido e eficaz). Porém, se o evento não ocorreu, o negócio não se formou.

Ex.: se o São Paulo ganhar do Boca Júnior amanhã, eu te pago uma caixa de cerveja. Como ele não ganhou, o negócio não ocorreu.

- 3º requisito: **QUE A CONDIÇÃO APRESENTE UMA INCERTEZA DO EVENTO FUTURO:** Se houver certeza, não é mais condição, é termo.

Neste caso, o evento pode ser “incertus an” ou “incertus quando”, ou seja, não se sabe se acontecerá o evento. E nem quando acontecerá. Não há limitação de tempo.

Ex.: Eu vou te dar uma moto quando eu passar no concurso. Neste caso, ninguém sabe quando será. Não há nenhuma certeza se o evento acontecerá ou não, pode acontecer no final da vida ou ano que vem.

Há ainda o “incertus an” ou “certus quando”, não se sabe se ocorrerá, mas se ocorrer, será dentro de determinado prazo.

Ex.: Se eu passar no concurso, eu vou te dar uma moto em 1 ano. Ninguém sabe quando vai ser, mas sabe-se que quando acontecer (isso é o “incertus an”), a moto será dada em 1 ano (é o “certus quando”).

Obs.: A Chuva é condição ou termo?

R: Depende! Depende da limitação de tempo que se condiciona. Se eu disser, que te dou uma caneta quando chover, sabe-se que um dia vai chover, mas não se sabe quando. Ou seja, o evento acontecerá, só não se sabe quando. Logo, isso é **TERMO.** A condição aqui é totalmente **ampla.**

Chuva é **CONDIÇÃO** quando for bem **restrita**. Ex.: se chover **amanhã**, aqui em SP, às 12 h, eu vou te dar uma caneta.

Agora, se eu disser: Daqui a 10 anos, se chover, eu te dou uma guarda-chuva. Então, a chuva aqui é termo, porque é claro que nessa amplitude de tempo, um dia vai chover.

CLASSIFICAÇÃO DA CONDIÇÃO:

A condição pode ser classificada da seguinte forma:

1ª Classificação: **EFEITOS** { ou **condição suspensiva**
condição resolutive

Classificando a condição de acordo com os seus **efeitos**, a condição pode ser: **suspensiva ou resolutive**. A condição suspensiva é aquela que quando verificada dá início aos efeitos do negócio. Ela suspende o exercício e a **aquisição** do direito. Condição suspensiva não gera direito, gera apenas mera expectativa de direito, e que o Cáo Mário chamava de “Spes Debitum in”.

Ex.: celebro um pacto ante nupcial (em azul), 2 meses antes de me casar. Até eu me casar, o pacto é um negócio que **EXISTE** e é **VÁLIDO**, mas ainda não gera efeitos. Quando eu me casar, neste momento, o pacto começa produzir efeitos (laranja). Até haver o casamento, o pacto estava sob condição suspensiva, ou seja, com o seu exercício suspenso e me dando apenas uma expectativa de direito.

Condição resolutive é aquela que, quando verificada, põe fim aos efeitos do negócio. O que diferencia da anterior é que a aquisição do direito ocorre desde logo, e o negócio produz todos os efeitos enquanto a condição não se verificar. É só inverter os sentidos.

Ex.: O pai empresta o carro ao filho e diz que se chover ele tem que entregar o carro (é um comodato, bem infungível). Esse negócio jurídico já produz efeitos, porque ele é existente, válido e eficaz. Mas, o pai disse que se chover, o filho tem que devolver o carro. Então, quando chover, o negócio que já estava produzindo efeitos ao amanhecer o dia, parou de produzir efeitos ao meio dia, quando começou a chover.

Negócio produzindo efeitos / parou de produzir efeitos

2ª Classificação **LICITUDE** { ou **lícita**
ilícita (além das condições perplexas ou contraditórias e a potestativa)

A condição segundo a sua **licitude**, ela pode ser lícita ou ilícita.

Ela é lícita quando ela está de acordo com o **ordenamento jurídico** (é a lei em sentido muito amplo, mais do que a lei, compreende a própria lei, a moral, a ordem pública e os bons costumes). Art. 122 do CC. É negócio válido.

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Ex.: Te dou uma caneta se chover hoje.

Condição ilícita é aquela contrária ao ordenamento jurídico.

Ex.: Te dou R\$ 1.000,00 se você bater na minha sogra. (segundo um juiz, que sentenciou a favor de um genro, que era réu numa cobrança de indenização por danos morais, bater na sogra não é ato ilícito, é estrito cumprimento do dever legal).

Além dessa condição ilícita, temos dentro dela a **condição perplexa ou contraditória**, que é aquela que priva de todo direito o negócio.

Ex.: Eu te dou essa caneta se você me devolver de imediato. Ora, se eu vou dar e já quero que ela me devolva, esse negócio está contaminado pelo contraditório.

E existe ainda, dentro da condição ilícita, a **condição potestativa**, que aquela que sujeita a eficácia do negócio ao puro arbítrio de uma das partes.

- 3ª Classificação: **POSSIBILIDADE** { **física**
ou
Jurídica

Ela pode ser tanto a possibilidade física quanto a possibilidade jurídica. Em ambas, se for possível a condição, o negócio é válido. Porém, quando a condição for impossível, é aquela que não pode ser cumprida. A consequência dessa condição impossível depende se ela é suspensiva ou resolutive.

Se ela for suspensiva, o negócio é nulo.

Ex.: Colocar toda a água do Rio Tietê dentro de um copo de água. Nenhuma pessoa consegue isso. Ou por exemplo, eu te dou um carro zero se você colocar toda a água do Rio Tietê nesse copo de água.

E se a condição impossível por resolutive, o negócio será válido e a condição será considerada inexistente.

Ex.: Meu amigo, eu te emprestei o meu carro, mas quando você colocar a água do Rio Tietê nesse copinho, você me devolve o carro. Ou seja, o negócio estava produzindo efeitos e vai continuar porque é impossível cumprir essa condição. Logo, o carro nem vai voltar para o dono se essa condição fosse considerada existente.

- 4ª Classificação: **NATUREZA** { **causal**
ou
meramente potestativa

potestativa

puramente potestativa

Ela pode ser uma **condição causal, que é aquela que independe da vontade das partes**. Normalmente, ela é uma condição ligada a um evento da natureza. Ela pode ser utilizada, porque ela é válida, o negócio é válido.

E ela também pode ser **potestativa** ou meramente ou simplesmente potestativa, que **é aquela que está sujeita à vontade de ambos os contratantes (não é arbitrário)**.

Ex.: Se você amanhã vier de blusa verde, poderá receber uma caneta minha. É uma condição válida.

A puramente potestativa é aquela que depende do arbítrio das partes.

Ex.: Amanhã eu vou te dar a caneta se eu quiser.

Há uma espécie ainda de **indeterminação potestativa da prestação**, no art. 489 do CC.

Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.

Quanto a esta condição, Pontes de Miranda já dizia que, pagar quanto quiser (“quantum volum”) é a mesma coisa que pagar **se quiser** (“si volum”).

Ex.: A pessoa vem pagar a prestação dele com uma moedinha de R\$ 0,10.

- 5ª Classificação: **MISTA = condição causal + meramente potestativa.**

Há ainda nesta classificação a condição mista, que é a soma da condição causal + uma meramente potestativa, o negócio jurídico é válido.

Mas, se for condição causal + uma puramente potestativa, o negócio é nulo, porque essa condição puramente potestativa contamina o negócio jurídico.

TERMO:

Termo é a cláusula que subordina a eficácia do negócio a um evento futuro e certo.

Ex.: Data futura.

Ex.: Apocalipse no ano 1999/2000. Não aconteceu, passou.

O Termo pode ser

{	suspensivo/inicial/dies a quo
	ou
	resolutivo/final/dies ad quem.

No Termo Suspensivo, o dia inicial é aquele que quando verificado dá início aos efeitos do negócio. No termo suspensivo, suspende-se o exercício, mas não a aquisição do direito. Neste caso, o termo suspensivo gera o direito adquirido. Não há uma mera expectativa de direito, como existe na condição.

O Termo Resolutivo é aquele que quando verificado põe fim aos efeitos, é o termo final.

Ex.: Eu vou te emprestar o carro no dia 01/10 e você deve me entregar dia 31/10. Esse negócio foi celebrado dia 27/09. Esse negócio existe e é válido, mas ele ainda não produz efeitos. Ele só passa a ter efeitos no prazo inicial, dia 01/10. E o termo final, é o do dia 31/10. Já há aqui o direito adquirido.

Quanto à Classificação, o termo pode ser CERTO ou INCERTO.

Termo Certo, também conhecido como “certus an certus quando” – é aquele certo que ocorrerá e se sabe quando ocorrerá.

Ex.: Data futura. Quando for dia 14/04/08, nós iremos ao Beto Carrero. Não há qualquer dúvida quando ocorrerá isso aqui.

O Termo Incerto, também conhecido como “certus na incertus quando”- é aquele que é certo que ocorrerá, mas não se sabe quando ocorrerá.

Ex.: A morte. É evento futuro e certo. (“death and taxes” – A morte e os impostos são sempre certos na vida.)

MODO OU ENCARGO:

Consiste na prática de uma liberalidade subordinada a um ônus.

Ex.: Contrato de doação modal. (ou seja, com modo ou encargo)

Ex.: Dôo um terreno para a igreja desde que ela cumpra um encargo.

Se o encargo não for cumprido, a parte prejudicada poderá pedir judicialmente a revogação da liberalidade.

Obs.: Em regra, o modo ou encargo não tem eficácia suspensiva nem resolutiva. A idéia é que ele produza efeitos desde então e que eles sejam eternos.

PRESCRIÇÃO:

É a perda da pretensão de reparação do direito violado em virtude da inércia de seu titular, no prazo previsto em lei.

Nunca mais diga que a prescrição põe fim à ação. Jamais! Pois, o direito de ação é um direito público, abstrato e indisponível.

O direito de pretensão é o direito que todas as pessoas têm de chegar ao Judiciário, segundo o Princípio da Inafastabilidade, por mais absurdo que seja a minha petição. Esse direito não se perde com a idade.

A prescrição põe fim à pretensão, e a ação condenatória é uma ação para cobrar uma prestação em Juízo. Esses institutos estão ligados aos DIREITOS SUBJETIVOS. Assim, a prescrição é um direito subjetivo que gera uma obrigação. E essa obrigação, segundo os estudiosos alemães, pela Teoria Dualista ou Teoria Binária da Obrigação, gera 2 vínculos jurídicos nas relações entre as pessoas.

Ex.: O locatário tem a obrigação de pagar o aluguel. Essa é a obrigação dele. É um dever jurídico. E que se não cumprido, vai gerar Responsabilidade Civil. Essa obrigação é composta de 2 deveres jurídicos: o 1º dever jurídico quer dizer que a pessoa deve cumprir espontaneamente uma prestação. Essa prestação é: dar, fazer e não-fazer (para o civil basta essas 3, mas para os processualistas, é fazer, não-fazer e dar dinheiro e dar coisa diversa de dinheiro). Se ela não cumpre, surge a Responsabilidade Civil, que é a consequência jurídica e patrimonial do descumprimento da obrigação (é o dever jurídico). A doutrina brasileira clássica entende que a responsabilidade civil é o descumprimento da obrigação, mas os alemães complementaram que não é só isso, é o descumprimento do dever jurídico. Quando se vai a Juízo cobrar uma indenização, o que se pretende (pretensão) na verdade é a execução da obrigação de fazer (ou dar, ou não-fazer). Mas, é uma pretensão, e não tão somente uma indenização. Essa pretensão tanto pode ser o cumprimento da prestação ou uma indenização a título de perdas e danos (porque pode ser que o cumprimento daquela prestação já tenha perdido o seu sentido. Ex.: Bolo de casamento que só chegou no dia seguinte).

Sempre se pergunte se o réu, nestes casos, tem ou não a obrigação de prestar essa obrigação, espontaneamente. Seja essa obrigação de dar, fazer ou de não-fazer. Se a resposta for positiva, esse direito sofre prescrição.

Ex.: entregar o bolo de casamento no dia do casamento.

Ex.: artigo 206, §1º, I do CC. Este caso aqui é de prescrição ou decadência? A pessoa estava obrigada a, espontaneamente, pagar a sua dívida, se estiver num restaurante e acabou de almoçar? R: Sim, claro! Se não pagar, a ação é condenatória e o prazo é de prescrição.

Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

Ex.: Art. 206, §2º, CC – **direito a pedir alimentos – esse direito é imprescritível** – mas, quando alguém pede alimentos, a partir do momento que a pessoa é condenada a pagar, começa a haver prescrição. Então, o direito a alimentos é imprescritível, porém, o **direito de executar** alimentos vencidos e não pagos, prescreve em 2 anos. Como saber se é decadência ou prescrição? Pergunte: essa pessoa, o réu, tem o dever jurídico de pagar alimentos? R: Sim, então surgiu aqui uma pretensão (prazo prescricional) de se pedir ao juiz os alimentos.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

DECADÊNCIA

É a perda efetiva de um direito potestativo pela falta de seu exercício no prazo previsto em lei ou pela vontade das partes.

Enquanto a prescrição está ligada a direitos subjetivos, a decadência está ligada a direitos potestativos, que são aqueles que conferem ao seu titular o poder de provocar mudanças da esfera jurídica de outrem, de forma unilateral, sem que exista um dever jurídico correspondente, mas tão somente um estado de sujeição.

Esses direitos não impõem a outra parte uma obrigação de fazer, mas apenas uma sujeição.

Ex.: As ações constitutivas, como ação anulatória, por exemplo. A ação anulatória vai ter um prazo de decadência.

Ex.: Vício de negócio, o dolo. Uma pessoa compra um relógio achando que é de ouro, mas não é. Ele foi enganado, a vendedora, que sabia de tudo, tem algum dever jurídico? Não, ela apenas está sujeita ao poder do comprador que foi enganado. Quem tem direito aqui a alguma coisa é esse comprador, que tem o poder de gerar uma mudança na esfera jurídica do outro. E o outro está sujeito ao poder do comprador enganado. Mas, a vendedora está obrigada a espontaneamente fazer alguma coisa? Não! Ela somente torce para que passe 4 anos e o comprador não volte mais. Mas, se o comprador entrar com uma ação, a vendedora é forçada a devolver o dinheiro e ficar com a coisa de volta.

Então, se espontaneamente a pessoa não tem que fazer nada, nenhum dever jurídico, nenhuma obrigação, isso é decadência. Ela está em estado de sujeição.

Na próxima aula, nós continuaremos o quadro comparativo entre a prescrição e a decadência.

PRESCRIÇÃO (extintiva)	DECADÊNCIA (caducidade)
Perde a Prescrição .	Perde o Direito .
Está relacionada a direitos subjetivos, que são aqueles que impõem a outra parte um dever jurídico.	Está relacionado aos direitos potestativos que são aqueles que impõem a outra parte a um dever de sujeição.
Põe fim às Ações Condenatórias	Põe fim às Ações Constitutivas
Os prazos estão somente na lei. Em lugar mais nenhum, e jamais pode ser criado pelas partes.	Os prazos tanto podem estar previstos na lei (que é a Decadência Legal). Ex.: art. 178 do CC. Como pode estar previsto em contrato, (que é a Decadência Convencional). Ex.: Uma garantia contratual, como a TV com garantia até a Copa Mundial de 2030. Ex.: dar uma garantia de 3 anos num fusca vendido no Mercado Livre.
Os prazos são inalteráveis.	

<p>A prescrição deve ser declarada de ofício. O art. 194 do CC foi revogado pela lei 11.280/06 e alterou o CPC, no art. 219, §5º, dizendo que o juiz deve declarar de ofício a prescrição.</p>	<p>Se a decadência for legal, ela deve ser declarada de ofício. E a decadência convencional é o oposto, ela não pode ser declarada de ofício.</p>
<p>A prescrição pode ser renunciada. Para a maioria da doutrina. Ver o Art. 191 do CC (que para a maioria da doutrina ele ainda ao foi renunciado) e o Enunciado 295 do CJP. Para haver renúncia, há que se preencher os requisitos legais, quais sejam, inexistência de prejuízo a terceiro <u>E</u> o prazo já deve estar consumado. Ou seja, não se admite renúncia prévia à prescrição. (cai na prova)</p>	<p>A parte não pode renunciar a decadência legal. Ela é irrenunciável. E a parte pode renunciar a decadência convencional (art. 178, 179). Uma vez que a parte criou, elas também podem renunciá-la.</p>

Obs.: Agnelo de Amorim – foi o que melhor definiu a diferença entre prescrição e decadência – RT 30.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;
II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.
§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Dúvidas da Aula:

- Venda a Contento, o que é?

R: A venda a contento é a venda submetida a uma condição suspensiva. O negócio só se realizará quando o comprador estiver satisfeito.

Ex.: A vende a B uma certa quantidade de vinho, inclusive, entregando-a. A conclusão do negócio ficará na dependência de B manifestar a sua vontade, com o seu sim.

- Erro Médico tem que tipo de prazo?

R: O prazo é prescricional, segundo o CDC, de 5 anos, e segundo o CC/2002, o prazo é de 3 anos. Conta-se o prazo a partir da tomada de conhecimento da lesão causada ao paciente. A sua responsabilidade, geralmente, é subjetiva (depende da comprovação de culpa). Neste caso, o médico exerce sua atividade sem garantir resultados. No entanto, ele é responsável pelos meios pelos quais se utiliza para o seu exercício, devendo ser prudente, perito e não negligente em suas atividades. Excepcionalmente, porém, o médico terá a sua responsabilidade objetivamente considerada em casos de cirurgia estética, onde o profissional deve garantir o resultado.

- Obrigação Moral sofre algum tipo de prazo?

R: NÃO.

Obrigações Naturais à Luz do Direito Civil Brasileiro

Colocação do Tema

O instituto da obrigação natural surge no Direito Civil Brasileiro com o advento do Código Civil de 1916, posto que, até então, a legislação entremostrava-se omissa contando apenas com o subsídio do Direito Romano⁽¹²⁾.

Preconizava o art. 970, do Código de Bevilacqua: Não se pôde (sic) repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação natural.

No Código Civil de 2002, conforme pontifica Carlos Roberto Gonçalves⁽¹³⁾:

O Código Civil brasileiro refere-se à obrigação natural em dois dispositivos: o art. 882, pelo qual "não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação inexequível"; e o art. 564, III, segundo o qual não se revogam por ingratidão as doações "que se fizerem em cumprimento de obrigação natural."

Acertadas, pois, as palavras de Sílvio de Salvo Venosa⁽¹⁴⁾:

Nossa lei não apresenta, como fazem outras legislações, disciplina particular das obrigações naturais. A legislação é quase inteiramente omissa quanto ao regime dessa classe de obrigação, o que transporta para a doutrina a missão de fixar os seus parâmetros.

Conceito de Obrigação Natural

Nos olhares de Marcos Barbosa de Oliveira e Marta Kohl de Oliveira⁽¹⁵⁾, os conceitos podem ser considerados as ferramentas com as quais executamos a ação de pensar.

Partindo desta premissa, invocamos o pensamento de Maria Helena Diniz⁽¹⁶⁾ que, baseada em Manuel A. Domingues de Andrade, conceituou obrigação natural...

... como sendo aquela em que o credor não pode exigir do devedor uma certa prestação, embora, em caso de adimplemento espontâneo ou voluntário, possa retê-la a título de pagamento e não de liberalidade.

Características das Obrigações Naturais

Carlos Roberto Gonçalves⁽¹⁷⁾ elenca três características, quais sejam:

a) *inexigibilidade do cumprimento, que consiste na ausência do direito do credor de exigir que o devedor proceda ao cumprimento de obrigação natural;*

b) *inexistência do dever de prestar, já que a obrigação de prestar depende única e exclusivamente na vontade do credor que, se assim entender, pode proceder ao pagamento da prestação, todavia assim o fará de forma voluntária, dada à inexistência de obrigatoriedade de prestação de obrigação de natural;*

c) *inadmissibilidade de repetição em caso de pagamento voluntário, uma vez que procedida à prestação do débito, bem assim tenha sido levada a efeito de forma espontânea e por pessoa capaz, não poderá repetir o que se pagou.*

Efeitos das Obrigações Naturais

Maria Helena Diniz⁽¹⁸⁾ aponta os seguintes:

a) *ausência do direito de ação do credor para exigir seu adimplemento*

Como cedoço, na obrigação natural há um credor e um devedor, entretanto, indis põe a parte da garantia jurídica da actio, assim corrobora a melhor doutrina sobre o assunto.

Em que pese o efeito apontado pela festejada Maria Helena Diniz, ousamos discordar, por entendermos que, em verdade, a parte possui o direito de ação, já que se trata de uma garantia constitucional. Entendemos que o que lhe falta na verdade, é o direito de ver sua pretensão levada a efeito em juízo. Ora, se realizamos uma avença dizente à obrigação natural, nada nos impede que ingressemos em juízo requestando a nossa pretensão, que, efetivamente, será indeferida, o que não significa dizer que não temos o direito de ação.

b) *denegação da repetitio indebiti ao devedor que a realizou*

Como bem explicitado por Maria Helena Diniz⁽¹⁹⁾:

Quem pagar dívida prescrita ou obrigação natural, que são inexigíveis juridicamente, não terá direito à devolução, visto que não há enriquecimento indevido do accipiens, uma vez que há causa jurídica.

c) *não é suscetível de novação e de compensação*

O assunto não é pacífico. Maria Helena Diniz⁽²⁰⁾ mergulhou fundo na doutrina francesa e nacional trazendo à comunidade jurídica nacional importante contribuição para o debate. Vejamos, pois o que a renomada jurista apurou sobre o tema:

Bastante controvertido é o problema de se saber se a obrigação natural é suscetível de novação. Os juristas franceses, dentre eles Larombière, Baudry-Lacantiniere e Barde, Demolombe, Planiol, admitem que tal obrigação pode ser objeto de novação. Entre nós assim pensam, dentre outros, Serpa Lopes, que admite novação de obrigação natural desde que ela não seja oriunda de causa ilícita; Sílvio Rodrigues, para quem obrigação natural é mais do que um simples dever moral, pois a própria lei tem como válido o seu pagamento, tanto que admite repetição (CC, art. 882); sendo assim, as partes podem nová-la, e a nova obrigação, extinguindo a anterior, é jurídica e exigível, e José Soriano de Souza Neto, que a entende admissível, devido à possibilidade da prescrição ser renunciada (CC, art. 191), podendo-se ter, segundo ele, na novação de uma dívida prescrita, uma renúncia tácita à prescrição já consumada. Dentre outros civilistas, contestam a referida possibilidade: Washington de Barros Monteiro, porque as obrigações naturais são insuscetíveis de pagamento compulsório. Clóvis Beviláqua, para quem tais obrigações não constituem deveres jurídicos, mas morais, de maneira que, a seu ver, os interessados poderão obrigar-se civilmente, se quiserem, porém tal operação é criação de vínculo jurídico originário e não novação, e Carvalho de Mendonça, que também entende que essas obrigações não podem ser objeto de novação.

d) *não comporta fiança*

Ao estudar o assunto, Sílvio de Salvo Venosa⁽²¹⁾ concluiu que:

É ineficaz a fiança de obrigação natural, pois, por ser inexigível, não pode ser cobrado o fiador. [...] As obrigações naturais são desprotegidas de ação, [preferimos dizer pretensão] aproximando-se mais de um dever moral do que jurídico. Destarte, não podendo ser acionado o devedor, não pode ser substituído pelo garante.

e) *não lhe será aplicável o regime prescrito no Código Civil para os vícios redibitórios*

Como pontifica Maria Helena Diniz⁽²²⁾:

... na hipótese da coisa entregue como pagamento conter vícios ocultos, [...] as sanções jurídicas só poderão ser aplicadas a prestações exigíveis pelo credor e não a prestação espontaneamente cumpridas pelo devedor.

Hipóteses de Obrigação Natural no Direito Civil Brasileiro

a) *dívida prescrita (CC, art. 882, 1ª parte)*

Sentencia Washington de Barros Monteiro⁽²³⁾:

A dívida prescrita caracteriza-se realmente pela sua inexigibilidade. Argüida a prescrição liberatória, impõe-se-lhe a repulsa pelo juiz (Cód. Civil de 2002, art. 194). Paga, porém, pelo devedor, a obrigação adquire eficácia jurídica; o pagamento torna-se irrepitível, ao influxo e sob o império da soluti retentio.

Trata-se, portanto, de uma obrigação natural, dizente ao direito natural, servindo inclusive de paradigma para a diferença entre Direito Positivo e Direito Natural, conforme se vê da lição de Maxilianus Cláudio Américo Fühler⁽²⁴⁾, senão vejamos:

O direito positivo, por exemplo, não obriga ao pagamento de duplicata prescrita, ao passo que para o direito natural esse pagamento seria devido e correto. (destacamos)

b) débitos resultantes de jogo e aposta (CC, arts. 814 e 815)

Maria Helena Diniz⁽²⁵⁾ aponta nove conseqüências jurídicas do jogo e da aposta, a saber:

1) todas as espécies de jogos, lícitos ou ilícitos, não obrigam o pagamento, porque inexigível, excetuando-se jogo no turfe e a loteria esportiva;

2) a eficácia do jogo e da aposta limita-se à impossibilidade de repetição;

3) haverá direito de repetição oriundo de jogo se foi este ganho com dolo ou se o perdedor for incapaz;

4) não se admite, segundo alguns juristas, contrato que envolva novação ou fiança oriunda de dívida de jogo;

5) a nulidade de ato jurídico realizado em função de jogo não alcança o terceiro de boa-fé;

6) inexistente a possibilidade de reembolso do que se emprestou para jogar ou apostar;

7) dívida de jogo oriunda de aposta não pode ser utilizada para compensação, posto que esta requer dívida vencida;

8) inexistente a possibilidade de constituir ônus real para assegurar pagamento de dívida advinda de jogo ou de aposta;

9) inadmitte-se reforço de dívida de jogo ou de aposta através de cláusula penal.

Casuística

TJRS - Cheque. Dívida de Jogo. Ausência de prova da alegada obrigação natural, ônus da devedora. Exigibilidade do título mantida hígida. Apelo improvido. (Apelação Cível nº 70000679423, 2ª Câmara Especial Cível do TJRS, Soledade, Rel. Des. Breno Pereira da Costa Vasconcellos. j. 28.12.2001).

TAMG - Execução De Obrigação De Fazer - Recebimento De Prêmio Oriundo De Bingo - Possibilidade - Dívida Reconhecida - Recurso Não Provido. - As dívidas de jogo ou aposta não obrigam a pagamento, tendo em vista se tratar de obrigação natural, desmunida de ação para exigir seu cumprimento. - Entretanto, a maioria dos doutrinadores brasileiros tem entendido que os vencedores de jogos autorizados, cujos efeitos encontram-se regulados por lei especial, podem cobrar judicialmente a dívida. Decisão: Negar provimento. (Apelação (Cv) Cível nº 0306860-6, Proc. Princ.: 97.00013749, 7ª Câmara Cível do TAMG, Sete Lagoas, Rel. Juiz Lauro Bracarense. j. 11.05.2000, unânime).

TJMG – Obrigação Natural – Dívida Prescrita. A única conseqüência prática da sobrevivência da obrigação natural é a de evitar a repetição de indébito. Imprestáveis, pois, à garantia do juízo títulos da dívida pública prescritos. (Agravo de Instrumento nº 000.162.243-0/00, 1ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Páris Peixoto Pena. j. 14.03.2000).

9ª Aula – 04/10/07

Continuação de Prescrição e Decadência...

PRESCRIÇÃO:

O prazo prescricional pode ser impedido, suspenso ou interrompido. (Arts. 197, 198 e 199 do CC) estes artigos retratam uma situação.

Prazo impedido é aquele que nunca correu. Quando ele é impedido, ele começa do zero.

Ex.: a mulher empresta uma quantia em dinheiro ao marido, e este nunca a devolve. Passados 20 anos de casamento, houve o divórcio. Com a dissolução da sociedade conjugal, a mulher vai poder pleitear a devolução da quantia emprestada, uma vez que o prazo para esta pretensão só começou a correr agora, com o divórcio. Pois, na constância do casamento, o prazo estava impedido de correr.

No prazo suspenso, a prescrição era de 3 anos, e 1 ano já correu, o prazo ficou suspenso. O que acontece aqui? Eu tenho mais 3 anos ou 2 anos ainda para correr? R: tenho 2 anos. Quando termina a suspensão o prazo volta a correr de onde parou.

E o prazo interrompido é aquele que quando pára o prazo que já estava em curso REcomeça do zero.

Ex.: casamento de 17 anos.

Nascimento

Casamento – 17 anos ...

O namorado da moça pegou o carro dela e bateu. Após a colisão, 1 ano, eles se casaram. Mas, ela não moveu qualquer processo para ter o seu dano reparado. O prazo já corria (art. 197, I, CC) antes do casamento (1 ano) e quando ela se casou, o prazo ficou SUSPENSO. Com a separação ou divórcio, o prazo voltou a correr. É uma hipótese de suspensão. Até porque quando o prazo começa a correr, não pode ser outro que não a suspensão.

Agora, digamos que a batida do carro tenha acontecido durante o casamento. Neste caso, o prazo não corre. Porque enquanto está casado, entre os cônjuges não corre o prazo e prescrição. Quando ocorrer o fim do casamento, é possível reivindicar tudo aquilo que foi motivo de processo (pretensão). Aplica-se por analogia o art. 197 do CC. (é o caso de impedimento)

O caso de interrupção está previsto no art. 202 do CC. Decorre sempre de UM ATO, e não de uma situação. É sempre um ato do devedor ou do credor. Ex.: reconhecimento da dívida, ... mas, lembre-se que a interrupção só pode ocorrer 1 VEZ.

DECADÊNCIA

O prazo de decadência pode ser interrompido, suspenso ou impedido?

Em regra, o prazo de decadência não se suspende, impede ou interrompe. Art. 207 do CC. Ver também o art. 208, 198 (menor que 16 anos – o absolutamente incapaz) e art. 195 do CC. Contra o relativamente incapaz, corre a prescrição e a decadência.

Obs.: Não corre prazo de decadência contra o absolutamente incapaz.

OBS.: O PRAZO SÓ NÃO CORRE QUANDO FOR CONTRA O INCAPAZ! Caso este prazo seja a favor dele, o prazo corre.

Ex.: um sujeito dá um soco na cara de um absolutamente incapaz. Enquanto ele não deixar de ser absolutamente incapaz, o prazo está impedido. Não começa a correr. Então, enquanto houver a incapacidade, ele tem direito de a qualquer momento processar quem o lesou. Ele deixa de ser absolutamente incapaz quando completar 16 anos ou quando sua incapacidade por outros motivos cessar. É o prazo de prescrição que corre contra o menor. (a prescrição vai protegê-lo)

Ex.: Art. 928 do CC – o incapaz deu um soco na cara de alguém. O sujeito lesionado tem o prazo de prescrição de 3 anos. É um prazo que corre a favor do menor.

PREVISÃO LEGAL DA PRESCRIÇÃO: arts. 205 (prazo geral de 10 anos) e o art. 206 (que são os prazos especiais) que pode, ser de 1, 2, 3, 4 ou 5 ANOS. (sempre em anos)

E a previsão legal da Decadência está espalhada pelo CC. Qualquer prazo previsto fora dos artigos que prevêm os casos de prescrição, será prazo de decadência.

A DECADÊNCIA NÃO TEM PRAZO GERAL PARA AS AÇÕES. Mas, no caso de AÇÃO ANULATÓRIA, há um prazo geral de 2 anos (art. 179 do CC). No caso da decadência, que são os prazos especiais, temos prazos de dias, meses, de ano e dia (liminar em ação possessória).

DICAS PARA IDENTIFICAR PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA:

1. Identificar o artigo. Se não for o 205 e nem o 206, só pode ser decadência.
2. Identificar o prazo. Se for de dias ou meses, ou um ano e dia, só pode ser decadência. O problema é quando prazo é de ano.
3. Se o prazo for em anos, é preciso identificar o direito/ação (critério científico de Agnelo Amorim Filho)

RT 300 e 733. Então, se for o caso for de direitos subjetivos, que serão exercidos através de ação condenatória, é caso de prescrição. E se for caso de direito potestativo exercido através de ação constitutiva (positiva ou negativa) é caso de decadência.

QUANTO AOS CASOS DE DIREITO INTERTEMPORAL:

1) Se o prazo não foi alterado. Se o prazo era de 3 anos no VCC e continua sendo de 3 anos no NCC, aquela pretensão e aquele direito não sofre qualquer efeito. A entrega em vigor do NCC não traz qualquer consequência, qualquer efeito, é irrelevante.

2) O prazo foi aumentado. Ex.: É o prazo do art. 206, §1º do CC – esse prazo era de 6 meses e passou a ser de 1 ano. Neste caso, é preciso computar o acréscimo imputado aos fatos que ocorreram no passado. Mas, é preciso que o prazo estivesse EM CURSO durante a entrada em vigor do NCC. Porque se a pretensão já estivesse prescrita, não seria possível se beneficiar deste aumento de prazo. Mas isso não é pacífico. Quase ninguém comenta sobre esta prescrição e a não ressuscitação desta pretensão.

3) E se o prazo foi reduzido? Aplica-se o art. 2028 do CC. Este caso cai em prova! Este artigo diz o seguinte: se na entrada em vigor do NCC já tiver corrido mais da metade do prazo do VCC (1916), continua aplicando o prazo do CC de 1916. Mas, se o prazo ainda não transcorreu mais da metade, o prazo que será aplicado será o do NCC.

4) Prevalece para o NCC a data de vigência de 11/01/2003. a partir daqui você calcula se já transcorreu mais da metade ou não do prazo de 2002.

5) Polêmica: um prazo de 20 anos, que em 11/01/03 ainda não havia transcorrido mais da metade. Ou seja, aplica o NCC. Só que o NCC prevê este prazo de 20 anos para 3 anos. E agora??? Se o fato ocorreu em setembro de 1999, este prazo de 3 anos vai prescrever em 2002. Logo, a prescrição vai ocorrer antes mesmo da entrada em vigor da lei que prevê o novo prazo. Mas, como o Direito não pode fazer isso com o jurisdicionado, qual a solução? A partir de quando se pode começar a contar meu prazo? De acordo com Francisco Amaral, deve ser aplicado por analogia o artigo 169, 2ª alínea, da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão. Computa-se o prazo mais curto a partir da entrada em vigor do NCC.

OBRIGACÃO:

É a relação jurídica que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação.

Este é o conceito clássico da obrigação.

Classificação quanto à sua natureza:

1) Obrigação Moral – é aquela que você tem na sua consciência. Ela surge na sua consciência e é punido na sua consciência. Ela não tem como ser cobrada em Juízo.

Ex.: menina com o seu namorado – não trair.

Ex.: Pessoa que passa e não dá bom dia.

2) Obrigação Civil – é aquela que pode ser cobrada ou exigida em Juízo. Ela tem 2 vínculos (O primeiro dever é o dever jurídico – onde a pessoa tem que espontaneamente que cumprir a obrigação – de dar, fazer ou não-fazer) e o outro seria a Responsabilidade Civil, que é a consequência jurídica e patrimonial do descumprimento de uma obrigação. Isto está relacionado à Teoria Dualista ou Binária. Quando a

obrigação é civil, não há como separar esses 2 vínculos, segundo esta teoria alemã. A responsabilidade tanto pode ser exigida através do EXATO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ou através das PERDAS E DANOS.

Dever Jurídico = Schuld

Responsabilidade Civil = Haftung (o "H" tem fonema de "R", assim, é fácil relacionar o "R" com responsabilidade civil)

Existe Schuld sem Haftung? Ou Haftung sem Schuld?

Ou seja, existe dever jurídico sem responsabilidade? Ou, existe obrigação sem responsabilidade?

R: sim! É o caso da obrigação natural, quando for schuld sem haftung.

3) Obrigação Natural – é aquela que não pode ser cobrada em Juízo. Neste caso, ela gera tão somente DEVER JURÍDICO. A responsabilidade civil ela não gera.

Ex.: dívida de jogo de bicho.

Ex.: dívida prescrita.

O dever jurídico de pagar a dívida o sujeito em, ele só não tem é como ser cobrado pelo credor.

Se a obrigação natural for cumprida espontaneamente, não poderá ser cobrado de volta aquilo que foi pago, pois o pagamento foi devido. O pagamento era devido porque existia obrigação exigível. (Solutio Retentio) – é a obrigação que foi paga.

O direito de repetição de indébito (tributário) é aquele que não tinha a obrigação de ser exigido. Não é o caso aqui. Porque aqui a obrigação, embora seja uma obrigação natural.

Existe haftung sem schuld? Ou seja, existe responsabilidade civil sem dever jurídico (ou sem obrigação).

R: Sim, é o caso do fiador. Ele tem a responsabilidade civil, mas não tem o dever jurídico.

Obs.: O contrato de fiança ocorre entre o fiador e O LOCADOR! Em regra, o fiador tem responsabilidade subsidiária (no silêncio do contrato, vale o que diz a lei). Caso esteja previsto no contrato a responsabilidade solidária, vale a solidária. O fiador pode vindicar o benefício de ordem em determinado caso!

CLASSIFICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO QUANTO AOS SEUS ELEMENTOS:

1) a obrigação pode ser simples – quando houver um credor + um devedor e uma prestação. Quando há um contrato bilateral sinalagmático, vai haver mais de uma obrigação. Não necessariamente mais de 1 credor ou mais de 1 devedor. Pode existir, por exemplo, 2 obrigações simples em um contrato sinalagmático.

2) a obrigação pode ser plural – é aquela composta ou complexa objetiva – ela vai ter um dos seus elementos no plural. Que será a prestação, sendo mais de uma. Há 3 tipos de obrigação objetiva: A) a cumulativa. Ex.: Amanhã eu vou te entregar a caneta E o apagador. É o caso de uma obrigação plural composta objetiva. Se o sujeito deixar de cumprir parte do combinado, há descumprimento parcial. E se o credor não quiser receber, houve descumprimento total. // B) a alternativa. Ex.: Amanhã eu vou te dar a caneta OU o apagador. Lembre-se que no silêncio do contrato, quem escolhe é o devedor. // C) a facultativa / facultativa alternativa. Ex.: na alternativa (B), não há diferença jurídica entre as prestações caneta e apagador. Já na facultativa, há diferença. Na facultativa, existe uma prestação "principal" que pode ser cobrada pelo credor e uma outra facultativa que nunca pode. O cumprimento da facultativa é sempre uma faculdade exclusiva do devedor.

Obs.: Há doutrinadores que defendem que a prestação facultativa é espécie de obrigação simples. Porque só há obrigação por uma das prestações.

Quanto à obrigação subjetiva é aquela que envolve mais de um credor ou mais de um devedor.

Ex.: 2 devedores devem 200 mil ao credor. Cada um deve 100 mil. Se o credor cobrar de um só, quanto ele deve pagar? R: 200 mil? Por que 200 mil e não 100 mil? Ninguém falou em solidariedade aqui!

Solidariedade nunca se presume (art. 265 da CC) porque ela parte da lei ou da vontade das partes (contrato).

A regra é a não solidariedade.

O que é obrigação não solidária ou fracionária? R: deve ser observado se a prestação é divisível ou indivisível. Se a prestação for divisível, cada credor/devedor somente poderá cobrar/cobrado de sua cota parte na prestação.

Prestação Divisível é aquela que pode ser fracionada sem que perca sua utilidade ou valor ou altere a sua substância. Ex.: 1 Kg de feijão.

Se a prestação for indivisível, cada credor/devedor poderá cobrar/ser cobrado sozinho da totalidade da prestação.

Ex.: touro reprodutor, vaca premiada, cavalo campeão,...

Se a obrigação for solidária, ela pode ser ativa, passiva ou mista.

O sujeito ativo da obrigação é o credor. Então na solidariedade ativa, qualquer um dos credores pode exigir sozinho a obrigação por inteiro, não importando se esta é divisível ou não.

Ex.: B e C são credores de A. São credores solidários. O C vai cobrar o A. Quanto ele pode cobrar de A? R: ele pode cobrar tudo, independentemente dela ser divisível ou não.

A solidariedade passiva é aquela compreendida entre devedores, e qualquer um dos devedores pode ser obrigado a cumprir sozinho a prestação por inteiro, não importando se esta é divisível ou não.

Ex.: o A é credor de B e C. A vai sempre vai poder cobrar de B ou C a obrigação inteira.

A solidariedade mista é aquela entre vários devedores e vários credores. Qualquer um dos credores pode exigir de qualquer um dos devedores a totalidade da prestação. Não importando se esta é divisível ou não.

CLASSIFICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO QUANTO À PRESTAÇÃO:

PODE SER DE DAR, FAZER OU DE NÃO-FAZER.

Obrigação de DAR é aquela que consiste na entrega de uma coisa. Essa coisa pode ser CERTA ou INCERTA. Coisa certa é aquela que está individualizada. Ex.: quem quer comprar esta caneta preta que está na minha mão? A coisa está individualizada. O credor não está obrigado a receber coisa diversa ainda que muito mais valiosa.

Obrigação de Dar coisa incerta é aquela determinável. Que deve haver o gênero ou a quantidade. Se faltar uma dessas qualidades, o contrato é indeterminável.

Temos também a obrigação de fazer. É aquela que consiste em uma atividade que não seja a entrega de uma coisa. Ela pode ser de 2 tipos: fungível (substituível) ou infungível (insubstituível/personalíssima).

Execução de obrigação de fazer ou multa diária é a única solução para quem vai prestar uma obrigação infungível e se recusa a prestar. E se ele manda outra pessoa no lugar dele e você aceitou, a obrigação deixa de ser infungível e passa a ser fungível.

A obrigação de não-fazer é aquela que consiste em um dever de abstenção. Ex.: Cláusula de Exclusividade. O professor Pablo não pode dar aula na concorrência.

TEORIA DO PAGAMENTO:

Pagamento é o cumprimento de todo e qualquer tipo de obrigação. Seja qual for esta obrigação.

Requisitos do pagamento: (pressupostos para que o pagamento seja considerado válido)

1) A existência de obrigação anterior que o exija. Porque todo pagamento válido deve ter uma causa. Sob pena deste pagamento ser indevido. E se eu não tinha a obrigação de pagar, o pagamento é considerado indevido. Terá direito à devolução.

2) O ânimus solvendi (é a intenção de solver = de pagar) – porque para que o pagamento seja considerado válido, ele deve ser um ato consciente e livre.

3) O cumprimento da prestação.

4) Quem paga. Não é o devedor. Estes são os sujeitos da OBRIGAÇÃO. No caso do pagamento, o nome é outro: é o Solvens (Pagador) – quem paga é o Solvens, que é aquele que se encontra vinculado à relação jurídica base. Ex.: o locatário. Pode ainda pagar o 3º interessado, que é aquele que tem interesse jurídico ou patrimonial, no cumprimento da obrigação. É aquele que não está obrigado mas pode ser atingido. Ex.: Feador // Pode haver ainda o 3º não interessado, é aquele que tem mero interesse moral. Ou seja, ele não pode ser atingido. Ex.: a namorada que paga uma dívida do namorado. O interesse é apenas moral. Mas, ela não pode ser cobrada. Ex.: o pai que paga a dívida do filho maior.

5) Quem recebe. Não é o credor. É o Accipiens (Devedor). É aquele que vai estar na relação jurídica base. É o titular do crédito. Além dele, pode receber no lugar dele um representante legal (pais, tutores e curadores). Temos também o representante judicial. Ex.: o administrador no caso de falência. E tem ainda o representante convencional. Ex. mandatário. E por fim, o credor putativo. É aquele que se apresenta aos olhos de quem paga como verdadeiro credor. Quando se paga ao credor putativo, pagou errado! É um pagamento válido se feito de boa-fé (é a boa-fé subjetiva, aquela que está no plano psicológico). Se o pagador tiver um mínimo de dúvida, deve ser feita a consignação em pagamento, pois quem paga mal, paga 2 vezes.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Dos Prazos da Prescrição

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

CAPÍTULO II

Da Decadência

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

PRESCRIÇÃO (extintiva)	DECADÊNCIA (caducidade)
<i>Perde a Prescrição.</i>	<i>Perde o Direito.</i>
<i>Está relacionada a direitos subjetivos, que são aqueles que impõem a outra parte um dever jurídico.</i>	<i>Está relacionado aos direitos potestativos que são aqueles que impõem a outra parte a um dever de sujeição.</i>
<i>Põe fim às Ações Condenatórias</i>	<i>Põe fim às Ações Constitutivas</i>
<i>Os prazos estão somente na lei. Em lugar mais nenhum, e jamais pode ser criado pelas partes.</i>	<i>Os prazos tanto podem estar previstos na lei (que é a Decadência Legal). Ex.: art. 178 do CC. Como pode estar previsto em contrato, (que é a Decadência Convencional). Ex.: Uma garantia contratual, como a TV com garantia até a Copa Mundial de 2030. Ex.: dar uma garantia de 3 anos num fusca vendido no Mercado Livre.</i>
<i>Os prazos são inalteráveis.</i>	
<i>A prescrição deve ser declarada de ofício. O art. 194 do CC foi revogado pela lei 11.280/06 e alterou o CPC, no art. 219, §5º, dizendo que o juiz deve declarar de ofício a prescrição.</i>	<i>Se a decadência for legal, ela deve ser declarada de ofício. E a decadência convencional é o oposto, ela não pode ser declarada de ofício.</i>
<i>A prescrição pode ser renunciada. Para a maioria da doutrina. Ver o Art. 191 do CC (que para a maioria da doutrina ele ainda ao foi renunciado) e o Enunciado 295 do CJP. Para haver renúncia, há que se preencher os requisitos legais, quais sejam, inexistência de prejuízo a terceiro <u>E</u> o prazo já deve estar consumado. Ou seja, não se admite renúncia prévia à prescrição. (cai na prova)</i>	<i>A parte não pode renunciar a decadência legal. Ela é irrenunciável. E a parte pode renunciar a decadência convencional (art. 178, 179). Uma vez que a parte criou, elas também podem renunciá-la.</i>

10ª Aula – 11/10/07

OBRIGAÇÕES:

Toda relação obrigacional e dinâmica e assemelha-se a um processo. E a finalidade da obrigação é satisfazer o interesse do credor. O interesse maior do credor é o pagamento.

Há várias formas de pagamento:

• Consignação em Pagamento também faz parte da classificação de pagamento, mas não será dado aqui. Será dado em Processo Civil. No CC estão apenas os fundamentos.

1ª Forma de Pagamento: PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO:

A sub-rogação é sinônimo de substituição. A sub-rogação pode ser empregada em vários sentidos. Por exemplo: sub-rogação de caução. (substituir uma garantia por outra). Mas, o pagamento com sub-rogação, modo especial de cumprimento da obrigação, opera-se quando um 3º efetiva o pagamento, sub-rogando-se na situação jurídica do credor originário.

Ex.: Há uma relação entre A _____ B. E existe um terceiro interessado, ex: o fiador. Se o fiador pagar a dívida do devedor, ele se sub-roga nos direitos do credor originário. (ele substitui o credor)

Obs.: Não podemos confundir, apesar da semelhança, o pagamento com sub-rogação e a cessão do crédito, especialmente em se considerando, que a cessão pode ser gratuita.

Obs.: Atente que a sub-rogação é sempre onerosa. E a cessão pode ser gratuita.

Espécies de Pagamento com Sub-Rogação:

O pagamento com sub-rogação, nos termos dos artigos 346 e 347 do CC.

Nós temos 2 tipos de pagamento com sub-rogação:

- 1) O Pagamento com Sub-Rogação Legal; (por força de lei) – 346 do CC
- 2) O Pagamento com Sub-Rogação Convencional. (por “força” de um negócio”)

A Sub- Rogação Legal:

Do Pagamento com Sub-Rogação

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito **LEGAL, em favor:**

I - do credor que paga a dívida do devedor comum;

É quando o credor 2 paga ao credor 1 a dívida do devedor, e se sub-roga aos direitos do credor 1. Na verdade, ele agora tem 2 créditos.

II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel;

Este Artigo é mais complexo. O imóvel pode ser hipotecado?

R: Art. 1.475, CC – É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado.

A hipoteca vai junto (por força da seqüela), o imóvel pode ser vendido sim!

Ex.: Eu, Pablo, compro uma fazenda. E faço uma hipoteca com o Banco Itaú (credor hipotecário). Depois, o Fredie compra a fazenda de Pablo, indo ao Itaú, paga o banco, sub-roga-se nos direitos do credor 1 (Itaú) e passa a ser credor do Pablo.

Imagine agora o terceiro locatário que paga a dívida do devedor, sub-rogando-se aos direitos do credor. Porque o locatário, para não ser privado do imóvel, pagou a dívida do seu senhorio, sub-rogando-se nos direitos do credor.

III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Ex.: É o fiador, que quando paga, sub-roga-se nos direitos do credor originário.

Ex.: É o avalista, que também é terceiro interessado. Quando ele paga, se sub-roga-se aos direitos do credor originário.

Cuidado! Todas essas substituições se fazem por força de lei. É sub-rogação legal!

Já a Sub-Rogação Convencional: Art. 347 do CC:

Art. 347. A sub-rogação é convencional:

I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

Aplicam-se os mesmos princípios da cessão de crédito (que veremos na próxima aula), mas não é a mesma coisa.

Ex.: A deve a B, 100 reais. Um terceiro aparece e paga 9 a B, desde que B lhe transfira este crédito.

II - quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

Mutuante é aquele que empresta coisa fungível. Ou seja, o mutuante fica sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

Ex.: O Marcelo é devedor da minha mãe (credor satisfeito), e ele então pega empréstimo com o Banco Itaú (terceira pessoa) para lhe pagar a dívida.

Obs.: Para Concurso de Juiz Federal! É quanto ao contrato de gaveta e a sub-rogação. Muitos brasileiros financiaram a casa própria. E muitos deles não conseguiam pagar o financiamento. E o que faziam? Passavam o contrato para frente, ou seja, pegava o contrato com a CEF e cedia a outra pessoa que se comprometia a pagar aquelas prestações. Formalmente, se deveria fazer essa cessão com o consentimento do banco. Mas, se fosse assim, de acordo com a formalidade, a CEF dizia que aceitava, mas que não negociava o saldo devedor. Tantos foram os contratos de gaveta por este país a fora, que surgiu uma lei só para regular esta questão, legitimando esses contratos de gaveta. Com isso, resultou um aspecto que tem a ver com nossa aula. No momento em que o legislador legitimou o contrato, sem que houvesse ciência do Banco, o efeito foi: aquele que adquiriu o contrato vai se sub-rogar aos direitos do antigo mutuário.

Obs.: Nos termos do artigo 20 da lei 10.150/00, admite-se a transferência da posição contratual (contrato de gaveta), de maneira a legitimar a posição do novo adquirente do imóvel que se sub-roga nos direitos do antigo mutuário. Ver também RESP 888572/RS.

Conclusão: a sub-rogação ter por principal efeito, portanto, transferir ao novo credor os direitos do credor antigo (art. 349 do CC).

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

Pergunta de Concurso:

Quando um terceiro se sub-roga nos direitos do credor, ele vai cobrar 10 ou 9 do devedor?

R: Nos termos do art. 350, nos mesmos moldes do art. 593 do Código de Portugal, o novo credor somente poderá cobrar o que efetivamente houver desembolsado.

Obs.: A agiotagem é uma patologia jurídica. Por isso, não pense que a resposta deveria ser 10 e não, 9. Porque o nosso ordenamento não permite o enriquecimento ilícito.

Art. 350. Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor.

2ª Forma de Pagamento: IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO:

Conceito: a Imputação traduz a determinação dentre 2 ou mais débitos da mesma natureza líquidos e vencidos, para efeito de satisfação do interesse do credor.

A regra nº 1, prevista no art. 352 do CC, é que a escolha da imputação do pagamento é feita pelo devedor.

Mas, regra nº 2, que está no art. 353, se o devedor não indicar em qual das dívidas imputará o pagamento, o credor o fará, através do recibo.

Mas, na regra 1 não houver a imputação pelo devedor e nem na regra 2 o credor o fez, nós vamos para a regra nº 3, dos artigos 354 e 355 do CC, a imputação é feita pela LEI. (São as Regras de Imputação Legal) Mas, só se aplica a imputação legal quando nem o devedor e nem o credor fizeram a imputação antes.

Art. 354. Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital.

Este artigo 354 dificilmente cai em provas de concurso.

Art. 355. Se o devedor não fizer a indicação do art. 352, e a quitação for omissa quanto à imputação, esta se fará nas dívidas líquidas e vencidas em primeiro lugar. Se as dívidas forem todas líquidas e vencidas ao mesmo tempo, a imputação far-se-á na mais onerosa.

Ou seja, se o devedor não fez a imputação do pagamento e o credor também não imputou, a imputação será feita pela lei, e pela regra nº 1, na dívida mais antiga. Mas, se todas as dívidas forem vencidas na mesma data, a imputação será feita na mais onerosa. E quando uma dívida é mais onerosa que a outra? Por exemplo, se são parcelas de multa imputam-se a mais cara.

E se todas elas forem do mesmo valor?

R: O art. 433, item 4, do Código Comercial, disciplinava que se todas as dívidas fossem vencidas ao mesmo tempo e igualmente onerosas, o pagamento era feito proporcionalmente em cada uma delas.

Hoje, esta solução é apenas doutrinária. Porque o artigo 433, foi revogado. Então, na lei, não há qualquer solução.

3ª Forma de Pagamento: DAÇÃO EM PAGAMENTO:

Conceito: é uma forma especial de pagamento, regulada a partir do art. 356 do CC, também denominada de “Datio in Solutum”, e que se opera quando o credor aceita receber prestação diversa da originalmente pactuada.

Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

Ex.: O devedor negocia com o credor que: ao invés dele receber 10 mil, se ele poderia receber o seu carro.

Quando o credor aceita prestação diversa da originalmente pactuada. Não confunda com a Dação Pro Solvendo! Porque neste, o interesse do credor não é imediatamente satisfeito. Porque nesta, se tem apenas um meio facilitador do pagamento, mas o interesse do credor não é plenamente satisfeito.

Ex.: Eu tenho uma dívida que vence hoje, então eu proponho ao credor que em lugar dos 10 mil que eu tenho que dar, eu ofereço um título de crédito, que mais a frente (daqui uns dias) ele surtirá o seu efeito. (art. 358 do CC)

Art. 358. Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.

Os requisitos da Dação em Pagamento são:

1. A existência de uma dívida vencida;
2. O consentimento do credor;
3. A realização de uma prestação diversa;
4. O “animus solvendi” (que é a intenção de pagar).

Há precedente do STJ em dação em pagamento que salvou um devedor de alimentos em atraso. HC 20317/SP.

Este é o requisito mais importante da dação em pagamento, senão parece até doação.

• Dação em Pagamento e os Efeitos da Evicção:

Questão que sempre cai em prova. Assim como evicção, arras, juros e vício redibitório, eles sempre quebram o candidato.

Evicção significa PERDER. Evicção quer dizer ser vencido, perder.

Para relembrar: Conceito de Evicção: a Evicção, garantia contratual típica dos contratos onerosos, traduz a situação jurídica em que o adquirente vem a perder a posse e a propriedade da coisa, em virtude do reconhecimento judicial ou administrativo do direito anterior de outrem.

Ex.: Uma Blitz reconhece administrativamente que o seu carro tem o chassi adulterado. Este carro não poderia ter sido vendido. Logo, ele é apreendido para preservar o direito anterior de terceiro. O responsável será o alienante.

Ver o Art. 359 do CC.

Art. 359. Se o credor for evicto (PERDER) da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.

Ex.: Imagine que o devedor tem um barco para ser dado ao credor como pagamento de obrigação. Mas, na iminência de entregar o barco, ele oferece um carro, e o credor aceita. O barco então é prometido à outra pessoa. Digamos que o carro estava com evicção. Dá para voltar para o barco?

R: Nos termos do art. 359, caso o credor da coisa dada em pagamento venha a perder em evicção, fica estabelecida a obrigação primitiva, se não houver afronta a terceiro de boa-fé. Caso haja, o credor evicto resolverá em perdas e danos.

4ª Forma de Pagamento: NOVAÇÃO:

Na sua origem, latina, novação traduz a idéia de obrigação nova! “Novus” = Nova.

Conceito: a Novação opera-se por meio de uma estipulação negocial, em virtude da qual se constitui obrigação nova, destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior.

Roberto Ruggiero dizia que a novação é um ato complexo, e por meio dela cria-se uma obrigação nova destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior.

Ex.: Se eu devo 10 mil e ao pagar eu ofereço 5 cabeças de gado, isso não é novação, é dação em pagamento. Agora, se eu chego para o credor, sento com ele, e discuto uma nova obrigação, com a extinção da anterior, isso sim é novação. Novação é tudo novo!

Ex.: Devedor que tem o nome no Serasa. Se há renegociação da mesma obrigação, não é novação. Mas, se as partes rediscutiram as bases de uma nova cobrança, ou um novo contrato, essa negociação de uma obrigação nova é novação. Eles novaram. Os prazos começam do zero, o nome sai do Serasa. A prescrição se inicia do zero...mas os bancos, geralmente, não têm interesse em novar nada, porque para ele não é interessante interromper a ciranda dos juros que já estão rolando há muito.

Obs.: Toda novação no Brasil é negocial, ou seja, não cabe novação imposta por lei. Porque isso fere de morte o Princípio da Autonomia Privada.

Requisitos da Novação:

1. É preciso que haja a existência de uma obrigação anterior.

Mas, caso essa obrigação anterior seja apenas anulável, é cabível sim a novação. O mesmo não ocorre se a obrigação primitiva é nula ou extinta. Art. 367 do CC.

Art. 367. Salvo as obrigações simplesmente anuláveis, não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas.

Porque a obrigação anulável apenas?

R: Porque esta pode ser confirmada, pode ser convalidada.

E a obrigação primitiva natural pode ser novada?

R: São obrigações não exigíveis. Mas, é polêmica. Há uma brecha na lei que permite a novação de uma obrigação natural, que esta no art. 814, § 1º, do CC.

Do Jogo e da Aposta

Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

§ 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.

2. A criação de uma obrigação nova substancialmente diversa da obrigação primitiva. Ver no material de apoio o RESP 685023/RS, o Agravo Regimental 605908/RS e o Agravo Regimental 588241/MG.

O STJ, no RESP 399716/RS e Súmula 286, já pacificou o entendimento, no sentido de que, quer tenha havido novação, quer tenha havido renegociação da mesma obrigação, caso seja mantida cláusula abusiva, esta pode ser impugnada. O STJ prezou o Princípio da Razão Social do Contrato.

3. O animus novandi. É a intenção de novar. Deve haver esta intenção para que se considere existente uma novação.

Espécies de Novação:

Há 2 espécies fundamentais de novação.

1. Novação Objetiva;

2. Novação Subjetiva.

Novação Objetiva veio regulada no artigo 360, I, do CC. Nela, as mesmas partes constituem uma obrigação nova destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior.

Novação Subjetiva, ela pode ser ativa ou passiva. A NSA está regulada no art. 360, III e a NSP no art. 360, II. Na NSA, mudam-se os credores, considerando-se criada uma obrigação nova a partir da mudança.

Ex.: Pablo deve 50 reais a Fabrício. Mas, este deve 50 à Bianca. Quando Pablo vai pagar Fabrício, este sugere que Pablo pague

diretamente à Bianca. Então, Pablo resolve sugerir a ela que seja feito novas condições para pagar estes 50 reais, ou seja, parcelado em 2 vezes, em nova data, depositado em banco,...

Na NSP, opera-se a mudança de devedores, considerando-se criada uma obrigação nova a partir do ingresso do novo devedor.

Ex.: A Assunção de uma obrigação não tem nada a ver com NSP. É o caso do Pablo pagar a dívida do seu pai. A obrigação aqui é a mesma. Os devedores mudaram, porque um assumiu o débito do outro. No caso na NSP, quando novo devedor entra, considera-se criada a partir dali uma nova obrigação.

A NSP pode se der por 2 maneiras: por Expromissão (art. 362 do CC) ou por Delegação (que não tem artigo correspondente no CC).

A diferença entre elas: na expromissão, o antigo devedor não participa do ato novatório.

Art. 362. A novação por substituição do devedor pode ser efetuada independentemente de consentimento deste.

A expromissão lembra expulsão. Porque o devedor antigo é expulso desta nova relação. Ex.: eu quero pagar uma dívida do Marcelo, mas ele não aceita. Eu peço então a minha mãe que notifique ele. E se ele não impugnar com justa causa, eu posso entrar como nova devedora.

Já na Delegação, diferentemente, o antigo devedor participa do ato novatório, manifestando a sua vontade. Esta é mais democrática, porque aqui o antigo devedor aquiesce, anui.

Obs.: Se o novo devedor for solvente (quebrado financeiramente), o antigo devedor continua responsável?

R: Ver o art. 363 do CC.

Art. 363. Se o novo devedor for insolvente, não tem o credor, que o aceitou, ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve por má-fé a substituição.

Ex.: Vestir um mendigo de terno.

Havendo uma obrigação primitiva, se você resolver novar, as garantias anteriores continuam ou elas caem?

R: Nos termos dos artigos 364 e 366, salvo disposição em contrário, efetuada a novação, as garantias da obrigação primitiva perdem efeito.

- **Novação e Solidariedade.**

Se há 3 devedores, e apenas 1 paga a dívida ao credor, mas ao pagar, eles novam, como ficam os demais devedores?

R: Eu pensei que eles se submeteriam à novação criada. Mas, não! Eles ficam exonerados!

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

E se ao invés de solidariedade passiva houver solidariedade ativa?

R: Neste caso, eles têm direito a reivindicar o que lhes cabe, porque não pode ocorrer enriquecimento ilícito do que recebeu sozinho a dívida.

- **REFIS e Parcelamento Tributário.**

REFIS é o programa que admite o parcelamento da dívida tributária. O STJ, através do RESP 640648/SC tem entendido que a adesão ao REFIS, com o consequente parcelamento da dívida tributária não caracteriza simples renegociação, mas sim, novação da obrigação primitiva. Porque houve desconto, alteração de vencimento, ...

E ainda, o STJ tem entendido que no momento que o empresário devedor adere ao REFIS para parcelar o débito tributário, ele novou, desde antes do recebimento da denúncia, ele pode usar isso como defesa em processo criminal.

Obs.: a novação de uma dívida não vincula o fiador, pelo Princípio da Autonomia do Contrato.

11ª Aula - 18/10/07

COMPENSAÇÃO:

Quando numa mesma pessoa reúnem-se as qualidades de devedor e credor, tem-se a confusão.

Ex.: vc deve ao seu tio pão duro, 10 mil reais, mas ele vem a morrer e vc é o único herdeiro dele. Logo, vc passou a ser credor e devedor ao mesmo tempo.

A compensação pode ser 3 modalidades:

1. Legal; (* a mais importante para o concurso)
2. Convencional;
3. Judicial (ou Processual).

A compensação legal opera-se por força de lei. Uma compensação é legal quando reúne os requisitos previstos em lei, impondo ao juiz declará-la quando for provocado.

Nenhum juiz pode reconhecer compensação de ofício. Ele sempre tem que ser provocado. Até porque a compensação é uma defesa de mérito.

A Compensação Convencional deriva da Autonomia Privada e independe dos requisitos da lei.

A Compensação Judicial ou Processual é aquela que deriva de decisão ou sentença.

Ex.: Quando as partes são ganhadoras e perdedoras ao mesmo tempo, e o juiz pelo art. 21 do CPC, determina a divisão dos honorários pro rata. (isso é uma compensação)

Requisitos da Compensação Legal:

Estão no artigo 369 do CC. Eles devem estar reunidos para que o juiz, ao ser provocado, possa declarar a lei.

O 1º requisito: É a reciprocidade das obrigações: é preciso que as mesmas partes sejam, reciprocamente, credora e devedora uma da outra.

Ex.: A é credor de B e B é devedor de A.

Obs.: O ordenamento jurídico, com base no artigo 371, vai consagrar uma exceção, para permitir que um terceiro que não é parte da relação principal possa opor compensação: é o caso do fiador dos termos do artigo 371 CC. (lembre-se que terceiro nunca é parte!!! Ele é um terceiro interessado.)

O 2º requisito: É a liquidez das obrigações: significa que a compensação legal só pode se operar com dívidas líquidas e certas.

Ex.: Eu lhe devo 100 reais e você me deve 80 reais.

O 3º requisito: É o vencimento das obrigações. Porque a compensação só se opera por obrigações vencidas.

O 4º e último requisito: É a homogeneidade das obrigações.

Ex.: para que as obrigações possam se compensar, elas devem ter a mesma natureza. Assim, só posso compensar por força de lei feijão carioca com feijão carioca, ou gado com gado.

No que tange à Homogeneidade das Obrigações, vale lembrar, com fundamento no art. 370 do CC que se a qualidade da coisa for especificada no contrato, a compensação legal somente se opera se ela for observada.

Ex.: Eu devo 2 sacos de leite do tipo C e ela me deve 2 sacos de leite do tipo B. Neste caso, não cabe a compensação, embora ambas sejam do mesmo gênero, porque a qualidade entra elas se diferem.

Mas, isso ocorre quando se trata de compensação por força de LEI.

Isto quer dizer que, se for a compensação CONVENCIONAL, pode perfeitamente afastar os requisitos da lei, e assim poder-se-á compensar dinheiro por aulas.

Obs.: Vale registrar que a lei 10.677/03 revogou o artigo 374 do CC para impedir a aplicação das suas regras na compensação tributária.

Questão de Concurso: para o efeito de compensação, as causas das dívidas devem ser investigadas?

R: Em regra, as causas das dívidas não interessam. NO ENTANTO, esta regra tem exceções previstas no art. 373 do CC.

Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:

I - se provier de esbulho, furto ou roubo;

II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos;

III - se uma for de coisa não suscetível de penhora.

O comodato e o depósito não podem se compensar porque são espécies de contrato de CONFIANÇA. Além disso, o comodato é o empréstimo de coisa infungível! Já imaginou se outra pessoa pudesse reter o meu apartamento (que emprestei a ela por comodato) por causa de uma dívida que eu tenho com essa pessoa?! E o depósito é pior ainda! Porque o depósito é dever de guarda! Ex.: Você vai ao Shopping e estaciona o seu carro. Mas, você tem uma dívida com o dono do estacionamento. Ele então retém o seu carro para compensar a sua dívida.

No caso de coisa não suscetível de penhora, um bom exemplo é o salário, porque este não pode ser compensado arbitrariamente pelo Banco.

(Mas, e se for da maneira convencional? Pode???)

TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES:

Aqui, se estuda a Cessão de Crédito, a Cessão de Débito e a Cessão de Posição Contratual. (esta última não está prevista no CC).

CESSÃO DE CRÉDITO:

Conceito: Opera-se por meio de um negócio jurídico em virtude do qual o credor originário (cedente) transmite total ou parcialmente do seu crédito ao novo credor (cessionário), mantendo-se a relação obrigacional primitiva, com o mesmo devedor (cedido).

Ex.: Um credor tem um crédito em face do devedor. E este credor transfere, por um novo negócio jurídico, o seu crédito, ao novo credor, mantendo a mesma relação obrigacional. Não é caso de novação e nem de pagamento por sub-rogação, apesar da semelhança.

Há hipóteses em que a lei proíbe a cessão de crédito. É o que está previsto no artigo 286 do CC.

Da Cessão de Crédito

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Ex.: Crédito de Alimentos – não pode ser cedido por causa da sua natureza.

Ex.: Proibição Legal de cessão de Crédito: é o caso do art. 1749, III do CC – que o tutor se constitua cessionário de um crédito contra o tutelado.

Ex.: Há ainda uma proibição convencional da cessão de crédito.

A luz do princípio da boa-fé objetiva, embora o devedor não precise previamente autorizar a cessão do crédito, é preciso que ele seja cientificado sobre a transmissão deste crédito a um novo credor. Para que ele saiba a quem deve pagar, claro! Se não, ele fica vinculado ao credor antigo. É o que diz o art. 290 do CC, onde se diz que esta ciência dá eficácia à nova relação.

O devedor pode opor ao novo credor as defesas que dispunha quando se relacionava com o credor antigo?

R: Seguindo a linha o art. 1474 do Código Civil Argentino, o art. 294 do CC Brasileiro, estabelece que o devedor **pode opor** ao novo credor as defesas de que dispunha contra o antigo.

Até porque, aqui a relação obrigacional primitiva é a mesma! Porque o professor disse que não se trata de novação!

Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

Este credor cedente que cede o crédito ao credor cessionário deve garantir a existência do crédito que ele cedeu? E, além disso, ele deve garantir a solvência do devedor?

R: Nos termos dos artigos 295 a 297, a regra geral do Direito Brasileiro é no sentido de que a cessão de crédito é apenas PRO SOLUTO, ou seja, o cedente garante apenas a existência do crédito que cedeu. No entanto, havendo disposição Expressa, a cessão pode ser PRO SOLVENDO, caso em que o cedente garante a existência do crédito e a solvência do devedor. (Mas, esta última não é a regra).

Atenção: a cessão de crédito já existia no VCC, mas a cessão de débito não. Ela só apareceu no NCC. Ela também é chamada de Assunção de Dívida.

CESSÃO DE DÉBITO ou ASSUNÇÃO DE DÍVIDA:

Conceito: Na cessão de crédito, o devedor, com a expressa anuência do credor, transfere a sua dívida a um terceiro, mantendo-se a mesma relação obrigacional.

Ex.: O devedor originário transfere o seu débito a outro devedor. E o devedor originário fica exonerado. Mas, a lei abre uma brecha para que ele retorne e reassuma o seu débito. É o caso previsto no art. 299 do CC. Ocorre quando o novo devedor era solvente e o credor ignorava (quando aceitou a transferência do débito). Neste caso, o velho devedor volta.

Parágrafo único do art. 299 – se o credor ficar silente, quer dizer que ele se recusou a aceitar a cessão do débito.

Art. 300 do CC – o novo devedor não pode se beneficiar das particularidades do contrato do devedor antigo, a não ser que ele consinta.

CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL:

A cessão de contrato é muito mais ampla que a simples cessão de débito ou de crédito.

Ela se opera quando o cedente transfere a sua própria posição no contrato a um terceiro (cessionário), mediante o consentimento da outra parte contratante.

O NCC não tratou disso.

Mas, o Código Civil de Portugal fala muito bem nisso. Ver o art. 424 e seguintes.

Este instituto não trata da cessão de crédito e nem de débito, fala só da cessão da posição contratual.

Ex.: Eu cedo a minha posição no contrato a outra pessoa para que ela continue no contrato de financiamento de um carro que eu não consegui mais pagar.

A parte contrária tem que anuir esta cessão de posição. Segundo Emílio Betti, esta condição é de validade e de eficácia.

Atenção, na aula anterior, aquela lei (10.450) que admitiu a legalidade dos contratos de gaveta não se encaixa neste instituto!

REQUISITOS PARA A CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL:

1º) É a celebração de um negócio jurídico entre cedente e cessionário.

2º) É a transferência global da posição no contrato. Nunca é fragmentária, é sempre global.

3º) É a anuência da parte contrária.

Ex.: Para o mutuário transferir o seu contrato de financiamento, é preciso da anuência do novo mutuário que vai entrar naquela posição.

CLÁUSULA PENAL:

Não confunda multa com cláusula penal, porque a multa é uma sanção, uma reprimenda. Ela não tem uma vocação indenizatória.

A CP, também chamada de Pena Convencional, traduz um pacto acessório por meio do qual as partes previamente estipulam a indenização devida em caso de descumprimento da obrigação principal, de mora, ou de alguma cláusula específica do contrato.

A CP estipulada, previamente, para o caso de descumprimento de obrigação principal, é o caso de CLÁUSULA COMPENSATÓRIA. E quando ela é estipulada para a mora, é chamada de CLÁUSULA MORATÓRIA.

Ver o art. 408 do CC.

A CP para o caso de cláusula compensatória é sempre mais pesada que a moratória. Porque ela advém de um descumprimento da obrigação principal.

Ex.: Beca alugada para a formatura. Se não devolvê-la em 72 h, se pagará uma CP de 75% de uma beca nova.

Atenção! O art. 412 do CC prevê que a CP não pode ultrapassar o valor da obrigação principal, senão, haveria enriquecimento sem causa.

Mas, se o prejuízo do credor for superior ao previsto na cláusula penal, ele teria direito a exigir indenização suplementar?

R: Nos termos do § único do art. 416, vale lembrar que a indenização suplementar só será possível se tal situação houver sido convenionada.

Será problema do credor.

Mas, havendo CP (compensatória), por causa do descumprimento da obrigação principal, o credor pode executar a CP? Cobrar a indenização da CP?

R: Sim.

E ele poderia exigir em uma ação autônoma condenatória ou executória para forçar o devedor a cumprir a obrigação principal?

R: Não! Isso é “bis in idem”!

Ou ele exige a obrigação principal ou a CP (que é a indenização). Cumulativamente o credor não pode.

Obs.: Seguindo a linha do artigo 1152 do CC da Espanha, o art. 410 do CC Brasileiro estabelece que a Cláusula Penal é apenas uma alternativa para o credor.

Obs.: O contrato bem feito deve vir com a assinatura de 2 testemunhas. Assim, o documento se torna título executivo extracontratual, podendo ser executado de pronto. Mas, se não houver os requisitos de um título executivo, pode-se ingressar com a ação monitória.

Uma CP pode ser reduzida pelo Juiz?

R: O CC admite expressamente, a redução da CP, no art. 413. É com base na Equidade.

Ex.: Devolvi a borla, e não a beca. O juiz pode reduzir a CP de 75 para 60%, por exemplo.

O Juiz pode reduzir a CP de ofício?

R: A luz da autonomia privada, o juiz não pode. O interessado tem que se manifestar. Todavia, a doutrina mais moderna, o Enunciado 356 dispõe que a luz do Princípio da Função Social, o juiz pode sim, de ofício, reduzir a Cláusula Penal.

Assim, como, nenhum contrato pode afastar o juiz de afastar de reduzir esta CP.

Ex.: É lícita a CP que estipula, a título indenizatório, a perda de todas as prestações do contrato já pagas?

R: Na linha de entendimento do STJ, com entrada em vigor do CDC, a CP que prevê a perda de todas as prestações pagas podem ser impugnadas por abusividade. Porque, antes dele, não se aplicam as suas normas.

A pessoa que desiste perderá tudo que pagou?

R: No caso dos consórcios, o RESP 165304 - STJ, no sentido de que a perda de todas as prestações pagas, em caso de desistência, é abusiva, admitindo-se apenas a retenção de parte das parcelas para cobrir despesas da administradora.

PRISÃO CIVIL:

Ela é uma medida excepcional. A Nossa CF/88 assim a dispõe, no art. 5º, LXVII, onde a prisão civil não tem natureza penal. Ela é um meio coercitivo de forçar o cumprimento de uma obrigação.

A CF/88 a admite em 2 circunstâncias: nos casos do devedor de pensão alimentícia (que veremos em família) e nos casos de depositário infiel.

A prisão civil está inclusive prevista na Convenção Inter Americana de Direitos Humanos, que é o Pacto de San José da Costa Rica, no art. 7º, 7, que o Brasil ratificou, só admitiu a prisão civil do devedor de pensão alimentícia.

Mas, hoje, a grande polêmica é quanto à prisão civil do depositário infiel. Porque este tipo de prisão não foi prevista no Pacto.

Assim, vários juízes, por todo o Brasil, continuaram mandando prender os depositários infelís. E observe que o Brasil ratificou o pacto em 98! Mesmo assim, os juízes ignoravam o pacto e aplicavam a CF/88.

Por fim, com a EC 45/04, que incluiu no art. 5º, o § 3º, na CF/88, passou a dar aos tratados que tratem de Direitos Humanos o status de Emenda Constitucional.

Ocorre que o Pacto de San José é anterior ao surgimento do § 3º do art. 5º da CF/88.

Mas, usando da razoabilidade, é possível que o ? venha a se reunir para aprovar esses tratados a ponto de se tornarem emenda constitucional? Não!

Assim, eles ingressaram no nosso ordenamento com força de emenda constitucional, porque este § 3º tem força de absorção das convenções anteriores!

Por isso, o § 3º não é aplicado daqui para frente.

Logo, o Pacto de San José tem força de emenda constitucional. E assim, o depositário infiel não deve mais ser preso no Brasil!

Obs.: O STF está em pé de guerra, no que tange à prisão civil do depositário infiel, porque encontra-se em turbulência, havendo entendimentos contra e a favor (HC 90172 de SP x HC 90759 de MG) – entre o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Levy Levandovisky. A tendência é que o STF venha a derrubar a prisão civil do depositário infiel, porque o Plenário do STF está derrubando a prisão civil do devedor na alienação fiduciária. Ele já conta com 8 votos derrubando a absurda prisão do devedor na alienação fiduciária. Não pode mais voltar, mas, tecnicamente, ainda não se declarou isso.

Obs.: Em recurso interposto pelo Bradesco e pelo Itaú no REXT. 466343 de SP, já conta com 8 votos de Ministros considerando inconstitucional a prisão civil do devedor na alienação fiduciária.

Ex.: Você financia um carro e coloca em garantia o próprio bem financiado.

12ª Aula – 19/10/07

TRANSAÇÃO:

É o negócio jurídico bilateral em que as partes interessadas previnem ou terminam um litígio mediante concessões mútuas.

Transação continua sendo classificada como forma extintiva das obrigações?

R: Não!

No CC/1916, transação era classificada como forma extintiva de obrigações. Mas, hoje, no CC/2002, a transação passou a ser tratada como contrato típico. A sua natureza jurídica hoje não é mais a extinção da obrigação, mas sim, de um contrato. E mais, de um negócio jurídico bilateral, oneroso, comutativo e solene.

Bilateral e oneroso = todo contrato é assim, por mais simples que seja o contrato, eu sempre preciso de pelo menos 2 pessoas. E há um ônus para ambos. São os transatores.

Comutativo = porque o cumprimento de uma prestação por uma parte é porque a outra parte também irá realizar algo (é a contraprestação).

Ex.: Compra e venda – eu quero comprar um guarda-chuva, dou o dinheiro e o outro vai me dar o guarda-chuva.

Solenidade = é a regra dentro da transação.

ESPÉCIES DE TRANSAÇÃO:

(pela doutrina)

1. **Transação Extrajudicial:** é aquela realizada com o objetivo de prevenir o litígio, a lide. Ela é realizada antes da propositura da ação. Não quer dizer “fora do juízo”, porque ela vai ser levada para o juízo para ser homologada depois. Ela é, na verdade, feita antes da ação.

2. **Transação Judicial:** é aquela realizada no curso da demanda. Ou seja, é todo acordo realizado quando já existe o processo.

REQUISITOS DA TRANSAÇÃO:

(pela doutrina)

1. A existência de uma situação jurídica controvertida e incerta. (art. 850 do CC)

Art. 850. É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação.

2. O objetivo de pôr fim ou evitar uma controvérsia.

3. O acordo de vontades entre os transatores.

4. A reciprocidade das concessões. Ou seja, na transação, cada uma das partes vai fazer concessões recíprocas.

Lembre-se que os elementos essenciais (existência e validade) todos os negócios jurídicos devem ter, já os requisitos acidentais, eles podem existir ou não (eficácia). Estamos vendo aqui os elementos essenciais deste negócio jurídico.

5. **Partes:** Quanto ao material que está no site: Por este julgado os pais não podem transacionar com relação a interesses dos filhos menores sem a autorização judicial.

6. **Objeto:** Somente pode ser objeto de transação DIREITOS PATRIMONIAIS DE CARÁTER PRIVADO. Ou seja, quando se tratarem de direitos indisponíveis.

Ex: o contrato de namoro não serve para afastar a União Estável, porque este instituto reúne direitos indisponíveis. Logo, se alguém junta um contrato de namoro, acaba tendo efeito contrário, se tornando-se uma prova cabal da união estável.

Ex: Eu não posso abrir mão de um direito da personalidade, porque eles são indisponíveis. Ex.: nome, a honra, personalidade, alimentos (só aquela oriunda de relação de parentesco, porque os alimentos oriundos do fim do casamento ou de união estável, estes sim podem ser renunciados).

7. **FORMA:** A transação judicial pode ser feita mediante termo judicial ou escritura pública. No entanto, a transação extrajudicial pode ser celebrada através de instrumento particular, somente exigindo-se instrumento público quando a lei assim determinar. (esta característica é a que mais cai na prova).

CARACTERÍSTICAS QUANTO À TRANSAÇÃO:

1. **Interpretação restritiva:**

Como eu devo interpretar a transação, de forma restritiva ou extensiva?

R: Ela deve ser sempre restritiva, diante das renúncias realizadas pelas partes. Art. 843 do CC.

Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

2. Indivisibilidade:

Se uma parte da transação for considerada nula, esta será nula por inteiro.

Ex.: Uma cláusula do contrato que preveja a renúncia do direito à água.

Exceção: o Art. 848 do CC, § único. Aqui neste caso, se trata de várias relações jurídicas. Havendo causa de nulidade de parte deste negócio, não afetará o restante do contrato.

Art. 848. Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta.

Parágrafo único. Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados, independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudicará os demais.

3. Cláusula Penal – pode contar em uma transação.

4. Anulação – Art. 849 do CC – aqui não se aplica todos os vícios estudados. Apenas se aplica o erro, dolo e coação.

Eficácia Intermística – é aquela decorrente entre a realização do negócio jurídico e a ?

INADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES:

Conceito: é o descumprimento de todo e qualquer tipo de obrigação.

Ele pode ser considerado absoluto ou definitivo.

É absoluto quando houver impossibilidade de lugar ou de recebimento. Existe ainda esta impossibilidade pode existir na inutilidade, que é a perda do interesse pelo credor.

Ex.: Oferecer um boi e exatamente este boi morrer eletrocutado. (ex.: impossibilidade).

Ex.: Comprar um bolo de casamento e haver atraso na entrega, um dia depois. Não interessa mais aos nubentes. (ex. de inutilidade) Ver o Enunciado 162 e o art. 395 do CC.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Este artigo traz o Princípio da Conservação do Contrato, porque sempre interessa à sociedade a manutenção do contrato.

O Inadimplemento Absoluto ou Definitivo pode ser total ou parcial. No Total a prestação não é cumprida na sua totalidade. Ex.: Contratei um Buffet e este não compareceu à minha festa, não trouxe absolutamente nada! No Parcial, apenas uma parte da prestação foi cumprida. Ex.: o Buffet contratado trouxe as bebidas, os doces, os pratos quentes, mas se esqueceu do bolo.

Além disso, este inadimplemento pode ser culposo ou fortuito.

Fortuito é aquele em que não há culpa da parte.

Ex.: Eu estava obrigada a entregar um touro, mas ele morreu com um raio. Houve inadimplemento absoluto, total. Eu não tive culpa na morte dele. Logo, o inadimplemento foi fortuito, e ele, em regra não gera o dever de reparar o dano. Ver o art. 393 do CC.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Mas, excepcionalmente, o devedor responderá pelo inadimplemento fortuito se foi expressamente convencionada tal responsabilidade do devedor. E se a parte estava em mora. (mora = atraso)

Pelo inadimplemento culposo, responde o inadimplente pelas perdas e danos, juros moratórios (que são devidos desde a citação). Cabe ainda a atualização monetária (que devolve o poder de compra da moeda), e os honorários advocatícios (contratuais). Ver o art. 389 do CC.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Ver o Enunciado 161 c/c 404 do CC

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

MORA:

Pelo Inadimplemento Relativo / ou Mora, ocorre quando houver inobservância do tempo, lugar, ou forma devidos. Ela é automática. No inadimplemento relativo, a prestação há de ser possível (possibilidade) e útil (utilidade) no cumprimento da prestação.

Neste caso, falando-se de “mora sovendi”, estamos nos referindo à mora por parte do devedor. O devedor responde pela mora se esta for proveniente de sua culpa. Nesta hipótese, com culpa, responderá o culposo por todos os prejuízos causados (perdas e danos) mais juros, atualização monetária e os honorários.

Quanto ao atraso do devedor, esta pode se chamar de Mora Ex Re – é aquela em que havia um prazo ou data para o vencimento da obrigação.

Requisitos da Mora Ex Re:

1. A obrigação deve ser positiva (dar e fazer). A obrigação de não fazer não sofre mora, porque ninguém fica em mora se uma vez descumprida. O que haverá será o inadimplemento absoluto.

Ex.: Não construir um muro.

2. A obrigação deve ser líquida – é aquela certa quanto a sua existência e determinada quanto ao seu objeto e o seu valor.

3. Tem que ter data fixada para o seu adimplemento. O dia interpela a pessoa (Dies Interpellat Pro Homine).

Mora Ex Persona:

Aqui, obrigação não tem prazo/data certa para o seu cumprimento. Neste caso, o devedor precisa ser constituído em mora através da notificação.

Ex.: Você empresta a sua casa para uma pessoa e ela vai ficando 2, 3, 4 semanas...você não deu prazo para esta pessoa lhe devolver a casa, mas através de um ato do credor (notificação) ele passa a ficar em mora.

A doutrina aponta uma 3ª hipótese de mora, que é a MORA PRESUMIDA (por Orlando Gomes, esta é chamada de Mora Irregular). É aquela que se encontra prevista no artigo 398 do CC.

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Com relação à mora do credor (mora creditória ou mora accipiendi), o conceito é: é aquela que ocorre atraso por parte do credor.

Ela pode aparecer como mora creditória ou mora credendi.

No silêncio do contrato, a obrigação deve ser cumprida na casa do devedor. A regra é quérable. (quesível)

R: Sr. Madruga e Sr. Barriga.

E se houver atraso no pagamento, o atraso é do credor.

Na Mora Accipiendi, acontece o seguinte: afasta do devedor isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa.

Então, se o devedor agir com dolo, ele responde. Mas, se foi por culpa estrito senso (negligência, imperícia ou imprudência), não haverá responsabilidade do devedor. O que é um tremendo ônus do credor.

A 2ª conseqüência deste tipo de mora: obriga o devedor a ressarcir o credor pelas despesas com a conservação da coisa.

Ex.: O cuidador do touro.

A 3ª conseqüência: obriga o credor a receber a coisa pelo preço mais favorável ao devedor se houver diferença no preço entre o momento acordado e o momento do efetivo cumprimento.

Obs.: Por incrível que pareça, a nossa lei protege mais o devedor que o credor.

Temos ainda a última espécie de mora, que é a Mora Simultânea, que ocorre quando o devedor e o credor incidem em mora. Nesta hipótese, a mora de um elimina / anula (segundo Maria Helena Dinis e Silvio Venosa) a mora de outro.

RESPONSABILIDADE CIVIL:

É a conseqüência jurídica e patrimonial do descumprimento da obrigação (do dever jurídico).

De acordo com a sua origem, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual, porque ela tanto pode advir de um contrato ou de uma lei.

A Responsabilidade Contratual ou Incontraendo ocorre quando é descumprida uma obrigação prevista em contrato.

Nela, o credor somente precisa provar o inadimplemento. Não precisa provar fato imputável ao devedor, ou seja, a CULPA. Há uma inversão do ônus da prova. A prova, neste caso, compete ao devedor.

É responsabilidade subjetiva, mas com inversão da prova. Cuidado ao estudar a jurisprudência!

Se o contrato for benéfico, o favorecido responde por culpa genérica. A outra parte (o sujeito que nos favoreceu e não teve qualquer benefício) responderá somente por dolo.

Ex.: Eu empresto o meu carro a alguém, e mesmo sabendo que ele estava com problemas do freio, sem que eu tivesse má fé, eu não respondo pela batida do carro.??

Ambas as partes respondem por culpa genérica. (art. 392 do CC).

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

A Responsabilidade Extracontratual é aquela que surge quando descumprida obrigação prevista na lei.

Ex.: Quando há o descumprimento do dever de não causar dano. (neminem laedere) – art. 186 do CC.

Dos Atos Ilícitos

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A Responsabilidade Extracontratual também é chamada de Responsabilidade Aquiliana, que substituiu a Lei das 12 Tábuas, da Pena de Talião (olho por olho, dente por dente). A responsabilidade não podia ser mais corporal, e sim, patrimonial. Daí, surgiu a Lei – Lex Aquilia Damno (aquiliana). Cuidado com a expressão culpa aquiliana, por que esta é uma responsabilidade extracontratual (não é subjetiva não).

Classificação da Responsabilidade Civil de acordo com os seus elementos: ela pode ser subjetiva ou objetiva (art. 927 do CC). Pelo CC/2002, a regra continua dizendo que ela é subjetiva. Ver Art. 186 do CC. Mas, isso é muito polêmico. Há quem diga que é objetiva, que é mista, ...mas, numa prova objetiva, marque subjetiva.

A Responsabilidade Civil Subjetiva possui 4 elementos: tem que se provar os fatos (uma conduta humana), o dano (que é o efeito), Nexo Causal (nexo entre a conduta e o dano) e a Culpa (culpa lato sensu, que inclui a culpa stricto sensu e o dolo). A culpa é o elemento subjetivo.

Obs.: Estudar Civil para a prova federal por Gustavo Tepedino.

Responsabilidade Civil Objetiva: ela não vai trabalhar com o elemento culpa. Ela é a exceção no CC de 2002. Ela é a regra no CDC. Nela, tem que se provar o fato, a conduta humana. E tem que provar ainda o dano.

Ex.: Comprei um liquidificador e ao ligar, ele explodiu e me cortou.

13ª Aula - 25/10/07

DANO MORAL

O Dano Moral tem uma história no nosso direito. Ele não foi de imediato adotado pelo CC de 1916. Ele teve a sua adesão quando da promulgação da CF/88. Até este evento, ele teve 3 fases:

1ª FASE – Lafayette Pereira ou Jorge Americano.

Negavam totalmente a possibilidade de dano moral no Brasil. É a primeira etapa do século XX. O professor tem um acórdão do Supremo, de 1913, com um dos primeiros acórdãos onde se reconhecia o dano moral no Brasil. Os argumentos que os defensores usavam para negar o direito à indenização de dano moral eram vários. No texto da Professora Zumira Lima, em Coimbra, ela aponta quais seriam esses argumentos. Um deles é que a dor não pode ser estimada por dinheiro. O dano moral não podia ser indenizado porque isso é dar direito demais ao magistrado, isso seria um excesso de poder. Mas, esta tese não vingou no Brasil. Assim, veio a 2ª fase, onde timidamente a doutrina brasileira copia o modelo francês.

2ª FASE – Agostinho Alvim.

Este defensor foi um dos primeiros a defender a indenização por dano moral no Brasil. Ele lembra que os 10 magistrados a acatarem essa 2ª fase não eram aqueles juízes de carreira e sim aqueles que antes foram advogados. Para ele, o dano moral só poderia ser indenizado se este dano fosse consequência de um dano material sofrido. Não havia autonomia na reparação por dano moral.

Ex.: Sujeito teve seu rosto queimado, e como houve dano material ele pode pedir dano moral.

3ª FASE – com Yussef Cahali

Essa 3ª fase foi inaugurada com a edição da CF/88. A partir daqui o dano moral ganhou AUTONOMIA. Especialmente no art. 5º, V e X da CF/88.

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Antes da CF/88, como se fazia uma ação de indenização por danos morais? Não se reparava o dano moral de forma autônoma? Não! Somente a partir da CF/88. Mas, o CC de 1916 não proibia essa indenização, mas também não falava nada. Porque nós temos uma tradição positivista. Quem advoga sabe disso. A jurisprudência não aceitava a indenização por danos morais antes da CF/88, somente após esta. O nosso CC / 2002, no art. 186 consagra explicitamente o dano moral.

Dos Atos Ilícitos

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No artigo 186, vemos que se trata de uma regra geral. O Brasil, assim como a Suíça, a Espanha, a França, adota uma regra geral de responsabilidade por dano moral. Já os Códigos Alemão e Italiano costumam definir as situações que ensejam dano moral. Mas o código brasileiro não, assim como o suíço, francês e o espanhol, adota uma regra geral. O professor até prefere este entendimento.

Mas, cuidado, dano moral não se confunde com mero aborrecimento!

OBS.: nos termos do enunciado 159 da 3ª Jornada de Direito Civil, consolidando doutrina predominante, o dano moral não se confunde com o mero aborrecimento.

Dano moral – Conceito – nada mais é do que lesão a direito da personalidade.

A pessoa jurídica pode sofrer dano moral?

R: Aula do dia 14/08, em Pessoa Jurídica. (imagem)

A indenização por danos morais é autônoma à lesão física sofrida?

R: O STJ, no RESP 251719 de SP, firmou entendimento no sentido da admissibilidade da cumulação do dano estético e do dano moral, PORQUE ELES PODEM TER CAUSAS DISTINTAS, eles se revestem de autonomia.

O que é dano moral “in re ipsa”?

R: Tem sido enfrentado e aceito do dano moral “in re ipsa” em várias decisões do STJ, nos precedentes RESP 755766 do PR e do RESP 718618 do RS. É o DANO MORAL QUE NÃO DEPENDE DE PROVA.

Ex.: Inscrição indevida no SPC ou no Serasa.

Ex.: A falta de comunicação prévia do devedor. (O SPC tem 5 dias para comunicar você antes de inscrever o seu nome). A cada dívida pode haver uma inscrição do nome do devedor. E o SPC tem que avisar a cada inscrição.

O dano moral deve ter uma indenização com fundo não apenas compensatório, deve ser também **funcionalista**, porque ela deve ter um condão pedagógico, que “ensine” essas empresas que causam lesão às pessoas a não repetirem isso. É quando as pessoas falam “eu não quero mais dinheiro algum, o que eu quero é que ela não faça mais isso nem comigo e nem com ninguém.”

O que se entende por Teoria do Desestímulo ou (Punitive Damage)?

Ler um texto de Paulo Cremonese. (www.jus.com.br)

R: As bases dessa teoria justificam a natureza punitiva e pedagógica da reparação por dano moral, sendo amplamente adotada nos EUA. No Brasil ainda não há a sua predominância, muito embora já sintamos os seus reflexos.

O Enunciado 379 da 4ª Jornada sustenta que a indenização por dano moral tem também função pedagógica. O projeto de reforma do Código Civil de 2002, 276/07 também reforça esse entendimento.

Na jurisprudência já existem acórdãos neste sentido, é o RESP 860705 do DF – Min. Eliana Calmon.

Isso é exigir da empresa telefônica, celular, de água, de cartão de crédito, bancos, que tenha RESPEITO ao consumidor.

De que maneira se quantifica o dano moral?

R: A quantificação é feita por equidade mediante arbitramento.

O professor entende que este embasamento é o mais indicado porque tem respaldo constitucional. Se existem críticas a este sistema aberto, os juízes devem se preparar melhor.

O outro sistema de indenização por dano moral é o sistema do tarifamento, ou seja, o tabelamento da indenização do dano moral em nível legal. Ocorre que o STJ, na Súmula 281 considerou este sistema inconstitucional.

Súmula: 281

A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

despite dessa inconstitucionalidade, o Projeto 7124 pretende tabelar este sistema no Brasil. Está no Congresso, pode ser que aprovem.

Ex.: ofensa leve – 20.000,00 reais. (tarifamento)

No Brasil, o Tribunal reduz a indenização de danos morais de certas pessoas, tomando por base a situação econômica da vítima. O professor entende que isso é menoscabar da dignidade da pessoa pobre, como se a honra dela valesse menos que a honra de alguém que tem melhores condições econômicas. Isso tem que inverter! Tem que se levar em conta o patrimônio do ofensor e não do ofendido!

CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL:

São os fundamentos de defesa do réu.

1) Estado de Necessidade e Legítima Defesa :

No EN o sujeito viola o bem jurídico de outro para remoção de um perigo, enquanto que a LD o sujeito atua impondo uma repulsa a uma agressão injusta. (conceito igual ao Direito Penal)

Tanto o Estado de Necessidade como a Legítima Defesa que estão previstos no art. 188 do CC são causas que excluem a ilicitude do comportamento. Exclui também como consequência a obrigação de indenizar.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em **legítima defesa** ou no **exercício regular de um direito reconhecido**;
II - a deterioração ou **destruição da coisa alheia**, ou a **lesão a pessoa**, a fim de remover **perigo iminente**.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Nos termos do art. 929 e 930, linha seguida no RESP 124527, caso o agente, atuando em estado de necessidade ou legítima defesa venha a atingir terceiro inocente, este deverá ser indenizado, cabendo a ação regressiva contra o verdadeiro causador do perigo ou da agressão.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Ex.: Um homem compre o seu carro dos sonhos: um Audi T3. Ele desce uma ladeira e se depara com uma criança de 2 anos no meio da rua. Ele tem 3 chances: bater no muro da casa do LFG, atropelar a criança ou levar o carro para o abismo (e morrer). Ele então levou o carro para o muro e bateu. Esse muro teve danos e o LFG logo disse que ele era terceiro lesado, inocente. Assim, o LFG tem direito a acionar o dono do Audi. E este tem direito a acionar os pais da criança que estava andando no meio da rua, como direito regressivo. O professor disse que nada impede que o LFG ingresse com uma ação diretamente contra os pais da criança.

2) **Estrito Cumprimento do Dever Legal e o Exercício Regular de Direito:**

Estas também são causas excludentes da responsabilidade civil. O estrito cumprimento do dever legal não está previsto no CC. Mas, o exercício regular do direito está no art. 188 do CC. E agora?

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em **legítima defesa** ou no **exercício regular de um direito reconhecido**;

II - a deterioração ou **destruição da coisa alheia**, ou a **lesão a pessoa**, a fim de remover **perigo iminente**.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Frederico Marques lembra que embora a lei não tenha feita clara remissão ao estrito cumprimento do dever legal, a lei nem precisava citar. Porque para ele quem atua no ECDL está atuando no ERD. Assim, desde que não haja abuso ou excesso, está se atuando no ECDL.

Ex.: Quando um funcionário da INFRAERO chama um passageiro para ser revistado, o passageiro não pode se recusar ou fazer escândalos. Pois, não havendo abuso ou excesso por parte do funcionário que está no ECDL ou no ERD, não há problema algum! É ECDL! É excludente de responsabilidade, não opera dano moral a não ser que haja abuso na abordagem.

Ex.: Passageira nordestina que queria levar uma peixeira para o avião para descascar maçã. O funcionário do avião a impediu de entrar a não ser que ela entregasse a peixeira.

Ex.: Porta giratória do banco, não cabe responsabilidade civil, A NÃO SER QUE HAJA ABUSO! É o caso do correntista que ficou de cueca por causa da abordagem do guarda que fazia a segurança do banco.

O STJ em situações determinadas não tem acatado o ERD. É o RESP 164391 do RJ.

Ex.: Caso da empregada no Rio que foi suspeita de furto e ficou presa em um cômodo da casa, não se sabe por quanto tempo, até que foi encontrada morta no pátio do edifício, junto com a janela do quarto. Isso não é ERD, isso é (nem sei que nome dar a isso).

3) **Caso Fortuito e Força Maior:**

Qual o conceito desses institutos?

E no plano da eficácia, há diferença entre eles?

No plano teórico a matéria é altamente controvertida. O Prof. Álvaro Villaça costuma dizer que o CF seria um evento da natureza, inevitável.

Ex.: um terremoto.

A FM seria um evento imprevisível ligado ao homem.

Ex.: O sujeito não cumpriu determinada obrigação porque sofreu um seqüestro relâmpago.

A Professora Maria Helena Diniz defende o contrário, que CF é o imprevisível e força maior é o inevitável.

O Silvio Rodrigues refere doutrina no sentido de que FM e CF seriam a mesma coisa.

A doutrina no Brasil segue a linha de Maria Helena Diniz, onde a CF é o imprevisível, o imponderável e FM é o inevitável.

Para efeito legal, para efeito positivo, o CC não diferencia CF de FM. – art. 393, § único do CC.

Ex.: é o caso das companhias de seguro.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, **se expressamente não se houver por eles responsabilizado.**

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Operando-se o CF ou FM, exclui-se a responsabilidade civil por quebra do nexo de causalidade.

*E neste contexto, qual a diferença entre **CF interno e CF externo**?*

*R: Esta questão é muito cobrada nas provas de consumidor. O **CF interno não exclui a responsabilidade civil** uma vez que integra o processo de elaboração do produto ou de execução do serviço.*

Ex.: Uma empresa que fabrica produtos eletrônicos, ou bonecos, que sofrem algum tipo de problema no momento da sua confecção. É por isso que fazem o re call.

*Todavia, no caso do **CF externo, reconhece-se a quebra do nexo jurídico de causalidade**. Ele é exógeno.*

Ex.: O consumidor compra um certo produto e este, sofrendo um evento externo, vem a quebrar o nexo de causalidade. É o caso de você comprar um computador e ao colocar no carro, sofrer uma colisão e por causa desta colisão, danifica o seu computador.

Ex.: O STJ já firmou entendimento que o assalto a mão armada dentro de ônibus é um evento externo, estranho à prestação de serviço da empresa de ônibus, porque o STJ entende que este tipo de evento exclui a responsabilidade da transportadora porque ela também é vítima da falta de segurança que é PÚBLICA. A não ser, é claro, que o motorista estivesse em conluio com os assaltantes.

Então, se sofrer um assalto dentro do ônibus, não adianta processar a empresa de ônibus.

Todavia, existem precedentes nos Tribunais inferiores (Rondônia), no sentido de que se o assalto é muito freqüente na mesma linha de ônibus, ele passa a ser previsível e a empresa se torna passível de responsabilidade. No tribunal do Rio também essa mesma previsão.

Mas, prevalece a do STJ.

4) Fato de Terceiro:

Ele também é causa excludente de responsabilidade por ruptura do nexo jurídico de causalidade. É um terceiro estranho ao fato que causa a lesão. No entanto, a pessoa física que atua é outra.

Ex.: O Filme O Corvo – o chamado é o limite. O filho do diretor atuava em um filme onde ele deveria ser alvejado por balas de festim por outro ator. Ocorre que ele acabou sendo vítima de uma arma que estava municada com bala de verdade que um terceiro colocou. Ele foi vítima de um ato de terceiro.

Ex.: Rondonópolis – policial que atirava numa festa achando que as balas eram de festim, mas eram de verdade.

Ex.: Então, no caso do avião da empresa GOL, que foi atingido por um Legacy, seria fato de terceiro? Seria a GOL uma vítima? Poderia ela, apesar de ser a entidade física causadora do dano, ser responsabilizada por um dano que ela não gerou, porque na verdade foi um terceiro quem se chocou com ela?

R: No caso do transportador a Jurisprudência do STF não admite a alegação de fato de terceiro nem a estipulação contratual de cláusula de não indenizar. (Súmulas 187 e 161 do STF)

SÚMULA Nº 161

EM CONTRATO DE TRANSPORTE, É INOPERANTE A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR.

SÚMULA Nº 187

A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO TRANSPORTADOR, PELO ACIDENTE COM O PASSAGEIRO, NÃO É ELIDIDA POR CULPA DE TERCEIRO, CONTRA O QUAL TEM AÇÃO REGRESSIVA.

O que é a teoria do corpo neutro?

R: Ela é uma especial aplicação da teoria do fato de terceiro, especialmente na colisão de veículos em acidente de trânsito.

Ex.: É o caso de engavetamento de carros. Alguém bate na sua traseira e te empurra até bater no carro da frente. Você, que estava no meio, é um corpo neutro. A responsabilidade não é sua, é do terceiro que veio por trás empurrando.

Este problema nos remete a outro muito polêmico: um motorista está na estrada e resolve fazer uma ultrapassagem permitida, já que o caminhão que estava a sua frente estava em baixa velocidade e tirando a sua visão. Quando ele estava no meio da ultrapassagem, o caminhão se desloca para a esquerda para ultrapassar outro veículo e vem a causar o abalroamento do Ford K jogando-o para a ribanceira.

OBS: o STJ, no RESP 544.444/SP, firmou entendimento no sentido de que em acidente de trânsito com abalroamento de veículo utilizado como corpo neutro, a responsabilidade é apenas do real causador físico do dano. A responsabilidade jurídica é do condutor do caminhão uma vez que o condutor do Ford K estava em situação legítima.

5) Culpa Exclusiva da Vítima:

Ela também rompe o nexo causal. O pedido é julgado improcedente.

Ex.: Vítima atropelada próxima à passarela. Manual de Rui Stocco. Essa vítima não vai ganhar um centavo se for atropelada e morrer. É culpa exclusiva da vítima.

É claro que há motoristas inconseqüentes, que até aceleram quando vêem um pedestre.

A CEV também é aplicada nas relações entre consumidores.

O STJ já firmou entendimento no RESP 439.408 de SP, no sentido de que a CEV não é presumida, deve ser comprovada!!!!

Mas, cuidado! Culpa da vítima não pode ser confundida com culpa concorrente!

Quando há concorrência de culpa, o juiz reduz um pouco a indenização levando parte da culpa pelo evento danoso para a vítima que ajudou a gerar o dano.

Ex.: Um carro transita pela estrada e um ciclista no mesmo sentido, leva um amigo na garupa. Acontece que era noite, estava escuro, e a bicicleta não tinha qualquer sinal luminoso. E o carro, por sua vez, carregava alguns vergalhões com parte saindo pela janela varrendo tudo que estava a sua altura pelo acostamento, causando a morte do rapaz que estava na garupa da bicicleta. Como neste caso tanto a vítima como o réu concorreram para gerar o dano, é um caso de culpa concorrente.

CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR:

Esta cláusula pretende, aprioristicamente, estipular isenção de responsabilidade do causador do dano.

Ex.: O estacionamento do shopping onde se diz que o proprietário do shopping não se responsabiliza pelo seu carro.

Nos contratos de adesão e nos de consumo ver o art. 25 do CDC. Essa cláusula é nula, porque a nossa sociedade prioriza a função social do Direito!

CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR X CONDOMÍNIO:

É comum ter um carro arrombado em um condomínio.

Como o STJ trata esta matéria?

R: Em um primeiro momento, o STJ firmou a linha de pensamento segundo a qual havendo cláusula de não indenizar na convenção condominial, o condomínio não tem responsabilidade civil por FURTO! (RESP 168346 de SP). É possível aplicar isso ainda hoje.

Se a convenção prever isso, o condomínio não responde por furto. E se ela for omissa?

Mas, recentemente, esse entendimento foi modificado. O STJ agora, no Em. RESP 268669/SP – 2006 e no RESP 618533/SP (2007), para fixar o novo posicionamento no sentido de que o condomínio somente será responsabilizado se tiver havido previsão de responsabilidade civil na convenção ou em ata de assembléia. Ou seja, o STJ protegeu mais os condôminos.

RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA:

Ela desdobra-se pela Responsabilidade pelo Ato de Terceiro ou se desdobra na Responsabilidade pelo Fato da Coisa ou do Animal.

Cavaliere afirma que viver hoje em dia é mais difícil. Tanto que as coisas e os animais estão nos causando danos também. José Aguiar Dias, o grande pai da Responsabilidade Civil, defende que a responsabilidade não é do animal e nem das coisas. É do homem!

Ex.: Caso do processo contra uma nuvem de gafanhotos que acabou com uma lavoura. Isso é um absurdo.

Quem responde é sempre o homem.

A doutrina francesa (Planiol, Ripert, Boullanger) foi a primeira a desenvolver as diretrizes teóricas sobre o Fato da Coisa e Fato do Animal. Todavia, atribui-se ao grande Teixeira de Freitas a tarefa de pioneiramente legislar sobre o assunto. O seu esboço 3690 já atribui a responsabilidade ao homem de indenizar o dano causado pelo fato da coisa inanimada.

Mas, nem sempre é o dono da coisa ou o dono do animal quem responde!

Ex.: Cachorro Pit Bull – a dona do cachorro o levou a um adestrador, e nas mãos deste, o cachorro se soltou e lesionou uma 3ª pessoa. Quem responde?

R: QUEM RESPONDE PELA COISA OU PELO ANIMAL É O SEU GUARDIÃO!!!!!!!!!!!!!!

É este o responsável civil. É a pessoa que detém o poder sobre a coisa ou o animal. A princípio, quem responde é o dono do animal ou da coisa, porque ele é o GUARDIÃO PRESUNTIVO, mas pode não ser ele.

Para o CC, quanto ao FATO DE ANIMAL, (só de animal) a noção de guardião é bem ampla, inclui o proprietário, o guardião e o detentor. É o caso do art. 936 do CC. Aqui, se não se provar culpa da vítima e nem a força maior, a culpa vai para o dono ou para o detentor. Esta responsabilidade é OBJETIVA! Independe da prova da culpa!

Pode o réu alegar culpa in eligendo ou vigilando, no caso de ter um guardião?

R: Não interessa!!!! É culpa objetiva! Não adianta o dono ou o detentor dizer que cuidou bem do animal. Ou ele alega culpa da vítima ou força maior.

Ex.: Se uma casa avisa que tem cachorro bravo, e foi colocado no portão uma placa avisando do perigo, e ainda coloca ferrolho no portão, e ainda assim, uma pessoa entra na casa, ignorando todos os avisos, é caso de culpa exclusiva da vítima. Eu entendo que se a placa não tinha o desenho do cachorro, não é culpa exclusiva da vítima, pode ser até culpa concorrente, se a vítima tiver conhecimento mediano e é distraída porque passou pelo portão sem ler o aviso. Mas, pode acontecer da pessoa não saber ler ou de ser uma criança ainda não alfabetizada, e neste caso, só mesmo o desenho do cão bravo poderia avisar sobre o perigo.

14ª Aula – 01/11/07

Continuação da Responsabilidade Civil...

RESPONSABILIDADE PELA RUÍNA OU PELA CONSTRUÇÃO:

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

A ruína não é só do prédio que vem ao chão, ou seja, não é do prédio inteiro demolido. Pode ser ruína parcial também.

Ex.: Parte do Palace II.

Ex.: A queda de uma telha, uma marquise, um muro ...

De quem é a responsabilidade?

R: Art. 937 do CC. A responsabilidade civil aqui é do proprietário, o dono.

Mesmo que um prédio seja locado (por exemplo, pelo Banco do Brasil) quem responde é o proprietário. A sua responsabilidade é OBJETIVA, isto é, independe de prova da culpa. Isso é pacífico na doutrina. Não adianta o dono querer mostrar que não teve culpa, ou que fez os reparos necessários.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELAS COISAS CAÍDAS OU JOGADAS EM LUGAR INDEVIDO:

Ex.: Jogar pela janela um copo de cerveja, um chinelo, um vaso de planta, saco de água, ovo podre...

De quem é a responsabilidade?

R: Este tema está disciplinado no art. 938 do CC. A responsabilidade não é do condomínio, e não é do dono, é do HABITANTE a unidade residencial. Pode ser locatário, proprietário, usufrutuário,... não interessa, vai ser aquele que estiver habitando.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

É predominante que a responsabilidade é OBJETIVA.

E se for uma visita?

R: A responsabilidade é do habitante, que deve vigiar e orientar a visita.

Pegadinha: o nome da ação judicial que a vítima do projétil ajuíza vem do Direito Romano é: **"ACTIO DE EFFUSIS ET DEJECTIS."**

O prazo de pretensão que esta ação formula é de 3 anos, porque é uma ação de responsabilidade civil.

Prazo Prescricional = 3 anos.

E se a vítima não souber qual é a unidade residencial que jogou o projétil?

R: É pacífico na jurisprudência que a vítima pode propor a ação contra todo o condomínio, excluindo-se o bloco ou a fachada de onde seria impossível fisicamente o arremesso.

QUESTÕES ESPECIAIS NA JURISPRUDÊNCIA ENVOLVENDO O FATO DA COISA:

1) **VEÍCULO LOCADO:** em caso de acidente envolvendo veículo alugado, de quem é a responsabilidade? Do locatário ou da empresa locadora de veículo? E a seguradora?

Obs.: Saiba que todo mundo que tem carteira de habilitação é perito.

R: O STF reconhece que no caso de acidente causado pelo condutor, a responsabilidade é SOLIDÁRIA entre o locatário e a empresa locadora. O fundamento é a TEORIA DO RISCO! Súmula 492 do STF. A ação é movida em face dos 2: locador e locatário.

SÚMULA Nº 492

ESTE

A EMPRESA LOCADORA DE VEÍCULOS RESPONDE, CIVIL E SOLIDARIAMENTE COM O LOCATÁRIO, PELOS DANOS CAUSADOS A TERCEIRO, NO USO DO CARRO LOCADO.

E se naquele contrato de adesão, tiver alguma cláusula de exclusão de responsabilidade?

R: Esta cláusula será nula! (ver página 83 e art. 25 do CDC)

2) **Acidente Causado por Veículo Alienado cuja transferência não fora feita no DETRAN.**

Obs.: Não ande com o documento de transferência no carro. Ele vem junto com o documento de propriedade do carro. Se um dia o carro for roubado com os documentos, o ladrão falsifica a assinatura e o repassa a quem quiser.

A pessoa leva esse papel para a concessionária, assina um papel de transferência em branco, e a concessionária se compromete a entregar uma cópia deste documento, com todos os dados, do novo proprietário, para que o antigo proprietário possa fazer o registro no DETRAN caso o novo não o faça.

A Súmula 132 do STJ protege o proprietário antigo contra o novo proprietário que sai cometendo atos ilícitos com o carro ainda não transferido para o seu nome. Lembre-se que não o registro no DETRAN que caracteriza a transferência de propriedade, e sim, a entrega da coisa: o carro. É a tradição que opera a transmissão de propriedade do veículo, não necessita da transmissão no DETRAN para se ter essa segurança.

3) **VEÍCULO EMPRESTADO:**

De quem é a responsabilidade no momento em que eu empresto o meu carro para alguém?

É um comodato. Não há nada no CC que diga que a pessoa que empresta (comodante) o carro continua responsável pelo carro. No Código Civil Italiano até tem essa previsão. Mas, no Brasil, não. No STJ, o dono do carro é **solidariamente** responsável pelo ilícito cometido pelo terceiro que conduz o seu veículo. Se você que é dono e empresta, você criou o risco.

Quer dizer que se eu sou roubada, e o ladrão atropela alguém, eu respondo solidariamente com ele?

R: Pelo STJ, sim.

Eu acho um absurdo. Para mim, a responsabilidade deveria ser do condutor.

Obs.: Lembro-me que quando eu fui tirar a carteira de habilitação, o instrutor me afirmou que em caso de lesão a terceiros com o carro emprestado quem respondia era o dono do carro. Eu teimei que não, que era o condutor. Agora, já sei que respondem o dono e o condutor. Mas, eu vi na prática, uma ação no JEC, em 99, sendo extinta porque a ação tinha sido proposta em face do dono do carro e o dono do carro se dizia ilegítimo para aquela causa porque na verdade quem estava conduzindo o seu veículo era outra pessoa, pois ele havia emprestado o carro. Quer dizer que civilmente, respondem o dono e o condutor do veículo. E criminalmente, responde só o condutor?

RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO:

Esta responsabilidade ocorre quando alguém responde pelo causador do dano, tendo em vista que o causador do dano pode ser incapaz, menor, ...

O VCC já regulava a Responsabilidade por Ato de Terceiro criando um sistema de presunções de CULPA, no art. 1521.

Ex.: culpa in contraendo, in eligendo (empregados, serviços e prepostos), in vigilando (filhos, tutelados, curatelados, hóspedes, educandos...

Essa matéria hoje mudou radicalmente. Porque no sistema do NCC, não se trabalha mais com o sistema de presunções de culpa por ato de terceiro. Elas desapareceram. Isso ACABOU! Não existe mais culpa in vigilando, in eligendo,...porque o **art. 933 do NCC estabeleceu que todas as situações por responsabilidade civil por ato de terceiro são OBJETIVAS**, ou seja, independe da prova de culpa.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, **ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. **(Responsabilidade Objetiva)****

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Ex.: Meu filho tem 3 anos. Ele estava brincando, e de repente, ele tira o sapatinho do boneco Power Rangers e com o pé do boneco, ele começa a rabiscar o carro do vizinho. Antigamente, se poderia dizer que a culpa é dos pais que não vigiou direito a criança. Hoje, isso acabou. Não tem mais essa de culpa in vigilando. Hoje, vale o que diz o art. 932 do NCC. A Responsabilidade é OBJETIVA. E o art. 932 prevê as hipóteses de responsabilidade civil por ato de terceiro, sendo ele EXAUSTIVO.

Os pais respondem objetivamente pelo dano causado por seu filho, seu empregado...

Os pais podem mover uma ação regressiva contra o filho?

Obs.: No que tange à ação regressiva que o representante propõe contra o representado, devo observar as condições do artigo 934. Falou em ação regressiva, vá para o art. 934 do CC.

R: A AÇÃO REGRESSIVA É CABÍVEL SIM, **salvo** se o réu for DESCENDENTE DO AUTOR, ABSOLUTA OU RELATIVAMENTE INCAPAZ DO REPRESENTANTE.

R: Então, contra o filho (e equiparados) não se tem ação regressiva.

Qual o prazo que o representante tem para propor uma ação regressiva em face do representado?

R: O prazo é de 3 anos.

Análise do Art. 932 do CC.

Caput – Art. 932. **São também** responsáveis pela reparação civil: **(Responsabilidade Solidária)**

Quando a lei diz “São também...” quer dizer que há entre essas pessoas um vínculo de solidariedade passiva, ou seja, por exemplo, o empregador e o empregado. Quer dizer que eles estão civilmente vinculados.

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Quer dizer que os pais respondem pelos atos de seus filhos menores que estejam na sua COMPANHIA ou na sua AUTORIDADE.

No VCC, no art. 156, imprimia um tratamento dicotômico no que tange à responsabilidade pelos atos praticados pelos menores. Dispunha que os menores relativamente capazes seriam equiparados aos maiores pelos ilícitos que eles praticassem. Quer dizer, o menor respondia solidariamente com os pais no VCC, ou seja, eles tinham responsabilidade civil. E o menor absolutamente incapaz era completamente irresponsável. Esse era o tratamento dicotômico que o VCC trazia. Assim, o alienado mental, pelo VCC, era totalmente irresponsável, mesmo que ele fosse milionário. E a vítima poderia ficar sem qualquer indenização, caso o representante não tivesse patrimônio.

Ex.: Macauling Caulking(?)

Ex.: Sandy e Junior (Com 5/6 anos de idade e já milionários)

Esse tratamento não foi repetido no Novo Código Civil, porque este, num ato revolucionário, consagrou a Responsabilidade Civil do Incapaz, quer tenha o menor capacidade absoluta quer tenha ele capacidade relativa, conforme dispõe o art. 928 do CC.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

É possível, portanto, haver responsabilidade civil do incapaz. E ainda, esta responsabilidade civil do incapaz é SUBSIDIÁRIA com o seu representante. Porque, em 1º plano, responde o representante dele. E em 2º plano, subsidiariamente, responde o incapaz.

Mas, não é ela solidária?

R: Não deixa de ser! Porque a SUBSIDIARIEDADE é uma solidariedade com preferência, com ordem. O representante responde primeiro e o incapaz responde atrás.

Pelo caput do art. 928, se o representante não tiver patrimônio, quem responde por tudo é o incapaz.

E ainda, se o representante não tiver OBRIGAÇÃO de responder pelo incapaz, será o incapaz quem vai responder.

Quem é essa figura?

R: Em caso de Medida Sócio Educativa (que pode ser patrimonial), é o incapaz quem tem a obrigação de fazer, de cumprir. Então, a reparação do vidro quebrado pelo filho de 15 anos será da sua responsabilidade. Isto caso o autor mova um processo na Vara de Infância e Adolescência, com a presença do MP.

Obs.: Para aqueles que são separados, a responsabilidade será daquele que detém a guarda do menor. RESP 540459 do RS. Será responsável aquele que tiver a guarda e a companhia.

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

II – os tutores pelos tutelados, na mesma situação dos pais.

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

III – trata aqui da responsabilidade do empregador. Comitente integra relações contratuais que não é de emprego. Ex.: Comissão.

O empregador é responsável OBJETIVAMENTE pelos atos do empregado, no exercício do trabalho, ou por ocasião dele.

Ex.: o empregado da construção civil está trabalhando no seu horário de exercício laboral e deixa uma pedra cair na cabeça de um transeunte. O empregador responde.

Ex.: Se uma pessoa quer contratar um motorista ...por exemplo, digamos que o Professor Pablo contrate um motorista, após um criterioso processo de escolha. Vencido o motorista X, o professor passou a viajar com ele, até que este veio a bater no carro do Professor Rogério. Quem responde? O professor, mesmo tendo escolhido muito bem o seu motorista ou o motorista?

R: Não se pode dizer que o professor não responde pelos atos do seu empregado, porque ele escolheu bem o seu empregado. Não importa, porque a sua responsabilidade é objetiva. Súmula 341 do STF – o empregador tinha culpa presumida pela escolha do seu empregado. Hoje, não. Hoje, ele tem responsabilidade objetiva. Não erre isso. O que foi objetivada foi a relação interna. Ou seja, o empregador responde objetivamente pelos atos do empregado, ele não pode alegar que não teve culpa na escolha do empregado. Mas, no que se refere à relação externa, ao ato ilícito cometido pelo empregado, a culpa pode ser discutida sim!!!! O empregador não poderá, por exemplo, dizer que não responde pelos danos causados pelo seu empregado, por conta da escolha na sua contratação. Mas, o empregador poderá alegar que quanto àquele ato, ele não teve culpa, ou porque a culpa foi da vítima,...

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

IV – é da responsabilidade do dono da escola os atos de seus educandos. Se o meu filho causar qualquer dano na escola a um coleguinha, quem responde é o dono da escola. Desde que o filho seja menor. E também, desde que os pais não tenham sido avisados pela escola, ou seja, ela não foi omissa. A faculdade não responde pelo ato de seus alunos, porque já são maiores.

E no caso do hotel, da hospedaria, casas ou estabelecimentos, como o proprietário pode responder pelos atos de seus hóspedes? R: O que justifica é o dever de segurança que o hotel deve oferecer aos seus hóspedes. Quando se ingressa num hotel, seus atos são fiscalizados, porque se o dono responde pelo ato que o hóspede pratica em terceiro, ele quer vigiar tudo.

No caso de assalto a mão armada em hotel, o STJ no RESP 841090, do DF, firmou entendimento de que se as medidas de segurança foram tomadas, trata-se de FORTUITO EXTERNO. Isenta o hotel de responsabilidade.

Ex.: Caso do professor que estava no quarto escuro, dormindo, e a camareira entrou. Se o professor der um soco nela, ele não tem culpa, porque houve culpa exclusiva da vítima.

Ex.: o hóspede teve as suas jóias roubadas do quarto. O STJ isentou o hotel da responsabilidade porque o hóspede não se utilizou do cofre que o hotel oferece. O hotel fez a sua parte.

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

V – é o efeito patrimonial da causa penal. Ex.: uma recepção gratuita. Quem guarda produto fruto do crime, responde com o ladrão. O que a lei quer é evitar o enriquecimento sem causa.

Entre o fornecedor empresário e o consumidor, a responsabilidade é objetiva, com base no CDC.

Entre empresários, ou seja, fabricante e fornecedor, a relação era baseada numa **não** relação de consumo, porque o empresário que comprou não é o destinatário final (ele comprou para revender). O art. 931 do CC estabeleceu que a responsabilidade, hoje, entre os empresários, é **objetiva**.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR:

Essa matéria era disciplinada no art. 1245 do VCC. O NCC aperfeiçoou a norma, e hoje, a responsabilidade civil do construtor está no art. 618.

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

A construtora (Koerich Ltda) responde por qualquer defeito que decorra do fato da SOLIDEZ ou da SEGURANÇA da obra, PELO PRAZO IRREDUTÍVEL DE 5 ANOS.

Ex.: Imagine que parte do teto do seu apartamento desabou e lesionou alguém, ou que a marquise tenha caído e matado alguém. Dentro deste prazo, de 5 anos, a Construtora responde tanto em razão do material empregado na construção ou como do solo (porque ela é quem avaliou se ele era conveniente ou não para a obra).

Esse prazo é prescricional para a vítima propor ação para pleitear indenização?

R: Não! Ele não é prazo prescricional. Esse prazo de 5 anos é o prazo legal de garantia da obra.

E se o fato ocorre 18 anos depois da obra? Quem responde? E se o fato ocorrer 7 anos depois?

R: Não está dentro da garantia legal, mas, a jurisprudência tem admitido que se o fato é proveniente de uma **causa anterior**, ou seja, dentro do prazo de 5 anos, pode-se conseguir o reconhecimento da responsabilidade civil do construtor pelo poder judiciário.

Geralmente, a construtora se defende alegando que o prazo de 5 anos de garantia da obra já expirou e que o problema é do condomínio, que este deveria ter feito a manutenção do prédio.

No entanto, ocorrendo o fato **dentro do prazo de garantia** (5 anos), qual o prazo prescricional para se ajuizar a construtora? É o prazo da responsabilidade civil?

R: ~~Ver a Súmula 194 do STJ — prescrevia em 20 anos a ação!~~ Errado, hoje é a prescrição. Mas, o prazo vintenário de prescrição extintiva não existe mais no NCC. (Súmula Cancelada pelo desuso)

Qual seria o prazo PRESCRICIONAL hoje para se propor ação em face da construtora para pleitear indenização?

R: Leia o art. 618 do CC, § único – DECAIRÁ EM 180 dias.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Mas, isso não responde minha pergunta, porque este prazo é DECADENCIAL para se exercer o direito potestativo de reclamar por vícios de qualidade da obra. Não é pelo fato, é pelo vício.

Eu quero saber qual é o prazo para se ajuizar uma ação em caso de alguém se acidentar em decorrência do material empregado na

obra!

Qual seria então o prazo prescricional para se mover uma ação no caso de haver um acidente?

R: O prazo prescricional vai depender do caso concreto. Porque se a vítima do fato for um consumidor, ele terá o prazo de 5 anos, cfe. o art. 27 do CDC.

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Mas, acontece que às vezes a vítima não é consumidora...

Neste caso, o prazo para o lesionado pleitear reparação por dano sofrido é de 3 anos, com base no art. 206, § 3º, V do CC.

**Art. 206. Prescreve:
§ 3º Em três anos:
V - a pretensão de reparação civil;**

É o caso do comprador da obra não ser o consumidor e sim um **INCORPORADOR**. O prazo dele é menor que o do consumidor. E ele não é consumidor porque ele não é o destinatário final, é o incorporador que contrata a construtora para construir para depois a incorporadora vender os apartamentos. Como o consumidor é economicamente menor que a incorporadora, o prazo para este é maior.

RESPONSABILIDADE CIVIL E ACIDENTE DO TRABALHO:

Quando um empregado sofre um acidente, ele tem 2 vias: ele vai ao INSS levantar o seguro, e ainda pode demandar uma ação frente ao empregador, porque quando ele sofreu o acidente ele estava exercendo uma atividade de risco que o empregador exigia dele. Mas, esse seguro não cobre, por exemplo, o braço que o empregado perdeu. Neste caso, o empregador que explora atividade de risco responde objetivamente.

O art. 7º, § XXVIII da CF/88 dispõe que a demanda que o empregado ajuíza em face do empregador exige a demonstração de dolo ou culpa. Mesmo a CF/88 fazendo essa previsão explícita ao dolo e à culpa, está prevalecendo na jurisprudência a tese no sentido de que o empregado pode demandar o empregador com base na responsabilidade OBJETIVA. Inclusive, este é o entendimento do enunciado 377 da 4ª JDC. (Jornada de Direito Civil)

**Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR:

Se uma pessoa dá uma carona, acontece um acidente e o carona se machuca, quem responde?

No caso do transporte desinteressado (carona), sofrendo o caronista uma lesão, haveria responsabilidade do condutor?

R: Como a carona é um favor, é uma liberalidade, o condutor só responde se tiver agido com dolo ou culpa grave. Como se estivesse embriagado, por exemplo.

Exemplo de caronista interessado: aquele dado pelo corretor de imóveis. Envolve inclusive, uma relação de consumo. Já a carona simplesmente, é o transporte de cortesia. Súmula 145 do STJ.

No caso do **TRANSPORTE AERONÁUTICO**, temos o código (Lei 7565/86 e a Convenção de Varsóvia, o Protocolo de Haia e o CDC). Analisando o **EXTRAVIO DE MALA**, ou a DANIFICAÇÃO DA BAGAGEM: O protocolo prevê uma tarifa para indenização de mais ou menos 400 dólares no caso de extravio de malas ou sua danificação. Será que nós estamos limitados a esse valor estipulado pela Convenção de Varsóvia ou vale o nosso CDC?

R: O **STJ** já firmou entendimento de que o extravio de bagagem não sofre tarifamento, ou seja, prevalece o CDC (RESP 347.449 do RJ). **O consumidor pode exigir o dano cabal, equitativamente por tudo aquilo que ele perdeu. Pega o CDC e vai para o JEC.**

O STJ também firmou entendimento de que o famigerado **OVERBOOKING** (RESP 211604/SC) é prática **ILÍCITA**, imoral e vergonhosa. E tem companhia aérea que acha que é um direito dela! Eles até usam uma expressão “duplicidade”, para disfarçar a sem-vergonhice. A companhia geralmente diz que overbooking, ou atraso do voo é mero aborrecimento, mas não é não. É caso que enseja dano moral, **SIM!**

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA:

Especialistas neste tema: Jurandir Sebastião e Miguel Kfoury Neto

Não utilize Responsabilidade Civil por “Erro Médico”, porque é mais aconselhável se dizer “Responsabilidade Civil por Dano Médico”, porque a expressão “erro” é muito genérica. O NCC é muito enxuto na responsabilidade médica. O artigo 951 do NCC que cuida do dano médico cuida ao mesmo tempo de outros profissionais também.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade

profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

A responsabilidade civil do médico ou função equiparada é SUBJETIVA.

Porém, essa é só a regra geral. Ou seja, a responsabilidade dele é baseada na culpa profissional. É o caso também dos enfermeiros, farmacêuticos, ...

O professor lembra que a relação entre o médico e o paciente é uma relação de consumo. E no CDC, a regra geral é que a responsabilidade seja Objetiva. **Ocorre que o art. 14, § 4º ressalta que o profissional liberal responde por culpa profissional.** Profissional liberal é toda pessoa física que presta um serviço técnico ou científico de forma autônoma. Ex.: médico, advogado, engenheiro, arquiteto, ... todos eles se subsumem à exceção do art. 14, § 4º do CDC. Ou seja, a responsabilidade deles depende da prova da negligência, imperícia ou da imprudência.

Mas, atenção, o **cirurgião plástico**, que tem um tratamento duríssimo pela legislação, tem um tratamento diferenciado. O cirurgião plástico é um médico, e que pode ter feito uma especialização ou não. Saiba que há 2 tipos de cirurgia plástica: a reparadora e a estética. A reparadora é aquela em que o cirurgião plástico luta contra uma patologia. Ex.: reconstituição de um braço queimado.

A obrigação deste cirurgião é de meio, como de todos os demais médicos. Responde subjetivamente.

O problema está no caso do cirurgião plástico **ESTÉTICO**, porque neste, **ele apresenta o resultado final ao paciente. Ele projeta o resultado.** O cirurgião muitas vezes projeta um resultado para o paciente e este, na verdade, está precisando é de um psicólogo. O STJ entende que a cirurgia plástica estética que cause dano gera responsabilidade civil OBJETIVA. O cirurgião tem obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva). O STJ não quer saber. O cirurgião estético responde objetivamente.

E o **anestesiologista**? Ao ser civilmente responsabilizado assume uma obrigação de meio ou de resultado?

Coloquialmente, se diz anestesista. O anestesiológico é o único que tem o Poder de Deus, porque faz com que você vá sem ter ido. Ele é um profissional autônomo, não faz parte do grupo médico.

R: A doutrina autorizada (Jurandir Sebastião) é no sentido de que não se pode considerar a obrigação do anestesiológico peremptoriamente de resultado, uma vez que o corpo humano desencadeia reações alérgicas, muitas das vezes, imprevisíveis para o estágio atual da medicina. Nenhum anestesiológico controla uma reação alérgica. Agora, se o paciente avisa ao médico que é alérgico e ele não tomou as medidas cabíveis antes da cirurgia, aí sim ele responde.

Porque o hospital, como por óbvio não é profissional liberal, é uma pessoa jurídica, ele deveria responder objetivamente pelos atos de seus médicos. Ocorre que, o STJ tem firmado entendimento de que a responsabilidade civil do hospital é subjetiva, ou seja, depende da prova de culpa do hospital. Coitado dos pacientes !!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!

Obs.: funcionário de terceirizada que causa dano em um condomínio ou ao condômino, quem responde é a empresa que contratou o funcionário. Responsabilidade objetiva da empresa. Cabe ação regressiva. Mesmo que ele tenha agido com culpa, embriagado. Quem responde é o empregador.

Obs.: Salão de festa do condomínio – causaram dano no salão, quem responde? R: O condômino que o alugou e se não souberem quem, vai ser responsável o condomínio.

15ª Aula – 08/11/07

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CLÍNICAS E HOSPITAIS

O posicionamento do STJ é criticado pelo professor.

Hospital é pessoa jurídica, é sociedade simples, embora tenha um grande aspecto de empresariedade. É pessoa jurídica prestadora de serviço de consumo, isso é pacífico. O PROCON fiscaliza o hospital também. Logo, ela responderia por responsabilidade objetiva ou subjetiva?

R: Para o professor parece lógico que a responsabilidade do hospital é objetiva, porque hospital não é profissional liberal (como é o médico). No entanto, o STJ tem entendido que **o hospital ou a clínica, mesmo sendo pessoas jurídicas prestadoras de serviço de consumo, respondem somente na base da culpa profissional do médico.** E assim, tem se firmado várias vezes o STJ. Ou seja, o hospital tem responsabilidade **subjetiva.**

O risco é que este entendimento seja levado também para os hospitais públicos, porque, imagine que um paciente tenha sofrido grave lesão decorrente de dano médico de um hospital público. Se este paciente, que já é pobre, tiver que demandar o hospital público em face do Estado, na base da culpa subjetiva, ele não vai ser indenizado nunca!

Isso quer dizer que se você quiser demandar um hospital, você também terá a mesma dificuldade de demandar um médico. Lembre-se que o CDC aplica a responsabilidade objetiva como regra, mas faz uma ressalva quanto à responsabilidade objetiva somente quanto aos profissionais liberais. E não à pessoa jurídica onde trabalha o profissional liberal. Isso está previsto no art. 14, §4º do CDC.

Ex.: RESP 259389 SP – Portanto, para demandar um hospital, que é uma corporação, você terá que provar a culpa.

Mas, será que o hospital nunca terá responsabilidade objetiva?

R: O STJ cede um pouquinho e diz que apenas em um aspecto o hospital responde objetivamente. É inacreditável. **A responsabilidade Objetiva do Hospital se circunscreve apenas aos serviços auxiliares do hospital,** como instalações, enfermagem, exames, radiologia... quer dizer que o serviço médico mesmo, que é o serviço principal, o hospital não responde objetivamente.

Ex.: Digamos que eu esteja deitada na cama, na enfermaria, e de repente a cama do hospital começa a se mexer sozinha, bruscamente, vindo a abrir meus pontos. É caso de se responsabilizar objetivamente o hospital (nem se preocupe em demonstrar a culpa do hospital, neste caso), não porque ele escolheu mal a empresa fornecedora de camas (porque a culpa "in eligendo" não existe mais!). A explicação é do STJ.

Quer dizer que se um médico corta a perna errada de um paciente, eu vou ainda ter que provar a culpa dele???? R: Sim!

O que é TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO?

R: É a declaração feita pelo paciente, com base no art. 15 do CC, em que ele registra a sua ciência da natureza da intervenção médica e especialmente da suas conseqüências.

Em princípio, ninguém está constrangido a se submeter a uma intervenção médica. Assim, caso seja necessária, é natural que a pessoa (paciente ou família) receba um termo lhe informando isso. Isso faz parte da ética médica, e é muito importante para o médico que ele faça isso, para que ele não seja acusado depois de ter se omitido sobre alguma informação.

Ex.: O paciente faz uma operação e é recomendado que não coma peixe do mar. Ou que ele não pode pegar sol depois da cirurgia...

Isso não exime o médico de eventual erro que ele tenha cometido, pois este termo não é um salvo conduto do médico.

Discorra sobre a Responsabilidade Médica e a Perda de uma Chance:

Quem tratou disso foi Silvio Meirelles.

A perda de uma chance é uma teoria francesa. Na prática do médico, ela significa que o médico pode ser responsabilizado, não apenas quando atua diretamente para causar o dano, mas também quando perde a oportunidade de adotar o procedimento mais recomendável com o propósito de atingir a cura.

Ela nasce em decorrência de uma conduta omissiva do profissional. Porém, ela só justifica uma demanda pleiteando indenização quando for possível provar o nexo de causalidade daquela omissão com o dano (e sua extensão).

Ex.: uma pessoa faz uma cirurgia plástica e a pessoa fica com uma gravidade mais intensa que a de quando chegou ao médico.

Isso é uma intervenção direta, isso não é a perda de uma chance.

A perda de uma chance é quando o profissional deixa de usar uma manobra médica que deveria ser usada para o caso concreto. O médico é responsabilizado (Subjetiva?) pelo uso indevido dos meios.

Ex.: O médico realiza o exame A e dá o diagnóstico errado, quando ele na verdade deveria ter usado o exame B. Ele não adotou o procedimento correto na análise do caso da paciente. E a paciente morreu. Neste caso, há direito à indenização, não porque a paciente morreu, porque ela ia morrer de qualquer forma, mas porque ninguém poderia garantir que a cura seria atingida. Mas, a paciente poderia ter tido uma sobrevida, ou um tratamento que lhe conferisse menos sofrimento... assim, a indenização é reduzida.

RESPONSABILIDADE MÉDICA E TESTEMUNHA DE JEOVÁ:

Há 2 passagens na Bíblia em que se proíbe a transmissão de sangue entre pessoas. E os adeptos da Religião Testemunhas de Jeová seguem este dogma a risca. Mas, no caso de existir um fanático proibindo que seu parente, que se encontra em grave estado de saúde, faça uma transfusão sanguínea, o médico deve atuar para salvar a vida do paciente? (esta questão já está mais que batida nas provas)

R: Para o professor, sim. Ele não deixaria de dar uma liminar para salvar a vida desta pessoa, caso o hospital e o médico demandassem por este direito de intervenção.

A 1ª corrente, defendida por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, sustenta a prevalência da liberdade de crença, argumentando ainda que o direito de recusa à transfusão de sangue tem conexão com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A 2ª corrente, que é a que predomina na jurisprudência brasileira (ex.: Apelação Cível 123.430-4 TJSP – Sorocaba), aponta que, a luz do Princípio da Proporcionalidade, em caso de risco de morte, deve prevalecer a vida.

Em suma: é uma briga da Dignidade X Vida

O CFM, na Resolução 1021/80 e nos arts. 46 e 56 do Código de Ética Médica, determinam que o médico deve salvar a vida da pessoa.

O professor ressalta que nós, quando juízes, podemos escolher qual corrente aplicar. Mas, que ele aplicaria a 2ª. Se a pessoa for rechaçada depois na religião, isso é pequeno demais diante do risco de se perder a vida.

Obs.: Cirurgia de Miopia a Laser é intervenção médica estética ou corretiva?

R: Corretiva.

E qual a responsabilidade do médico? É de meio ou de resultado?

R: O único tribunal que fala sobre isso é o TJMG, na Apelação 483874-4, onde se afirma que no caso do Oftalmologista/Cirurgião assume OBRIGAÇÃO DE MEIO. Ou seja, o médico não pode garantir a cirurgia perfeita. O médico não pode garantir o resultado perfeito, assim como faz o médico de cirurgia plástica.

No entanto, se houver uma piora na acuidade visual, você pode demandar o médico.

RESPONSABILIDADE DOS PLANOS DE SAÚDE:

É um tema interessante porque existem precedentes no STJ responsabilizando o plano de saúde pelo erro do médico credenciado. Ex.: RESP 138059 de MG.

Porque quando você faz um plano de saúde, você não pode escolher o médico que você quiser.

E qual a responsabilidade do plano de saúde?

R: O STJ não deixa claro isso. Mas, se você, como magistrada, disser que a responsabilidade do Plano de Saúde, quanto ao Erro do Médico Credenciado, é subjetiva, pode rasgar o diploma. Para a ótica do professor, é claro que deve ser objetiva.

Pelo menos, o STJ tem entendido que no caso de infecção hospitalar, a responsabilidade do hospital é objetiva. Muito embora nenhum hospital possa garantir 100% de higiene e esterilização. Julgado 629.212/RJ.

E no que tange à **Responsabilidade do Odontólogo**, veja no site www.jus.com.br, no texto de Ricardo Zart.

O dentista é profissional liberal, e responde subjetivamente. Porém, **a doutrina está considerando as intervenções odontológicas como obrigação de resultado, em geral** (como se fosse de estética). Porque argumentam que os problemas da boca são mais simples. Mas, o professor discorda, ele entende que é bem complexo, e que deveria ser tratado como o médico, com responsabilidade subjetiva. Ele entende que não se trata de estética, que justifique a responsabilidade objetiva.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO:

A CF/88, no art. 133, considera o advogado como atividade essencial à administração da Justiça e afirma a sua inviolabilidade por seus atos e suas manifestações profissionais. Isso não quer dizer que o advogado possa ser caluniar ou ser caluniado.

O advogado é inviolável, mas não quer dizer que ele possa injuriar.

Lembre-se que no art. 32 do EOAB, na mesma linha do art. 14, §4º do CDC, a responsabilidade civil do advogado é subjetiva, ou seja, depende da prova de culpa do advogado. Ele é profissional liberal.

Há um texto no site do jusnavegandi sobre isso, do Professor Paulo Lobo, de Alagoas. O advogado assume uma responsabilidade de meio, e não de resultado. E no caso do advogado ser contratado para dar um parecer? Na mesma linha, ele discorre sobre a consulta e mesmo assim o advogado não assume o resultado final da causa. O Advogado também pode ser responsabilizado pela Perda de uma Chance.

Ex.: ele deixou de interpor um recurso.

É justo que se considere aqui a indenização reduzida, porque não se pode garantir que, com este recurso, venha a garantir o vencimento da causa do seu cliente.

RESPONSABILIDADE DO BANCO:

Há alguma diferença entre banco e instituição financeira?

R: A doutrina, a exemplo de Arnold Wald, que tecnicamente há uma diferença. O Novo Direito Monetário Nacional. O Banco, na origem seria um estabelecimento que teria a função de depósito e guarda de valores. Enquanto que a instituição financeira seria o estabelecimento concessivo de crédito.

Hoje, eles são até chamados como sinônimo, porque os bancos estão fazendo as duas funções. Mas, o FININVEST, por exemplo, não é banco, porque ninguém deposita \$\$\$ lá.

O STF afirma o entendimento que a responsabilidade do banco pode ser analisada em uma tríplice perspectiva:

1) Responsabilidade Civil do Banco em face do Funcionário: aplica-se aqui o risco profissional. Ou seja, o banco responde pelas atividades dos seus funcionários. A tendência é a objetividade do banco.

2) Responsabilidade Civil do Banco em face de Terceiros: ou seja, de pessoas que não sejam clientes do banco.

Ex.: O Office boy, que não é cliente do banco. Ele está ali para determinada pessoa que é correntista do banco. Se o boy é atingido por uma bala, qual é a responsabilidade do banco? Objetiva ou subjetiva?

Ex.: Estelionatário que se utiliza dos seus documentos e pega \$\$\$ no banco. Essa responsabilidade do banco perante o terceiro (ladrão) é objetiva ou subjetiva?

R: É OBJETIVA, porque o banco assume uma responsabilidade de risco. E o TJMG também chegou a essa mesma conclusão, na

Obs.: O BYSTANDER é a pessoa que tem o vínculo com a relação de consumo. Ele é o terceiro que pode ser equiparado ao consumidor. Ele pode demandar o banco, assim como o consumidor, cuja responsabilidade do banco é objetiva.

3º) Responsabilidade Civil do Cliente Bancário: houve quem defendesse que a relação entre o cliente do cofre e o banco é uma relação de locação. No que tange ao furto e roubo a jóias e dinheiros, a teoria que melhor explica a relação do cliente e do banco, quanto aos bens depositados, é aquela de Rui Stoco. Ele diz que há uma relação de depósito, porque há uma relação implícita de segurança. O STJ no RESP 767923 do DF julgado em 05/06/2007 responsabilizou o banco, objetivamente ao roubo e furto de coisas lá depositadas devido a sua atividade de risco, independentemente da prévia discriminação dos objetos ali guardados.

O demandante nem mesmo precisa descrever a relação dos bens depositados no banco, até porque você pode depositar em sigilo.

Mas, como é que vai se provar o que foi depositado no banco.

A jurisprudência tem admitido qualquer tipo de prova para se demonstrar o que estava depositado no banco. Pode ser testemunha também.

Alguns bancos na Europa fotografam os objetos deixado no banco, de forma sigilosa, e aquela foto só é revelado em um processo caso haja roubo ou furto.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS QUANTO À EMISSÃO DE CHEQUES FALSIFICADOS – ASSINATURA FALSIFICADA.

O professor já avisou ao banco que não quer remessa de cheques a sua casa. Porque se for extraviado, a responsabilidade é do banco, mas a dor de cabeça é sua. É uma relação de consumo e ainda, há a Teoria da Atividade de Risco.

Assim como, se houver emissão de cheques com assinatura falsificada, a responsabilidade é do banco também.

RESP 750418 do RS afirma que a responsabilidade dos cheques extraviados é do banco.

Porém, cuidado com a Súmula nº 28 do STF, onde se diz que há responsabilidade concorrente do banco com o correntista.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO BANCO PELO ASSALTO A TERMINAL ELETRÔNICO E PELA “SAIDINHA” BANCÁRIA:

Assalto em caixa de terminal de atendimento bancário é um tema que deve cair na sua prova. Veja o texto do professor no site.

O RESP 488.310/RJ, o STJ firmou entendimento no sentido de que se o assalto ocorre dentro da agência, ainda que fora do horário de expediente, a responsabilidade é do banco; mas, se ocorre na via pública, é do Estado.

Portanto, muito cuidado aonde você vai sacar o seu dinheiro. Porque demandar o banco é certo de receber indenização. Porque o banco tem o dever de responder pela segurança do sacador, exclusivamente, nos seus estabelecimentos. E a ação deste tipo de caso é mais célere, o procedimento é melhor, e o recebimento da indenização é certa.

Já se o assalto ocorrer fora do banco, na rua, a responsabilidade é do Estado. Portanto, traga o criminoso para dentro do banco.

O quiosque do banco é uma extensão do banco. A responsabilidade objetiva também.

Saidinha do banco é quando o assaltante entra no banco, disfarçadamente, e segue o correntista para assaltá-lo na saída.

O STJ ainda não se pronunciou sobre isso, mas já há decisões no sentido de condenar o banco a responder a este dano. Inclusive, uma decisão de Niterói condenou o banco a responder por uma assalto assim, e ainda, sugeriu que o banco instalasse câmeras externas, na porta do estabelecimento, porque sai mais barato do que ficar respondendo processos como esses.

O CORRENTISTA E O BANCO. É RELAÇÃO DE CONSUMO?

Sim, os correntistas são consumidores perante o STJ (SÚMULA 297).

Mas, diante deste entendimento, a CONSIF (confederação dos bancos) propuseram uma ADI 2591 pretendendo que fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 3º do CDC.

O STF julgou a ADI dizendo que ela é improcedente mas, especialmente, em virtude do voto do Min. Nelson Jobim, o STF embora reconheça que o cliente bancário é consumidor, o STF fez ressalvas. Ou seja, existem aspectos da atividade bancária em que o cliente não é considerado consumidor.

O professor disponibilizou o material desta ADI.

Ou seja, o cliente bancário não pode usar contra o banco o CDC para discutir aspectos de política monetária em operações de crédito e financiamento, incluindo-se depósitos em cadernetas de poupança.

Ou seja: TAXA DE JUROS.

Se as taxas de juros estiverem de acordo com as resoluções do Banco Central, não há qualquer chance de se discutir isso em um JEC. Porque eles argumentaram que os bancos precisam de liberdade nas suas atividades. Mas, liberdade demais pode gerar abuso. E abuso pode alcançar a tirania.

Os bancos brasileiros têm a maior taxa de SPREAD do planeta Terra. Spread quer dizer o desnível entre o custo de captação do dinheiro e o seu valor de repasse.

Quer dizer, quando você deposita seu dinheiro na poupança, este dinheiro fica em parte preso no BB, bloqueado, para dar segurança ao sistema bancário. E a outra parte circula, e o banco faz dinheiro com o seu dinheiro. E o banco te devolve sabe quanto por mês? R: 0,6%. E quando o banco se utiliza do seu dinheiro para emprestar a alguém, ele cobra 8% (às vezes 9, 10 até 11%). A diferença é essa.

Quer dizer, essa diferença é um absurdo. É lucro demais. Por isso que ouvimos tanto que o Governo está sendo forçado a abaixar a taxa básica de juros de economia (SELIC). Esta taxa ancora todas as taxas de juros que circulam na economia.

Inclusive, os bancos são autorizados a praticar anatocismo, juros compostos, ...

Quanto maior a taxa Selic, maior a remuneração do investidor. E para os consumidores, quanto maior a Selic, maior a taxa de juros. Assim, os juros do crediário cresce também, o consumidor deixa de comprar, fica mais recolhida, e a sociedade não evolui. Os juros do cartão de crédito aumentam.

E se os juros abaixam, o crédito do consumidor aumenta, ele tem mais poder de compra e assim, a inflação ressurgiu.

Se correr o bicho pega e se ficar o bicho come.

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS:

1. ANÁLISE HISTÓRICA DO CONTRATO:

Não se pode precisar, na história do Direito, a origem cronológica do contrato. O Clóvis Beviláqua lembra que não se pode precisar este momento, mas uma observação pode ser feita: no momento que a sociedade humana evolui e sai do estágio de barbárie o contrato se torna um instrumento essencial. Por quê? Porque neste momento, quando alguém tinha algum interesse, bastava declarar guerra e ir em busca do seu objeto de desejo. A 1ª finalidade social do contratual foi harmonizar interesses contrapostos. Por isso não se pode indicar com precisão em que momento o contrato surgiu, mas atribui-se o Direito Romano, a exemplo de Max Kaser, a 1ª grande sistematização do contrato. Ou seja, foi o Direito Romano na era clássica que se preocupou em sistematizar a figura do contrato que era encarado como uma fonte de obrigação. Todavia, não é no Direito Romano que se vede buscar os fundamentos da nossa teoria clássica, apesar da sua grande importância. Porque o grande Orlando Gomes, o maior de todos os civilistas, com absoluta sabedoria, analisando o contrato, ele diz que o contrato, como o concebemos hoje, não vem diretamente da sistematização romana, e sim, se desenvolveu a luz da ideologia individualista típica dos Regimes Capitalistas de Produção.

Quer dizer que não havia contrato no comunismo? Sim, havia, mas quem o desenvolveu mesmo foi o Capitalismo.

O Contrato é calcado na Livre Iniciativa, inspirada pelo Racionalismo, pela Teoria da Autonomia Privada, que é uma manifestação absoluta e concretizada através do contrato, que, ao ser reconhecida, faz lei entre as partes, sou seja, faz Pacta Sunt Servanda.

A teoria clássica do contrato impunha ao Estado uma postura abstêmia, que é o Laissez-Faire.

Mas, esta postura do Estado não é mais admitida, e por conta da sua intervenção, o contrato deixou de ter entre as partes a igualdade. Por isso, a autonomia clássica absoluta que era uma teoria dos contratos não poderia mais ser aplicada e na modernidade, precisou ser adaptada aos contratos de massa, aos contratos de adesão. Porque se assim não fosse, haveria uma discrepância muito grande de interesses nos contratos, porque a as partes não possuem mais igualdade, humanidade...

Essa teoria sofreu uma socialização, como fator de contenção de seus efeitos.

Exemplo de Elementos de Contenção da Autonomia Privada:

Ex.: Os Efeitos Horizontais dos Direitos Fundamentais.

Ex.: O Princípio da Função Social dos Contratos.

Ex.: O Princípio da Boa-Fé.

Um contrato não deve ser apenas técnico. A ideologia dos novos contratos é contextualizá-los socialmente. Ele não pode ser um instrumento de opressão, diz Emilio Betti. Essa é a nova era dos contratos.

Este assunto está relacionado à Teoria dos Contratos. E caiu na prova do MPF.

PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO CONTRATUAL:

Conceito de Contratos: o contrato é um negócio jurídico, fruto da autonomia privada, pelo qual as partes visam a realizar determinados interesses, estando limitadas pelos superiores princípios da função social e da boa-fé objetiva.

O contrato tem por natureza jurídica um negócio jurídico bilateral, em regra. Claro que tem exceções, pode ser plurilateral.

Princípios:

1. *Princípio da Autonomia Privada ou Autonomia da Vontade: não há contrato sem autonomia privada, sem liberdade contratual. E mesmo o contrato de adesão, alguma liberdade a pessoa tem, embora diminuída. Essa autonomia privada não PE absoluta, lembre-se disso, pois ela é contida por fatores sociais superiores: como dito acima. Há um autor italiano, Massimo Bianca, analisando a autonomia privada diz que ela não é absoluta, e traduz a auto-responsabilidade, porque quando se celebra um contrato, a pessoa se manifesta com responsabilidade, inclusive, social.*

2. *Princípio da Força Obrigatória do Contrato: também conhecido como Pacta sunt Servanda. Ele é relativizado, ou melhor, limitado, pela Teoria da Imprevisão.*

3. *Princípio da Função Social do Contrato:*

4. *Princípio da Boa-Fé Objetiva:*

5. *Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato: Este princípio sustenta que o contrato só pode ter repercussão jurídica entre as próprias partes. Há exceções a essa regra, como a Estipulação em Favor de Terceiro (Seguro de Vida).*

Ex.: Eu e o banco temos uma relação, onde eu contrato com ele um seguro de vida. Mas, o beneficiário é o meu filho, que é um terceiro.

Ex.: Zeca Pagodinho e a Nova Skin X Brama. No plano da ética, o contrato tem eficácia intersubjetiva. O terceiro, que é a Brama, tem o dever de respeito com a Skin. No plano da ética, os contratos têm função com terceiros.

DANO À TERCEIRO	RESPONSÁVEL	RESPONSABILIDADE	NOME DA AÇÃO	PRAZO	ARTIGO	CÓDIGO
<i>Ruína Total ou Parcial de Construção</i>	<i>Dono ou Proprietário</i>	<i>Objetiva</i>	<i>Ação de Indenização</i>		<i>927</i>	<i>CC</i>
<i>Construção Adquirida pela Incorporadora</i>	<i>Incorporação</i>		<i>Ação de Indenização</i>			
<i>Queda de Objetos do Apartamento</i>	<i>Habitante</i>	<i>Objetiva</i>	<i>Actio de Efusis Et Dejectis</i>	<i>3 anos</i>	<i>938</i>	<i>CC</i>
<i>Queda de Objetos do Apartamento pela Visita</i>	<i>Habitante</i>	<i>Objetiva</i>	<i>Actio de Efusis Et Dejectis</i>	<i>3 anos</i>	<i>938</i>	<i>CC</i>
<i>Veículo Locado e acidente a terceiros</i>	<i>Locador e Locatário</i>	<i>Solidária</i>	<i>Fund.: Teoria do Risco</i>		<i>492</i>	<i>STF</i>
<i>Veículo Vendido e ainda não transferido pelo DETRAN</i>	<i>Novo Proprietário</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	<i>132</i>	<i>STJ</i>
<i>Carro Emprestado que acidente terceiro</i>	<i>Condutor e o Proprietário</i>	<i>Solidária</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	<i>?</i>
<i>Dano Causado por Incapaz: Filhos, tutelados, curatelados, empregados, comissionados e autores de crimes. 928 do CC</i>	<i>Representante do Incapaz: pais, tutores, curadores, empregadores, comitentes e o participantes de produto do crime. (932 e 933 do CC)</i>	<i>Objetiva Subsidiária (1º os representantes e o incapaz responde atrás). Se os pais não tiverem patrimônio ou obrigação, respondem o incapaz</i>	<i>Ação Regressiva (menos dos pais para os filhos menores) Art. 934 do CC</i>	<i>?</i>	<i>933 e 932</i>	<i>CC</i>
<i>Motorista com o carro do seu empregador</i>	<i>O dono do carro, o empregador do motorista</i>	<i>Objetiva</i>	<i>Ação Regressiva</i>	<i>?</i>	<i>932, II</i>	<i>CC</i>
<i>Menor na escola</i>	<i>Dono da Escola</i>	<i>Objetiva</i>	<i>Ação Regressiva</i>	<i>?</i>	<i>932, IV</i>	<i>CC</i>
<i>Hóspede</i>	<i>Dono do Hotel ou Hospedaria ou Albergue</i>	<i>Objetiva</i>	<i>Ação Regressiva</i>	<i>?</i>	<i>932, IV</i>	<i>CC</i>
<i>Dano causado pelo Fornecedor ao Consumidor</i>	<i>Fornecedor</i>	<i>Objetiva</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	
<i>Dano causado pelo Fabricante ao Fornecedor</i>	<i>Fabricante</i>	<i>Objetiva</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	<i>931</i>	<i>CC</i>
<i>Dano na Construção (Material ou Solo)</i>	<i>Construtora</i>	<i>Objetiva</i>		<i>Prescricional 5 anos Decadencial 180 dias</i>	<i>618, caput 618, § ú</i>	<i>CC</i>
<i>Acidente (Pessoa ou Coisa) com material de construção. (vítima: habitante)</i>	<i>Construtora</i>	<i>Objetiva</i>	<i>?</i>	<i>5 anos</i>	<i>27</i>	<i>CDC</i>
<i>Quando a vítima é a Incorporadora</i>	<i>Construtora</i>	<i>Objetiva</i>	<i>?</i>	<i>3 anos</i>	<i>206, §3º, V</i>	<i>CC</i>
<i>Acidente do empregado</i>	<i>Empregador</i>	<i>Objetiva</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	<i>Jurisprud.</i>	<i>STJ e STF</i>
<i>Acidente com o carona</i>	<i>Caronista Interessado Ex.: Corretor</i>	<i>Objetiva</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	<i>?</i>	<i>CC</i>

Acidente com o carona (Carona Cortesia)	O caronista só responde se agiu com dolo ou culpa grave. Ex.: Embriagues.	Subjetiva	?	?	145	STJ
Bagagem extraviada no Aeroporto	Empresa de Aviação	Objetiva	?	?		CDC
Overbooking	Empresa de Aviação	Objetiva	?	?		STJ e CDC
Dano Médico	Médico	Subjetiva	?	?	951 e 14§ 4º	CC e CDC
Dano Médico – Cirurgia Plástica REPARADORA	Cirurgião Plástico	Subjetiva	?	?	?	CDC
Dano Médico – Cirurgia Plástica ESTÉTICA	Cirurgião Plástico	Objetiva	?	?	Jurisprud.	STJ
Anestesia que causa Choque (sem aviso)	Anestesiologista	Subjetiva	?	?	?	?
Anestesia Alérgica (com aviso ao médico)	Anestesiologista	Objetiva	?	?	?	?
Dano Hospitalar	Hospital	Subjetiva	?	?	Jurisprud.	STJ
Dano sofridos em decorrência dos Serviços Auxiliares do Hospital	Hospital	Objetiva	?	?	Jurisprud.	STJ
Cirurgia à Laser de Miopia	Médico	Objetiva	?	?		
Perda de Uma Chance	Médico e Advogado Erro dos meios empregados	Subjetiva	?	?	Doutrina	
Infecção Hospitalar	Hospital ou Clínica	Objetiva	?	?	629.212/RJ	STJ
Intervenção Odontológica	Dentista	Objetiva ou Subjetiva	?	?	Ob. Doutrina Sub. Pablo	Doutrina
Erro Médico de Plano de Saúde	Dono do Plano de Saúde	Objetiva	?	?		
Cheque Falsificado ou Extraviado	Banco	Objetiva				
Cheque Furtado	Banco	Objetiva				
Correntista Assaltado no Banco	Banco	Objetiva				
Correntista Assaltado na Rua	Estado	Subjetiva (aula da Marinela – omissão)				

16ª Aula – 13/11/2007

13/11/07

PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO OU PACTA SUNT SERVANDA:

Este princípio traduz a idéia de que, nas palavras de Orlando Gomes, o contrato faz lei entre as partes, ele vincula as partes e traz segurança jurídica entre as partes.

Este princípio é absoluto?

R: Negativo. Há muitas décadas quiseram transformá-lo em princípio absoluto, mas, na sociedade contemporânea, não se pode admitir esse absolutismo. Este princípio existe, deve ser respeitado, mas ele não é absoluto. Ele deve ser relativizado pela Teoria da Imprevisão.

Segundo Othon Sedou, embora a Teoria da Imprevisão tenha surgido no século XVII, muito antes disso, no Código de Hamurabi, já havia uma citação sobre esta teoria, sendo essa então a sua fonte histórica mais remota.

Mas, a fonte histórica mais próxima da Teoria da Imprevisão é proveniente do Direito Canônico, que é a “Cláusula Rebus Sic Stantibus”. O Direito Canônico tornou a relação jurídica mais humanizada, por influência da religião católica. Então, se alguém, na Idade Média, fizesse um contrato, e por um fato imprevisto não pudesse cumprir o obrigado, essa cláusula tornava o contrato mais humano (e menos racionalista), levando a obrigação para mais adiante.

Mas, a burguesia da época não aceitou essa cláusula, porque ela queria mais segurança jurídica, queria um contrato mais racional. E com isso, a cláusula ficou esquecida na história.

A “Cláusula Rebus Sic Stantibus” só retornou anos depois, na França, em meio à Primeira Guerra Mundial. Porque, durante a guerra, as relações contratuais se desequilibraram, forçando a re-análise dos contratos.

A França foi o primeiro Estado no Mundo a tratar da Teoria da Imprevisão, na jurisprudência e na sua legislação. A 1ª lei no mundo que tratou desta teoria foi a francesa, a Lei Failliot de 1918, resultado dos mecanismos de revisão do contrato surgido na 1ª Guerra Mundial.

O seu desenvolvimento se deu após a 1ª GM.

Portanto, trata-se de uma doutrina que sustenta a possibilidade de revisão ou dissolução contratual, caso um acontecimento superveniente desequilibre a base econômica do negócio, impondo a uma das partes obrigação excessivamente onerosa.

Obs.: Ver no material do Pablo os contratos de execução continuada ou diferida no tempo, cuja obrigação vai se estendendo no tempo. A este tipo de contrato, se aplica a teoria da imprevisão. Bem como nos demais contratos citados no material.

REQUISITOS OU ELEMENTOS DA TEORIA DA IMPREVISÃO:

1º) *Superveniência de um Acontecimento (para a teoria clássica, acontecimento imprevisível)*

2º) *A Alteração da Base Econômica do Negócio*

3º) *A Onerosidade Excessiva*

OBS.: A doutrina especializada (Otávio Rodrigues Jr, Rui Rosado de Aguiar, Regina Beatriz dos Santos) sustenta que a onerosidade excessiva não deve corresponder obrigatoriamente à vantagem ou enriquecimento da parte contrária.

Pergunta-se: **Uma das conseqüências da Imprevisão é o desequilíbrio do contrato e a onerosidade excessiva de uma das partes?**

R: Sim.

Então, qual a diferença entre a teoria da imprevisão e a lesão?

R: A lesão **TAMBÉM** se caracteriza pelo desequilíbrio contratual, e também impõem uma prestação excessivamente onerosa de uma das partes. A diferença é que a lesão é uma causa de invalidade do contrato, e neste caso, o desequilíbrio entre as prestações é genético. Ou seja, na lesão, o desequilíbrio entre as prestações NASCE com o contrato, e causa a sua invalidade. Enquanto a Teoria da Imprevisão não gera a sua invalidade, até porque ela pressupõe contrato válido. E ainda, o desequilíbrio entre as prestações é posterior à formação do contrato. E a teoria da imprevisão não gera a invalidade do contrato, aliás, os efeitos provenientes dela nós veremos logo mais.

O VCC não tratava da Teoria da Imprevisão. Até porque o CC de 1916 teve o seu projeto feito em 1889.

A 1ª grande lei que cuidou da Teoria da Imprevisão no Brasil foi o CDC, no art. 6º, V.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem **excessivamente onerosas;**

Este artigo dá uma roupagem diferente à Teoria da Imprevisão, sendo chamada de **Teoria da Onerosidade Excessiva**. Mas, são sinônimas, porém, não a chame de Teoria da Imprevisão na prova.

Perceba, ainda, que a imprevisibilidade não é requisito para garantir ao consumidor a modificação das cláusulas contratuais. A imprevisibilidade só é exigida nas relações civis. Para o consumidor, não precisa existir.

Ex.: Contrato de Leasing – prestações indexadas ao Dólar, em 1999. Mas, o Dólar estourou, subiu excessiva e inesperadamente.

Para o consumidor, bastava o “excessivo”, não precisava do inesperado.

Várias demandas surgiram, provocadas pelos consumidores, pleiteando a revisão dos contratos.

Obs.: Em homenagem à prova do CESPE, o STJ pacificou o entendimento de que, neste caso, o ônus decorrente desta alta deveria ser **REPARTIDO** entre as duas partes contratantes, entre o devedor e o credor.

Defesa dos Bancos: Pacta Sunt Servanda

Defesa dos Consumidores: Enriquecimento Sem Causa da Outra Parte

No NCC, a Teoria da Imprevisão estão nos artigos 478 e seguintes, que foi adotada na sua forma clássica, engessada, bolorenta, tradicionalíssima, o que prejudica a sua aplicação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Art. 478 – caput – não poderia o CC ter exigido o Fato Extraordinário do acontecimento. Seria isso a chegada dos Aliens? Por isso, o Prof. Pablo concorda com o enunciado 365, da 4ª Jornada de DC, no sentido de que, a extrema vantagem da parte contrária, para a aplicação da Teoria da Imprevisão, é um elemento acidental.

Quando o devedor aplica a Teoria da Imprevisão, ele pode resolver o contrato. Mas, e se ele não quiser resolver o contrato, e sim, reequilibrar o contrato, ou seja, revisar contrato, ele pode? Isso é o que mais ocorre no JEC. Isso seria um respeito à Livre Iniciativa, mantendo-se o contrato.

Porém, a lei afirma, no art. 479, que é o RÉU, segundo a sua faculdade, é quem vai decidir pela revisão ou não do contrato. E se ele não quiser? O juiz pode equilibrar a balança econômica do contrato?

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

O Professor entende que o contrato que traz uma cláusula de exclusão da Teoria da Imprevisão, é uma cláusula abusiva, que merece o nosso repúdio.

FORMAÇÃO DO CONTRATO:

Ver na apostila um texto sobre Direito Intertemporal.

O contrato se forma observando um iter. Para o contrato se formar, é preciso que haja, inicialmente uma **Tratativa Preliminar ou Negociação Preliminar** (é o namoro), é quando se redige uma minuta do contrato, na análise dos custos... esta fase também é chamada de **Puntução** ou **Punctação** (segundo Darcy Bessone)

Quando se faz as tratativas preliminares, em algum momento uma das partes faz uma proposta, e o negócio começa a ficar sério. Quem faz a proposta ou a oferta é chamado de Proponente ou Policitante (e a proposta pode ser chamada de policitação). Esta proposta tem como natureza jurídica uma **DECLARAÇÃO RECEPTÍCIA DE VONTADE**, ou seja, é aquela que só surte efeitos quando alcança a esfera jurídica do outro contratante.

A quem se dirige esta proposta?

R: Quem recebe a proposta é a Aceitante ou o Oblato. Se o proponente fizer a proposta e o Oblato aceitar, em regra, o contrato surgiu.

A proposta é regulada a partir do art. 427 do CC. Ela vincula o proponente. Ela é sempre obrigatória no CC, nas relações civis. Mas, no CDC não. Há situações, no CDC, que a proposta perde a sua eficácia.

Ex.: Eu compro o seu carro se em 15 dias você me der o seu ok. Se a outra parte ficar quieta, acabou a finalidade da proposta.

Art. 427. A proposta de contrato **obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.**

Obs.: Qual é a diferença entre proposta entre presentes e propostas entre ausentes?

R: A proposta entre presentes é aquela em que as pessoas mantêm contato direto e simultâneo enquanto fazem a sua proposta. Como a nossa legislação, infelizmente, não tem regra sobre relações eletrônicas, aplicam-se essas regras às relações eletrônicas.

Ex.: Uma proposta no MSN. Aqui, a proposta é imediata.

Já a proposta entre ausentes, não há imediatidade.

Ex.: Por email.

Pergunta de Concurso: Em que momento se forma o contrato entre ausentes?

R: Existem 2 teorias básicas entre ausentes: a **Teoria da Cognição e a Teoria da Agnição.**

Ex.: Uma carta é enviada pelo Correio com uma proposta. Em que momento se forma o contrato?

R: **Pela Teoria da Cognição, o contrato só se forma quando o proponente toma conhecimento da aceitação.**

Só que ninguém tem como comprovar em que momento o proponente tomou conhecimento da aceitação. Por isso, esta teoria não é mais aplicada em nosso direito.

Quem ganha essa queda de braço é a Teoria da Agnição, onde não se exige, na formação do contrato, que o proponente tome conhecimento da aceitação.

Esta teoria ganha 3 sub-divisões:

1. **Teoria da Declaração Propriamente Dita**
2. **Teoria da Expedição**
3. **Teoria da Recepção**

Para quem adota a Teoria 1, o contrato se forma quando o declarante manifesta que aceitou.

Ex.: Eliane (Aceitante) recebe a proposta e lê. E ela diz: aceito. Só que é difícil provar o momento desse aceite.

A Teoria 2 sustenta que o contrato se forma quando a resposta do aceitante é expedida.

Ex.: Por email seria quando a proposta estivesse em itens enviados.

A Teoria 3 sustenta que o contrato se forma quando a resposta é recebida pelo proponente, ainda que ele não tenha tomado conhecimento dela.

O documento que pode comprovar esse momento é o AR, ou o Livro de Protocolo. Por email, alguns provedores disponibilizam o serviço de aviso de recebimento.

Qual dessas teorias é adotada pelo NCC/2002?

R: Se você citar Clóvis Bevilacqua, tira 10. Ele defendia a Teoria da Expedição (Subdivisão 2 da Teoria da Agnição) para a formação do contrato.

Aparentemente, a teoria adotada no Brasil foi a Teoria da Expedição. E até mesmo o art. 434 do CC parece afirmar isso. Mas, cuidado. O Problema está nas ressalvas.

Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I - no caso do artigo antecedente;

II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III - se ela não chegar no prazo convencionado.

Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

Assim, a doutrina mais moderna entende que, aparentemente, é a Teoria da Expedição. Mas, a doutrina é dividida, e segundo Carlos Alberto Gonçalves, o que predomina é a Teoria da Recepção, qual seja, aquela onde o contrato se forma quando a proposta é expedida e quando o proponente recebe a resposta do aceitante sem que haja arrependimento.

Assim, parte da doutrina, Clóvis Beviláqua interpreta literalmente o art. 434 do CC para considerar formado o contrato quando a resposta é expedida (Teoria da Expedição); Todavia, há autores (Carlos Alberto Gonçalves) que, com base no artigo 433 do CC, defendem a Teoria da Recepção, uma vez que, na forma do dispositivo, o contrato só se forma quando a resposta é recebida sem o arrependimento do aceitante.

A doutrina é dividida neste tema. Na prova, se colocar a 1ª teoria, está certo. Mas, o professor é adepto da 2ª teoria.

PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA BOA-FÉ OBJETIVA:

1. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO:

Os contratos foram funcionalizados no decorrer dos anos.

Ex.: função social do contrato, função familiar do contrato, ...

Isto não tem nada a ver com os interesses da União ou do Estado. O que se tem em jogo são os valores da SOCIEDADE.

Antonio Junqueira, professor da USP, afirma que é isso mesmo. Que “o contrato deixou de ser um átomo”, que deixou de desempenhar uma função só entre Caio e Tício, ou seja, entre as partes contratantes. Não! Agora, o contrato tem função social. Pois, no momento que o art. 170 da CF consagra uma Ordem Social Harmônica, ele está dando base constitucional ao Princípio da Função Social.

Este princípio da FS não havia sido contemplado em um artigo específico no CC de 1916. Há uma omissão legislativa aqui. Mas, a doutrina do CC de 1916 não desconhecia este princípio. O próprio Clóvis Beviláqua se referia a este princípio como a “harmonização de interesses contrapostos”.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

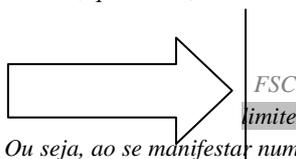
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Hoje, o art. 421 do CC consagra o Princípio da Função Social do Contrato.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Este é um dos princípios mais importantes do CC.

Ele é criticado quando diz que o princípio vai dar razão, porque na verdade, ele não dá razão alguma. Ele tem o propósito limitativo da Autonomia Privada, quer dizer, a autonomia da vontade não pode tudo, ela é limitada.



Ou seja, ao se manifestar num contrato, a sua liberdade não pode atingir direitos coletivos. Essa doutrina combate a tirania, ao poderio do Poder Econômico.

Lembramos, porém, que segundo Paulo Roberto Nalin, que este PFS tem uma dimensão extrínseca e uma dimensão intrínseca.

Na Dimensão Social Extrínseca, impõe-se que o impacto do contrato não agride valores consagrados na sociedade. Ou seja, ele pode ser válido, mas o contrato não pode agredir interesses coletivos.

Ex.: Eu quero fazer uma construção civil (contrato) mas, que agride uma área ambiental.

Ex.: Celebra-se um contrato de publicidade onde um asteroide gigantesco atinge a Terra.

Porém, a dimensão ??????????????????, neste aspecto, a socialização significa respeito à dignidade do contratante, o que resulta no reconhecimento da lealdade e confiança recíprocas.

A jurisprudência já aplica este princípio da função social.

Obs.: A aplicação da função social, no âmbito intrínseco, é vista no RESP 476649 de SP impondo a redução de Cláusula Penal Moratória de 10 para 2%, em um contrato de mensalidade escolar.

Há alguns anos, quando não se aplicada este princípio, bastava analisar se o contrato tinha agente capaz, objeto lícito e não prescrito em lei, “Pacta Sunt Servanda” e acabou! Era uma parte querendo engolir a outra.

Agora, com base no Princípio da FS do Contrato, o juiz pode reduzir, de ofício, a cláusula penal.

Até mesmo na Súmula 308 do STJ podemos ver o respeito ao valor constitucional de moradia e a aplicação do Princípio da FS do Contrato.

Ex.: Quando for comprar um apartamento, lembre que o Pablo ouviu da construtora, promitente vendedora, a se for necessário, está autorizada, por cláusula contratual, hipotecar o seu apartamento caso a construtora não tenha dinheiro para acabar de construir o prédio.

Quer dizer, você paga um apartamento e ele pode ser hipotecado para pagar a dívida de outro!

Outra Súmula é a 302 do STJ. Aplicaram o princípio da FS também.

Um contrato que desrespeita a sua função social, e que ainda dispensa a lei que o considera nulo, é o caso do contrato virtual

2. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ DO CONTRATO:

A boa-fé torna o contrato mais humano. Ela vem do Direito Romano, sendo chamada de Bona Fides (raiz romana da boa-fé). Mas, essa boa-fé do Direito Romano é entendida como um valor ético e individual. Ou seja, agir de boa-fé, atuar de boa-fé significa atuar de uma maneira com uma pessoa como se deveria atuar se você estivesse no lugar daquela pessoa. Estava muito ligada à relação comportamental e individual.

Mas, a Boa-Fé de hoje é meta individual. E que sofreu muita influência do Direito Alemão. Por exemplo, no art. 243 do BGB, a boa-fé objetiva é mais que uma regra individual. Ela é uma regra objetiva de conduta corporificada, na expressão “treu und glauben” (= **lealdade e** aplicada à relação privada.

Perguntaram: qual a diferença entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva?

R; Elas estão intimamente ligadas, mas possuem diferenças. A BF Subjetiva é mais conhecida, é o estado psicológico de inocência.

Ex.: O Terceiro de boa-fé tem direito aos frutos.

Já a boa-fé objetiva traduz uma cláusula geral de natureza principiológica implícita em qualquer relação privada e que traduz uma regra imperativa de conteúdo ético e exigibilidade jurídica.

É o caso daquele ditado: o que não é proibido é facultado. Cuidado. Isso está errado, porque o português Antonio de Meneses Cordeiro, revolucionou o direito privado, porque esta cláusula de boa-fé reestruturou forçosamente a clássica relação obrigacional. (ele tem um livro de BF Objetiva). Porque a Cláusula de BF tem mais de 1 função, ela orienta a interpretação dos contratos. A 2ª função da BF Objetiva é a Colmatadora de Lacunas (analogia), mas há uma 3ª finalidade da BFO, que marcou uma revolução do Direito Privado, porque a doutrina entendeu que a estrutura da relação obrigacional conta ainda com a Função Constitutiva de Deveres Anexos, ou seja, todo contrato tem deveres de proteção **???**

Ex.: Dever de Assistência (é dever implícito)

Ex.: Dever de Informação (idem)

Ex.: Dever de Confidencialidade (idem)

Ex.: Dever de Confidencialidade etc.

Todos eles são deveres anexos ao dever principal de conteúdo ético e jurídico.

O descumprimento de qualquer um deles gera o dever de indenizar.

Eles são tão importantes que o Enunciado 24 da 1ª JDC afirma que se um dever anexo for descumprido, dada a sua importância, a responsabilidade civil se dará de forma objetiva, ou seja, independe de culpa ou dolo.

Perdi- violação positiva do contrato

A quebra de um dever anexo conduz à violação positiva do contrato.

O dever de assistência decorre da boa-fé objetiva.

Assim, como o dever de informação. Ex.: Uma concessionária te vende um carro e um mês depois o carro saiu linha. Isso é quebra da violação positiva.

Bem como o dever de confidencialidade.

Ex.: Receber Spam. Isso ocorre porque você contratou com alguma empresa e ela repassou os seus dados para uma 3ª empresa.

Dever de segurança.

Ex.: Estacionar no shopping. Mesmo sendo cortesia, o estacionamento tem, por questão de boa-fé objetiva, assegurar o seu carro ali estacionado.

O princípio da boa-fé está presente no art. 422 do CC. Mas, este artigo se esqueceu que este princípio também deve ser observado na fase pré contratual.

A crítica que se faz ao art. 422 é no sentido de não haver no referido artigo a aplicação do Princípio da Boa-Fé nas fases Pré (Puntução) e Pós-Contratual. Essa é uma dimensão meta individual porque se espalha para além da sua relação contratual.

Ex.: o noivo que cancela o noivado, de maneira brusca. É quebra de relação pré- contratual (para o casamento já anunciado).

Ex.: Lavradores de Tomates e a Cica. Anos a fio a Cica comprava os tomates desses lavradores, e um ano ela não quis. Houve quebra da boa-fé objetiva pré- contratual.

E ainda, mesmo o contrato já tendo consumado, ainda assim pode haver quebra da boa-fé objetiva, que seria Pós – Eficácia Objetiva.

Ex.: O empregado da Coca-Cola é demitido e não pode levar seus conhecimentos para a Pepsi.

Ex.: O motorista é demitido e não pode sair por aí alardeando a vida pessoas do seu ex chefe.

Ex.: Zeca Pagodinho

Conceitos importantes vinculados à Boa-Fé Objetiva:

1. *Venire Contra Factum Proprium*: (é um conceito fundamental ligado à boa-fé) - latim
2. *Tu quoque* - latim
3. *Cláusula de Estoppel*: (juiz federal!!!) – francês
4. *Duty to Mitigate* - inglês

[MATERIAL DE APOIO/AULA 16.pdf](#)

17ª Aula – 22/11/07

Conceitos de boa-fé objetiva/continuação...

A boa-fé subjetiva não foi excluída, no direito. Mas, ela predomina mais no direito das coisas. E a boa-fé objetiva aparece mais no direito dos contratos, nas relações familiares, que representa a lealdade, a moralidade, ...art. 422 do CC.

Esta boa-fé objetiva é mais forte no direito alienígena, e no Brasil, ele é mais recente.

Conceito de Boa-Fé Objetiva no Direito Comparado:

- **SUPRESSIO** = é a supressão de um direito pelo seu não exercício no tempo. A pessoa tem o seu direito garantido, mas em razão do seu não exercício, ela abdica desse direito por causa da sua conduta. Quando a conduta de uma pessoa o leva a não exercer um direito que ela tem, ex.: art. 330 do CC, ocorre a “supressio”, ou seja, a supressão do seu direito.

Ex.: Se no silêncio do contrato entre o devedor e o credor não citar o local onde deve ser cumprida a obrigação, fica valendo o pagamento no domicílio do devedor. Ao contrário, se estipular no contrato que a obrigação deve ser cumprida no domicílio do credor, esta disposição contratual prevalece. No entanto, se o credor não aguarda o devedor e reiteradamente vai ao domicílio do devedor cobrar antes, houve “supressio” daquele direito.

- **SURRECTIO** = é o surgimento de um direito pelo exercício reiterado no tempo. A minha prática reiterada, neste caso, faz surgir um direito. Os costumes têm suma importância aqui, porque ele faz surgir um direito.

Ex.: Uma regra de contrato de compra e venda pode ter um modo na Paraíba e outro no Rio Grande do Sul.

- **VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NOM POTEST = OU VENIRE** = é a proibição do comportamento contraditório. Ou seja, proíbe que a pessoa se contradiga no tratamento, ou melhor, a pessoa não pode agir de forma diversa do passado, procurando obter um ganho. Ela se baseia na idéia do Abuso do Direito, ou seja, mudança de comportamento. A outra pessoa pode anular o contrato, por causa da mudança de postura da outra parte. Ex.: Julgado do STJ – onde a mulher queria anular a venda de um imóvel feita pelo seu marido porque ela não havia dado a sua vênua quando na venda. Ela se dizia desconhecadora da venda do imóvel, 17 anos antes. No entanto, em outra ação, ela foi denunciada na lide de determinado processo, e neste processo, para se defender das cotas condominiais que estavam sendo cobradas, ela dizia que aquele apartamento não lhe pertencia mais. Ou seja, ela teve comportamentos diversos sobre um mesmo bem.

Pode se pedir a anulação do contrato aqui?

R: Não. Porque se eu mudei o comportamento no futuro, não posso mudar o contrato já realizado no passado.

Ex.: art. 175 do CC.

CLÁUSULA DE ESTOPPEL: É O VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM, mas nas relações internacionais.

Ex.: PETROBRAS E A BOLÍVIA – A Bolívia atraiu de todas as formas as empresas a investirem em seu país, e depois que a Petrobras se instalou lá, a Bolívia nacionalizou as instalações Brasileiras. Isso é uma apropriação imoral.

- **TU QUOQUE (Brute, fili mi):** Vem da época de Júlio César, “Até você, Brutus, filho meu.” É a situação onde uma pessoa tenta tirar proveito da própria norma que violou. Ou seja, a pessoa viola uma norma e procura tirar proveito, ou vantagem daquela violação. Isso fere a boa-fé objetiva, a eticidade. Pois, o que prevalece é: aquilo que você quer para si deve querer para o outro.

Ex.: Susanna em SP, que matou os pais para se tornar herdeira. Ela queria se aproveitar da própria norma que ela violou.

A tendência do Direito é negar o direito que essa pessoa procurou às avessas.

- **EXCEPTIO DOLI:** é a exceção do dolo. Exceção é uma forma de defesa (e não de ataque). É a defesa que o réu tem contra a atuação dolosa do devedor.

Ex.: É a exceção do contrato não cumprido.

Ex.: o André queria contratar um sujeito para refazer a calçada dele. Eles contratam, mas o pedreiro não vai e depois vai cobrar na Justiça o valor daquele trabalho. Como ele não fez a parte dele, a outra parte se defende pelo Exceptio Doli, pois o outro agiu de má-fé.

- **DUTY TO MITIGATE THE LOSS** = é o dever que o credor tem de agir para diminuir, ou mitigar, o seu prejuízo, ou seja, a sua perda.

Ex.: O locador de certo imóvel fica relevando o atraso no pagamento do aluguel, dando uma chance ao locatário. Passa um tempo, e o locatário atrasa 1, 2, 3 meses de aluguel, no valor de 2 mil / mês. Mas, o locador vai deixando o tempo passar, já que a garantia dele é de caução, é de um imóvel de 200 mil. O locador não deve fazer isso, ele não pode se aproveitar do atraso do locatário para obter vantagem. Ele não pode deixar a vaca se atolar no brejo, tem que mover logo uma ação e cobrar aquilo que lhe cabe, para lhe minorar as conseqüências, ou seja, o prejuízo do locatário.

Ex.: art. 771 do CC. Aqui fica implícito o dever de informação.

Ex.: Ocorreu o sinistro, ligue logo para a seguradora. Senão, ela vai achar que você estava bêbado, e por isso concorreu para aquele sinistro. Ou seja, se tem condições de agir, atue logo, para mitigar o seu prejuízo.

Enunciado CJF 169 – citando o art. 422 do CC – é o dever de mitigar a própria perda.

CJF – 362 – tem que ler esses enunciados, porque caem nas provas. Na última do DPU caiu.

ARRAS:

Na formação de um contrato, a 1ª FASE nós temos AS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES (OU PONTUAÇÃO), onde as partes estabelecem um diálogo, estabelecem os pontos-chaves de um contrato. Aqui, ninguém assume nada, estão apenas negociando. NÃO SE ASSUME COMPROMISSO NESTA FASE. Não se assume compromisso de efetivar o negócio. Aqui, não se tem a obrigação de levar aquele produto. Não se pode processar a outra pessoa pelo descumprimento do contrato, nesta fase. Em regra, não. Em regra, nesta fase, não há Responsabilidade Civil CONTRATUAL. Pois as partes não celebraram contrato. Mas, EXCEPCIONALMENTE, pode haver Responsabilidade, se uma das partes descumprir o dever de Boa-Fé Objetiva.

EM QUE MOMENTO A BOA-FÉ OBJETIVA SURGE NO CONTRATO?

R: art. 422 do CC – surge tanto antes de contratar, mesmo sem ter o compromisso de contratar, porque você não pode abusar do direito de uma pessoa. E também deve estar presente durante a existência de um contrato. Não pode se esquecer deste antes-durante. E ainda, essa boa-fé objetiva permanece até mesmo depois do cumprimento do contrato, depois do pagamento. Neste momento, se extingue a obrigação. Ou seja, as obrigações nucleares já foram cumpridas (as obrigações principais de cada parte), mas permanece a boa-fé objetiva, ou seja, o POST PACTUM FINITUM, mesmo depois do contrato já tenha sido cumprida.

Ex.: Eu quero montar uma rede de pão de queijo congelado. Mas, a receita desse pão de queijo é raríssima. Uma pessoa, enfim, me vende, por 30 mil reais a tal receita. E no dia seguinte, ela vai no programa da Ana Maria Braga divulgar a receita. Ela feriu a privacidade daquela receita, mesmo que não haja cláusula de privacidade no contrato, porque o princípio da eticidade, ou seja, da ética, da moralidade estava implícito. Ela teve um postura diferente, passou a rasteira, é a malandragem, aquele que quer se dar bem as custas de outro. Isso é bem defendido por Miguel Reale (Boa-Fé Objetiva).

A 2ª FASE do contrato, que pode existir ou não é A FASE DE CONTRATO PRELIMINAR. Nele, deve conter todos os requisitos do contrato definitivo, EXCETO com relação à forma. Ou seja, contrato nada mais é do que uma modalidade de negócio jurídico, mas nesta fase, não há compromisso com a forma deste contrato.

Ex.: Compromisso de Compra e Venda de um Bem Imóvel – precisa ter forma? R: Depende. Pelo art. 108 do CC, você tem que observar o valor do bem imóvel. Toda vez que esse valor for superior a 30 x SM, deve existir solenidade no contrato, que deve ser feito por Escritura Pública, sob pena do contrato se torne nulo (art. 166, IV do CC). Mas, é muito comum, que antes disso as partes façam um contratinho.

Mas, enfim, no contrato preliminar é que as pessoas assumem compromisso bilateral, ou seja, **ambas as partes assinam o contrato, mas apenas uma delas assume o compromisso de contratar.**

Ora, mas, quase ninguém quer isso. O mais comum é o contrato bilateral, onde **ambos assinam o contrato e ambos assumem o compromisso de contratar.** E é aqui que se assume o compromisso de pagar as ARRAS, ou seja, a garantia de que aquela pessoa vai honrar aquele compromisso no futuro.

As arras, portanto, amarram o contrato. Elas representam, até mesmo, o início do pagamento daquele contrato.

Ex.: Um comprador A quer comprar de B uma imóvel, e na fase preliminar, estipulam as arras no valor de R\$ 10.000,00. Ocorre que havendo desistência por parte do comprador, ele tem por conseqüência a perda daquele valor já pago. Enquanto que, havendo desistência por parte do vendedor, há devolução dos 10 mil, mais o equivalente (o dobro).

As Arras Confirmatórias são aquelas estipuladas em um contrato onde não consta direito de arrependimento. Isso não fica escrito no contrato. E como se percebe? R: Havendo cláusula de arrependimento no contrato, prevalecem estas. Em não havendo, prevalecem as confirmatórias. Ou seja, no silêncio daquela, prevalece esta.

A pessoa, então, estipula a cláusula de arrependimento, e havendo prejuízo da parte inocente, mesmo que ele ultrapasse o valor das arras, poderá ser pleiteada indenização suplementar.

Ou seja, sendo confirmatórias, ela constitui uma taxa mínima de indenização por perdas e danos. Se o prejuízo foi maior, aí sim pode

pedir indenização a maior.

As Arras Penitenciais são aquelas estipuladas em um contrato onde há direito de arrependimento.

Elas estão no art. 420 do CC. Não havendo cumprimento do contrato pelas partes do contrato, não há direito de indenização suplementar, porque as arras aqui já representam a indenização. A parte aqui está praticando ato lícito, um direito previsto no contrato.

A 3ª FASE É CONTRATO DEFINITIVO, ou seja, o cumprimento de todas as cláusulas do contrato.

VÍCIO REDIBITÓRIO:

São os vícios ou defeitos ocultos da coisa que a tornam impróprias ao uso a que se destinam ou que lhe diminuam sensivelmente o valor, de modo que, o negócio não seria realizado se o outro contratante soubesse da existência do defeito.

Ex.: eu compro um carro acreditando que ele estava em bom estado, mas ele pára comigo no meio da rua. Havia ali um vício que eu desconhecia.

Não confunda vício redibitório com desgaste natural de um bem.

Ex.: Eu compro um carro sabendo que o carro já tem 300 mil quilômetros. É certo que ele já está com o freio ou o motor no fim da vida útil. Neste caso, eu não posso reclamar.

Outro detalhe: se eu GANHO um carro, que o motor não agüentou nem mesmo 1 km, eu posso reclamar?

R: Não. Eu nunca posso reclamar de vício redibitório onde houve doação, foi uma relação gratuita. Não houve prejuízo de minha parte, logo, não pode haver reclamação de vício redibitório.

	VÍCIO REDIBITÓRIO	VÍCIO DO PRODUTO
1. Contrato	Contrato Civil	Contrato de Consumo
2. Direito do Adquirente	Direito de abater proporcionalmente o preço do produto (Ação <i>Quantum Minoris</i>), ou o desfazimento do negócio (Ação Redibitória), e ainda, perdas e danos se eu provar a má-fé do alienante.	Direito de abater proporcionalmente o preço (Direito Romano – “Ação <i>Quantum Minoris</i> ”), ou o desfazimento do negócio (Ação Redibitória), inclusive, com perdas e danos (sendo que aqui, não precisa provar a má-fé do fornecedor, ou do prestador). E por fim, posso pedir um novo produto, que não tem uma ação específica.
3. Prazos		

1. VP é iguala VR. São o mesmo instituto, mas, o CDC adotou a expressão VP.

Mas, se eu compro uma coca-cola, eu aplico o VR ou o VP?

R: Depende.

Isso é relação de consumo?

R: Não. Eu comprei a coca-cola de uma pessoa que trouxe a latinha de casa, e ele nem exerce a venda de refrigerantes com habitualidade. Ele não é fornecedor. Houve aqui uma relação civil. (VR)

Porque o que caracteriza uma relação de consumo não é o objeto, e sim o enquadramento das partes como consumidor de um lado e um fornecedor de outro. Ou seja, apenas quando houver uma relação de consumo genuína.

2. Eu posso pedir um abatimento proporcional de determinado bem quando ele apresenta um defeito, ou até mesmo o desfazimento do negócio e a devolução do pagamento já dado. E só posso requerer indenização por perdas e danos se eu provar a má-fé do alienante. Para isso, eu tenho que provar que o alienante sabia. É a culpa em sentido amplo, com o intuito de prejudicar, e a culpa em sentido amplo, insere-se o dolo. Posso pedir outro produto no lugar daquele que estava com defeito? R: Depende. Se for uma relação civil, não pode. Mas, se for uma relação de consumo, onde o fornecedor terá, certamente, outros produtos com características iguais, aí sim o adquirente poderá exigir outro produto.

A Ação *Quantum Minoris* e a Ação Redibitória são chamadas de Ações Edilícias.

3. Os prazos para bem móvel e bem imóvel são diferentes. Depende também se o defeito é de fácil constatação (vício aparente) ou de difícil constatação (vício oculto).

Perceba que, quando se contrata, o vício é sempre oculto. Porque, se não fosse, você não poderia reclamar no futuro. Mas, o de fácil constatação percebe-se facilmente no 1º contato com a coisa. E o de difícil constatação é aquele que somente com o uso reiterado do bem é que se poderá verificar o vício oculto.

Se for bem móvel, temos 30 dias para a fácil constatação. Sendo de difícil constatação, o prazo é de 180 dias. No caso dos imóveis, sendo de difícil ou de fácil constatação, o prazo é de 1 ano. O que muda é o início da contagem do tempo.

Conta-se a partir que sem contato com o imóvel. No de fácil constatação, eu conto da entrega das chaves e eu entro no imóvel, ou seja, o momento da ENTREGA EFETIVA, quando eu tive o 1º contato. No de difícil constatação, conta-se a partir do momento em que se toma conhecimento. Mesmo que seja após 5 anos. Ex.: A casa tem um problema estrutural, mas, as rachaduras foram disfarçadas com placas de gesso que caíram na sua cabeça depois. É caso de se vício redibitório sim.

Quem prevê essa situação é o art. 455 do CC.

O Enunciado do CJF, 174, segundo professor, é polêmico e ele não aplica, porque é confuso. Ele prefere o art. 455 do CC.

Mas, o enunciado 174 defende que o art. 455 fala, em seu § único, que o prazo é de 1 ano. Tanto faz se o vício é aparente ou oculto, ele tem que aparecer no prazo de 1 ano, e depois de constatado, a parte tem 1 ano para reclamar aquilo.

No caso do bem móvel, para o CJF, o defeito tem que aparecer em 180 dias. Tomando-se conhecimento desse vício, a parte teria então 30 dias para reclamar.

O professor discorda dessa posição doutrinária do CJF.

Obs.: Se o adquirente já estava na posse do bem (ex.: era locatário), os prazos de fácil constatação podem ser reduzidos pela metade. Ou seja, no caso do bem móvel, o prazo de 30 dias cai para 15 dias. E no caso do bem imóvel, o prazo de 1 ano cai para 6 meses.

Veja que tudo isso acima é para a relação civil.

Vejamos agora para o caso da relação de consumo.

Temos o Produto Durável e o Produto Não Durável. O prazo para eles será de o mesmo tanto faz se de fácil ou de difícil constatação. O que é bem durável?

R: Cuidado. A durabilidade não está atrelada ao vencimento do produto. Está ligado ao seu uso. Assim, o bem durável é aquele que permite reiterado uso.

Ex.: Papel Higiênico é um produto não durável, pois ao ser usado, ele foi consumido. Mesmo que a validade dele seja de 100 anos.

Produto não durável é aquele que, o seu uso, importa no consumo.

Ex.: a água (quando se bebe) – ninguém toma 2 vezes. Assim como o papel higiênico, ninguém pode usá-lo reiteradamente.

Produto durável – 90 dias. E não durável – 30 dias. E o momento em que se conta é no momento em que se toma conhecimento.

Obs.: Esses prazos servem para exercer direitos e não para ter direito a reclamar. Logo, são prazos decadentes, tanto faz se oriundos de relação civil ou de consumo. E numa ação, eles fazem parte do mérito (mesmo se fossem prescricionais)

EVICÇÃO:

É a perda de um bem, por força de uma decisão judicial, fundada em um motivo jurídico anterior que confere a outrem.

Ex.: “A” é credor de “B”, e este devedor, sabendo que “A” vai ajuizar uma ação de indenização contra ele, ele corre e aliena tudo. “A” tem que mover logo uma Ação Pauliana ou Revocatória para pedir a anulação do negócio jurídico baseado na fraude contra credores. O adquirente de B vai sofrer a evicção, por força de uma decisão judicial, ele vai perder o bem adquiridos através de B, porque este fez o negócio de forma maliciosa.

Na Evicção (vencido), nós temos o Evicto (foi quem perdeu o bem, que é o A), o Evictor (como ele tem um R, uma letra a mais, lembre-se que este tem algo a mais, que foi quem ganhou o bem, logo, o Evictor é o C) e o Alienante (pessoa que vendeu o bem = B).

Atenção: a Responsabilidade Civil pela evicção pode ser: num 1º momento, aumentada, porque em regra, pode ser pedido o valor dos bens, gastos com advogado, gastos com o contrato, atualização monetária, indenização pelos frutos que foi obrigado a devolver (art. 450 do CC).

Mas, essa indenização tem um limite, que não é oriunda da lei. Mas, Maria Helena Diniz defende que este valor está limitado em até o dobro do valor do bem.

E ainda, a Responsabilidade Civil pela evicção pode ser diminuída. Aqui, não há controvérsia. A polêmica está na EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE nestes casos. Ela pode até ser excluída, mas, uma vez que ela exista, no entanto, se o adquirente não sabia do risco da evicção ou não assumiu terá direito a indenização pelo valor do bem. Art. 499 do CC.

COMO É QUE NÃO SE ASSUME ISSO???????????

Quando ele assume, a outra parte tem que deixar bem claro no contrato que a evicção foi assumida.

Ex.: através de um abatimento no valor do contrato.

EXTINÇÃO DO CONTRATO:

Formas de Extinção:

1. *Pelo modo normal: pelo seu cumprimento*

2. *Por Fatos Anteriores: * Pela Invalidez Contratual (gerando um contrato nulo ou a anulabilidade do contrato). Ex.: por vício na formação do contrato./ * Pela Cláusula de Arrependimento (o contrato está extinto desde o início, e não por vício de forma, e sim, por vontade da parte).*

3. *Por Fatos Posteriores: pela Rescisão, Resolução ou pela Resilição.*

Cuidado: rescisão do contrato, segundo MHD é um gênero. Do qual a resolução e a resilição são as espécies. A Resolução está SEMPRE ligado à idéia de INADIMPLENTO (Ex.: uma cláusula que preveja o seguinte: se você não fizer tal coisa, haverá tal resultado. Isso é Cláusula Resolutiva Expressa). A Cláusula Resolutiva Tácita está presente em todos os contratos Sinalagmáticos, ou seja, onde ambas as partes possuem obrigações, e ela nada mais é do que a Cláusula de Exceção do Contrato Não Cumprido (Que pode ser 1. Exceptio Non Adimpleti Contractus ou ainda 2. Exceptio Non Rite Adimpleti Contractus). Rite = ritmo, forma. A 1ª é causa de descumprimento total da obrigação prevista no contrato. E na 2ª cláusula, é caso de descumprimento parcial do contrato, ou ainda, cumpriu de forma diversa ao contratado.

Resolução é diferente de Resilição. Aquela envolve o inadimplemento. Enquanto que a resilição envolve a vontade dos contratantes. Se a vontade for de ambos, a resolução é bilateral. Há aqui um distrato. E se for só de um deles, ou seja, unilateral, temos a renúncia (de uma procuração, por exemplo), revogação, (pegar na apostila do Pablo).

4. Pela Morte: mas não todos os contratos, mas apenas que envolvem relações patrimoniais. Ou melhor, aos Contratos Personalíssimos (Intuitu Personae). Estes sim são extintos pela morte. O nome dado a isso é a Cessação. (Dica do Professor: lembre do chocolate Sensação. Separe a palavra “morte” (mor) e acrescente o “ango” – morango.

27/11/07 – 18ª aula

A matéria de hoje serve para concurso estadual e federal.

DIREITOS REAIS:

Cuidaremos apenas da parte de posse e propriedade. As ações possessórias serão estudadas no módulo avançado.

CONCEITO: Os direitos reais traduzem um conjunto de normas e princípios reguladores das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem, segundo uma finalidade social.

Lembre-se que nos direitos das obrigações nós estudamos a relação pessoal entre devedor e credor. Já o direito das coisas ou direitos reais, regula a relação entre uma coisa e uma pessoa. Sabemos que nessa relação real, sob o olhar da filosofia, a pessoa é um sujeito indeterminado. Mas, para o Direito, tratamos da relação entre um homem (o sujeito) e uma coisa.

É preciso também que o estudo deste tema parta de uma principiologia constitucional, onde a propriedade deve cumprir a Função Social.

Pegue o quadro comparativo no material de apoio.

POSSE:

O Prof. comentou sobre o livro do Prof. Arruda Alvim sobre este tema.

Como explicar a posse? As teorias podem cuidar melhor disso. As 2 teorias fundamentais são:

1. **A Teoria Subjetivista (Savigny)**
2. **A Teoria Objetivista (Ihering)**

No Direito Comparado, lembra a prof. Mariana Santiago, são exemplos de países que adotaram a Teoria de Savigny: França, Portugal, Itália, Espanha e Argentina. (Citar direito comparado faz diferença na prova).

Adotaram a Teoria de Ihering: a Alemanha, a China, o México e o Peru.

Na apostila há um resumo sobre cada uma das teorias. Mas, é preciso compreender agora:

SAVIGNY:

Ele escreveu o Tratado da Posse em 1903, aos 24 anos de idade. Segundo ele, a posse resultaria da conjugação de 2 elementos, ou requisitos: o CORPUS (a apreensão da coisa, o poder material sobre a coisa, o poder de disposição) e o ANIMUS (a intenção de ter a coisa para si). Somente com a conjugação de ambos haveria a posse.

IHERING:

Mas, Ihering surgiu e criou uma polêmica sobre a teoria do Savigny, na Teoria Simplificada da Posse. Para ele, a posse não se decompõe em 2 elementos.

Ex.: O fazendeiro que deixou seus instrumentos na lavoura e foi fazer compras. Ele saiu do campo de poder material de seus bens. Ele deixou de ser dono então?

Ex.: Seria então o locatário o proprietário da imóvel?

Ihering passou a defender, então, que a posse é a exteriorização de ser dono da coisa. Não se discute aqui o domínio. Basta atuar objetivamente naquele bem como se fosse proprietário, imprimindo destinação econômica sobre a coisa.

Assim, segundo Savigny, a posse resultaria da conjugação do “corpus” (poder material sobre a coisa) e do “animus” (a intenção de ter a coisa como sua). Tal teoria era falha, ao não explicar, por exemplo, a posse indireta de um locatário. Por isso, opunha-se a Savigny, o pensamento de Ihering, para quem seria desnecessária a decomposição da posse nesses 2 elementos (corpus + animus). Assim, para a corrente objetivista, possuidor seria a pessoa que exercesse de fato poderes de proprietário, imprimindo destinação econômica à coisa.

Para compreender bem a posse, é preciso esquecer a propriedade. A posse traduz uma aparência de domínio, mas pode ser que o possuidor não seja proprietário.

O proprietário exerce poder econômico sobre o bem.

O possuidor exerce o poder de fruição sobre o bem, como o uso por exemplo.

QUAL A TEORIA ADOTADA PELO NCC/2002?

R: Foi a **Teoria Objetivista de Ihering** (art. 1196 do CC). A matéria de Reais deve ser estudada pelo CC simplesmente. Ela é toda positivada.

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Atenção! Apesar do NCC sofrer predominantemente a influência da Teoria de Ihering, o NCC sofreu também a incidência do **Princípio Constitucional da Função Social**. É isso que o legislador quer ler na sua prova. Não basta dizer que foi só a teoria de Ihering. Porque é preciso sempre expor um olhar constitucional sobre os institutos. Isto quer dizer que a teoria de Ihering sofreu uma adaptação constitucional.

E ainda, em alguns pontos do CC observa-se a influência da Teoria de Savigny.

Ex.: Usucapião. Aqui se analisa o “animus domini”, que é uma influência de Savigny.

QUESTÕES ESPECIAIS DE CONCURSO:

1. O que é **fâmulo da posse**?

R: Fâmulo é servo. É aquela pessoa que conserva a posse em nome de outrem. É o detentor. O detentor não é possuidor, ele tem apenas o animus de detenção (detinenti???)

Ex.: o bibliotecário, o motorista particular, o manobrista, ...

É a pessoa que segue instruções. (art. 1198 do CC)

Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.

2. O que é **patrimônio de afetação**?

R: O patrimônio de afetação, consagrado na lei 10.931/04, foi criado para instituir uma garantia maior nos empreendimentos imobiliários. Assim, para cada obra realizada, um patrimônio é afetado para garantir a sua concretização.

3. O que é **auto-tutela da posse**?

R: Trata-se de um meio legítimo de auto-defesa, regulado no § único do art. 1.210, e que se opera mediante legítima defesa ou desforço incontinenti.

Dos Efeitos da Posse

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Ex.: se alguém invade a sua casa, você pode, com moderação, retirá-la. É preciso usar arma? Isso é muito delicado, porque pode ser ameaça, ou não. A resposta tem que ser à altura da ameaça.

4. O que é **constituto possessório**?

R: Trata-se da operação jurídica que altera a titularidade da posse, de maneira que aquele que possuía em seu próprio nome passa a possuir em nome de outrem.

Ex.: Eu possuía uma casa, que estava em meu nome. Eu vendo, mas continuo como locatário.

5. Que nome se dá à situação inversa ao **constituto possessório**?

Ou seja, aquele que possuía em nome de outrem passa a possuir em nome próprio.

R: É o Traditio Brevi Manu.

O Traditio Longa Manu é uma forma de tradição simbólica, ficou no passado. Eu não estou entregando efetivamente uma coisa, eu apenas aponto um bem e digo que dou ele a alguém, e isso fera efeitos.

CLASSIFICAÇÃO DA POSSE:

Veremos aqui apenas as principais.

1ª) Quanto ao **EXERCÍCIO** de gozo:

A posse pode ser exercida de forma direta ou indireta. (art. 1197 do CC)

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

A posse direta é aquela onde o possuidor exerce um poder material imediato sobre a coisa.

Ex.: o locatário, pois está em contato imediato sobre a coisa.

E o locador exerce o poder de proprietário quando aluga, e fluindo do poder desse aluguel. Ele é possuidor indireto, ele tem poder de fato, mas não detém poder material imediato, e sim mediato.

Quando 2 ou mais pessoas exercem a posse sobre a mesma coisa há COMPOSSE. (art. 1159 do CC)

Art. 1.159. A sociedade cooperativa funciona sob denominação integrada pelo vocábulo "cooperativa".

2ª) Quanto ao **TEMPO**:

A posse pode ser POSSE NOVA ou POSSE VELHA. A posse é nova quando tem menos de ano e dia. E a posse é velha quando tem mais de ano e dia. É importante saber esses prazos por conta do cabimento de liminar. Porque ela só cabe se a posse for inferior a um ano e dia. Pega-se a data de hoje e conta um ano e dia para trás.

3ª) Quanto ao **ELEMENTO SUBJETIVO**:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.

A posse pode ser POSSE DE BOA-FÉ ou POSSE DE MÁ-FÉ (arts. 1201 a 1203 do CC). Ou seja, o possuidor de boa-fé ignora o vício que inquina a sua posse (havendo justo título, há presunção de boa-fé). Já o possuidor de má-fé conhece o vício que macula a sua posse. O possuidor de boa-fé se torna possuidor de má-fé quando é citado.

Obs.: O justo título é em tese um título hábil que confere boa-fé. Mesmo que seja um pedaço de papel de caderno, se ficar provada a boa-fé, é possível, sem os requisitos que a lei exige, que aquele ato corporificado firme um justo motivo que configure a boa-fé.

Porque os enunciados 302 e 303 da 4ª Jornada de Direito Civil, corretamente, a luz do princípio da socialidade, entende ser desnecessário o aspecto formal do instrumento para firmar o título da boa-fé.

4ª) Quanto à **NATUREZA** da posse:

A posse pode ser justa ou injusta (art. 1200 do CC).

Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

Obs.: posse de boa-fé ou de má-fé é um critério subjetivo. Não tem nada a ver com a posse justa ou injusta, que é um critério objetivo.

A posse é injusta quando ela for violenta, precária ou clandestina.

Posse precária é um balaio de gato. Ela arrebenta em um concurso. Porque o CC não a regulou direito.

Ex.: quando uma pessoa invade uma fazenda, com jagunços, é posse violenta.

Ex.: quando uma pessoa invade sorrateiramente uma fazenda e fica lá escondida. É posse clandestina.

ENQUANTO HÁ VIOLÊNCIA OU CLANDESTINIDADE, NÃO HÁ POSSE.

Ex.: o proprietário está todos os dias fazendo vistoria na fazenda, e o invasor fica tentando entrar todos os dias.

Se depois de dias o invasor efetivamente entram neste imóvel, há posse injusta pela violência. Isto porque a violência acabou e ele entrou efetivamente. Ou, o caso de posse injusta pela clandestinidade ou pela precariedade.

E ainda, passado o prazo de ano e dia, a posse não se tornou justa não! Isso é uma aberração! O que muda é que antes de ano e dia há direito à liminar. Depois de ano e dia, ele perde apenas o direito à liminar, mas continua podendo entrar com ação possessória ou reivindicatória, porque ele tem título para isso. Só não pode mover ação reivindicatória após o prazo de usucapião.

O que é posse precária? E o que é precariedade da posse?

R: A precariedade da posse é um vício, uma mácula. Quem definiu bem este tema foi Clóvis Beviláqua. Ele é claro e objetivo. Ele diz que a posse precária é perfeitamente possível. Ele disse que "a concessão da posse precária é perfeitamente lícita". Ela é uma posse "por favor", é o exemplo da posse do comodatário. Ex.: eu empresto o meu apartamento para o meu aluno durante o carnaval de Salvador. É posse precária. E essa posse é lícita. É de favor, eu posso notificar você a qualquer tempo e pedir o apartamento de volta. Mas, em que momento surge a precariedade como vício da posse?

R: A precariedade a título de favor pode ficar 20, 30 anos... mas a precariedade como vício vai surgir no momento em que o possuidor a título precário é chamado a devolver o bem e não o faz, afrontando o proprietário. A posse passa a ser injusta. Quando ele resiste, nasce neste momento a precariedade vício, e inclusive, começa a contar o prazo para usucapião. A posse é injusta a partir dali. Essa mudança da posse justa para a posse injusta a doutrina chama de INTERVERSÃO DA POSSE, que traduz a situação em que ocorre uma transformação no título da posse, como se dá na hipótese em que o possuidor precário resiste à restituição da coisa atuando como se fosse dono.

Não é porque o titular do bem morreu que o possuidor se tornou dono pelo usucapião. Ele pode continuar na posse da coisa durante anos, mas desde que seja por favor.

É possível usucapir objeto fruto de crime?

É possível juridicamente a posse de direitos?

R: Segundo Rui Barbosa, quando não havia mandado de segurança, era muito forte no Direito a Posse de Direitos. Pontes de Miranda criticava esta idéia. Mas, a doutrina da época sustentava este instituto para justificar a ação possessória (ex.: para garantir um direito a matrícula em uma escola).

No direito comparado, diversos sistemas admitem a posse de bens incorpóreos (direitos). Ex.: O art. 1794 do Código Civil do México. Assim como o art. 715 do Código Civil do Chile, bem como o artigo 437 do Código Civil Espanhol. Mas, outros sistemas são contrários a isso, como o Código Civil Alemão (§ 90), bem como da Austria.

O prof. Arruda Alvim sustenta, porém, que a posse só existe sobre coisas corpóreas.

O Código da Grécia nos dá a mesma idéia. A posse só existe sobre coisas tangíveis.

No entanto, em caráter excepcional, para justificar determinadas tutelas, admite-se a posse de direitos.

E o direito autoral, não seria um exemplo de posse sobre coisas incorpóreas?

R: O Prof. Arruda Alvim justifica que esta posse é uma peculiaridade, que não tem nada a ver com a raiz de nascimento da posse do direito civil.

No entanto, a posse de direitos é admitida em caráter excepcional.

Ex.: O Usucapião de linha telefônica – neste caso, você tem posse sobre um direito. Súmula 193 do STJ.

Súmula: 193

O DIREITO DE USO DE LINHA TELEFONICA PODE SER ADQUIRIDO POR USUCAPIÃO.

EFEITOS DA POSSE:

Astúbal Resende elencou dezenas de efeitos.

1. Quanto à percepção dos frutos e produtos;
2. Quanto à responsabilidade pela perda ou deteriorização da coisa;
3. Quanto à indenização pelas benfeitorias realizadas.

A posse não apresenta tanta dificuldade teórica, o problema está na prática.

A posse é um direito real?

R: Esta pergunta é polêmica. Mas, o professor é convicto de que Ihering dizia que a posse é um direito. Savigny dizia que a posse tinha uma natureza híbrida, que ela seria um fato na sua essência e um direito quanto aos seus efeitos. O Prof. segue a doutrina de Marcel Planiol, que dizia que a POSSE É UMA SITUAÇÃO DE FATO, é como a vida, que o Direito tutela. Não é um direito real. Ela é uma situação fática regulada pelo direito, cujas conseqüências geram direitos.

Todos sabem que uma das características do direito real é a tipicidade. Pois, no art. 1225 estão elencados quais são os direitos reais.

TÍTULO II

Dos Direitos Reais

CAPÍTULO ÚNICO

Disposições Gerais

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

QUAL A DIFERENÇA ENTRE FRUTO E PRODUTOS?

R: Fruto é uma utilidade renovável que a coisa principal periodicamente produz e cuja percepção não diminui a sua substancia; Já os produtos são utilidades não renováveis, cuja percepção, portanto, diminui a substancia da coisa principal.

Ex.: Eu percebo laranjas na minha fazenda, isso é um fruto, ela é renovável. O bezerro é fruto cuja coisa principal periodicamente produz (a vaca).

Já o carvão é um produto, porque ele um dia se esgota. Assim como o petróleo...

Mas, digamos que o possuidor é citado a devolver o imóvel que lhe foi emprestado, o fruto que ele ia colher e não colheu, ele tem

direito? São os frutos percipiendo.
Veja o art. 1214 do CC

**Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.
Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.**

Os frutos que ainda estão no pé ficam lá, que são os frutos pendentes. Mas, ele tem direito a ser indenizado pelas despesas que ele teve. E aqueles frutos que estão armazenados lá na casinha da fazenda, você tem que devolver, mas terá direito a ser indenizado pelas despesas. Porque não se admite o enriquecimento sem causa.

Pelo art. 1215 do CC, os frutos manufaturados são aqueles que são produzidos por uma fábrica periodicamente. Já os frutos civis são percebidos dia a dia, reputam-se colhidos dia a dia (ex.: juros, aluguel). Digamos que o oficial cite o possuidor e a partir desta citação, que inquina a posse justa dele, passa a ser injusta, tornando-o de má-fé. E lembre-se que só tem direito aquele que tem posse de boa-fé. Não havendo boa-fé, diz o artigo 1216 que ele responderá todos os frutos colhidos bem como aqueles que, por sua culpa, deixaram de receber (frutos percipiendos). Assim, ele tem que devolver o fruto colhido, pendente, e o percipiendo.

Digamos agora que o possuidor tivesse que devolver um imóvel que não tinha frutos, mas produtos. Como se resolve esta questão?

Este possuidor de boa-fé teria o direito de não devolver os produtos e retê-los ou teria o proprietário do bem direito todos os produtos percebidos até então?

Em caso de percepção de produtos, não sendo o CC explícito, como o fez para os frutos, duas correntes doutrinárias desenvolveram-se. A 1ª mencionada em Arnaldo Wald, com base no art. 1232, afirma que o possuidor deve restituir os produtos ao legítimo proprietário.

Art. 1.232. Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem.

No que tange aos frutos, há normas especiais protegendo o possuidor de boa-fé, mas quanto aos produtos, o CC não é explícito quanto a isso.

Mas, você acha justo que uma pessoa que teve um bem, durante 3 anos, comprovada a sua boa-fé (mesmo sem saber, por exemplo, que aquele bem está maculado de vício a sua posse), que devolva os produtos ao proprietário?

Segundo Arnaldo Wald, sim.

Mas, a 2ª corrente, construída por Clóvis Beviláqua, no seu livro Direito das Coisas, sustenta que no caso dos produtos, o possuidor de boa-fé pode aplicar por analogia as normas especiais referentes aos frutos.

Nesta linha de raciocínio, o possuidor de boa-fé terá direito a ter consigo e não devolver nada os produtos que retirou enquanto tinha boa-fé.

Responsabilidade pela Perda ou Deteriorização da Coisa

Art. 1217 e 1218 do CC.

Ex.: o possuidor ficou com a fazenda durante 3 anos, e lá fez queimada para constituir um terreno próprio para pasto. Quando o real proprietário pede o imóvel de volta, o que ele faz?

O art. 1217 responde: o possuidor de boa-fé só responde por aquilo que der causa. Carlos Roberto Gonçalves, Washington de Barros Monteiro, Arnold Wald trataram da matéria, e nessa linha a maior parte da doutrina sustenta que “dar causa” à perda ou deteriorização da coisa, significa atuar com dolo ou culpa.

Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.

A contrário senso, pelo art. 1217, o possuidor de boa-fé só responde quando der causa. Já o art. 1218 diz que o possuidor de má-fé responde pela perda ou pela deteriorização da coisa, quer tenha atuado com dolo, ou culpa, e mesmo acidental. A não ser que ele prova que esse dano também ocorreria mesmo que já estivesse na posse direta do proprietário.

Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

DIREITO À INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS REALIZADAS:

Este é o 3º efeito mais comum da posse.

Para resolver esta questão, é preciso saber se o possuidor está ou não de boa-fé.

Veja os artigos 1219 e seguintes:

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

Benfeitoria é um conceito técnico. Não é tudo que se imagina. Digamos que uma pessoa está como possuidora parcial de um imóvel, e faça obra nela. Nem tudo é benfeitoria, pode ser acessão. Cuidado!

Ex.: Genro que fez uma laje na casa da sogra – é acessão.

Benfeitoria é toda obra realizada pelo homem na estrutura de uma coisa, com propósito de conservá-la, melhorá-la, ou proporcionar prazer. Atenção, toda benfeitoria é artificial, é feita pelo homem. Não existe benfeitoria natural, feita pela natureza.

Então, digamos que o possuidor tem um título justo, realizou benfeitorias, e quando citada a devolver o bem, terá direito a ser indenizada pelas benfeitorias realizadas?

R: Art. 1219. O possuidor de boa-fé tem direito a ser indenizado pelas benfeitorias necessárias e as úteis realizadas sobre a coisa principal. Enquanto ele, de boa-fé, não for pago ou indenizado pelo proprietário, ele terá direito à retenção. Quanto às benfeitorias voluptuárias, se elas não lhe foram pagas, o possuidor de boa-fé tem o direito de removê-la SE NÃO DANIFICAR O BEM PRINCIPAL. Se danificar, tem que deixar a benfeitoria lá.

Ex.: possuidor que manda talhar a figura de uma bela mulher numa parede de pedra nos fundos da casa.

Cuidado com o art. 1220. Ele prevê a situação do possuidor de má-fé. Ele só tem direito às benfeitorias necessárias (“somente”) e pelas vias ordinárias.

Obs.: Mas, cuidado com o art. 1219, porque no caso de ser locatário, o contrato de locação confere tratamento diferente. O art. 35 da lei do inquilinato sustenta que o contrato pode dispor em sentido diverso do que diz a lei. E, em geral, contrato de locação acaba com o locatário.

PROPRIEDADE:

Trata-se de um direito real complexo, definido no art. 1228 do CC e compreensivo das faculdades reais de USAR, GOZAR e FRUIR, DISPOR e REIVINDICAR COISA, segundo uma finalidade social.

Entendendo a anatomia do direito real, fica fácil compreender a propriedade.

A propriedade é um direito formado por um conjunto de poderes: usar, gozar, dispor e reivindicar. Quando se reúne todos esses poderes, há PROPRIEDADE PLENA. Se for retirada duas faculdades (poderes) como o uso e a fruição, nasce o usufruto, constitui um novo direito real, e quando o usufrutuário morrer, aqueles poderes voltam para o proprietário originário.

CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE:

1º) É um direito COMPLEXO (porque possui vários poderes).

2º) A Propriedade é um direito ABSOLUTO (toda a doutrina defende isso, porque ela tem oponibilidade erga omnes, e não porque você pode fazer nela tudo o que você quiser, porque não pode).

3º) Ela é PERPÉTUA, porque ela pode ser transmitida inúmeras vezes. E ela não se extingue pelo seu não uso. E a usucapião? R: Isso é uma situação contrária à posse. Mas, digamos que se feche a porta de casa e viagem por 5 meses...não vai perder a propriedade por isso.

4º) Ela é EXCLUSIVA. O condomínio excepciona esse caráter da exclusividade, é o que a doutrina aponta até agora.

5º) Ela possui ELASTICIDADE. Ela é elástica porque as suas faculdades podem ser destacadas sem prejuízo a sua substância.

[MATERIAL DE APOIO/AULA 17.pdf](#)

19ª AULA – 06/12/07

“Não se deve pedir a Deus fardos mais leves, mas ombros mais fortes.”

Por mais que façamos a nossa parte, se não houver uma conjuntura divina, o nosso êxito nunca acontecerá.

PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE:

Foi consagrado por um jurista chamado Leon Duguit. Este princípio encontrava-se em estágio embrionário no art. 544 do Código da França. Porque a idéia que nos dá é que a propriedade não é absoluta, mas sim, realiza a função social de quem detém a riqueza.

Mas, o professor falou em outra aula que a propriedade é absoluta, mas não se pode fazer dela o que bem quiser. O que se quer dizer ao se afirmar que ela é absoluta é que ela é oponível erga omnes.

Ao impor limites à propriedade, este princípio pode ser, então, analisado num aspecto ativo ou passivo. Passivo porque o proprietário, ao exercer a propriedade, não pode realizar determinados atos. Ex.: você não pode realizar atos na sua propriedade que agridam a saúde, ou a segurança de outrem.

Mas, a função social vai mais além do aspecto passivo, que é o aspecto ativo. Este é um tema desconhecido ainda. Isto significa que a função social da propriedade impõe ao proprietário determinados comportamentos.

Ex.: quem é dono de uma fazenda deve explorá-la economicamente, desde que respeitando o meio ambiente, os direitos do consumidor,

...

A função social da propriedade é contemplada no art. 5º, XXIII da CF/88.

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

A sede do princípio da função social é este artigo acima.

Mas, o CC consagra a propriedade no art. 1.228 e também, no §1º, faz menção a este princípio.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Um aspecto fundamental da função social da propriedade (isso pode cair na prova discursiva ou oral), é que além dele ter sido consagrado por um jurista chamado Leon Duguit, ele nos dá a idéia que a propriedade não é absoluta, mas sim, realiza a função social de quem detém a riqueza.

O Princípio da Função Social da Propriedade integra o conceito de propriedade ou ele funciona delimitando-a?

R: A visão hoje é que este princípio é um elemento exterior delimitativo. Porque, veja que no art. 5º da CF/88 já nos fundamenta essa resposta. No dizer do grande Pietro Perlingieri, a função social justifica a propriedade. Porque se fosse parte integrante dela, no dia que se deixasse de exercer essa função, a propriedade deixaria de existir. E, no entanto, a resposta é outra, pois a propriedade sempre existirá, mas será desvinculada da função social.

Obs.: Os atos emulativos, ou seja, os atos abusivos do proprietário, por desrespeitarem a função social, são expressamente proibidos, nos termos do §2º do art. 1.228 do CC (influenciado pelo art. 833 do Código Italiano).

Lembre-se que no art. 187 DA PARTE GERAL DO CC que fala do abuso de direito, se refere a um titular de um direito que se excede. Este artigo não exigiu a prova da intenção de prejudicar terceiro, e fez muito bem o legislador, pois seria um tormento para o prejudicado ter que provar a intenção de causar prejuízo daquele se excede.

Assim, quando o art. 1.228 do CC, no §2º fala do abuso de direito na parte especial, o legislador pisou na bola, por influência do Código Italiano (muito embora este código tenha evoluído).

Ex.: Barulho do vizinho de cima: vá ao JEC, com uma ação cominatória, mas desde que você prove que seu vizinho tenha a intenção de te prejudicar. Tudo por causa da redação mal feita do art. 1.228, §2º do CC. O certo seria a diretriz do art. 187 do CC, porém este artigo é da parte geral, e a parte especial não foi regulada com o mesmo brilhantismo do art. 187 do CC.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Nos direitos reais, nós temos uma parte dedicada ao conflito dos vizinhos.

DIREITOS DE VIZINHANÇA:

Lembre-se: Não há um aluno que esgote todo o edital. É mentira! Quem passa e fala isso está mentindo (e ele já foi delegado e hoje é juiz na Bahia). Vários pontos do edital BASTA LER A LEI.

Vá ao Material de Apoio para estudar este tema. Se você quiser se aprofundar mais, vá ao livro de San Tiago Dantas – Direito de Vizinhança. Mas, só se tiver tempo, ou quiser fazer uma ação, ou dar aulas, porque para concurso não precisa. E tem ainda um livro cujo autor é Luciano Fachin. Ele fala em um capítulo só sobre este direito.

Este assunto reúne 3 temas, mas não deixe de ler o material de apoio.

CONCEITO: Os Direitos de Vizinhança traduzem um conjunto de regras que visa à disciplinar a convivência harmônica entre vizinhos.

É importante que também se diga que a Natureza Jurídica do direito de vizinhança é uma **OBRIGAÇÃO PROPTER REM**, ou seja, é aquela obrigação que se vincula ao imóvel. Não importa quem seja o dono do imóvel, pois esta obrigação acompanha a coisa e não a pessoa que nela habita.

Os 3 direitos mais importantes dos Direitos de Vizinhança estão no material de apoio. Tipo: uso normal da propriedade, passagem forçada, águas, limites, árvores que avançam...

O mais importante de todos é o uso anormal da propriedade, regulado a partir do art. 1277 do CC.

O 2º direito é o da Passagem Forçada. (art. 1.285 e seguintes do CC).

E o 3º direito que é fantástico é o Direito de Construir (art. 1.299 do CC).

1. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE:

O uso anormal da propriedade é o uso em desconformidade com a sua finalidade social. E este uso anormal deve ser coibido.

Do Uso Anormal da Propriedade

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Do Direito de Construir

Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

Art. 1.300. O proprietário construirá de maneira que o seu prédio não despeje águas, diretamente, sobre o prédio vizinho.

Ex.: o vizinho não pode construir de maneira que a sua calha despeje água no terreno do vizinho.

E ainda: no art. 1301 proíbe que se construa varanda, terraço, janela, sacada, ...a menos de 1 metro e meio da linha divisória que corta o seu terreno até o terreno vizinho. Na zona rural, as construções devem respeitar o limite de 3 metros. E na zona urbana, a distância mínima é de 1,5 m. A razão desta norma é impedir que o seu vizinho viole a privacidade do outro.

E se não for janela, e for um basculante, ou "óculos", para passagem de luz ou de vento, eu posso construir a menos de 1,5 m?

R: Sim, desde que meça 10 x 20 cm, e que seja a 2 m de altura do piso.

OBS.: Questão especial de concurso que deve cair: A distância mínima de 1,5 metro deve também ser observada no caso de visão oblíqua?

R: Quando o CC exige uma distância mínima de 1,5, ele está se referindo aos casos de janela, ou varanda, ..., que tenham VISÃO FRONTAL. E no caso de se ter uma clarabóia, ou qualquer janela aberta de forma oblíqua, também sofre este limite?

A Súmula 414 do STF não distinguia visão direta da visão oblíqua, mantendo a mesma limitação. Mas, esta súmula, sob a nossa ótica atual, perdeu a eficácia. Porque hoje, não se deve mais levar em conta a súmula, e sim o art. 1301, §1º do CC.

Súmula nº 414

NÃO SE DISTINGUE A VISÃO DIRETA DA OBLÍQUA NA PROIBIÇÃO DE ABRIR JANELA, OU FAZER TERRAÇO, EIRADO, OU VARANDA, A MENOS DE METRO E MEIO DO PRÉDIO DE OUTREM. Esta súmula encontra-se hoje (Dez/2007) sem efeito por causa do atual CC, no artigo 1.301, §1º.

Art. 1.301. É defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho.

§ 1º As janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros.

§ 2º As disposições deste artigo não abrangem as aberturas para luz ou ventilação, não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso.

Neste caso, a abertura oblíqua pode ser feita a 0,75 m.

E se o seu vizinho descumprir esta norma, você pode embargar a obra por meio da Ação de Nunciação de Obra Nova. Mas, se a obra já foi concluída, você pode ingressar com uma Ação Demolitória, no prazo de ano e dia, nos termos do art. 1302 do CC. Ver também o RESP 311507 de Alagoas.

Art. 1.302. O proprietário pode, no lapso de ano e dia após a conclusão da obra, exigir que se desfaça janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio; escoado o prazo, não poderá, por sua vez, edificar sem atender ao disposto no artigo antecedente, nem impedir, ou dificultar, o escoamento das águas da goteira, com prejuízo para o prédio vizinho.

Parágrafo único. Em se tratando de vãos, ou aberturas para luz, seja qual for a quantidade, altura e disposição, o vizinho poderá, a todo tempo, levantar a sua edificação, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade.

Assim, se o seu vizinho faz a obra, e você nada faz, nem move ação de nunciação de obra nova e tampouco a de demolição, basta subir o seu muro. E não há problema quanto a diminuição de claridade ou de visão que você vai criar para o seu vizinho, porque não existe a figura bizarra de "usucapião de vista".

O STF, na Súmula 120, informa que as janelas com vidros opacos ou translúcidos podem ser abertos a menos de 1,5 m, porque ela não devassa a intimidade do seu vizinho.

SÚMULA Nº 120

PAREDE DE TIJOLOS DE VIDRO TRANSLÚCIDO PODE SER LEVANTADA A MENOS DE METRO E MEIO DO PRÉDIO VIZINHO, NÃO IMPORTANDO SERVIDÃO SOBRE ELE.

Obs.: Direito de Arena: um sujeito estava com "cc" na torcida do Corinthians e foi clicado pela Emissora Globo. Ele não tem direito a indenização alguma.

MODOS DE PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA:
Ver o art. 1275 e 1276 do CC. Ler em casa com os enunciados da JDC.

MODOS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA:

1º modo de aquisição da propriedade imobiliária:

USUCAPIÃO

Diz-se O usucapião ou A usucapião?

R: Ela admite essa dúvida, porque Caldas Aulete emprega o artigo masculino, e o Buarque de Holanda usa no feminino. O CC emprega no feminino.

A Usucapião é um modo de aquisição de propriedade. No módulo avançado, estudaremos outras formas de aquisição de direitos que não só a propriedade, adquiridos por meio da usucapião.

Veremos hoje a usucapião da propriedade IMOBILIÁRIA.

Quanto a sua Natureza Jurídica, a usucapião é uma forma de aquisição primitiva da propriedade.

Quanto ao Conceito: A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, por meio do exercício da posse mansa e pacífica, contínua, por determinado tempo previsto em lei.

No campo processual já houve muita discussão quanto à natureza jurídica da sentença de usucapião. Já houve muita polêmica, mas hoje é forte o sentido de que a natureza jurídica da sentença de usucapião é DECLARATÓRIA.

E ainda, o usucapião pode ser manejado como forma de defesa (Súmula 237 do STF).

SÚMULA Nº 237

O USUCAPIÃO PODE SER ARGÜÍDO EM DEFESA.

Isto quer dizer que o imóvel onde você tem posse mansa, pacífica e de boa-fé, que esteja sob judice, ou melhor, que esteja sendo objeto de disputa entre outras pessoas, apesar da sua ocupação há muito tempo, pode ter como defesa a tese da usucapião.

O art. 1243 do CC permite a SOMA DE POSSES, isso se chama “**Acessio Possessiones**”.

Ex.: O seu pai já tinha 7 anos de posse e faleceu. O filho continua na posse por mais 6 anos. Os anos se somam.

Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

Usucapião e Crime: uma coisa obtida criminosamente pode ser usucapida?

Ex.: Um carro roubado, furtado, contrabandeado...

O Saudoso Raul Chaves, doutrinador baiano, escreveu um livro sobre isso.

Os exemplos que o professor vai dar são de bens móveis: se um amigo seu fica há mais de 5 anos com um livro seu, ele usucapiu.

Mas, em caso de objeto fruto de crime, é possível usucapir?

R: Já há julgados sobre esta questão: o RESP 247345 de MG e a Apelação Cível 190012799 do TJRS. A doutrina brasileira e a jurisprudência têm admitido a usucapião EXTRAORDINÁRIO de bem fruto de crime. Porque a usucapião tem por natureza a aquisição originária, e por isso, tanto faz se a usucapião foi fruto de boa-fé ou má-fé, basta que se exerça a posse sobre o bem por determinado tempo. Porém, o direito (de usucapião) dele só será exercido quando a ação penal for extinta. Enquanto ela estiver em curso, o ladrão não tem direito algum sobre este bem. (O TEMPO COMEÇA A CORRER DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO?)

Veja José Carlos Moraes Sales para entender bem a usucapião.

REQUISITOS DA USUCAPIÃO: (dentro da propriedade)

1. COISA SUSCETÍVEL DE SER USUCAPIDA:

Bens públicos, por exemplo, não podem ser usucapidos. Pode ser que alguém até exerça posse, mas usucapir, não.

Obs.: Um herdeiro pode usucapir um bem do espólio? Sim, desde que preenchidos os requisitos do usucapião.

2. POSSE MANSA E PACÍFICA, CONTÍNUA E COM ÂNIMUS DOMINI:

Aqui, há grande influência de Savigny. Este requisito se exige porque a usucapião se dá por este meio.

3. O TEMPO:

PRINCIPAIS MODALIDADES DE USUCAPIÃO:

(dentro da aquisição da propriedade imobiliária)

1. O USUCAPIÃO INDÍGENA:

Está previsto no art. 33 do Estatuto do Índio, e tem prazo prescricional de 10 anos.

Obs.: Ver matéria do Daniel Sarmento quanto aos Quilombolas. (Lei 6001/73)

[..LEGISLAÇÃO\Lei 6001-73.pdf](#)

2. O USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL:

Existem 2 formas especiais de usucapião constitucional:

1º: o art. 183 da CF/88 – a usucapião constitucional urbano. (250 m² + 5 anos)

2º: o art. 191 da CF/88 – a usucapião constitucional rural. (50 hectares+ 50 anos)

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

estado civil. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em **zona rural, não superior a cinquenta hectares**, tornando-a produtiva por seu **trabalho ou de sua família**, tendo nela sua **moradia**, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Esses 2 artigos foram repetidos no CC, nos art. 1.239 e 1.240. Tanto o imóvel urbano (250 m²) quando o rural têm um limite (50 hectares).

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

O STF, ao analisar o Usucapião Constitucional Urbano, julgando o RE 305416, em voto do Min. Marco Aurélio, admitiu o usucapião urbano de apartamento! É que geralmente, ao se falar em usucapião urbano, pensa-se em um terreno, um casinha construída...mas, é possível usucapião urbano de apartamento também!

No CC, temos modalidades típicas de usucapião estudados desde a faculdade:

3. A USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO REGULADO NO CC (ART. 1238):

É a modalidade mais radical de usucapião, porque independe de justo título e de boa-fé. E o prazo ainda foi reduzido no NCC. É mais rápido usucapir.

Da Usucapião

Art. 1.238. Aquele que, por **quinze anos**, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo **reduzir-se-á a dez anos** se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Prazo do usucapião extraordinário: 15 anos.

Mas, pelo § único, este prazo de 15 anos cairá para 10 anos, se o possuidor exercer nele a chamada Posse –Trabalho (realizou obra, está ali morando, trabalhando...)

4. A USUCAPIÃO ORDINÁRIO (art. 1242 do CC)

É aquela onde o possuidor detém sobre bem um justo título e boa-fé.

Ex.: Digamos que você tenha uma fazenda dada por um tio por herança. E tem o formal de partilha, que é o seu título de boa-fé. E não sabe que esse formal tem um vício. Mesmo que ele apareça depois com esse vício, como você estava ali há mais de 10 anos com boa-fé, você o usucapiu.

Obs.: se a posse envolver trabalho e moradia, o tempo de 10 anos pode se reduzir para 5 anos. Veja isso!

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

O CONDÔMINO PODE USUCAPIR ÁREA COMUM DE CONDOMÍNIO?

R: A posição majoritária segundo JCMS é no sentido de que o condômino pode sim usucapir área comum de condomínio, e tem relação com a “supressio”.

A PROMESSA DE COMPRA E VENDA VALE COMO JUSTO TÍTULO COMO USUCAPIÃO ORDINÁRIO?

R: A jurisprudência aqui é uniforme. Vale sim. RSTJ 88/101.

5. A USUCAPIÃO COLETIVO:

O tema que veremos agora é muito polêmico: o Usucapião Coletivo dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do CC.

Da Propriedade

CAPÍTULO I

Da Propriedade em Geral

Seção I

Disposições Preliminares

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. (cuida da desapropriação)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área (conceito aberto), na posse ininterrupta e de boa-fé (porque a área não estava exercendo sua função social), por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas (conceito aberto), e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social (conceito aberto) e econômico relevante. Veja o art. 10º do Estatuto da Cidade que instituiu o Usucapião Coletivo Urbano.

O art. 1.228, §4º do CC trata do usucapião coletivo urbano. Tudo ia bem, se não fosse o § 5º seguinte:

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização (quem pagará ao proprietário para que este perca o domínio???) A lei não diz, e ficou trancada por falta de eficácia – Norma de Trancamento Eficacial) devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Há doutrinadores que entendem serem estes §§ um caso de desapropriação. Mas, não é. É caso mesmo de usucapião coletivo. Isso é muito comum nos casos de invasão de terras feitas pelas pessoas do MST.

Obs.: Na audiência de justificativa de liminar, num processo de reintegração de posse, a lei não permite que o réu se manifeste, mas o professor, como magistrado, permite que o réu fale sim. E sugere que nós façamos o mesmo quando juízes.

Quanto ao pagamento do §5º do artigo acima, os Enunciados 84 e 308 dizem que a posição hoje é no sentido de que o pagamento deve ser feito pelos possuidores da área ou, caso sejam pessoas de baixa renda, o pagamento será feita pela Administração Pública.

O professor é muito crítico a estes enunciados. Porque não há lei ou qualquer norma que permita que este pagamento seja feito pela Administração. O que o legislador deveria ter feito é a previsão de que a ocupação fosse regulamentada, mas sem a dependência de qualquer pagamento. Porque estes enunciados não ajudaram em nada, e a norma civil (§5º) continua trancada pela sua ineficácia.

2ª modalidade de aquisição de propriedade imobiliária:

O REGISTRO

Este também é forma de aquisição de propriedade imobiliária. De fato, em geral, quem registra é dono. E não se faz o registro no Tabelionato de Notas, mas no Registro de Imóveis.

No Brasil, para se registrar um imóvel, adotamos o Sistema Romano, diferentemente da França. O Direito Argentino segue a mesma linha que a nossa.

Isto significa que, no Brasil, para se adquirir uma propriedade imobiliária, é preciso que haja, além do título, que haja uma solenidade. Na França, não, lá, basta um contrato. Aqui, no caso de bem móvel, a solenidade se faz pela tradição e no caso de bens imóveis, é pelo registro público (LRP 6015/73).

..LEGISLAÇÃO\Lei 6015-73.docx

Veja o art. 1245 do CC.

Da Aquisição pelo Registro do Título

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. (quer dizer, quem registra é dono)

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel. (porque a presunção do registro pública no Brasil é relativa, ou seja, qualquer um pode impugnar o seu registro imobiliário, alegando que vc não PE dono, ou que há um vício na sua posse, SALVO – pegadinha – no caso do REGISTRO TORRENS, que é uma modalidade de registro de imóvel rural, criado por Sr. Robert Torrens, em 1858, na Austrália, que prevê um procedimento mais burocrático, e a presunção do direito aqui é efetivamente seu, é absoluto, salvo se houver uma fraude cartorária. Isso é uma excelente questão de concurso.

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

3ª modalidade de aquisição de propriedade:

A ACESSÃO

Esta também é um modo de aquisição da propriedade imobiliária.

Conceito: é um modo de aquisição da propriedade imobiliária, mediante a união física da coisa acessória à principal aumentando o VOLUME desta última (e por isso que não se confunde com a benfeitoria, porque esta é realizada na estrutura da coisa, e além disso, as benfeitorias são sempre artificiais, é sempre uma obra feita pelo homem. Já a acessão pode ser artificial, onde o homem produziu ou pode ser natural). Ver o arts. 1248 e 1253. Veja a apostila!

Ex.: Plantação de bananas... é acessão.

Ex.: Bater uma laje... é benfeitoria.

Qual tipo de construção (e plantações também) é acessão e qual é benfeitoria?

A regra geral é no sentido de que o solo tem uma “Vis Atrativa”, uma força atrativa. Esta é a regra geral.

Ex.: este terreno pertence a Pablo. Feita uma acessão sobre ele (plantação ou construção), esse acréscimo é do dono do solo, essa é a regra. (art. 1253).

Das Construções e Plantações

Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

Mas, veja que art. 1254 esclarece que se eu construo no meu terreno com um material de construção que é de outrem, a obra é minha, por força da atração do solo, mas eu tenho que indenizar o dono do material.

Art. 1.254. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé.

Mas, se eu construo no seu terreno, de boa-fé, achando que o terreno é meu, eu tenho direito a ser indenizado por aquela obra que eu arqueei. (art.1255)

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

O CC abre uma exceção, no art. 1255, § único – e inverte tudo: se o valor da construção (ou da plantação) for superior ao valor do terreno, feita de boa-fé, o dono desta construção vai adquirir o solo. Isso é bom para as construtoras que constroem um prédio, por exemplo, e depois alega que estava de boa-fé.

MODALIDADES DE ACESSÃO NATURAL:

HÁ 4 FORMAS DE ACESSÃO:

1. O Abandono de Álveo ou Álveo Abandonado – art. 1252 do CC
2. O Aluvião – art. 1250 do CC
3. A Avulsão – art. 1252 do CC
4. A Formação de Ilhas. (adquirir uma ilha é uma suposição psicodélica) – 1249 do CC

Formação de ilha:

Art. 1.249. As ilhas que se formarem em correntes comuns ou particulares pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, observadas as regras seguintes:

I - as que se formarem no meio do rio consideram-se acréscimos sobrevivendo aos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais;

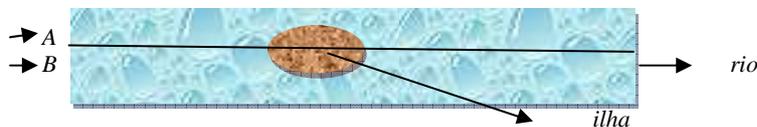
II - as que se formarem entre a referida linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado;

III - as que se formarem pelo desdobramento de um novo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se constituíram.

Inciso I – a ilha pertencerá a ambos (A e B)

Inciso II – a ilha pertencerá à B;

Inciso III – a ilha pertencerá à B.



Álveo Abandonado:

Nada mais é do que o leito do rio que seca:

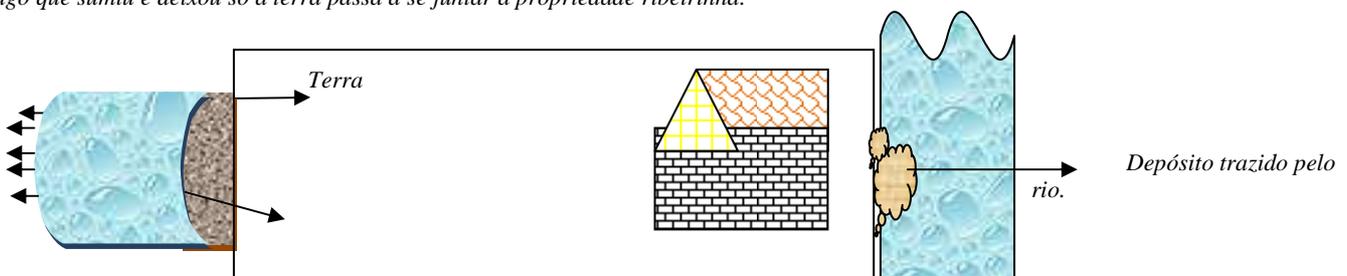
Se o rio secar, a propriedade de A e de B se estenderão até à linha imaginária que corta o rio longitudinal.

Art. 1.252. O álveo abandonado de corrente pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham indenização os donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo.

O que seria Aluvião Imprópria?

R: É uma forma de aquisição da propriedade por meio da retração das águas.

Ex.: Digamos que na frente da sua propriedade tenha um lago, e por causa do excesso de sol e escassez de chuva, o lago secou. Aquele lago que sumiu e deixou só a terra passa a se juntar à propriedade ribeirinha.



água que recuou
Propriedade de A



Aluvião:

É o depósito que cresce a sua propriedade de forma lennnnnnta...
Ex.: depósitos trazidos por um rio até à sua margem.

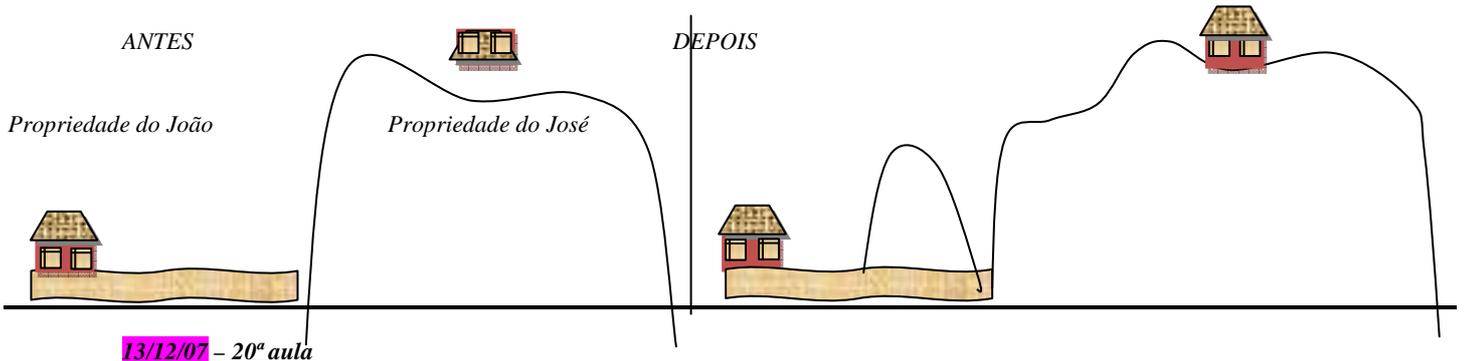
Art. 1.250. Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização.
Parágrafo único. O terreno aluvial, que se formar em frente de prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem.

Avulsão:

É a forma de aquisição de propriedade mais violenta de todas. É quando uma força natural violenta destaca uma porção de terra da propriedade de outra pessoa e a une a outro imóvel.

O outro adquire esta propriedade por meio da avulsão.

Mas, a redação do art. 1251, §1º é ridícula. Porque quem perdeu parte desta propriedade, que é o proprietário prejudicado tem o prazo decadencial de 1 ano para reclamar esta terra de volta. Mas, então o proprietário beneficiado pode se recusar a indenizar. E se recusando o §1º fala que o proprietário originário pode recuperar a terra de volta (só se for através de jogo alado!).



DIREITO DE FAMÍLIA

Este é o ramo do direito civil que menos sofre variações econômicas externas.

No entanto, ele muda com uma rapidez impressionante, por isso, o PRF. Entende que ele deve ser regulado o quanto menos possível. Porque as relações de família têm mudado tanto, nos últimos anos, que ele se envelhece muito rápido e por isso, não deve ficar engessado em lei.

Há inclusive, hoje, um projeto para que o LIVRO DE FAMÍLIA NO CC seja revogado e que seja então adotado o Estatuto das famílias. Ele é gestado pelo IBDFAM.

Este é o ramo do direito civil menos dogmático e mais interdisciplinar. Para compreender o bem, é melhor que se seja menos técnico e se utilize mais da Psicologia, da História, ...

O prof. lembra que de todos os concursos, a pergunta mais bonita que ele já viu foi: disserte sobre os paradigmas já existentes no Brasil, no MPMG.

Paulo Lobo – Família _ é uma boa obra para se ler.

Maria Berenice – Manual de Famílias – também é uma ótima referência, porque remete o leitor a compreensão de que o conceito de família envolve um mundo de ciências, é um conceito aberto.

A sua visão de família é a mesma que a minha? Ou do seu colega ao lado?

Cada cidadão tem um sentir diferente sobre o que seja família.

A sua família está umbilicalmente ligada aos seus projetos de vida. A família, ao mesmo tempo, que é o núcleo das nossas maiores realizações e também das nossas maiores tormentas.

Até a entrada em vigor da CF/88, havia uma superioridade manifesta do casamento como instância legitimadora da família.

Antes, a família sofria uma dicotomia: família legítima e ilegítima, de acordo com a existência do casamento ou não. Obviamente, isso se deve a grande influência da Religião Católica, trazida pelos Portugueses.

No entanto, acima do casamento está a pessoa humana. E este foi colocando no epicentro do ordenamento jurídico, causando, portanto, uma mudança no conceito de família.

Porque para se respeitar a dignidade da pessoa humana, não se poder mais formar que a família somente pode decorrer do casamento.

Respeitar a dignidade da pessoa humana é reconhecer que a família pode ter várias formas, ou seja, pode ter diversos tipos de ramos familiares. Assim fez a CF/88, no art. 226. Este artigo respeita não só o casamento bem como a união estável e o núcleo monoparental (que é aquela família formada por qualquer um dos pais e a sua prole).

E não se fala mais, de jeito nenhum, em família legítima. Fala-se em família, simplesmente, ou, entidade familiar, sendo esta uma expressão pouco adequada.

Edson Faquir afirma que a CF/88 fez com êxito a separação entre família e o casamento, e ainda criou outros “ninhos familiares”.

A CF/88 ESGOTOU AS FORMAS DE FAMÍLIA OU APENAS ELENCOU ALGUMAS DELAS?

R: O Prof. Álvaro Villaça defende que a CF/88 esgotou as formas possíveis de família.

Porém, há uma 2ª linha de entendimento que sustenta de haver, a CF/88, consagrado um sistema aberto de família. Isso é defendido pelo IBDFAM.

Paulo Lobo afirma que este art. 226 consagrou um sentido aberto de família e ainda, UMA CLÁUSULA GERAL DE INCLUSÃO, ou seja, que o art. 226 ao reconhecer essas 3 formas de família, ele não exclui outros arranjos familiares. Pelo contrário, ele aceita. Porque a família não se esgota na ordem jurídica.

Por isso que para esta corrente, a relação homo afetiva é um núcleo familiar também.

E vamos mais além: se um irmão mais velho criou o irmão mais novo. Ou a madrinha que criou a afilhada... e mesmo assim, não há na CF/88 nenhuma remissão a este tipo de arranjo familiar. E nós sabemos que na prática eles são.

Portanto, pode-se afirmar que a CF/88 consagrou essas formas de família também, por ter um conceito aberto. Até porque, não pode o ordenamento, ou as normas, limitar aquilo que afetividade humana pode criar.

Veja Emílio Lira Lopes – ele fala sobre os sentimentos mais importantes da alma: amor, ira, medo e dever.

Aliás, falar sobre amor é matéria para os poetas (veja: Poesia de Fernando Pessoa – o ridículo do amor).

Por isso, não dá para ser tão tecnicista neste assunto: amor, família, ...

Obs.: Cossio x Kelsen (espanhol X alemão) – enquanto Cossio defendia a subjetividade das leis, contrariamente a Kelsen, que defendia a objetividade dela. Em uma palestra, Kelsen afirmou que o Direito não pode regular o amor.

O conceito de família caracteriza-se por 3 requisitos:

1. A relação de família é sócio afetiva – é um conceito aberto ditado pela afetividade.

Titãs: Família, Família... papai, mamãe, titia...

2. Eudemonista (demo = alegria) = que a família tem por função social do projeto de felicidade dos seus membros. Ou seja, a família é funcionalizada e se deve pautar na felicidade dos seus membros. O eudemonismo pregava a felicidade terrestre, que o homem nasceu para ser feliz. Ele é uma corrente filosófica. Perceba que na nossa história, muito se falava na estabilidade do casamento, no poderio patriarcal, na submissão da mulher, na rejeição do filho tido fora do casamento, ..., ou seja, a estabilidade do casamento a custa da felicidade dos seus membros...e esta filosofia se ocupa com o indivíduo, na sua felicidade.

3. Anaparental – dizer que o conceito de família é ANAPARENTAL, significa que se pode reconhecer vínculo familiar mesmo entre pessoas que não guardem vínculo técnico de parentesco. Ex.: aquela prima que foi criada com você... ela é sua prima de 5º grau, e não é mais parente seu, porque o parentesco vai até o 4º grau. Mas, no conceito anaparental, ela teria um vínculo espiritual. Não vá dizer, por exemplo, que o cachorro integra este conceito de família.

NATUREZA JURÍDICA DA FAMÍLIA:

Para a doutrina moderna, influenciada por Dabin, a família não é pessoa jurídica, mas sim, um **grupo social**, reconhecido pelo Direito. E não cabe ao Estado – Legislador definir o conceito de família. Tampouco pode ele oprimir a família, tanto é assim que se defende a intervenção mínima do Estado na família.

Rodrigo da Cunha Pereira, reconhecendo a família como base da sociedade, sustenta o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, nos termos do artigo 1513 do CC. (**Princípio da Intervenção Mínima**)

Uma das conseqüências desse art. 1513, o Estado não pode impor, por exemplo, um controle familiar. (isso é um problema) Ele pode apenas aconselhar.

O CASAMENTO:

Em 1984, o IBGE apurou que foram expedidas 1 milhão de certidões de casamento.

Em 98 esse nº caiu para menos de 700.

Apenas a partir de 2004/2005 esse número começou a crescer. (a economia melhorava também)

Lafayette dizia que o casamento é um ato solene onde as pessoas se casam para sempre.

Mas, isso não pode mais ser afirmado hoje. Segundo Vinícius, que ele seja eterno enquanto dure.

Silvio Rodrigues dizia que o casamento serve para regular a relação sexual.

Segundo Van Wetter, o casamento é a união entre o homem e a mulher com o objetivo de estabelecer uma comunidade de existência.

Para o Prof., esta é a melhor definição. Ou seja, ele serve para propiciar uma das formações de família.

O art. 1511 do CC afirma que ele se estabelece na base da igualdade.

NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

Segundo alguns, é uma prisão domiciliar...

Houve quem dissesse que, segundo a corrente do Direito Público, que o casamento seria um ato administrativo, realizado por um servidor público, que é o juiz. Seja juiz de direito ou juiz de paz.

Então, quem deveria dar essa aula hoje é a Marinela.

Ocorre que, o casamento é um instituto jurídico de Direito Privado, mesmo que tenha nele regras de direito público. Não interessa!

Dentro desta corrente do Direito Privado (Maurice Hauriou), o casamento é uma **instituição**, ou melhor, um **estatuto de normas do direito privado**.

Ou que ele é um negócio jurídico complexo, porque haveria a participação do juiz.

Mas, a **CORRENTE MAIS IMPORTANTE, É CORRENTE QUE DEFENDE QUE O CASAMENTO É UM CONTRATO ESPECIAL DE DIREITO DE FAMÍLIA**. Esta é a melhor corrente.

Quando se casa, a pessoa é chamada de contraente. Defensores: Silvio Rodrigues, Orlando Gomes...

Mas, como eu posso compará-lo aos demais contratos, como de compra e venda, por exemplo?

R: Nunca! Jamais se pode fazer esta comparação. Porque ele é contrato sim, mas um contrato especial, porque é o núcleo do casamento é o núcleo de todo e qualquer contrato: O CONSENTIMENTO.

Obs.: Balzaque – pai do romance moderno. Há um livro chamado “Contrato de Casamento” – o prof. recomenda que nós não paremos de ler literatura. A causa da suas misérias não está no casamento, ou nas pessoas ao seu redor, nem nas instituições...o homem tem a tendência de não reconhecer que ele é o maior causador de suas próprias misérias. Isso tem a ver com fidelidade + ficada...

CAPACIDADE PARA SE CASAR:

Atenção: depois que se casa, nunca mais e volta a ser solteiro. Você se torna casado, separado, divorciado, viúvo...

A capacidade mínima para o casamento, segundo o art. 1517 do CC, a idade núbil tanto para o homem ou para a mulher, é aos 16 anos. Mas, nesta idade, ainda é necessária uma autorização dos representantes legais (suprível pelo juiz) para a realização do ato (suprimento judicial), que vai dos 16 até os 18 anos.

Mas, excepcionalmente, é possível o casamento abaixo dos 16 anos, na forma do art. 1520 do CC. Mas, somente em 2 hipóteses:

1º - quando a menina menor de 16 já está grávida.

2º - para que se evite uma incriminação. Porque o CP, no art. 107, dizia que o casamento era causa extintiva da punibilidade, em crimes sem violência real. Isto porque, o rapaz que teve relações sexuais com a sua namorada de 13 anos, era crime de estupro com violência presumida, no entanto, se o rapaz se casasse com a namorada, ele não responderia por qualquer crime. Se a pessoa aceitasse, na época, estava extinta a sua punibilidade. Ocorre que o art. 107 do CP hoje foi derogado pela lei 11.106/2005 (revogado em parte) não considerou mais o casamento como causa extintiva da punibilidade, em norma expressa.

Hoje, como se resolve a situação de um casal de jovens assim?

R: A doutrina tem dito, em peso, que embora o CP não trate mais, expressamente, o casamento como causa de extinção da punibilidade, se este ocorrer, a punibilidade cairá por PEDÃO ou RENÚNCIA. (mais, ainda assim, o menino terá que se casar com a menina)

O NOIVADO OU PROMESSA DE CASAMENTO OU ESPONSAIS

Há um autor muito clássico, Antonio Chavez, que dizia que o noivado é uma promessa de casamento que visa a permitir que os noivos se conheçam melhor, aquilatando afinidades e gostos.

Que gracinha...

Esse conceito é clássico, mas não retrata a realidade. Hoje, o rapaz fica noivo, e a noiva já começa a ver coisas da sua namorada na sua casa, começa a ver cabelos da sua noiva pelo chão, a sua gaveta começa a ficar pequena, escova de dente no seu banheiro, e vice-versa.

E, quando este noivado se acaba, acontece muito que naquele período de noivado, a noiva o interprete como um período de união estável. Mas, a jurisprudência é forte ai afirmar que morar junto enquanto noivo não quer dizer que se está em união estável.

A noiva geralmente entra com 2 ações: uma de reconhecimento de união estável (que está fadada a morrer) e outra de responsabilidade civil extracontratual do noivo. (é extracontratual porque o noivado não é contrato).

É possível gerar dano sim, com a ruptura do noivado, porque infringiu o princípio da boa fé objetiva. (Geralmente, quando o casamento já está marcado e o noivo rompe a relação, abruptamente, e injustificadamente, envolvendo gastos com a festa, buffet, enxoval, ou seja, danos materiais e danos morais).

Assim, pergunta-se: ruptura de namoro (de 10 anos) gera reparação por dano moral?

R: Não. O fim da afetividade não gera responsabilidade civil.

Ainda bem porque se não iam mercantilizar o amor.

A posição do Direito Brasileiro é a de negar qualquer indenização neste sentido.

PRESSUPOSTOS EXISTENCIAIS DO CASAMENTO:

- 1. Segundo caio Mário, este requisito é um princípio: é Diversidade de Sexos. Homem se casa com Mulher.*
- 2. O Consentimento. Porque sem consentimento, não há casamento. Quando o juiz declarara o casal casado, é uma manifestação declaratória.*
- 3. A declaração Por Autoridade Materialmente Competente (deve-se ter competência material e jurisdição competente) – A incompetência material gera a nulidade do casamento. E se a incompetência for apenas territorial, o casamento é apenas anulável.*

PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DO CASAMENTO:

1. OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS:

São requisitos de validade e eficácia do casamento.

Quando a pessoa vai se casar, a pessoa se habilita no processo de casamento. E antes do juiz se manifestar, o MP opina no processo. Mas, hoje, o MP tem manifestado cada vez menos, a não ser que o processo envolva menor.

Obs.: como juiz, se o MP quiser, dê o processo. Porque, a pior qualidade de um profissional do Direito é o excesso de vaidade. É o que leva ao ridículo, como um sujeito que andava pela rua da sua comarca de toga.

Os impedimentos matrimoniais, no VCC, eles eram divididos em:

- a. absolutos ou de ordem pública no art. 183 I a VIII*

- b. relativos ou privados, no art. 183, IX a XII
- c. impedientes ou proibitivos, no art. 183, XIII a XVI

Quem se casasse com violação de impedimento absoluto, o casamento era nulo.

Quem se casasse com violação de impedimento relativo, o casamento era anulável.

Quem se casasse com violação de impedimento impediente, o casamento era irregular (aplicando-se lhe uma sanção patrimonial)

O NCC não classifica mais desata forma.

Ele transformou os antigos impedimentos absolutos ou de ordem pública em impedimentos do art. 1521. Hoje, eles são chamados apenas de IMPEDIMENTOS. Mas, que correspondem ainda aos antigos impedimentos absolutos.

Assim, quem casa hoje, em violação de impedimento, é, mutatis mutantes, como se casasse com violação aos impedimentos absolutos do VCC.

E a consequência para quem se casa hoje com violação do art. 1548, II do NCC, ou seja, do impedimento, o casamento é nulo, ou seja, a consequência continua a mesma. O casamento é nulo de pleno direito. (não queira transplantar a teoria da nulidade aprendida do direito geral para o direito de família, porque este possui peculiaridades).

Ex.: o casamento nulo exige ação de nulidade. Não pode o juiz de ofício pronunciar que o casamento é nulo, como nos contratos em geral. No casamento, tem que ter iniciativa das partes e o MP tem presença obrigatória neste caso. O curador era chamado apenas para defender o vínculo do casamento. Não existe mais a essa figura. Hoje, é o MP. Mas, ele não está ali para defender o casamento, hoje, e sim, um direito maior.

E quais são os impedimentos do art. 1521 do CC?

R: São quais situações onde não se podem casar, por exemplo, I - pai com filha, II – sogro com nora ou genro com sogra, III – o adotado com a cônjuge do adotante ou este com a esposa do seu filho adotivo, IV – os irmãos entre si, e nem os colaterais até o 3º grau inclusive entre si, como tio e sobrinha (obs.: a despeito da previsão do inciso IV do art. 1521 do NCC proibindo o casamento entre colaterais de 3º grau sob pena de nulidade, a doutrina (Maria Berenice Dias e Jones Figueiredo Alves), na linha do enunciado 98 da 1ª JDC admite o casamento nos termos do Decreto Lei 3200/41, caso existe laudo médico favorável). – Isso é para evitar que doenças recessivas apareçam na sua prole. / V – não podem se casar, claro, o adotado com o filho do adotante. Até porque eles são irmãos sob a ótica moderna da constituição. / VI – as pessoas casadas. / VII – aqueles que tentaram me matar um dia não pode se casar comigo no futuro.

Todas essas situações geram casamento nulo de pleno direito.

Os antigos impedimentos relativos no VCC hoje são tratadas como causas de anulação do casamento, previstas no art. 1550 do CC, e não são chamadas mais de impedimentos relativos, e sim, Causas de Anulação do Casamento. Leia a apostila!

O art. 1550 traz as causas gerais.

I – o menor de 16 anos.

II – fácil

III – o casamento realizado por vício de vontade anula o mesmo. No art. 1558 temos a ameaça, a coação moral. Ex.: O seu sogro ameaçou a pessoa a se casar com a sua família sob pena de morrer. Isso anula o casamento. Já o art. 1556 e 1557 cuidam do erro de pessoa.

IV – a pessoa que vai para o casamento totalmente bêbado, se ele está incapaz de dar o consentimento para se casar e se casa, o casamento é anulável.

V – o casamento feito por mandatário (procuração). Digamos que a noiva não chega ao Brasil no dia do casamento. E ele se realiza por procuração. Se ela revogou a mesma e o outro noivo não sabia, o casamento é anulável. E também assim o será que não houver coabitação.

VI – é incompetência relativa do cidadão que celebra o casamento.

CASAMENTO CELEBRADO COM ERRO DE PESSOA:

Gera a anulação do casamento, por erro essencial de pessoa. Mas, desde que a causa que gera a sua invalidade deve ser ANTERIOR AO CASAMENTO.

Essa causa deve ser demonstrada no processo

Causas de erro: Art. 1556 e 1557 do CC

É forte no Brasil a doutrina “Ponteano” (Pontes de Miranda) onde se defende que a sentença que anula o casamento tem efeito retroativo, “ex tunc”, ou seja, cancela o registro, volta ao “status quo”.

Veja o art. 1556 – este erro não basta ser sentido, ele deve ser provado. E para prová-lo, vai ao art. 1557. Este erro deve ser tal que seja insuportável a convivência.

Ex.: a mulher que se casou e depois descobriu que o seu marido se relacionada com outro homem, sendo esta relação antiga, anterior ao casamento. Isso anula o casamento, por erro essencial.

Ex.: “Homem” cuja identidade não era conhecida.

Ex.: “Homem” que era mulher e fez cirurgia transexual.

II – crime anterior ao casamento que tornou o mesmo insuportável.

III – defeito físico ou doença irremediável ou contagiosa (AIDS, sífilis) – tem que dar ciência ao outro antes de casar, porque se não contar, o outro pode invalidar o casamento. E o defeito irremediável é o caso da impotência, por exemplo, e não é a impotência “generandi” e sim a impotência “coeundi” (é a impotência gravitacional...)

IV – no caso de doença mental grave, desde que anterior ao casamento.

Obs.: a mulher deflorada no VCC também era causa de anulação do casamento. Mas, hoje, isso não é mais admitido, tendo em vista o Princípio da Igualdade.

No caso dos Impedimentos Proibitivos, no NCC, eles foram tratados como Causas Suspensivas do Casamento, na forma do art. 1523 do CC e a consequência disso é que o casamento é válido, mas a pessoa vai sofrer uma sanção patrimonial. Ou seja, quando a pessoa se casa, a pessoa escolhe o regime de bens. Se a pessoa casa violando o art. 1523, a escolha ao regime fica suspenso, e a sanção patrimonial neste caso é a separação de bens.

Isso ocorre, por exemplo, com a viúva que tem filhos do casamento anterior e ainda não fez o inventário do seu marido falecido. Assim, apara ela se casar novamente, ela só poderá com o regime obrigatório de separação de bens.

Também não podem se casar a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez, no prazo de 10 meses. Se ainda assim a mulher se casar, ela se casará com essa sanção patrimonial, ou seja, em regime de separação obrigatória de bens. Isso é para proteger os direitos patrimoniais de possível filho que ainda surja, do casamento anterior.

Também não podem se casar o divorciado ou a divorciada que ainda não fez a partilha do patrimônio do casamento anterior. Se ainda assim se casar antes da partilha, casa em regime de separação obrigatória.

Também não podem se casar ascendentes, tutor com a tutelada...mas, não somente com o regime obrigatório da separação de bens.

QUESTÕES ESPECIAIS DE CONCURSO:

1. O adultério ainda é causa de impedimento matrimonial?

R: No VCC, digamos que o marido estivesse sendo traído pela sua mulher (adultério), e ela fosse condenada por adultério junto com o seu amante, pelo VCC, uma vez que ela se divorciasse, não podia se casar. Era um impedimento matrimonial. Hoje, não é mais. Ela pode se casar com o amante.

2. O que é casamento putativo?

Yussef Cahali – casamento putativo – conceito: é o casamento nulo ou anulável contraído de boa-fé por um ou ambos os cônjuges, nos termos do artigo 1561 do CC. A característica deste tipo de casamento é que ele é um casamento inválido. A diferença é que com base no princípio da boa-fé, os efeitos do casamento são preservados para aquele cônjuge inocente de boa-fé. É uma aplicação da teoria da aparência.

Ex.: o sujeito que viaja para vários estados, tem uma noiva em Salvador e outra em Porto Alegre. Com base do direito de boa-fé, essa moça enganada vai se beneficiar vai ter os efeitos normais de um casamento: alimentos, ...

Só se preserva os direitos de casamento para aquele que estava de boa-fé.

O Prof. segue o entendimento de Washington Nascimento que defende que o juiz pode reconhecer DE OFÍCIO a putatividade. Carlos Alberto Gonçalves segue a mesma linha. Este é um tipo de casamento inválido.

DEVERES DO CASAMENTO – ART. 1566 DO CC

São deveres legais que quando descumpridos podem gerar responsabilidade civil extracontratual. O casamento é um contrato, mas os deveres decorrem da lei. São deveres de ambos os cônjuges:

V – respeito e consideração mútuos.

IV - sustento, guarda e educação do filhos.

III – mútua assistência (dever de pagar alimentos) e também moral (que é espiritual)

II – a vida em comum – monodomicílio conjugal – isso para evitar o abandono do lar conjugal. É dever morar junto, o que não significa que seja na mesma casa, mas o que se quer evitar é o abandono. Se uma pessoa quer sair de casa ou quer que o outro saia, não faça isso sem uma medida judicial, porque a medida correta para esta hora é a medida cautelar de separação de corpos. (que suspende essa obrigação de coabitação). Este inciso também encerra o “debitum conjugale” – isso não quer dizer que o marido tenha o exercício regular de direito, que não autoriza a violência, não autoriza o coito anormal (que pode gerar, inclusive, reparação civil). Não há tabela para isso. Mas, se a mulher chega para o marido fala que não quer mais transar, aí sim seria estranho ao casamento. Não seria obrigação de dar (jamais escreva isso!), se fosse, seria obrigação de fazer... (também não escreva isso! É uma brincadeira!)

I – Fidelidade Recíproca – a infidelidade é a quebra do dever de lealdade, ou da confiança dentro da relação casamentária ou de união estável. Ela não é rompida só pelo adultério. Porque o adultério pressupõe conjunção carnal. Mas, você pode romper a fidelidade através de conduta desonrosa. Ex.: encontrar o marido numa boate com uma mulher no colo.

A **infidelidade virtual** traduz o relacionamento espúrio pela via eletrônica: internet, MSN,... não diga que é adultério virtual, porque não há contato pessoal, carnal.

Ex.: o sujeito que mantinha relação com a internet, dia e noite, não via mais os amigos e nem mulher alguma. Ele praticamente dormia com o notebook.

A prova captada sem a autorização judicial pode ser utilizada no processo civil?

Ex.: a mulher que percebe a infidelidade virtual do marido e grava o diálogo picante dele com outra mulher num “pendrive” enquanto ele estava no banheiro. A luz do Princípio da Proporcionalidade e da Teoria da Ponderação de Interesses, essa prova colhida ilícitamente (direito a privacidade) pode ser utilizada no processo civil. (direito à fidelidade x privacidade)

Washington de Barros afirma que o adultério da mulher é mais grave do que o do homem. Porque o dele é iniciado por arroubos repentinos e que não interferem no sentimento que ele tem pela mulher. Já a mulher, quando trai, ela traz em si algum tipo de sentimento que o homem não tem. O homem pula a cerca, transa e volta para casa, como se nada tivesse ocorrido. E a mulher, certamente, tem algum envolvimento com o amante.

FORMAS ESPECIAIS DE CASAMENTO

1. CASAMENTO POR PROCURAÇÃO:

Ele é regulado no art. 1542 do CC.

Existem 2 razões para que este tipo de casamento tenha aumentado. Porque muitas pessoas estão tentando ter a vida no exterior. Essas pessoas então estão se casando por procuração. E a 2ª razão é por causa dos encontros virtuais, pela internet. Uma pessoa é do Brasil e a outra, na África, por exemplo. Essa procuração tem que ser pública.

2. CASAMENTO EM CASA DE MOLÉSTIA GRAVE:

Ele é regulado no art. 1539 do CC.

Neste caso, um dos nubentes é acometido de doença grave e por isso, não pode comparecer na solenidade do casamento. Então, o CC permite que neste caso o juiz de paz vá até à casa do nubente.

3. CASAMENTO NUNCUPATIVO:

Ele é regulado no art. 1540 do CC.

É o casamento da pessoa que está no iminente risco de morte. Neste caso, a pessoa está tão moribunda que não dá tempo nem chamar um juiz. Claro que a pessoa deve estar consciente, sem a presença de uma autoridade, mas com testemunhas. Depois, este casamento é homologado por um juiz.

É POSSÍVEL RECONHECER-SE A VALIDADE JURÍDICA DO CASAMENTO ESPÍRITA?

R: Cuidado. Toda vez que se fala em sexualidade e religião, tenha cuidado para não mexer com os brios do examinador.

As pessoas ou se casam perante um sacerdote ou uma autoridade religiosa e só pela igreja, o casamento é religioso, que resulta só na união estável. Além disso, temos o casamento civil, feito com o juiz de paz. Mas, hoje, já se admite o casamento religioso com efeitos civis, feito pelo padre.

No entanto, na Bahia, uma discussão se iniciou a respeito de casamento espírita no MS 34739-8 de 2005. Este MS admitiu a validade jurídica de um casamento realizado em um CENTRO ESPÍRITA. O TJBH admitiu isso em uma votação apertada, onde o Pleno decidiu praticamente empatado, porque o tema vingou por causa de 1 voto.

Os argumentos são vários. Os que são contra alegam que o Espiritismo não é religião, sendo apenas uma doutrina desprovida de liturgia. Defendem também que não haveria no espiritismo autoridade religiosa. Além disso, a ausência de um costume que consagrasse a prática.

O professor dizia que inicialmente ele era contra o casamento espírita.

Mas, depois de muito estudo, ele se convenceu que é a favor deste tipo de casamento sim.

Dalmo Dallari ajuda neste sentido, ao expor os seus argumentos:

1. O Brasil é um estado LAICO. Desde a nossa constituição republicana, 1891, o Brasil tem se mantido assim.

2. Assim, como nos EUA, não é a lei que define o que é religião, não havendo no CC requisitos prévios da autoridade competente. O padre da igreja católica, o ministro da igreja messiânica, o líder da casa de candomblé, o pastor da igreja evangélica... todos eles são autoridades competentes para celebrar casamento. Além disso, no IBGE, em 2002, constatou que a 3ª religião do Brasil é a espírita.

3. Não há sentido a proibição quanto à possibilidade se celebrar este casamento, porque na verdade, quem se casa, casa pelo consentimento e não pelas mãos da autoridade.

SEPARAÇÃO:

Há uma proposta no Congresso Nacional para que se acabe com a separação, porque na prática, as pessoas se separam de fato e depois convertem em divórcio.

A separação judicial, outrora denominada desquite, nos termos do art. 1571 do CC, é forma de dissolução da sociedade conjugal, mantendo-se, todavia, o vínculo matrimonial que somente se desfaz com o divórcio ou com a morte. (art. 1571 do CC)

1571, II – o casamento na verdade se torna inválido.

§ 1º - o ausente é considerado morto por presunção.

Assim, pereba que separação não rompe o vínculo matrimonial, porque o que rompe é a morte ou o divórcio.

No plano judicial, o que significa separação: na prática, é a extinção da sociedade conjugal. Mas, no plano eficaz, o que ocorre?

O casamento cria um vínculo entre o homem e a mulher. E o casal forma uma sociedade conjugal, onde há o dever de fidelidade recíproca, de respeitar o regime de bens, de coabitação, o dever de alimentos, o dever de educar os seus filhos... são alguns desses deveres conjugais que desaparecem quando há a separação.

Quais são os poderes que são atacados na separação judicial?

R: Os alimentos e o dever de educar os filhos não são atingidos pela separação. Eles permanecem. Outros deveres são rompidos, porém.

No art. 1576 do CC estão elencados os efeitos civis gerados pela separação judicial: termina o regime de bens, o dever de coabitação e o da fidelidade recíproca.

Atenção que o regime de bens PODE desaparecer quando há a separação judicial. Mas, na verdade, o CC cometeu um equívoco. Quando se lê o caput do art. 1576 do CC, parece que o regime de bens termina neste momento, no entanto, é isso que é FACULTATIVO. A

partilha de bens na separação é facultativa, podendo ser feita no divórcio ou até mesmo apões este.

ESPÉCIES DE SEPARAÇÃO JUDICIAL:

www.pablostolze.com.br

www.novodireitocivil.com.br

Nós temos 2 tipos de separação judicial:

1. *Separação Judicial Consensual* (art. 1574 do CC) – cujo procedimento é feito a partir do art. 1120 do CC – é de jurisdição voluntária, porque não há lide, não há litígio. É a melhor forma de separação consensual. Assim, o juiz não precisa entrar na vida íntima do casal.

Esta separação tem 1 requisito que não se pode esquecer, qual seja, mais de 1 ano de casamento válido (1 ano e 1 dia). Não precisa dizer ao juiz qual é o motivo da separação. Mas, precisa deste 1 ano e 1 dia. (no VCC era de 2 anos – esse prazo serve para o casal analisar a viabilidade ou não da separação)

Geralmente, quem quer se separar sai de casa e não espera o prazo de 1 ano.

2. *Separação Litigiosa* – é a que há lide, processo, e às vezes, reconvenção. A sua causa pode ser Objetiva (sem a análise da culpa) ou Subjetiva (com a análise da culpa) – essa distinção vem de Yussef Cahali e de Pedro Sampaio. Mas, manter a culpa como critério de aferição para a separação é um absurdo. A Europa, já há algumas décadas, retirou a culpa da separação, por não haver possibilidade de se aferir efetivamente a culpa de um e a inocência do outro, na maioria dos casos. No entanto, aqui no Brasil nós ainda a usamos como critério de causa de ruptura do casamento.

E pode ser:

Causas Objetivas (sem culpa):

A) com a ruptura da vida em comum (art. 1572, § 1º) – separação falência

B) doença mental grave (art. 1572, §2º e §3º) – separação remédio

Nestes 2 casos, o juiz não analisa culpa de ninguém.

A ruptura da vida em comum a há mais de 1 ano, no § 1º, é chamada de **separação falência**. Caio Mário afirma ainda que essa ruptura não signifique que o casal esteja em casas diferentes. Podem estar sob o mesmo teto, por questões financeiras.

No caso de separação por causa de uma doença mental grave que tenha surgido APÓS o casamento (se fosse antes dele, geraria a sua anulação), chama-se **separação remédio**.

No entanto, o que ocorre na prática é que ninguém pede separação por conta desses objetivos, e simplesmente, saem de casa.

Causas Subjetivas (com culpa): é a chamada *Separação Sanção* (art. 1572, caput)

Neste caso, um dos cônjuges ingressa com a ação de separação impondo ao outro a culpa pela quebra dos deveres do casal. Os motivos estão no art. 1573 do CC- (conduta desonrosa é um conceito aberto demais).

Perceba que no Brasil, as opções para se casar são muitas, mas, o ordenamento jurídico exige que se justifique sempre o motivo pelo qual se quer separar, seja, por doença mental, ou rompimento do dever de fidelidade, ...

É possível então haver separação por causa da falta de amor?

R: Para responder esta pergunta não é preciso decorar o CC e analisar as causas legais e expressas de possibilidade de separação. Basta trazer a CF/88 para o caso, e afirmar que é possível haver separação sim, por desamor, tendo em vista o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como o RESP 467184/SP, onde o STJ confirmou este entendimento. Não se imputa, neste caso, qualquer culpa a nenhuma das partes. Ver a Revista do IBDEFAM, nº 34, Marcelo Truzzi.

Conseqüências que a culpa gera na separação. Quanto à continuação do uso do nome, isso é possível. (art. 1578 do CC)

DIVÓRCIO:

O divórcio sempre foi admitido, mas a igreja católica, por causas dos seus dogmas retrógrados e medievais, conseguiu que fosse inserido na CF/88 que o casamento seria indissolúvel. E o CC de 1916, de Clóvis Bevilacqua, até tinha a intenção de prever isso, mas não lhe permitiram (Nelson Carneiro foi o grande defensor do divórcio).

A lei do divórcio só foi consagrada, enfim, com a publicação da Lei 6515/77, através da emenda constitucional nº 9, de 1977, sobre a CF/67.

A lei do divórcio previa que ele só seria possível se antes fosse feita a separação dos bens.

No entanto, o NCC revogou o art. 43 da LD, pelo art. 1581 do CC, cujo texto já estava na Súmula do STJ, 197.

Hoje, é possível o divórcio sem partilha prévia e inclusive, é possível que o divorciado se case novamente. Isso está gerando uma ZONA! Esses bens estão sendo partilhados, na verdade, no inventário! Ora, e sem um dia essa pessoa quiser vender o bem, vai precisar da outorga da mulher, mesmo divorciado! Senão, quem vai comprar um bem nessas condições???

Há 2 espécies de divórcio:

1. Ele pode ser Indireto (ou por Conversão)
2. Ele pode ser Direto

Ambos estão no art. 226, §6º da CF/88.

O divórcio indireto está, hoje, esvaziado. Ele resulta da conversão de uma sentença de separação. Mas, as pessoas têm preferido se utilizar do Divórcio Direto. (art. 1580 do CC)

Este artigo 1580 é fácil, mas tem uma pegadinha.

O que se converte em divórcio não é a cautelar! É a sentença de separação que já transitou em julgado. O que é essa cautelar do artigo? Essa cautelar apareceu para efeito de se indicar o termo inicial para o prazo de um ano.

DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO DA LEI 11541/07

Essa lei consagrou a possibilidade de se divorciar ou separar-se administrativamente, ou seja, sem a necessidade de processo judicial. Essa lei nasceu com um vício formal. Existe no Brasil uma LC 95/98 que regula a elaboração de leis. E ela dispõe que uma lei só pode entrar em vigor na data da sua publicação se for uma lei de pequena repercussão. E, no entanto, ela é de grande repercussão e passou a vigor assim mesmo no meio dia em que ela foi publicada.

Esta lei passou a admitir a separação e o divórcio de forma administrativa, ou seja, NO CARTÓRIO DE NOTAS, feita pelo tabelião.

Essa lei alterou o art. 1124-A do CPC. É um procedimento muito mais rápido, feito em 1 semana. Mas, só podem fazer os casais que não tenham filhos menores ou incapazes. No entanto, esta proibição tira bastante o efeito desta lei. Porque acaba levando o processo de volta para o TJ. Até porque, é necessário que, havendo filhos menores ou incapazes, que tenha a presença do MP.

E se o casal já tem uma sentença da guarda de filhos, bem como quanto aos alimentos. O que impede este casal de ir ao cartório para se separarem ou se divorciarem? Ou então, de poderem fazer somente isso no cartório e deixar o restante para o TJ?

O divórcio feito no cartório serve para gerar efeitos civis e inclusive gera efeitos no registro de imóveis também. Se qualquer um desses ex cônjuges for empresário, ele deve comunicar a Junta Comercial também. E ainda, a escritura do Tabelião não precisa ser homologada pelo juiz.

A pessoa pobre pode se separar ou se divorciar de graça, quando beneficiado pela Justiça Gratuita. O Tabelião pode até discordar do estado de pobreza daquelas pessoas. Mas, executa seus atos 1º e cobra depois.

É possível a separação ou o divórcio por procuração pública (art. 36 da Resolução 35 de 2007 do CNJ). A pessoa não precisa nem ir ao cartório. Mas, a procuração deve ser pública, com poderes específicos, e o seu prazo de validade é de 30 dias.

É necessária a presença do advogado.

Pode ser feito em qualquer cartório do Brasil, porque como não há processo, não há regra de competência.

Crítica feita pelo Professor ao CNJ: O art. 53 da Resolução 35 afirma que o Tabelião deve INVESTIGAR se o casal já está separados de fato há mais de 2 anos. Para o professor, bastava declarar que estão separados de fato há 2 anos. Ora, como é que o Tabelião vai investigar isso? E se as partes mentem, o problema é delas.

Se já há um processo de divórcio em curso, a pessoa pode migrar para o procedimento do cartório? Sim!

E se elas quiserem escolher por qual via elas querem se separar ou se divorciar, podem?

R: Sim, elas não estão obrigadas a seguir o procedimento administrativo.

Há quem opte por se separar ou se divorciar no TJ porque o processo judicial tem segredo de justiça e assim, a vida da pessoa fica mais preservada. Enquanto que, no cartório, tudo é público.

UNIÃO ESTÁVEL

A união entre o homem e a mulher não matrimonializada faz parte da nossa história. No direito romano, ele era considerado como casamento de 2º grau. Mas, foi na idade média que concubinato é marginalizado. Aliás, esta herança chegou até nós. O concubinato passou a ter acepção pejorativa. Na raiz da palavra, concubinato quer dizer “cum cubere” (dormir com alguém). Chamar alguém de concubina é ofender alguém. O VCC de 1916 descriminalizou a concubina descaradamente. Ela não podia ser beneficiária de seguro de vida, não podia receber doação, nem ser beneficiária de testamento... ela sempre foi confundida com a amante (e se diz A amante porque ninguém se lembra que também existe O amante). O 1º país a se preocupar com os direitos da concubina foi a FRANÇA, em 1912. E isso aos poucos chegou ao Brasil. O 1º ramo do direito brasileiro que se preocupou com a concubina, em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, foi o Direito Previdenciário, já na década de 30, reconhecendo a ela o direito à pensão previdenciária e reconheceu o seu direito de companheira. Este direito começou a lhe tirar a pecha de amante. E por força dos advogados, o Direito Civil começou a se abrir, mas de má vontade, no ramo do direito das obrigações, reconheceu à concubina ao direito de indenização por serviços prestados. Esse direito seria uma espécie de direito substituto ao direito a alimentos, como se fosse um “cala-boca” da concubina. No entanto, por causa de alguns julgados entre 1946 a 1963, o Direito Civil avançou um pouco mais, segundo a doutrinadora Cláudia Pessoa, onde a concubina passou a ter sua relação reconhecida como sociedade de fato e ainda, passou a ter direito de pleitear a partilha do patrimônio comum, sumulado no 380 do STF (desde que comprovado o seu esforço para isso também. Ela passou a ser considerada sócia do seu concubino. Isso tramitava na Vara Cível. Não se reconhecia aqui o núcleo familiar. Porém, a união estável só foi reconhecida como família após a entrada em vigor da CF/88, no seu art. 226, §3º.

Essas leis que concretizaram os direitos da companheira e do companheiro só foram aprovados anos depois, porém. A 1ª lei que aprovou esses direitos foi a lei 8971/94, derogada pela lei 9278/96 e derogado também pelo art. 1723 e seguintes do NCC. Hoje, o regramento mais novo é feito no CC, embora ainda dê para se aproveitar alguns artigos das leis anteriores. Hoje, há um projeto de lei que pretende revogar todo o capítulo de família. É o PL 2285/07, onde a união estável é reconhecida não só entre homem e mulher como entre pessoas do mesmo sexo.

Como se caracteriza a UE? Porque, o caminho que se leva ao casamento é tangível, e a união estável, não!

Qual o seu conceito? Quando ela se inicia? O art. 1723 regula a UE, mas é uma norma muito aberta.

Não há critério temporal mínimo! Nem 2, nem 3, nem 5, nem 9 anos de namoro podem ser chamados de união estável. O Poder Judiciário já reconheceu 1 ano e 9 meses como união estável. Já um casal conhecido do professor já configurou uma união estável com pouco mais de 4 meses. Nem se exige prole em comum! Também não é necessária a convivência sob o mesmo teto. Isso já foi até sumulado (382 do STF) “more uxório” = como se fossem casados.

Então, o que caracteriza a união estável?

R: É o objetivo de constituição de formar família. É um elemento teleológico, finalístico, onde se demonstra que o casal quer viver junto, quer formar família, é quando há aparência de casamento.

Teste: faça o sujeito entrar na loja da Lilica Ripilica. Se ele se borrar de medo, o casal não está em união estável.

A união estável não é estado civil, embora tenha a proteção da lei. Estado civil é ser casado, separado, divorciado, solteiro, viúvo,... são essas as pessoas, aliás, que podem formar união estável, até mesmo as casadas, DESDE QUE ESTEJAM SEPARADOS DE FATO.

Por causa desta norma aberta, os brasileiros tomaram medo das regras da união estável, e por isso, criaram a bizarra figura do CONTRATO DE NAMORO, onde um casal precisou fazer uma escritura sobre namoro. Assim, os casais, visando a afastar as regras da união estável, estavam lavrando um contrato no tabelionato, de forma pública.

Não confunda contrato de namoro com CONTRATO DE CONVIVÊNCIA, cuja Excelência é de Cahali, que é feita pelos integrantes da união estável com o objetivo de regular, especialmente, os seus aspectos patrimoniais.

Já no contrato de namoro, o que se quer é desautorizar a conversão dele em união estável, cuja finalidade é afastar a união estável. O contrato de namoro pode até servir para aferir a intenção das partes, mas não tem o condão de afastar as regras da união estável, porque Silvio Venosa afirma que a União Estável faz partes das regras da vida. Pois se presentes as características da União Estável, este contrato será nulo, cujo objeto é impossível. Além disso, a união estável envolve regras de ORDEM PÚBLICA.

Conceito de União Estável.

22ª aula – 08/01/08

Continuação do Direito de Família...

Há decisões do STJ admitindo que, o homem que faleceu, e que estava separado de fato da esposa, mas vivia em união estável com outra, terá a sua pensão dividida entre as duas.

Mas, e quanto à amante? Esta tem direito previdenciário repartido com a esposa?

A idéia inicial é de repulsa...o máximo que ela tem direito, pelo direito civil, é o direito à indenização por serviços realizados.

Mas, hoje, há um recurso no STJ (RESP 674176), aguardando julgamento, sobre a possibilidade da pensão previdenciária ser dividida entre uma esposa e a concubina (amante mesmo) do esposo dela. Se trata de uma relação da amante que durava 30 anos e com 2 filhos. Como é que a esposa nunca percebeu? O professor não acredita. Ela sabia. Mas, isso não quer dizer que o professor concorde com isso, por parece que está se achovalhando (baianês) o casamento. O TRF da 1ª Região já negou certa vez este direito à amante. Mas, o STJ está com votação empatada, aguardando o voto de minerva. Acompanhe este processo.

O casamento tem a segurança do ato que se formaliza. Já a união estável é um fato da vida, e o casal pode estar em união estável sem perceber, porque ela é informal, não há registro. Mesmo assim, ele envolve deveres legais (art. 1724 do CC).

***Deveres decorrentes da União Estável:** fidelidade, lealdade, respeito, assistência, guarda e sustento e educação dos filhos. Qualquer lesão a esses deveres enseja ação no juízo de família.*

Art. 1725 do CC. Salvo contrato prevendo o contrário, a união estável é regida pelo regime da comunhão parcial de bens.

Ex.: Uma lavadeira na Bahia ganhou um prêmio de 11 milhões de reais. E o seu companheiro pediu a meação deste valor. Ocorre que essa divisão da regra da comunhão parcial só começou a vigorar a partir da vigência do NCC. Na época, vigorava o VCC, então, este companheiro não tinha direito a nada. Hoje, ele teria. Mesmo assim, ela fez um acordo com ele e lhe concedeu uma parte.

Art. 1726 – lido

Art. 1727 – lido

REGIMES DE BENS

Qual o melhor regime de bens para se casar hoje com segurança?

O seu companheiro não é seu oponente. Mas, opte pelo regime que lhe dê maior segurança.

Não faça a opção com o espírito armado.

Seria o da separação convencional? De fato, ele confere segurança. Mas, o inventário vira um problema quando a família não é harmônica.

Ocorre que a viúva concorre com os filhos, na herança, inclusive na legítima.

O patrimônio é separado em vida, mas se une na morte. (é paradoxal)

O melhor regime é o de se casar com uma pessoa efetivamente por amor, porque o regime pouco importa quando isso acontece.

Conceito de Regime de Bens: é o estatuto patrimonial do casamento, regido pelos princípios da liberdade de escolha, da variabilidade, e da mutabilidade.

Liberdade de escolha porque os nubentes têm total liberdade para optar. E são diversos e mutáveis.

Temos hoje, como Regimes:

1. *Comunhão Parcial de Bens; (é o regime mais popular do Brasil)*
2. *Comunhão Universal de Bens. (mesmo que se pense que hoje você não tem nada, lembre-se que um dia você vai ter, cuidado com este regime!)*
3. *Separação de Bens (que pode ser convencional ou obrigatória)*
4. *Participação Final dos Aquestos.*

O Regime Dotal acabou, não existe mais no NCC.

Este tema está no art. 1639 do CC.

A escolha do Regime de Bens é feito por um contrato chamado Ante Nupcial, feito no Cartório de Registros. O que quase ninguém sabe é que, conforme consignado no Enunciado 331 da 4ª Jornada, os nubentes podem, no Pacto Ante Nupcial, mesclar regras de Regimes Diversos. Assim, cria-se um regime especial, escolhido pelos nubentes.

O Regime de Bens, segundo o §1º do art. 1639 só começa a vigorar a partir da data do casamento.

E este §2º traz a grande novidade: ele passa a admitir a mudança do regime de bens do curso do casamento. Esse §2º é totalmente inovador. E como se faz? R: Mediante autorização judicial, com pedido de ambos os cônjuges, com apuração das razões invocadas e respeitados os direitos de terceiro. Ele se faz por procedimento judicial, ou melhor, procedimento de jurisdição voluntária. O pedido aqui é conjunto. Não pode haver uma alteração com lide.

O grande projeto de lei (2285- Estatuto das Famílias, que se encontra no site do IBDFAM e no Senado) vai admitir que esta alteração do regime possa se dar por escritura pública, ou seja, não vai haver a necessidade de procedimento judicial.

O Juízo Competente á Vara de Família, e não o Juízo de Registros Públicos.

Esta alteração só é possível se apurar as razões da sua mudança (porque não se pode modificar para prejudicar terceiros). Assim, o juiz manda publicar editais, para informar a terceiros. E essa alteração deve ser registrada depois no Cartório de Registro Civil, de Imóveis...e se qualquer dos cônjuges for empresário, se Registra também na Junta Comercial. Logicamente, isso é para proteger terceiros de um eventual empresário individual.

A sentença que altera o Regime de Bens tem efeitos para o futuro (ex nunc) ou para o passado (ex tunc)?

R: O TJRS enfrentou esta questão. A sentença que muda o regime de bens tem efeitos, em princípio, para o passado. Por quê? Porque quando se muda o regime de bens, você muda para aproveitar o patrimônio que você tinha anteriormente. Mas, ressalvados os direitos de terceiros. É preciso, portanto, fazer uma apuração dos bens (uma relação).

Mas, a maior problemática hoje é: É possível a mudança do Regime de Bens hoje para casamentos realizados antes à vigência do NCC?

R: Quando o NCC entrou em vigor, o primeiro posicionamento doutrinário da época foi o de negar este direito de alteração de regimes dos casamentos realizados antes da entrada em vigor do NCC.

Mas, o Professor, como juiz, não vê empecilho para isso. Seria injusto negar este direito a um casal casado em 2000 e conceder a outro casado em 2003. Feriria o Princípio da Isonomia.

Mas, por que o NCC não previu isso?

R: Segundo o Professor, o argumento doutrinário que negava a possibilidade de mudança no regime de bens destes casamentos antigos está no art. 2039 do NCC. Ele prevê expressamente que os regimes de bens dos casamentos celebrados no VCC SÃO REGIDOS, ou melhor, É POR ELE ESTABELECIDO. Ou seja, aplica-se a regra do VCC.

Mas, para o professor, isso não impede a alteração do regime de bens.

Então, hoje, no STJ, resta PACÍFICO, que é admissível a mudança do Regime de Bens para as pessoas casadas antes da entrada em vigor do NCC de 2002 (RESP 730546 de MG e RESP 821807 do PR).

Mas, hoje, o professor diz que faz muito mais divórcio do que casamentos, que dirá, alteração de regime. E a maioria que se casa não faz pacto algum, e fica regendo então o Regime da Comunhão Parcial de Bens. Este Regime teve início a partir de 1977, com a lei do divórcio.

REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Há situações em que não se tem escolha de regime. É o previsto do art. 1641 do NCC. Este artigo cuida da separação obrigatória de bens. De quem?

1º) Quem casa em situação de causa suspensiva.

2º) Ou aquelas maiores de 60 anos. O professor entende que isso é uma vergonha, porque parece um tipo de interdição às pessoas. Isso parece uma norma elitista, porque a pessoa pode estar na flor da idade, e não podem escolher o seu regime de bens. Isso parece ser inconstitucional.

O professor afirma que na sua comarca, ele vai alterar sim, porque ele entende que esta regra é injusta e se prima por uma exceção.

3º) *Quem casa mediante autorização do juiz se casa com regime de separação obrigatória. Isso é para preservar o patrimônio destes nubentes, porque, por exemplo, se casaram aos 16 anos. Mas, imagine que este casal esteja casado já há 40 anos. É justo que este regime perdure?*

Isso ocorre quando não há autorização dos representantes destes nubentes, entrando a figura do juiz, qual seja, a autorização judicial. Por isso que o regime é da separação obrigatória.

E se este casal construiu um patrimônio em comum. É justo dizer que este patrimônio não vai ser partilhado?

Assim, o STJ, visando relativizar a dureza da separação obrigatória, por meio da súmula 337, passou a admitir, que no Regime da Separação Obrigatória se pudesse partilhar patrimônio comum amealhado no curso do casamento.

E a contribuição dela pode ser até psicológica, claro!

Essas pessoas não tiveram escolha quando se casaram! Esta súmula é justa.

Mas, esta súmula é só para quem se casou no regime da separação obrigatória, e não a convencional. Esta súmula permite a partilha do patrimônio comum. MAS, JAMAIS AFIRME QUE ISSO SERIA UMA IDENTIDADE COM O REGIME DA SEPARAÇÃO PARCIAL. Porque o que esta súmula faz é a aplicação de um princípio da separação de patrimônios, mas não tem nada a ver com a possibilidade de aplicação das regras do regime da separação parcial.

Obs.: Numa questão de sucessões, 1º sublinhe a data da morte do “de cujos”. Porque a data do óbito vai servir como referencial de qual lei se deve aplicar (NCC ou VCC). Depois, veja se ele era casado, e sublinhe. Depois, veja se ele havia se separado ou não. Depois, vá para o regime de bens. Porque a depender do regime de bens, a viúva concorre ou não com os filhos do “de cujos”.

Cada Regime define uma sucessão diferente. Cuidado!

1. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS:

Conceito: É um regime legal supletivo (porque quando não se faz o pacto, o que vigora é este regime). Neste regime, opera-se, como regra geral, uma separação patrimonial anterior ao casamento, e uma posterior comunhão dos bens adquiridos onerosamente, por um ou ambos os cônjuges, no curso da união conjugal.

Ex.: João casou com Maria em RCPB. João tinha como patrimônio uma bicicleta. Quando ele se separar, aquela bicicleta é só dele. Mas, o que eles tiverem adquirido, a título oneroso, formará um patrimônio comum, que deverá ser partilhado pelos 2. MAS, SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE, NO CURSO DO CASAMENTO!.

Assim, se um deles vier a receber uma herança, ela não se comunica ao patrimônio do outro cônjuge, porque é feito a título gratuito. Assim como a doação. Isto está no art. 1658 e art. 1659 do NCC.

Não entram na comunhão:

I- Doações, herança e nem os bens que forem substituídos no lugar daqueles.

II- Ex.: poupança, carro recebido em doação antes do casamento e vendido durante ele, vindo a se transformar

III- Cartão de crédito – não se comunicam. A esposa tem deveres com o seu próprio cartão de crédito, por exemplo.

IV- Obrigações...

V- Seus livros não se comunicam, porque é o seu trabalho. Assim como o carro do taxista.

VI- Os seus proventos são seus. Não existe meação de salário. Uma coisa é pagar alimentos. Mas, a meação de um provento é inadmissível. No entanto, o que você comprar na constância do casamento, com o seu provento, é dos 2.

Obs.: A despeito do que dispõem o inciso VI do art. 1659, no sentido de não se comunicar o direito ao provento ou fruto do trabalho pessoal de cada cônjuge, o STJ tem precedente (RESP 421801 do TJRS) no sentido de que créditos trabalhistas DEVEM SER INCLUÍDOS NA PARTILHA DE BENS. É uma jurisprudência “contra legem”, porque os proventos são de cada um, ora! (O Min. Rui Rosado mandou dividir esses créditos com a mulher, porque os bens da maioria dos brasileiros é o próprio salário. Sendo assim, não deferir a sua partilha, seria o mesmo que ir contra o regime da separação parcial de bens, que era o regime deste casal)

A Apelação Cível, no TJRS, 7000.675.7793 (FGTS – Previdência Privada), por se tratarem de verbas indenizatórias, não entram na comunhão. O professor concorda com isso, mas os frutos que o capital produzir, podem ser repartidos.

Ex.: Aplicação do FGTS – o capital lá depositado é do seu titular. Isso é uma forma de se proteger o seu capital num casamento. No entanto, os frutos gerados dessa aplicação são do casal.

A indenização oriunda de seguro invalidez também não se comunicam (informativo do STJ – 07/01/08)

VII – rendas dos militares também não entram na comunhão parcial.

O art. 1660 elenca os bens que se comunicam na comunhão parcial de bens:

I – os bens adquiridos a título oneroso, ainda que no nome de um só dos cônjuges. (Salvo se o bem foi adquirido por dinheiro que era anterior ao casamento)

II – ex.: Loteria – se comunica.

III- a herança, a doação ou o legado FEITO PARA OS CÔNJUGES, claro que integram o patrimônio comum. O que não se comunica, no RCPB é a herança recebida por um só dos cônjuges.

IV – as benfeitorias realizadas por cada um devem ser divididas, porque são frutos do esforço comum. Isso é uma luta nas audiências.

V – Ex.: o aluguel deve ser repartido entre ambos.

Art. 1661 do CC – este artigo foi fruto de uma questão de prova: um cidadão, solteiro, comprou um apartamento, celebrou um contrato de promessa de compra e venda. Dividiu em 15 prestações. Pagou todas. Foi na construtora e pediu para que fosse lavrada a escritura definitiva do imóvel. Mas o construtor estava viajando e pediu para ele aguardar. Neste meio tempo, ele se apaixonou por uma mulher e se casou. Durante o casamento, foi firmada a escritura definitiva. Houve separação, e a mulher reivindicou metade do apartamento. Está certa ou errada?

R: Errada! Por causa do art. 1661! Porque estes bens são incomunicáveis ao patrimônio de um casal a aquisição de um bem cujo título tem uma causa anterior ao casamento. Ele já tinha direito adquirido à escritura, inclusive!

Veja que, se o cidadão tivesse ainda umas 5 prestações casadas para pagar, depois do casamento, neste caso, a mulher teria direito a parte proporcional deste imóvel.

Obs.: A amante de boa-fé (a concubina) que se relaciona com um casado se enquadra da putatividade, é união estável. E a amante que sabia que o outro era casado, mas mantém relação com ele há anos, já tem outro tratamento...

2. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS:

Segundo Arnaldo Rizzardo, consiste este regime em uma fusão dos bens trazidos para o casamento, formando uma única massa. Aqui, há uma fusão de bens.

Ele é regulado a partir do art. 1667 do NCC.

Todos os bens, presentes e futuros se comunicam. Inclusive as dívidas passivas, com as exceções do art. 1668.

Assim, são excluídos do Regime da União Universal (RUU):

1. Os bens doados ou herdados com cláusula de INCOMUNICABILIDADE, e os sub-rogados em seu lugar. Esta cláusula deve ser gravada. É o melhor presente que os pais podem dar aos seus filhos casados, independentemente do regime de bens que ele tenha optado no seu casamento. Na comunhão parcial, a herança percebida por um dos cônjuges não se comunicam. Mas, no regime da união universal se comunicam! Salvo, se estiverem gravados pela incomunicabilidade.

2. Esses bens do fideicomisso não se comunicam no RUU.

3. Não se comunicam também as dívidas anteriores ao casamento, salvo as que por vierem das despesas que reverterem ao proveito comum. (Aprestos são os preparativos do casamento)

4. Os bens doados entre os cônjuges, em um pacto antenupcial, não se comunicam se gravados com cláusula de incomunicabilidade. Assim, ele dá e não recebe de volta caso se separe.

5. Lido...

3. REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS:

Nada tem a ver com a obrigatória, que é imposta por lei. Esta separação convencional é regulada nos artigos 1687 e 1688 do NCC.

Conceito: Na SCB, cada cônjuge possui patrimônio próprio e administração exclusiva do que lhe pertence. Quem casa neste regime, não precisa nem da outorga uxória na venda de um imóvel.

Ela é escolhida por pacto antenupcial. Não cabe aqui a súmula 337 do STJ.

Ambos os cônjuges são obrigados a contribuírem para o sustento da casa, da família, ...

4. REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS:

Este regime foi criado na Costa Rica e foi seguido na Alemanha, na França, na Argentina, na Espanha e no Brasil.

Este regime é de alta complexidade. Ao ponto de alguns autores não recomendarem este tipo de regime. É difícil de ser aplicado, sujeito a fraudes. Silvio Venosa afirma que não deve pegar no Brasil. Clóvis do Couto e Silva até desejou que este fosse o regime supletivo no Brasil. Este regime é bem intencionado.

Ex.: Digamos que um casal tenha optado pelo RSCB. Mesmo caso neste regime, pode acontecer deste casal adquirir um bem oneroso, conjuntamente. Ex.: A casa de praia. Mas, o imóvel está no nome de apenas 1. E, havendo separação, este levaria o bem todo. Então, por meio deste regime, o que se pretende é que ele funcione, durante o casamento, que cada um administre o seu próprio bem, mas na separação, este regime permite a partilha do patrimônio oneroso adquirido pelo casal.

Neste regime, faz-se o cálculo de 3 patrimônios: um do marido, o outro da esposa e o outro adquirido pelo casal. Isso é muito complexo para a nossa realidade, porque teria que existir uma consultoria para realizar este cálculo.

Não é o mesmo que na comunhão parcial. Porque aqui, tudo que foi comprado na constância do casamento é do casal.

Já na divisão de aquestos é mais difícil apurar qual a participação econômica de cada um, que não será simplesmente a meação.

Neste regime, durante o curso do casamento, os cônjuges se comportam como se estivessem casados em regime de separação de bens, administrando cada um o seu patrimônio particular. Todavia, em caso de dissolução do casamento, admite-se a partilha do patrimônio comum adquirido onerosamente pelo casal. (art. 1672 do CC)

Art. 1672 – os bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, é partilhado (não como nas regras da comunhão parcial).

Art. 1673 – integra ao patrimônio de cada cônjuge os bens que cada um já tinha mais o que for adquirido durante o casamento.

Os bens MÓVEIS podem ser alienados sem autorização. Isto quer dizer que os bens imóveis precisam de outorga de cada um?

Art. 1681 – a titularidade de um imóvel pode ser impugnada para evitar a fraude.

Ex.: uma casa é comparada pelo casal, por 100 mil. Cada um dá 50 mil. Mas, o imóvel está no nome de um só. O outro pode impugnar de pronto.

Este regime visa à aplicação da Proibição do Enriquecimento sem Causa.

Este regime não admite a aplicação da súmula 337 do STJ, embora a idéia seja a mesma, tanto do regime quanto da súmula, o regime comporta cálculo diverso.

Este regime não é indicado, segundo o professor.

UNIÃO HOMO-AFETIVA

Alguns autores têm chamado esta união de “homo erótica”. O professor considera isso uma grosseria, que não deve jamais ser mencionado na prova.

Esta expressão “homo afetiva” é da Desembargadora Maria Berenice Dias, que considera a união uma questão afetiva e não sexual.

Não considere a homossexualidade como uma doença. É uma questão de sexualidade, por isso que, sendo politicamente correto, deve-se tratar este caso como homossexualidade.

Doença mesmo é o transsexualismo. É uma doença neurológica.

Já a homossexualidade não é simples opção, nem é doença. A causa não é precisa. Na Itália, foi veiculado um anúncio onde um bebê carrega em seu pulso, ainda na maternidade, uma pulseira onde se lia “homossexual”, porque hoje, muito se propaga que a homossexualidade é uma causa genética.

Esta matéria nos remete a um tabu, por isso, é pouco enfrentada em nossos Tribunais, muito menos em nosso ordenamento jurídico. As primeiras decisões a respeito deste tema são na área previdenciária.

Na prova, cuidado com o que se escreve, porque você não sabe o que se passa na cabeça do examinador, e temas que envolvam religião e sexualidade exigem que o candidato tenha cuidado e respeito. Pise em ovos.

Outros países, diferentemente do Brasil, estão mais avançados neste tema. Aqui, ainda estamos discutindo o reconhecimento de uma realidade patente.

Mesmo assim, há 2 correntes sobre a matéria:

1ª) A união entre pessoas do mesmo sexo não forma uma entidade familiar.

Defensores: Flávio Tartuce e Álvaro Villaça.

Para eles, esta união forma simplesmente uma “sociedade de fato”, protegida apenas pelo direito obrigacional. Esta corrente é o posicionamento do STJ (ver RESP 502995 do TJRN e ver o RESP 323370 do TJRS).

No concurso federal, perguntam qual é o posicionamento do STJ frente a este tema: basta repetir o dito acima.

2ª) Eles entendem que a união entre pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar equiparada à UNIÃO ESTÁVEL e tutelada pelo DIREITO DE FAMÍLIA.

Esta corrente é defendida pelo IBDFAM, Maria Berenice Dias, Paulo Lobo, Luiz Edson Faquin, Luiz Roberto Barroso. Esta 2ª corrente conta, inclusive, com um parecer do LRB quanto ao art. 226, § 1º da CF/88. O seu parecer é no sentido de que a sua orientação sexual não pode limitar a individualidade do outro. Veja que o STF ainda não tratou da UHA, mas o Min. Marco Aurélio dá a entender que ele considera esta união como união familiar (ADI 330). Mas, na prova, coloque o posicionamento do STJ.

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES AFETIVAS:

No Direito Comparado, lembra-nos Rui Rosado de Aguiar, que nas relações de família, é admitida na Espanha, na Argentina, na França, em Portugal, na Inglaterra e nos EUA, havendo resistência na Alemanha. Mas, é tendência hoje, (ver artigo do Português Guilherme de Oliveira) que este tema é inteiramente admissível, pois, uma vez que se consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, o dano moral deve ser compensado inclusive quando se dá dentro do seio da família.

Lembra ainda o professor que, uma vez dentro do seio da família, é um caso mais sério ainda!

No que tange ao casamento e às uniões estáveis, já se admite isso. Veja o RESP 37051 de TJSP. Este foi o 1º caso a admitir esta responsabilidade dentro do casamento.

O descumprimento do dever conjugal, dentro do casamento ou da união estável, enseja sim, amparado largamente pela doutrina, reparação por dano moral.

Ex.: infidelidade.

Esta responsabilidade, segundo Inácio de Carvalho Neto, dentro do casamento, é uma responsabilidade extracontratual, ou aquiliana.

Porque os deveres conjugais decorrem da lei, mas o descumprimento deles geram responsabilidade sim, aquiliana.

A Min. Nancy Andriggi defende que cabe reparação a título de danos morais para quem viola o dever de fidelidade.

Ex.: Uma mulher que viveu durante 20 anos com o seu marido, escondendo que seus 2 filhos eram de outro homem. Ela foi condenada a pagar uma reparação de 200 mil reais.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO:

Não há dinheiro no mundo que compense o abandono e a indiferença de um pai ou de uma mãe ao seu filho.

A responsabilidade civil neste caso já é defendida também. Esta responsabilidade tem por base a Teoria do “Punitive Damage”. (teoria do desestímulo)

Esta punição tem um viés de educação pedagógica.

Ora, o abandono material é crime. E o abandono afetivo, apesar de não poder ser mensurado, está começando a ser tratado pelos

nossos tribunais.

No caso do Alexandre Fortes, em MG, que foi abandonado pelo pai que se separou e formou nova família. Ele sempre recebeu os alimentos. No entanto, o pai jamais lhe deu atenção. O que os autores querem, na maioria das vezes, é só o reconhecimento da sua existência.

No RESP 757411 de MG, o STJ reformou a decisão do TJMG, não acatou a tese a responsabilidade civil oriunda de abandono afetivo e espiritual, e acrescentou que a única consequência que este abandono poderia gerar seria a perda do poder familiar.

O professor lamentou muito esta decisão.

Sant Exupéry – “Todos são responsáveis por aquilo que cativam”.

10/01/08 – 23ª Aula (última aula do Pablo)

OUTORGA UXÓRIA:

No passado, falava-se que a autorização da esposa era a outorga uxória e a do marido era a autorização marital. Mas, hoje, já se ouve a expressão outorga uxória tanto para um como para o outro.

Veja o art. 1647 do NCC. Aqui temos o rol de situações que justificam a outorga uxória. Essa separação absoluta é a convencional ou a obrigatória? Pois quem se casa neste regime não precisa da outorga uxória. É um regime que excepciona a outorga uxória, mas o que é separação absoluta? O que queria o legislador querendo dizer?

R: Cuidado. Pode ser que o examinador interprete o artigo pensando tanto na separação obrigatória como na separação convencional.

Mas, data vênua, este não é o melhor entendimento. Na verdade, quando o legislador se refere à separação absoluta, ele está se referindo à separação convencional de bens. Quem fala melhor nisso é Nelson Nery Jr. Porque, quando o legislador se refere à separação absoluta, só pode ser a separação convencional, escolhido no pacto antenupcial, porque neste, não há patrimônio comum a ser partilhado. Assim, neste caso, a outorga uxória é dispensável. Já na separação obrigatória, pode até haver patrimônio comum a ser partilhado.

Assim, quem é casado com o regime da separação convencional, não precisa da autorização da mulher ou do marido para a realização de certos atos.

E quais os outros regimes que admitem isso?

R: Obs.: Vale lembrar que, no caso de regime de participação final, posto, em regra a outorga uxória seja necessária, esta exigência pode ser dispensada no pacto antenupcial (art. 1656 do NCC).

Assim, quem é casado no regime da participação final, certos atos necessitam da autorização de um dos cônjuges. Porém, se no pacto antenupcial se dispense a outorga, a realização desses atos poderá ocorrer livremente. É a convenção da outorga uxória.

Os atos que em geral exigem (art. 1647) a outorga uxória são aqueles que se relacionam a bens imóveis. Ex.: vender, hipotecar, gravar, prestar fiança, prestar aval, atuar como réu ou autor, fazer doação remuneratória (é a doação que se faz por serviços prestados. Ex.: doação àquele dentista que nunca lhe cobrou nada e atendia a família inteira) de bens comuns ou que integrem a “herança”.

Obs.: Para compra não é preciso autorização!!! Isso é só para alienação.

II – para ser autor ou réu também é preciso da presença do outro cônjuge.

E se a esposa não quiser dar a anuência por capricho?

R: Art. 1648 do CC – cabe ao juiz suprir a outorga.

Qual é a consequência da falta da outorga uxória?

Ex.: o marido prestou fiança sem a autorização da esposa.

O que ocorre?

Na ausência da outorga uxória, o ato é inválido, segundo o STJ. Não é caso de simples ineficácia. É caso de invalidade.

Vender um imóvel sem a anuência da mulher é um ato inválido. E o ato é anulável (art. 1649 do NCC).

O STJ firmou entendimento que no caso de garantia prestada sem outorga uxória todo o ato é invalidado (RESP 851364 do TJRS e RESP 832669 de SP). Isto quer dizer que não tem essa estória de ressaltar metade do bem não. Porque todo o bem é protegido. Porque toda a garantia cai. Todo o patrimônio do casal fica preservado. É anulação do ato, está na lei. O STJ fala erroneamente em nulidade, mas está equivocado mesmo, a não ser que seja uma nulidade relativa.

Art. 1650 do NCC – legitimidade das pessoas que podem pleitear a invalidade do ato acima.

A outorga uxória é a restrição de um direito, logo, deve ser interpretado restritivamente, assim, se a lei a previu para o casamento, não extrapole isso para a união estável, porque não cabe.

PARENTESCO:

Marido e mulher, companheiro e companheira não são parentes entre si, se falar isso no concurso, leva uma pedrada!

Quem melhor fala nisso é a professora Maria Helena Diniz (SP). Com base na sua doutrina, podemos conceituar o parentesco como a relação que vincula pessoas que descendem umas das outras, de um mesmo tronco comum, e bem assim, a relação que une um cônjuge ou companheiro aos parentes do outro.

O parentesco pode se originar também da norma jurídica, chamada esta de PARENTESCO CIVIL.

Segundo o saudoso Caio Mário, que o parentesco é o vínculo mais profundo que existe.

E o parentesco canônico considera até mesmo a relação entre padrinhos e afilhados como parentesco espiritual.

Mas, hoje, o parentesco pode ser:

a) Civil ou

- b) Consanguíneo/Natural ou
- c) Por Afinidade

PARENTESCO CIVIL:

A adoção é um parentesco que surge da norma. É um parentesco civil. Assim, como aquele parentesco que surge da sócio-afetividade (ex.: inseminação artificial heteróloga, que gera um parentesco civil – e não consanguíneo).

Ex.: o homem é estéril e a mulher não, mas ele autoriza a inseminação heteróloga (onde o sêmen é de outro homem). Assim, a mulher tem parentesco consanguíneo e o pai tem parentesco sócio-afetivo.

Obs.: A inseminação heteróloga ou homóloga (material do próprio casal) encontram-se referidas no art. 1597 do NCC. Isso é um tema do Bio Direito, vale a pena se aprofundar para o concurso.

Art. 1597 do NCC:

I - o filho que nascer pelo menos até 180 dias depois da relação é seu.

II – após a separação, o filho nascido após 360 dias é seu.

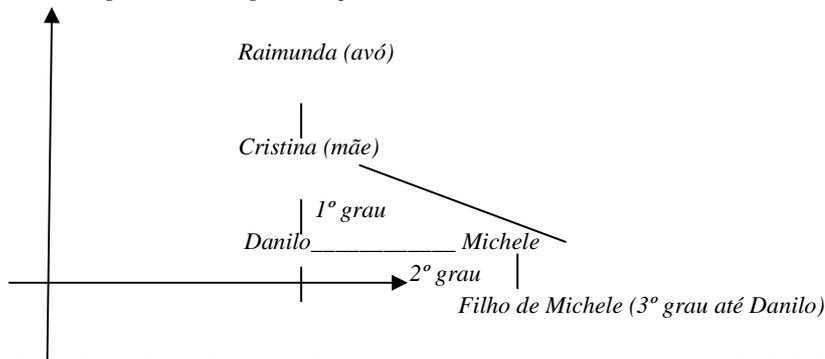
III – para o cidadão que deixou o seu sêmen no laboratório, e morreu. A mulher faz a fecundação a qualquer tempo, e aquele filho será do falecido.

IV – daqueles embriões congelados, qualquer um que nascer é filho seu.

V – (é o caso da nossa aula hoje) – trata-se aqui do parentesco civil, porque o material não é do homem, mas ele autorizou. Assim, a relação é inteiramente sócio-afetiva, é parentesco civil.

O PARENTESCO CONSANGUÍNEO:

É o parentesco genético, biológico. Ele pode ser na linha reta ou na linha colateral.



Subindo ou descendo se chega ao infinito, porque o parentesco por consanguinidade de linha reta não tem limite. Cada intervalo entre 2 pessoas é um grau.

Já o parentesco por consanguinidade limita-se até o 4º grau. E eles derivam de um mesmo tronco. O parentesco entre 2 irmãos é um parentesco consanguíneo de 2º grau, porque ele não pariu a irmã.

O parentesco por afinidade é aquele travado entre cônjuges ou companheiros, e entre os parentes de um companheiro e os parentes do outro. Ele tanto pode ser na linha reta ou na linha colateral. Na linha colateral estabelece uma relação de CUNHADIO (entre cunhado, portanto).

Ex.: João Paulo se casa com Nilza. Por parentesco de afinidade, eu sou cunhada dela.

E se ela tivesse irmã, o que ela seria de mim?

R: É co-cunhado. Isso é “porra nenhuma”. Porque não existe parentesco nenhum! No ordenamento jurídico, isso é nada.

Ex.: Chegou ao STJ um pedido de alimentos da nora para o sogro. Nada a ver!

O parentesco por afinidade na linha reta não tem limite! Seja ascendente ou descendente, o parentesco não tem limite.

Ex.: o Pedro é meu parente por consanguinidade na linha reta. E não tem limite. O filho dele será o meu parente. A minha mãe é seu parente...

Assim, o art. 1595, §2º não permite jamais o casamento entre parentes com afinidade em linha reta. Porque ele não se extingue nem com a dissolução da união estável e nem com a do casamento.

Cunhados podem se casar, mas o genro com a sogra, jamais!

GUARDA DE FILHOS:

O professor lembra que esta relação é tão profunda que pouco importa seja este filho biológico ou não (ex.: adoção).

Kalil Gilbram – não ser super protetores com os filhos.

A guarda de filhos é decorrência do Poder Parental e traduz um conjunto de obrigações e direitos em face da criança ou adolescente, especialmente de assistência material e moral.

A guarda que tratamos aqui é aquela proveniente da separação ou do divórcio.

A guarda passa por uma verdadeira revolução no Brasil, nos últimos 5 anos.

No nosso sistema jurídico, existem 4 modalidades de guarda. Fique atento no concurso.

1. *Guarda Exclusiva*
2. *Guarda Alternada*
3. *Aninhamento ou Nidação*
4. *Guarda Conjunta ou Compartilhada*

A guarda exclusiva é a mais vista no Brasil. Ela é praticamente unilateral. Nela, o pai ou a mãe detém a guarda material e jurídica com prevalência sobre o outro. É aquela onde o juiz defere ou à mãe ou ao pai. E o outro fica só com o direito de visita. Mas, o guardião é um só. O outro só tem direito de visitas e férias alternadas.

Waldir Grisard Filho reforça que um dos dois, pai ou mãe, detém a guarda exclusiva do filho, que é uma guarda material (maior proximidade com o filho) e tem ainda poder de comando. Quem toma decisões é quem tem a guarda. Não que o outro não deve ser ouvido, mas quem detém exclusividade esse poder é quem fica com a guarda.

Aqui nasce a dor de muitos pais que deixam de ter a convivência com os seus filhos.

Hoje, não se opta mais a guarda no critério da culpa da mãe ou do pai que gerou a dissolução da relação. Veja que o art. 1584 do NCC agora prevê que a guarda deve ser deferida àquele que revelar melhores condições de cuidar do filho. Mas, não é condição financeira, e sim, moral, educacional, afetiva, ...até porque financeiramente falando, a guarda pode ficar com um mais pobre e os alimentos equilibrarem as eventuais adaptações da nova vida do filho.

Hoje, a tendência é que a guarda exclusiva diminua, no futuro, para o bem dos filhos.

A GUARDA ALTERNADA é aquela onde o pai e a mãe revezam períodos de guarda exclusiva. Claro que enquanto o filho está com um ou com outro, quem não tem a guarda tem direito às visitas.

Ex.: Murilo Benício e Giovanna Antonela.

Isso deve constar em algum acordo.

A GUARDA POR NIDAÇÃO a criança fica sob o mesmo teto e no mesmo domicílio mantendo contatos periódicos com o pai e com a mãe. Assim, a criança não ficaria mudando de casa a todo instante. Não ficaria alternando ambientes por longo prazo. Não chega a ser guarda alternada, porque os pais ficam no mesmo ambiente. O professor entende que não é bem aconselhável para a vida afetiva dos pais no futuro.

A GUARDA COMPARTILHADA OU CONJUNTA é a mais indicada, no mundo inteiro.

Países que adotam a guarda compartilhada: EUA, França, Holanda, Alemanha, Suécia, ...

A guarda compartilhada não tem base explícita no ordenamento ordinário brasileiro. O NCC nada fala sobre ela.

A doutrina então, através da Maria Berenice Dias defende que a base jurídica está na CF/88, no art. 226, §5º da CF/88 que consagra o princípio da isonomia entre o pai e a mãe. No VCC não havia isso. A lei do divórcio, na sua redação original, se houvesse culpa do pai e da mãe, quando da dissolução do casamento, a mãe ainda assim, ganhava prevalência.

A guarda compartilhada ou conjunta, de base constitucional, é aquela em que, afastando exclusividade de guardião, estabelece, sem qualquer prevalência, poderes iguais do pai e da mãe, que se co-responsabilizam pela condução da vida do filho. Aqui, não há unilateralidade de apenas um dos pais. A casa de um não prevalece sobre a casa do outro. Na guarda exclusiva, a mãe pode até levar para a escola o termo de exclusividade que ela tem, mas nessa guarda compartilhada, não, porque o que pretende aqui é a conservação da (Novo Projeto de Lei nº 6350 – que pretende tornar a guarda compartilhada como a única no Brasil).

O juiz deve demonstrar as vantagens da guarda compartilhada, porque não há egoísmo na condução dos filhos. Mas, na Câmara, já para aprovação final, prevê que a guarda compartilhada tanto pode ser oriunda de acordo OU DE IMPOSIÇÃO DO JUIZ.

Mas, é pouco recomendável que o juiz interfira desta forma, salvo em casos excepcionálísimos onde o juiz perceba que o casal tem um bom relacionamento, ou pelo menos harmônico, e por receio deste novo sistema de guarda, precise o juiz recomendar este modo de guarda.

FILIAÇÃO:

Deve-se fazer aqui uma análise sempre à luz do princípio da igualdade ou da isonomia, conforme a CF/88.

Reconhecimento Voluntário de Filho ou Perfilhacão.

Isso é regulado no art. 1609 do NCC. Este artigo revogou parte da lei (não peguei).

Os filhos havidos dentro do casamento possuem uma presunção de paternidade. E para os filhos havidos fora do casamento não há essa presunção.

Mas, a 1ª forma de se reconhecer a filiação é no cartório de registro de pessoas naturais, mesmo que o homem não seja casado.

Não se quer falar aqui em filho legítimo ou ilegítimo, até porque isso não existe mais.

A 2ª forma de reconhecimento de filiação é por escritura pública ou particular arquivado em cartório. Assim, um homem pode reconhecer um filho dessa forma, desde que registrando, pois isso tem validade.

A 3ª forma é o reconhecimento por testamento, ainda que incidentalmente, ou seja, fazendo menção, indiretamente.

Obs.: Uma pessoa pode fazer quantos testamentos ele quiser, porque ele pode ser revogado várias vezes. Mas a cláusula de reconhecimento, nunca será revogada.

A 4ª forma é a manifestação direta frente ao juiz.

A 5ª forma é o reconhecimento por escritura pública em cartório do filho que ainda vai nascer e depois será registrada na sua certidão de casamento.

Obs.: reconhecimento tardio do filho só pode ocorrer se ele tiver deixado descendentes, porque assim a herança desce. Foi sábia lei.

Características do reconhecimento de Filiação.

1. É um ato solene, deve seguir as hipóteses da lei.
2. É um ato espontâneo,
3. Irrevogável,
4. Incondicional
5. Personalíssimo.

Obs.: Mas, excepciona-se esta hipótese de reconhecimento por meio de procuração com poderes especiais (art. 50 da Lei de Registros Públicos)

Um menor relativamente incapaz tem um filho. Para registrar este filho, o pai precisa de assistência de um representante legal?

R: É pacífico que ele pode reconhecer o filho sozinho, porque afinal de contas não se trata de um negócio jurídico, trata-se apenas do reconhecimento de um fato.

Um menor absolutamente incapaz pode ter filho?

R: Claro! Um menor de 15 anos é absolutamente incapaz sim, mas a doutrina (Maria Berenice) não recomenda que o avô ou a avó assinasse por ele ou com ele e entende que o registro desta criança, de boa cautela, porque os avós podem manipular o menor-pai, se dê mediante procedimento judicial, com a presença do MP.

Obs.: A lei brasileira, no art. 1614, exige a autorização do filho reconhecido apenas na hipótese dele ser maior. Ou seja, só se pode reconhecer filho maior com a autorização dele, porque esta anuência é uma condição “sine qua non”.

E o menor??? Fica na injustiça?

R: Ele pode impugnar o reconhecimento quando atingir capacidade plena, no prazo decadencial de 4 anos (ou seja, até os 22 anos) ou a contar da emancipação.

Assim, o filho menor não precisa aceitar, mas pode impugnar.

Ora, mas a maioria dos institutos de família não tem prazo. Porque este direito de impugnar tem prazo?

Para o STJ, este prazo é inconstitucional. Para o tribunal, esta impugnação é sem prazo. Mas, numa prova de marcar, coloque o artigo do NCC, ou seja, que tem prazo decadencial sim, e de 4 anos, a partir do momento em que o filho reconhecido atingiu a maioridade.

No Reconhecimento Judicial ou Coercitivo de Filiação, que é uma 2ª forma de reconhecimento, não se trata do reconhecimento investigatório.

Obs.: É comum hoje a Ação Anulatória de Registro de Nascimento – ela se baseia no vício de consentimento no ato do registro, em especial, o ERRO. Ou seja, registro do filho imaginando que era meu, mas errei.

Ex.: Alexandre Accioli.

STJ decidiu isso no RESP 878954 do TJRS julgado em 2007. (Nancy Andrighi)

Obs.: O professor faz uma ressalva para o caso de haver construído uma relação sócio-afetiva.

A ação reivindicatória de paternidade (pode ser de maternidade também) visa a declarar a filiação e é proposta pelo suposto pai. Se busca aqui a declaração de paternidade, proposta pelo próprio pai. É uma ação de Família.

Temos ainda a Ação Negatória ou Contestatória de Paternidade – este tipo de ação é especialmente proposta pelo marido. Porque o filho da minha esposa é presumivelmente meu, mas se ele não se parece nem um pouco comigo, eu vou contestar a minha paternidade.

E por fim, a nossa vedete: A Ação Investigatória de Paternidade. E pode ser de Maternidade também, porque não se pode afirmar mais que a maternidade é sempre certa, porque pode haver a troca de bebês. É raro mais ocorre.

É uma ação imprescritível porque se busca a verdade material e porque é se busca uma decisão meramente declaratória. Efeitos patrimoniais podem prescrever.

Ex.: É possível a ação investigatória “post mortem”, a qualquer tempo, mas os efeitos patrimoniais prescrevem. Assim, se ele quiser fazer uma petição de herança, ele precisa saber que tem apenas 10 anos para isso.

Quem tem legitimidade ativa para propor ação investigatória de paternidade?

R: É o suposto filho. Bem, como o MP, que também tem legitimidade como substituto processual importantíssimo.

Esse direito de propor a ação e de investigar a paternidade do meu pai é meu. É personalíssimo, tem uma pertinência pessoal muito forte. No entanto, os meus herdeiros podem continuar a ação (art. 1606 do NCC).

Então, se aquele que investigava morreu, os herdeiros podem ingressar na ação para poder continuá-la.

Esse direito é personalíssimo, essa é a regra, embora os herdeiros possam ingressar.

Porém, o STJ, afastando-se da literalidade da norma, julgando o RESP 604154 do TJRS, admitiu que netos pudessem investigar a filiação do seu pai em face do avô. (neto pode investigar uma relação avoenga)

Ex.: O Pedro quer saber se o Marcelo é filho do Sr. Albino. (se este nunca reconheceu a paternidade do Marcelo) assim, o que o neto quer (e tem esse direito) é saber se o Sr. Albino é pai do Marcelo e por conseqüência, avô desses netos.

Quanto à legitimidade passiva. Quem figura no pólo passivo desta ação de investigação de paternidade?

R: É do suposto pai e, caso seja morto, responderão os herdeiros.

Na Ação Investigatória “Post Mortem” (onde o suposto pai já é falecido) a legitimidade passiva não é do espólio, Pelo Amor de Deus, porque essa ação é de estado, e o espólio não responde por isso, e sim, por patrimônio. Assim, a legitimidade passiva, neste caso, é dos herdeiros.

Ex.: A mulher pariu um filho quando o marido morreu em viagem. Depois, foi ao cartório com a certidão de óbito e quis registra a filha com nome do pai morto. Isso não pode! Porque deve haver ação!!! Procedimento Judicial. Com MP! Porque o registro ou o reconhecimento de filiação é ato personalíssimo. Se o morto não pode estar ali, faz-se uma ação de reconhecimento de paternidade face aos herdeiros do de cujus. E isso foi possível porque o marido tinha uma filha (irmã do bebê) de um relacionamento anterior.

EXAME DE DNA:

Obs.: Capitu – leitura obrigatória.

Obs.: O IML já faz exame de sangue por tipagem sanguínea. Mas, este exame não afirma com absoluta certeza de quem é a paternidade. Este exame deve ser interpretado por exclusão.

No entanto, o exame de DNA dá quase absoluta certeza sobre o seu resultado.

Mas, vale lembrar que os laboratórios brasileiros não possuem uma averiguação de rotina. E nem mesmo existe laboratórios desta qualificação pelo Brasil, possibilitando que todos possam fazer este exame como melhor forma de prova para a sua ação.

Importa ainda que o juiz não pode dar mais valor a uma prova ou outra. Assim, como julgar diante de um exame de DNA que vai contra todas as demais provas juntadas aos autos?

R: O RESP 397013 do TJMG nos dá diretrizes para solucionar eventual conflito num processo da investigação entre o exame de DNA e as outras provas produzidas (porque conflitantes).

Assim, a jurisprudência sugere que não se faça um terceiro exame de DNA.

E ainda, não se pode determinar, obrigatoriamente, que o suposto pai se submeta ao exame de DNA (súmula 301 do STJ). Assim, diz a súmula que se o homem não quiser fazer o exame, terá que suportar a presunção que pesará sobre ele de que existe veracidade da prova de que se deveria produzir. Mas, essa presunção é relativa. E o juiz não pode julgar só com base nessa presunção. Ele tem que buscar outros elementos para confirmar esta presunção jûris tantum.

Obs.: Segundo o STJ, no RESP 557365 de TJRO, a ficada confirma a presunção de paternidade. (Meu Deus!)

O professor considera isso muito emblemático. Mas, este RESP caiu nas mãos da Ministra Nancy Andrighi, que tem bastante sensibilidade para o tema. No caso em tela, o rapaz se recusou a fazer o exame de DNA. Quando o juiz buscou aplicar a presunção de veracidade desta paternidade, ao julgar, ele foi ao processo procurar outras provas que confirmassem essa presunção, e descobriu que existia uma ficada, e foi o suficiente para confirmar a paternidade.

Qual o foro competente para a ação de investigação de paternidade?

R: Súmula 1 do STJ – se a investigatória for cumulada com alimentos, o foro é do domicílio do ALIMENTANDO.

Não sendo cumulado o pedido, em tese, o foro é do domicílio do réu.

E se for petição de herança, o foro é aquele onde tramita o inventário.

A sentença, na ação investigatória, em que não se produziu o exame de DNA não transita materialmente em julgado (isso é pacífico). Ou seja, admite-se a mutabilidade dos efeitos da coisa julgada.

E na mesma linha, um cidadão reconhece a filiação numa sentença. E depois, descobre que não era pai, diante de um exame de DNA. Ele poderá mover, depois, uma ação rescisória. Ou ainda, uma ação declaratória.

Isso porque quando não se faz o exame de DNA, não há trânsito em julgado material.

No entanto, se o exame não foi feito por causa de recusa, e o sujeito sofre a presunção da súmula 301, ele não poderá depois rediscutir a matéria.

PEDIDO DE ALIMENTOS DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA:

Quando se julga procedente a ação investigatória, o juiz pode de ofício fixar alimentos (Lei 8560/92, art. 7º). (ou seja, concedem-se os alimentos tenham sido eles pedidos ou não na inicial)

E esses alimentos, que são decorrentes da ação investigatória que julgou procedente o reconhecimento, começam a contar a partir de quando? A partir de que momento

R: Súmula 277 do STJ – os alimentos são devidos desde a citação.

Ex.: O suposto pai que se recusa a fazer o exame de DNA e, no entanto, era a cara do filhinho, o professor recomenda que o pai ou reconheça o filho ou faça o exame, porque ele já avisa de antemão que julgará procedente a paternidade, e assim, os alimentos contarão desde a citação.

Obs.: A paternidade biológica deve seguir a paternidade sócio-afetiva. No entanto, os juízes não podem simplesmente se tornar homologadores de exames de DNA. Pois, João Batista Vilela recomenda que se faça uma “desbiologização” da paternidade, porque, a doutrina deve caminhar no sentido de se reconhecer a paternidade sócio-afetiva. Há inclusive AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA, cuja relação se baseia nos laços da afeição.

Ex.: Adoção à Brasileira – quando um homem faz o reconhecimento de paternidade de um filho que não é dele (sem o consentimento da mulher).

O TJPR negou o pedido de negativa de reconhecimento de paternidade de homens como esse, que anos depois o reconhecimento, fez um exame de DNA para provar que não é pai biológico, para revogar aquele ato e não mais ser pai daquela pessoa.

O TJPR entende que já houve a construção de uma relação sócio-afetiva de filiação que não se deve romper agora, simplesmente por causa de um exame. A não ser que este pai tenha cometido um ato de grave violência a esse filho, então, de fato, se deve romper a relação.

E ainda, temos a Tese da Paternidade Alimentar: trata-se de construção doutrinária que respeitando a filiação sócio-afetiva mantém a obrigação alimentar em face do pai biológico do alimentando. (Ronaldo Spendler)

Ex.: Ricardo – a mãe biológica é rica, mas abandonou-o. Assim, os pais adotantes podem ingressar com uma ação querendo alimentos a esta mãe biológica.

15/01/08 – 24ª aula

ALIMENTOS:

Conceito: São prestações devidas para a satisfação das necessidades vitais de quem não consegue supri-las por seus próprios meios. A expressão “meios” tem uma acepção mais ampla que “trabalho”.

O fundamento que leva uma pessoa a pagar e a outra a receber está na lei. E os alimentos somente podem ter por origem uma determinação da lei. O dever de alimentar deve vir da lei. E por que da lei? R: Por causa do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Por trás do dever de alimentar existe o direito de outro se manter, a proteção de uma pessoa, a dignidade de um indivíduo, o direito à vida. É a ponderação de valores entre o Direito à Propriedade e o Direito à Vida. Entre os dois princípios, qual deles está mais próximo ao direito da personalidade? É o direito à vida. Logo, prevalece o direito à vida.

O outro Princípio consagrado no dever de alimentar é o da Solidariedade Familiar (Família Lego = expressão vista em concurso). Quando qualquer um dos membros da família estiver em dificuldade, quem puder ajudar tem obrigação de ajudar.

SUJEITOS DA RELAÇÃO ALIMENTAR:

Alimentante: é o devedor. É quem está alimentando.

AlimentaNdo: é o credor. (não se usa mais a expressão “alimentado”)

FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS:

Sempre cai isso nos concursos. A fixação segue o princípio da proporcionalidade, que nada mais é do que o binômio NECESSIDADE – POSSIBILIDADE.

A necessidade corresponde à possibilidade à vida e à dignidade do alimentando.

E a possibilidade corresponde à possibilidade de pagar sem retirar a dignidade de quem está pagando. Não se deve jamais admitir o enriquecimento sem causa. Não é porque o alimentante melhora de vida financeira, por exemplo, que se deve pagar mais, pois se o alimentando não mudou de vida, nada justifica este acréscimo.

Por que quase toda decisão de alimentos gira em torno de 1/3 do salário?

R: Ora, não existe fundamento legal para isso. Porque os alimentos são fixados sempre de acordo com o binômio possibilidade – necessidade.

Esta estipulação de 1/3 é uma praxe para quem recebe muito pouco, geralmente, quem recebe 1 salário mínimo. Ele é um critério muito utilizado, mas ele não serve de parâmetro para nada. Porque se deve utilizar o princípio da proporcionalidade.

Mas, digamos que um cantor famoso, que ganhe 90 mil por mês, seja réu em uma ação de alimentos. Ele deixou uma criança no interior do Estado de SP, oriunda de um affair com uma fã. Deve esta criança receber 1/3 do salário do seu pai? Não. Ele terá um gasto muito inferior a isso, pois vive no interior do Estado. E se for um filho da Capital de SP, pelo princípio da proporcionalidade e do critério da possibilidade-necessidade, esta criança, irmão da criança do interior, terá, possivelmente, uma pensão maior, sem que isso fira o princípio da igualdade, porque entre desiguais, se deve utilizar critérios desiguais. Assim também seria se uma dessas crianças tivesse alguma anomalia genética. De acordo com a sua necessidade, sua pensão pode ser diferenciada também.

O 13º salário, segundo o professor, deve sofrer a incidência de pensão alimentar. Mas, isso é controverso. Há posições em sentido contrário também.

Se algum alimentante teve o seu 13º subtraído e depois ele ganhou no Judiciário o direito a ter o seu 13º salário incólume, tem ele direito à devolução do valor do salário já pago? Se não for possível a devolução, é do dinheiro, pode haver Ou uma compensação?

R: A compensação não é admitida. A regra é a não compensação. Mas, já se admitiu a compensação moderada, com devolução de 20% do que foi pago, por mês, daquilo que foi pago quando do 13º salário, pela necessidade de aplicação ponderada do princípio da não compensação 257458-4/4 do TJSP.

CARACTERÍSTICA DOS ALIMENTOS:

1. INTRANSMISSIBILIDADE:

Os alimentos são transmissíveis?

Cuidado: separe “o direito a alimentos” do “dever de alimentar”, porque o direito a alimentos é intransmissível, é personalíssimo (para o credor), é um direito unilateral. Ele não se transfere, tanto em vida quanto em razão da morte. O direito aos alimentos não se transfere.

O Direito aos Alimentos pode ser alienado?

R: Não, porque não cabe cessão ao direito aos alimentos e nem mesmo do dever alimentar. Não há assunção de dívida alimentar. Assim como não há cessão de dever alimentar.

Ex.: Eu, pai, vou deixar de pagar os alimentos este mês porque meu devedor vai pagar no meu lugar. Não pode isso.

DEVER DE ALIMENTAR: (art. 1.700 do CC)

Pelo NCC, este dever é TRANSMISSÍVEL.

Para uma corrente, transmitem-se apenas dívidas passadas. São elas as prestações vencidas e não pagas, até o limite das forças da herança. Esta corrente ignora o art. 1700.

Para a outra parte da doutrina, haveria a transmissão de dívidas passadas e futuras. E qual o limite? Para parte da doutrina, o limite seria até às forças da herança.

Ex.: para a 1ª corrente, se o alimentando morreu, paga-se apenas os meses de alimentos em atraso. Se não houve atraso, não se paga mais nada. Mas, de acordo com a 2ª posição, paga-se as passadas e as futuras, até o limite das forças da herança.

Para uma 3ª parte da doutrina, transmitem-se as dívidas passadas e as futuras, sem limite. Pelo princípio da Dignidade e da Solidariedade Familiar.

Entre essas 3 correntes, a mais usada é a 2ª. Mas, há decisão para todos os gostos.

E se houver renúncia à herança?

R: Se for adepto da 3ª corrente, não se livra das demais dívidas da herança, porque as dívidas não se misturam. É como se o herdeiro ficasse no lugar no de cujus. (Eu acho isso um absurdo!)

Se um pai deixa uma herança de 300 mil, e 2 filhos maiores e 1 filho menor com pensão de alimentos, cada filho fica com 100 mil, mas este menor, dependendo da corrente que o juiz adotar, vai receber o seu quinhão e os alimentos vão se transmitir SIM. Cabe aos demais irmãos entrarem com uma ação de desoneração mostrando a quebra da proporcionalidade. Cada irmão maior vai ter que ceder 1/3 do seu quinhão para o irmão menor.

2. RECIPROCIDADE:

A obrigação alimentar é recíproca entre cônjuges/ companheiros; e entre parentes.

Se um casal está se separando. E um deles tem a intenção de pedir alimentos. A quem ele deve pedir? Ou melhor, a quem ele deve chamar primeiro? O cônjuge ou os parentes?

R: Em 1º lugar, chama-se o cônjuge ou o companheiro (art. 1694 do CC) e depois os parentes (art. 1696/ 1697), simplesmente nesta ordem porque está é a ordem do CC. Devida à ordem do CC, esta deve ser a ordem natural, assim defende a doutrina.

Em 3º lugar se chama os ascendentes (pais, avós, bisavós, tetravós, ..., não tem limite de grau – são todos parentes). Aqui, os mais próximos excluem os mais remotos. Assim, se eu tenho avô e bisavô vivos, meu avô (próximo) exclui o meu bisavô (remoto). Se meu avô não tiver condições, então eu chamo o bisavô.

Em 4º lugar, eu vou chamar os Descendentes, que são os filhos, netos, bisnetos, e desce sem limites.

Em 5º lugar, chama-se o irmão (colateral em 2º grau), caso não haja filhos ou netos (...), ou se tiver e eles não tiverem condições financeiras.

Se existir um irmão bilateral e outro unilateral, há ordem de chamamento?

R; Sim. Primeiro se chamam os irmãos bilaterais (irmãos germanos), que são mais próximos. E os irmãos unilaterais são chamados depois.

É possível chamar outros colaterais?

R: Sim. Que são os elencados abaixo. Mas, a lei só permite que se chamem os irmãos.

Obs.: Outros colaterais podem? R: Não podem ser chamados. Esta corrente, que nega o direito de chamar outros colaterais é que o dever de alimentar somente pode ter por origem a lei. Se a lei nada previu, não podemos chamar outros colaterais.

Para uma corrente mais moderna, podem ser chamados outros colaterais.

Numa prova objetiva: marque como opção que os colaterais vão até o limite dos irmãos.

Numa prova subjetiva: diga a corrente da Des. Maria Berenice Dias – quem aufere um bônus suporta um ônus. Quer dizer que se todo aquele “bando” é seu parente na hora de repartir o bolo se você falece, então, eles são legítimos também para serem chamados. (ver o site da Desembargadora em matéria de sucessões). (No Direito Civil, o Princípio da Legalidade não é tão rígido. Portanto, não se prenda à lei, e sim, aos artigos dos doutrinadores mais expoentes, ainda mais num concurso de alto nível).

Obs.: Não há cabimento, a princípio, que o alimentando exija que o seu nível de vida com o marido, por exemplo, seja mantido pelos pais, que agora passaram a alimentá-la.

Obs.: Na linha reta, não há limite de grau.

Obs.: Linha Colateral (já começa pelo 2º grau): irmãos (2º grau), tios (3º grau), sobrinhos (filhos do seu irmão – 3º grau), primos (filhos dos tios – 4º grau), tio avô (irmão do avô – 4º grau), sobrinho-neto (filho do sobrinho – 4º grau).

Ex.: o filho do seu sobrinho é o nada, porque não é mais parente (juridicamente falando), porque os seus parentes são aqueles entes até

o 4º grau. Se não há nenhum deles no momento da morte, e somente o filho de um sobrinho, este nada herda (a não ser que haja um testamento)

3. RENUNCIABILIDADE:

O dever de alimentos é irrenunciável.

Entre parentes, pode-se trabalhar com a irrenunciabilidade sem problemas. (art. 1707 do CC)

Em caso de casamento, o cônjuge não é parente, como se sabe. Mas, no casamento ou na união estável, é possível renunciar? O STF, na súmula 379 entende que no acordo da separação judicial não se admite a renúncia. Mas, isso ensejou várias correntes. A 1ª delas defende que este direito é irrenunciável. Porque o art. 1707 proíbe a renúncia tanto aos parentes quanto aos cônjuges. Já para a 2ª corrente, este direito é renunciável sim, em qualquer momento e em qualquer hipótese, porque o art. 1707 do NCC só tem aplicabilidade para os parentes e não atinge os que viveram casados ou em união estável. O professor concorda com esta posição, e lembra que era o que prevalecia com a entrada do NCC, mesmo já existindo esta súmula do STF. Mas, hoje, temos o Enunciado 263 do CJF admitindo a renúncia a este direito desde que não exista mais o vínculo matrimonial, como em casos de divórcio ou da dissolução da união estável. Veja que não se fala aqui em separação judicial, porque aqui, ainda há vínculo matrimonial.

Assim, esta corrente considera que este direito é renunciável, mas tão somente quando do divórcio (direto/indireto) ou da dissolução da União Estável.

Não há corrente prevalecendo hoje. Na prova objetiva, uma questão como esta deve ser anulada. O professor se simpatiza pela 2ª corrente, mas a 3ª corrente, a do CJF é a mais indicada para os concursos.

4. A IMPRESCRITIBILIDADE:

O que é imprescritível é o direito ao alimento. Ele pode ser pedido a qualquer momento.

Mas, a cobrança de alimentos vencidos e não pagos são prescritíveis sim, de acordo com o art. 206, §2º do CC. (2 anos) – cada parágrafo do art. 206 corresponde a um ano.

Mas, a partir de que momento uma pessoa pode pedir alimentos a outra? Do nascimento ou da concepção? R: É do momento da concepção, porque a teoria natalista está muito atrasada. O direito à vida, à integridade física, aos alimentos, à integridade psíquica, tudo isso é resguardado desde a concepção, assim, deve a mãe representar os direitos desde filho que ainda vai nascer.

Digamos que um filho venha a pedir alimentos aos 20 anos. Em qualquer momento se pode pedir alimentos. Com 30, 40 anos... ela pode ser pedida a qualquer momento, mas nunca se pode pedir o período pretérito. Não adianta fazer uma ação em que se diz: olha, Sr. Juiz, desde que eu nasci o meu pai nunca me ajudou...nesta ação, os alimentos serão devidos a partir de agora.

E se ele já pagava e anda se atrasando, ingressa-se com uma ação de execução, que tem prazo de 2 anos. Este prazo de prescrição é contado de forma retroativa. Assim, conta-se do momento da proposição da ação para trás. As prestações que ficaram para trás estão prescritas.

Mas, na prova deve cair o seguinte: os alimentos do menor. Um menor de 12 anos que recebia alimentos e seu pai e que deixou de pagar. Aos 20 anos, ele resolve então pedir os atrasados. Neste caso, cabe o art. 198 do NCC, pois como não corre prescrição contra os absolutamente incapazes, os alimentos serão devidos dos 12 aos 16 anos. E mesmo que este menor tenha chegado aos 20 anos, ainda assim ele poderá cobrar o saldo dos 16 aos 18, porque o artigo prevê que não corre prescrição enquanto houver poder familiar (que se encerra aos 18 anos ou na emancipação). Quando ele completa 18 anos de idade, não correu nenhum dia. Ele tem que ingressar com a ação antes de completar 20 anos a meu ver. Não entendi este professor...porque dos 18 aos 20, já correram 2 anos.

5. COERCIBILIDADE:

Os alimentos são devidos sob pena de prisão, que surge quando os 3 últimos meses devidos estão vencidos e não pagos antes da propositura da ação e os que vencerem no decorrer da ação. (art. 733)

O período anterior aos 3 meses são devidos em outra ação, sob pena de penhora. (art. 732) quem não quer pedir a prisão, pede tudo aqui nesta ação. Nesta, se pede os alimentos para trás, até o limite de 2 anos, sob pena de penhora.

E só se pode prender alguém por débito alimentar se justificam por causa da súmula 309 do STJ. E porque a súmula disse isso? Não há fundamento. Assim, o HC 11163 do STJ entendeu que o devedor de alimentos que é intimado a pagar sob pena de prisão, e que já devia 11 meses de alimentos, deveria continuar preso, mesmo que ele tenha corrido para pagar logo os 3 últimos meses de alimentos, para fugir da prisão, porque as dívidas pretéritas são de alimento também, são da mesma natureza daquelas que justificaram a sua prisão.

Prazo da Prisão: os alimentos podem ser provisionais, definitivos ou provisórios. A partir desta classificação, se define o momento da prisão.

Os alimentos definitivos ou regulares são aqueles fixados por acordo de vontades ou por sentença judicial com trânsito em julgado. Ela pode ser ingressada a qualquer momento.

Os alimentos provisórios são aqueles fixados de imediato pelo juiz quando da propositura de ação de alimentos. Essa ação é qual? É aquela que segue o rito especial, previsto pela Lei 5.478/68. Ela pode ser ingressada quando se tiver pelo menos prova pré-constituída. Se for o caso de parentesco, do filho contra o pai, por exemplo, é preciso que se leve para a ação a certidão de nascimento. E se não tiver este registro, faz-se o exame de DNA. Se for uma ação de pessoas casadas, junta-se a certidão de casamento. Se for de união estável, junta-se o contrato de convivência. Não adiante levar testemunha, tem que ser prova pré-constituída.

Os alimentos provisionais ou “ad litem” são aqueles fixados provisoriamente em qualquer outra ação em que se peçam alimentos, mas que não siga o rito especial. Litem lembra lide.

Ex.: Estes alimentos estão presentes na Ação Cautelar de Separação de Corpos (quando não há prova pré-constituída), na Ação de Investigação de Paternidade, na Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável.

Uma vez definida a natureza dos alimentos, conforme previsto no art. 19 da lei acima, vimos que a prisão será de 60 dias para os alimentos provisórios. Já no NCC, no art. 733, §1º fala que a prisão durará de 1 mês a 3 meses. E agora? Como juiz, o que se aplica? Um prazo para cada hipótese de prisão? O que prevalece? Grande parte da doutrina é contra esta antinomia. Então, entre duas regras, vence aquela que for a mais benéfica ao alimentando. Assim, prevalece o prazo de 60 dias. E a lei de alimentos não foi revogado pelo NCC no que pertine a regras de procedimento.

SUCESSÃO

Conceito: é a transferência da herança ou do legado ao herdeiro ou legatário em razão da morte de uma pessoa.

Sucessão significa passagem em sentido amplo. Perceba que na prova, a sucessão tanto pode vir no sentido amplo quanto no significado da sucessão "causa mortis".

A sucessão em nosso país pode ser a título universal ou a título singular. A universal é aquela em que há transmissão de herança. Não diga que são bens. Herança é o conjunto de relações patrimoniais deixado pelo falecido. Bens é um conceito incompleto. Porque a herança envolve bens, direitos, ações, créditos, deveres, débitos etc.

Compreende direitos da personalidade?

R: De jeito nenhum. Esse direito surge com a concepção e termina com a morte. Não se transfere o direito à honra, nem o direito à imagem aos seus herdeiros. Estes herdeiros podem, obviamente, mover ação por dano moral, mas será o dano moral por RICOCHETE (por reflexo, refletiu neles). Ex.: Filhas do Garrincha.

A herança só envolve direitos patrimoniais, que envolvem, por sua vez, direitos obrigacionais. A herança é sempre considerada um bem imóvel e indivisível até o momento da partilha. Não importa o que esteja dentro da herança (imagine que a herança é um saco, onde todos os bens, direitos, ações, créditos e etc ...estão lá dentro).

A Universalidade de Fato é quando se tem um conjunto de coisas homogêneas, é tudo igual. E a herança é assim? Tudo que está lá dentro são tratados de forma igual? Não. Esse pacote misterioso ganha o nome de Universalidade de Direito.

Assim, se houver 2 pessoas proprietárias de uma mesma coisa, eles são co-herdeiros. É uma situação de condomínio forçado. Por isso, deve existir aqui o respeito de preferência. Assim, se um co-herdeiro quiser pegar a cota parte deles, o outro tem que fazer uma cessão da sua parte para que o 1º possa pegar a sua parte e vender. Ele pode vender sozinho, e o negócio existiu, ele é válido e é eficaz.

Ex.: um herdeiro quer vender seus 33,33% da herança. Ele quer vender e pegar a sua parte. Os demais herdeiros (2) têm preferência na compra.

Se este direito não for respeitado, o herdeiro preterido poderá requerer a cota para si, depositando o preço no prazo de 180 dias, propondo Ação Reivindicatória de Quinhão. Contado de quando? A partir da celebração do negócio jurídico, pela corrente majoritária, e para a corrente minoritária, no momento em que se tomar conhecimento do negócio realizado.

O direito de preferência existe só quando a cessão é onerosa ou também quando ela é gratuita?

R: não existe direito de preferência se a alienação for gratuita.

Quem recebe a herança é o herdeiro, e ele ou recebe a totalidade (quando ele é o único herdeiro) ou ele recebe uma fração ideal, quando ele e mais um dividem a herança.

Quem é o herdeiro universal?

R: Não é o que recebe a título universal. Este é apenas o herdeiro.

R: o herdeiro universal é uma expressão que se refere ao todo.

Quando se tem um só herdeiro (o universal) não se faz Formal de Partilha, e sim, uma Carta de Adjudicação.

E quando se tem vários herdeiros, se faz o Formal de Partilha.

A Sucessão em Título Singular é aquele em que se transfere o legado. Legado é um bem específico e determinado que foi individualizado do restante da herança pelo seu autor. A herança era o conjunto. Quem recebe herança é herdeiro e quem recebe legado é o legatário.

Ex.: o pai deixa um apto 1, um apto 2, um carro, uma moto e uma casa. Este pai pode fazer um legado, instituindo um apto do Leblon para o filho 1 e o outro apto de Copacabana para o filho 2. Estes aptos representam os legados e o restante representa a herança, que será dividida em 1/2 para cada um.

Para que se tenha a sucessão a título singular, se deve ter testamento.

A sucessão pode ser inteira a título singular, ou a título universal e ainda, ser parte de uma forma e de outra.

17/01/08 - 25ª AULA

SUCESSÃO:

ABERTURA DA SUCESSÃO- ela acontece no momento da morte.

PRINCÍPIO DA SAISINE (DROIT DE SAISINE) – no exato instante da morte A HERANÇA (PROPRIEDADE E POSSE INDIRETA) é transmitida automaticamente aos herdeiros.

A posse direta da herança permanece com o inventariante até o momento da partilha.

Então, quando o herdeiro recebe a coisa?

R: Somente quando houver a partilha.

O direito da saisine vem desde o tempo do feudalismo. Quando o arrendatário morria, os parentes tinham que procurar o Sr. Feudal para ter direito a continuar naquela terra. Então, o Direito Gaulês criou a expressão Le mort saisit Le vif (a morte prende o vivo). E prende aonde? Na terra? Este princípio é uma ficção jurídica, que nasceu da necessidade de não se deixar um direito sem titular. Foi preciso criar um titular para assumir a titularidade destes direitos e destes bens do morto. O morto sai da posse direta de seus bens e os seus herdeiros assumem essa posição.

A regra da saisine geralmente atinge só o herdeiro. Mas e o legatário?

R: O legatário de coisa infungível (coisa insubstituível – por exemplo: uma casa na rua tal. Em regra, são os bens imóveis) recebe a propriedade NO INSTANTE DA MORTE, e a posse no momento da partilha.

E SE FOR DE COISA FUNGÍVEL?

R: O legatário de coisa fungível (coisa substituível. Ex.: dinheiro somente recebe a propriedade e a posse no momento da partilha.

LEI APLICÁVEL: A CIVIL? A DE PROCESSO CIVIL? OU A DE TRIBUTÁRIO?

O NCC entrou em vigor dia 11/01/03.

Digamos que alguém tenha morrido em 1999 e o inventário foi aberto em 01/01/04. Ele morreu no VCC e abriu-se o inventário no NCC.

Qual a lei aplicável nesta situação?

R: o VCC. Porque no aspecto material, aplica-se a lei do exato instante da morte. Não importa se abriu o inventário 100 anos depois da vigência do NCC.

No aspecto processual da lei civil, digamos que o pai tenha morrido em 99 e o inventário foi aberto em 01/01/08. Como se trata de norma processual civil, a aplicabilidade dela é imediata.

E se já se tem o inventário aberto, desde 2006, e ele não anda? Em 04/01/2007, entrou em vigor uma nova lei. Ela incide no inventário? Sim. Esta lei permite que a parte do inventário judicial possa desistir da ação e propor o inventário extrajudicial, porque esta lei é de cunho processual e tem aplicação imediata.

E quanto á lei tributária, digamos que a pessoa tenha morrido em 89, e a 1ª lei tributária veio em 01/01/90 (ITCMD) e o inventário foi aberto em 01/01/94. A parte deste inventário deve pagar ou não este imposto?

R: Não paga nada! Porque o fato gerador do ITCMD não é a morte (é a transmissão patrimonial operada em razão da morte). E quando se teve o fato gerador deste imposto? No exato momento da morte, de acordo com o princípio da saisine. Assim, como o fato ocorreu antes, ele não é atingido pela lei tributária.

E se antes de 1990 a alíquota era de 2% e depois de 90 a alíquota era de 4%, qual a alíquota que eu aplico?

R: Eu aplico a alíquota do momento do fato gerador.

E se fosse o oposto? Era de 4% e agora é de 2%. Paga-se 4 ou 2?

R: Paga-se 4%, porque não existe retroatividade de lei mais benéfica no que pertine à alíquota para o contribuinte.

Então, para que serve inventário se a transmissão é automática?

R: Cuidado, porque com a saisine, só se transfere a posse. Ela é uma ficção jurídica.

INVENTÁRIO é o procedimento judicial ou extrajudicial que tem por objetivo verificar a regularidade da transmissão e oficializá-la.

INVENTÁRIO JUDICIAL:

É uma opção, é uma faculdade, da parte, fazer o inventário judicial ou extrajudicial. Mas, cuidado. Ele será judicial quando:

- a) Não houver acordo entre todos os interessados; (porque o tabelião não pode cuidar e nem decidir sobre divergências)
- b) Houver interessados menores ou incapazes; (porque havendo menores ou incapazes, deve existir a atuação do MP, e ele não atua no âmbito administrativo)
- c) Quando o falecido deixou testamento. (porque quando ela falece e deixa testamento, há todo um procedimento judicial para este ato)

Não havendo qualquer destes “pepinos” acima, é viável fazer o inventário extrajudicial.

O Prof. Cristiano Chaves defende que, nesta hipótese, se torna obrigatório o caminho extrajudicial. Porém, a Resolução 35/07 do CNJ tendeu pela facultatividade do procedimento extrajudicial. (com semelhanças ao divórcio extrajudicial)

Qual o foro competente para o processamento do inventário?

R: É aquele localizado no último domicílio do falecido.

Ex.: D. Zefa – o inventário dela tem que ser aberto no Foro de São Gonçalo, mesmo que a casa dela esteja na Paraíba.

E se o falecido tivesse mais de um domicílio, totalmente admitido pelo NCC, chamado de domicílio plural. Desde que seja simultâneo, e não alternativo. Qual o foro competente?

R: Havendo mais de um domicílio, o inventário deve ser aberto no local dos bens.

Mas, e se ele tiver mais de um domicílio e os bens espalhados por vários estados?

R: Neste caso, prevalece a 3ª regra: o inventário deve ser aberto no local do óbito.

Mas, o professor não acha isso muito razoável. Ex.: o sujeito mora em 2 domicílios, no Rio e em Macaé. E seus bens estão em Florianópolis. Mas, ele veio a morrer em Fortaleza, onde ele estava de férias.

Então, essa regra é relativizada pela doutrina e pela jurisprudência. Ou seja, só se aplica esta regra se a pessoa tinha bens neste local. Senão, o inventário seria aberto em Fortaleza, longe dos bens e longe dos herdeiros, prejudicando o andamento do processo, além das precatórias demoradas...

NO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Este é facultativo, é feito por escritura pública. O Prof. Pablo gosta de usar a expressão “Inventário Administrativo”. Onde este inventário deve ser realizado?

R: Não incide aqui as mesmas regras do inventário judicial, porque este aqui é celebrado no cartório judicial ou no tabelionato, assim como se faz o registro do nascimento, do casamento, ... e para esses órgãos, não incide regra de competência. É a mesma pegadinha do contrato de compra e venda. Onde eu posso celebrar, portanto, este inventário? EM QUALQUER LUGAR!

Mas, o registro do imóvel deve ser feito no local do imóvel.

ACEITAÇÃO DA HERANÇA:

CONCEITO: é o ato pelo qual o herdeiro manifesta a sua concordância em receber a herança.

Por que manifesta a sua concordância?

R: porque na verdade ele aceita aquilo que já lhe foi transferido lá atrás, por causa do princípio da saisine. Assim, a aceitação dele retroage desde o momento da morte, a confirmação tem efeito EX TUNC.

A aceitação também pode ser chamada de adição de herança. São sinônimos.

A aceitação é sempre irrevogável e irreatável. Ou seja, uma vez que o herdeiro tenha aceitado a herança, não pode mais rejeitar. “Abraçou, carrega”.

E se houve coação quando no aceite?

R: O negócio jurídico, neste caso, passa a ser anulável.

Quais são as formas de aceitação? (isso sempre cai) São 3:

1. ACEITAÇÃO EXPRESSA = é aquela manifestada por escrito. Mas, não basta estar escrito, tem que estar escrito “eu aceito”.
2. ACEITAÇÃO TÁCITA = é aquela que decorre da prática de atos próprios da qualidade de herdeiro. Ex.: propositura do inventário, ou quando o herdeiro constituiu advogado e este junta procuração nos autos, ou quando o herdeiro começa a usar ou fruir dos bens da herança.

Exceção: Atos oficiosos (são aqueles relativos ao funeral) não representam aceitação tácita. Bem como o ato de administração, guarda ou conservação provisória da herança. Ex.: o pai faleceu e você é o único filho que mora perto, então, você é quem joga fora as coisas da geladeira, limpa o quintal, dá comida ao cachorro, ... e por fim, o ato de renúncia pura, também conhecida como abdicativa, é a renúncia verdadeira.

pura, é aquele que diz “Eu não quero nada”. É aquela que o herdeiro renuncia a sua parte e não escolhe a quem transferir. Aqui, não há aceitação, pois a que importa em aceitação é a renúncia impura.

3. **ACEITAÇÃO PRESUMIDA** = o 1º herdeiro abre o inventário (é aceitação tácita, porque ele não veio dizer expressamente que aceita a herança) e o 2º herdeiro juntou procuração nos autos (aceitação tácita) e o 3º herdeiro não fez nada. É aquele onde o juiz chama para o processo e ele responde com o silêncio. Neste caso, há aceitação presumida, porque **NUNCA HÁ RENÚNCIA TÁCITA**. A **ACEITAÇÃO** presumida é aquela instada ao herdeiro para que ele se manifeste se aceita ou não a herança.

RENÚNCIA DA HERANÇA:

Por ser ato abdicativo de direito, deve ser sempre expressa e solene. Porque agride o senso comum se ela fosse tácita. Ela deve ser sempre feita por escritura pública ou por termo judicial.

Pode haver retratação da renúncia?

R: Não. A renúncia também é irrevogável e irretroatável.

RENÚNCIA IMPURA OU TRANSLATIVA:

É falsa, ela não é pura. É a falsa renúncia. É a renúncia a “favore”. Onde o renunciante não renuncia, na verdade, ele opta para que outro receba em seu lugar. Para que eu possa doar para outro, eu primeiro preciso receber. Assim, o que ocorre aqui é um ato de aceitação tácita seguida de uma posterior cessão de direitos. Quando é este tipo de renúncia, a eficácia é **ex nunc**. Porque se o pai faleceu e um dos herdeiros se recusa a receber, mas opta a transmiti-lo para o irmão C, não há aqui transferência direta, pois primeiro o titular recebe e depois ele transfere para o outro.

RENÚNCIA PURA OU ABDICATIVA:

É a verdadeira renúncia. Onde o herdeiro não quer nada. Ele verdadeiramente abre mão do direito que tem. E a sua parte volta para o monte-mor (= monte partível). E vai para os demais herdeiros, será dividido de forma igualitária. Ela tem efeito **ex tunc**. **Esta renúncia gera efeitos lá atrás. E por isso, o herdeiro que renuncia não paga imposto algum. Quem vai pagar é quem vai receber aquela cota, havendo uma única incidência do imposto.**

Atenção: não existe direito de representação por parte do descendente do herdeiro renunciante.

Ex.: o pai morre e deixa os herdeiros A, B e C. A renuncia e a sua parte volta para o monte-mor, para ser repartido entre B e C.

Mesmo que A tenha filhos, eles não vão herdar aquilo que ele renunciou.

E se o falecido deixou pai vivo, ele herda caso todos os filhos do falecido tenham renunciado a sua herança?

R: Não. Quem vai receber são os netos. Porque primeiro recebem os descendentes e se eles não existirem, então sobre para os ascendentes.

Sucessão por Direito Próprio é aquela onde todos os herdeiros têm o mesmo grau de parentesco.

Ex.: Concorrência entre irmãos ou Concorrência entre netos... estão todos na mesma linha.

Quando estão na mesma linha, todos recebem por cabeça. Assim, numa herança de 300 mil, e havendo 3 filhos, cada um recebe 100 mil.

Sucessão por Direito de Representação ocorre quando os descendentes de uma classe inferior concorrem com os descendentes de uma classe superior.

Ex.: a concorrência que existe entre filhos e netos. Isso ocorre na hipótese de um herdeiro pré-morto. É o herdeiro que faleceu antes do seu ascendente. Assim, se João morre e dentre os seus 3 filhos, somente 2 estão vivos, os seus netos (filhos do pré-morto, que é o 3º filho do João) receberão o que este pré-morto receberia se estivesse vivo. Neste caso, esses netos herdam a cota deste pré-morto por stirpe.

E no caso da Susane, ela foi deserdada ou excluída por indignidade?

R: Ela foi excluída por indignidade.

Qual a diferença entre esses 2 institutos?

R: A Deserdação é realizada pelo próprio autor da herança, através de testamento e é dirigida somente contra herdeiros necessários, quais sejam: descendente, ascendente e cônjuge. (companheiro não é herdeiro necessário) Se não existe nenhum herdeiro necessário, não há necessidade de se fazer deserdação, porque basta se fazer um testamento. Pois quem não é herdeiro necessário, não tem direito à legítima.

A Exclusão por Indignidade é feita por legítimo interessado, através de ação (movida após a morte). Ela atinge qualquer interessado. Não importa quem praticou o fato, basta que ele seja interessado. Não precisa ser herdeiro e nem legatário.

O ponto em comum entre ambos os institutos é que a pessoa que foi deserdada ou excluída vai ser considerada pré-morta.

Tanto a deserdação quanto a exclusão por indignidade não excluem o direito à representação.

No caso da Susane, se ela estivesse grávida quando matou os pais, este filho herdaria a sua parte, portanto. Porque ele não pode ser penalizado pela atitude da mãe (a pena não pode ultrapassar a conduta do agente). Mas, ela nunca teria direito a usufruir ou a administrar estes bens. E ainda, se o filho morresse, ainda assim a Susane continuaria a ser considerada pré-morta.

E se ela tiver um filho hoje?

R: Ele não herda nada.

E se o único irmão dela morrer?

R: Se ele morrer, os bens vão para os pais dos falecidos, quais sejam, os avós da Susane.

SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA:

Hoje nós teremos apenas o básico, porque haverá outra aula sobre isso.

A sucessão testamentária é a principal ou a subsidiária?

R: É a principal.

Cuidado! Porque ela prevalece sobre a sucessão legítima. A nossa lei prefere que o autor da herança, se quiser dispor sobre os seus bens, ele pode dispor como ele quiser, é um respeito à sua vontade, ao autor da herança.

Mas, ela tem limite, por causa do Princípio da Limitada Liberdade de Testar. Ou seja, havendo herdeiros necessários, o autor da herança somente poderá dispor da metade dela.

Digamos que o André era casado com Paula. Ele tinha um patrimônio de 400 mil. Mas, ele quer deixar o máximo que pode para o São Paulo Futebol Clube. Quanto ele pode dar?

R: 200? 100? 300? NADA!
É PRECISO SABER 1º QUAL O REGIME DESTE CASAMENTO.

Se for de comunhão total, quanto ele pode dispor?
R: 300 mil.

Cuidado com pessoa casada que faleceu. Fala 2 círculos. Em 1, coloque todo o patrimônio do casal. No caso da comunhão total, divida o círculo no meio, pois 50% deste patrimônio cabe à Paula. Esta parte da Paula não se chama herança, é a sua meação, que não tem nada a ver com herança. Meação é direito próprio do cônjuge/companheiro (porque ambos têm direito à meação) e decorre do regime de bens. A MEAÇÃO NÃO É HERANÇA, E NÃO PAGA IMPOSTO. A OUTRA METADE DO CÍRCULO QUE É A HERANÇA. Divida esta herança em 2, porque 50% desta parte é a legítima, que é reservada para os herdeiros necessários. A outra parte se chama parte disponível, que pode ser dada a quem quiser.

Portanto, cabe à Paula 300 mil.
E André pode doar 100 mil ao seu clube de futebol.

Se o falecido quiser deixar o máximo possível para o seu filho A, em detrimento do filho B, qual é o máximo que ele pode deixar para o filho A?

R: Como a herança é de 400 mil. Basta ele tirar a legítima, que é de 50 % = 200 mil. Esses 200 mil é dos descendentes. Assim, vai 100 mil para o filho A e 100 mil para o filho B. Como este pai quer beneficiar o seu filho A, ele pega a sua parte disponível (200 mil) e dá para o seu filho.

A PARTE DISPONÍVEL PODE SER DADA PARA QUEM QUISER.

SUCCESSÃO LEGÍTIMA:

A sucessão legítima é subsidiária.
É aquela que segue uma ordem de vocação hereditária, prevista na lei. Isso está presente no art. 1829.
Os primeiros a receber são: os descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

A regra é o cônjuge concorrer com os descendentes. A REGRA É A CONCORRÊNCIA.
SALVO:

1. QUANDO CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL. Porque se 2 pessoas são casadas pelo regime da comunhão universal, o legislador entendeu que o cônjuge sobrevivente já vai ter de cara a meação. Logo, tem porque este sujeito abocanhar mais alguma coisa. Seria muita ganância.

2. QUANDO CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA (ART. 1641). É quando a pessoa casa com mais de 60 anos de idade (que fere a dignidade da pessoa humana, é uma interdição do maior de 60 anos). Porque se em vida os bens não se comunicariam, diante da morte, muito menos. Pode-se aplicar isso diante da separação convencional? Não, isso é unânime na doutrina. O cônjuge concorrer com os filhos sim. A lei foi taxativa ao dizer quando a concorrência não ocorre. Se o rol é taxativo, ele está fechado, não cabe ao interprete estender a sua aplicação.

3. QUANDO CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL E NÃO DEIXOU BENS PARTICULARES, PORTANTO, NÃO CONCORRE. Assim, se o falecido não deixou bens particulares, o único patrimônio que eu tenho se comunica com a Maria, cônjuge viva. Logo, na qualidade de meeira, ela já tem a metade de tudo, logo, ela não precisa ser incluída na concorrência. Ela abocanharia muita coisa concorrendo com os filhos.

E se o falecido deixou bens particulares (aquele bem que foi adquirido quando era solteiro)?

R: Neste caso, o cônjuge sobrevivente irá concorrer:

1ª Corrente: Somente os bens particulares.

Defensores; Giselda, Zeno Velloso, Eduardo de Oliveira Leite, Wolf, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Mário Delgado.

Argumento; porque sobre os bens comuns, o sobrevivente já é meeira. Não faz sentido ela concorrer de novo, ela concorre só sobre os bens particulares. Essa é a corrente majoritária. Ela está prevalecendo, mas sem muita firmeza.

2ª Corrente: Sobre todos os bens. (Comuns e Particulares)

Defensores: Maria Helena Diniz, Francisco Kahaly, Guilherme Calmon, Nogueira da Gama e Inácio de Carvalho Neto.

Argumento: A lei falou "que irá concorrer", como não falou sobre o quê, nem bem comum e nem bem particular, não cabe ao interpretador limitar.

3ª Corrente: Somente Sobre os Bens Comuns

Defensor: Maria Berenice Dias.

Argumento: Se o André casou com a Maria sob este regime, é porque ele não queria que se comunicassem os bens havidos antes de casar. Logo, não tem cabimento que esses bens concorram com os bens da Maria após a morte do seu marido. Logo, a parte da herança que cabe à ela é só sobre os bens comuns.

ORDEM DE SUCESSÃO:

SE NÃO EXISTEM DESCENDENTES, A HERANÇA VAI PARA OS ASCENDENTES.

NÃO HAVENDO ASCENDENTE, A HERANÇA VAI PARA O CÔNJUGE. (não importa o regime de casamento)

NÃO HAVENDO CÔNJUGE, A HERANÇA VAI PARA OS COLATERAIS ATÉ O 4º GRAU.

Mesmo assim, entre os colaterais há uma ordem: irmãos, sobrinhos, tios, colaterais de 4º grau (que são os primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Entre os colaterais de 4º grau não há ordem de preferência. Reúnem todos e dividem entre todos.

E a sucessão do art. 1790 do CC?

R: Ele só se aplica para a hipótese de companheiro sobrevivente, ou seja, a pessoa que faleceu vivia em União Estável. Este é o artigo é só para quem vivia em união estável. O professor Pablo defende que este artigo é inconstitucional. Ele afirma que este artigo 1790 ofende o Princípio da Vedação do Retrocesso (princípio construído por Canotilho). O companheiro sobrevivente, neste caso, fica em situação pior. Porque ele só concorrer sobre os bens adquiridos de forma onerosa. O caput é totalmente inconstitucional segundo o Prof. Pablo.

Tudo que não se aplica o 1790, aplica-se o art. 1829 do CC.

Art. 1790:

I – filhos e companheira dividem a herança por igual. Se existirem 3 filhos + a companheira, caberá ¼ da herança para cada um.

II – quer dizer que o falecido deixou um filho (só dele e não da companheira atual). E assim, se o filho receber 2, a companheira recebe metade do que ele receber, ou seja, 1.

III – se concorrer com descendentes comuns e só do autor da herança? Ou seja, são os filhos do casal com o filho do falecido.

R:

1ª corrente: Neste caso, a esposa receberá uma parte igual. Aplica-se o art. 1790, I do CC.

Defensores: Caio Mário, Kahaly, Guilherme Calmon, Inácio de Carvalho Neto, José Fernando Simão, Maria Berenice Dias, Mário delgado, Wolf Madaleno (SC) e Venozza.

2ª corrente: A companheira receberá apenas a metade. Aplica-se o inciso II do art. 1790 do CC.

Defensores: Maria Helena Diniz, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce e Zeno Vellozo.

Prevalece a 1ª corrente.

O art. 1790, III do CC é um “pepinão”: ou seja, se o companheiro morreu, não deixou outros herdeiros, nem descendentes, nem ascendentes, a companheira recebe 1/3 daquilo que um eventual colateral receber.

Este artigo é muito criticado. Este inciso então é mais criticado ainda.

Ver o Agravo de Instrumento nº 70020389264 - 7ª Câmara do TJRS.

Fim