

APOSTILA DE DIREITO CIVIL PARA CONCURSOS

Atualizada pelo Novo Código Civil

Conteúdo:

I. PARTE GERAL

1. Personalidade
 - 1.1. Das pessoas
 - 1.2. Personalidade jurídica
 - 1.3. Direitos da personalidade
2. Pessoas naturais ou físicas
 - 2.1. Capacidade jurídica
 - 2.1.1. Da incapacidade
 - 2.1.2. Proteção aos incapazes
 - 2.1.3. Cessaçãõ da incapacidade ou emancipação
3. Começo da personalidade natural
4. Individualização da pessoa natural
 - 4.1. Nome
 - 4.2. Estado
 - 4.3. Domicílio
 - 4.3.1. Espécies de domicílio
5. Extinção da personalidade natural
6. Pessoa jurídica
 - 6.1. Classificações
 - 6.2. Começo e fim da pessoa jurídica
 - 6.3. Responsabilidade civil
 - 6.4. Entes despersonalizados
 - 6.5. Desconsideração da pessoa jurídica
7. Dos bens
 - 7.1. Considerados em si mesmos
 - 7.2. Reciprocamente considerados
 - 7.2.1. Bens relacionados ao titular
 - 7.2.2. Bens fora do comércio
 - 7.2.3. Bem de família
8. Fatos jurídicos
 - 8.1. Classificação
 - 8.2. Aquisição de direitos
 - 8.2.1. Classificação dos negócios jurídicos
 - 8.3. Modificação de direitos
 - 8.4. Extinção de direitos
9. Elementos dos atos jurídicos
 - 9.1. Validade do ato jurídico
10. Defeitos dos atos jurídicos
 - 10.1. Nulidades
 - 10.2. Da prova dos fatos jurídicos
11. O ato ilícito
 - 11.1. Excludentes de responsabilidade

12. Prescrição e decadência

II. TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

1. Definição de obrigação
2. Classificação
 - 2.1. Obrigações de dar
 - 2.2. Obrigações de fazer
 - 2.3. Obrigações de não fazer
3. Da extinção das obrigações
 - 3.1. Pagamento direto
 - 3.2. Pagamento indireto: espécies
 - 3.2.1. Consignação em pagamento
 - 3.2.2. Sub-rogação
 - 3.2.3. Imputação ao pagamento
 - 3.2.4. Dação em pagamento
 - 3.2.5. Novação
 - 3.2.6. Compensação
 - 3.2.7. Transação
 - 3.2.8. Compromisso
 - 3.2.9. Confusão
 - 3.2.10. Remissão
4. Conseqüências da inexecução das obrigações
 - 4.1. Da mora
 - 4.1.1. Juros moratórios
 - 4.2. Das perdas e danos
 - 4.3. Da cláusula penal

III. OS CONTRATOS EM ESPÉCIE

1. Contratos em geral
2. Princípios fundamentais
3. Revisão dos contratos
4. Formação do contrato
5. Classificação
6. Efeitos particulares dos contratos
 - 6.1. Extinção dos contratos
7. Dos contratos em espécie
 - 7.1. Contrato de compra e venda
 - 7.1.2. Conseqüências do inadimplemento
 - 7.1.3. Cláusulas especiais da compra e venda
 - 7.1.4. Compromisso de compra e venda
 - 7.2. Contrato de troca
 - 7.3. Contrato estimatório
 - 7.4. Contrato de doação
 - 7.4.1. Espécies de doação
 - 7.5. Contrato de locação
 - 7.5.1. Tipos de locação de imóveis
 - 7.6. Contrato de prestação de serviços
 - 7.7. Contrato de empreitada
 - 7.7.1. Classificação da empreitada
 - 7.7.2. Das responsabilidades
 - 7.8. Contrato de empréstimo
 - 7.8.1. Do comodato
 - 7.8.2. Do mútuo
 - 7.8.2.1. Requisitos e efeitos
 - 7.9. Contrato de depósito
 - 7.9.1. Classificação do depósito
 - 7.10. O mandato
 - 7.11. Contrato de comissão

- 7.12. Contrato de agência e distribuição
 - 7.12.1. Contrato de agência
 - 7.12.2. Contrato de distribuição
- 7.13. Contrato de corretagem
- 7.14. Contrato de transporte
- 7.15. Contrato de seguro
 - 7.15.1. Características contratuais
 - 7.15.2. Modalidade de seguros
- 7.16. Contrato de constituição de renda
- 7.17. Contrato de jogo e de aposta
- 7.18. Contrato de fiança
- 7.19. Da transação
- 7.20. Do compromisso
- 7.21. Algumas considerações sobre os contratos mercantis

IV. DIREITO DAS COISAS

- 1. Classificação dos direitos reais
- 2. Conceito de direitos reais
 - 2.1. Diferença entre direitos reais e direitos pessoais
 - 2.2. Características dos direitos reais
 - 2.3. Objeto dos direitos reais
- 3. Posse e suas teorias
 - 3.1. Teoria subjetiva da posse
 - 3.2. Teoria objetiva da posse
- 4. Classificação da posse
- 5. Dos efeitos da posse
 - 5.1. Da aquisição da posse
 - 5.2. Da perda da posse
- 6. A propriedade e o domínio
 - 6.1. Elementos da propriedade
- 7. Aquisição da propriedade imóvel
 - 7.1. Usucapião
 - 7.1.1. Requisitos para o usucapião
 - 7.1.2. Modalidades de usucapião
 - 7.2. Aquisição pelo registro do título
 - 7.3. Aquisição pela acessão
 - 7.4. De perda da propriedade imóvel
- 8. Condomínio
 - 8.1. Condomínios especiais
 - 8.1.1. Condomínio em paredes, cercas, muros e valas
 - 8.1.2. Condomínio edifício
 - 8.1.2.1. Formação do condomínio
- 9. Dos direitos de vizinhança
 - 9.1. Do uso anormal da propriedade
 - 9.2. Das árvores limítrofes
 - 9.3. Da passagem forçada
 - 9.4. Da passagem de cabos e tubulações
 - 9.5. Das águas
 - 9.6. Dos limites entre prédios e o direito de tapagem
 - 9.7. Do direito de construir
- 10. A propriedade móvel
- 11. Direitos reais de gozo ou fruição sobre coisas alheias
 - 11.1. Enfitese
 - 11.2. Servidões prediais
 - 11.3. Usufruto
 - 11.4. Uso
 - 11.5. Habitação

- 11.6. Superfície
- 12. Direitos reais de garantia
- 12.1. Penhor
- 12.2. Hipoteca
- 12.3. Anticrese
- 12.4. Alienação fiduciária
- 12.5. Direito real de aquisição

V. DIREITO DE FAMÍLIA

- 1. Conceito
- 1.1. Divisão do direito de família
- 1.2. Objeto do direito de família
- 1.3. Princípios do direito de família
- 1.4. O direito de família em outros ramos do direito
- 2. Do casamento
- 2.1. Natureza jurídica
- 2.2. Características e princípios do casamento
- 2.3. Esponsais
- 2.4. Condições de existência, regularidade, validade do casamento
- 2.4.1. Condições necessárias à validade do ato nupcial
- 3. Impedimentos e nulidades
- 3.1. Impedimentos dirimentes públicos ou absolutos
- 3.2. Impedimentos impedientes suspensivos ou proibitivos
- 3.3. Impedimentos dirimentes privativos ou relativos
- 3.4. Oposição dos impedimentos
- 3.4.1. A invalidade do casamento
- 4. Formalidade preliminares a celebração do casamento
- 4.1. A celebração do casamento
- 4.2. Tipos de casamento
- 4.3. Provas do casamento
- 4.4. Efeitos jurídicos do casamento
- 4.4.1. Sociais
- 4.4.2. Pessoais
- 4.4.2.1. Em relação aos filhos
- 4.4.3. Patrimoniais
- 4.4.3.1. Regime de bens
- 4.4.3.2. Pacto antenupcial
- 4.4.3.3. Os regimes de bens propriamente ditos
- 4.4.4. Regime de bens: restrições
- 4.4.5. Dever recíproco de socorro
- 5. Dissolução da sociedade conjugal
- 5.1. Pela morte
- 5.2. Pela anulação do casamento
- 5.2.1. Sistema de nulidades do casamento
- 5.3. Pela separação judicial
- 5.3.1. Separação consensual
- 5.3.2. Separação litigiosa
- 5.4. Pelo divórcio
- 6. A união estável
- 7. Parentesco
- 7.1. Filiação
- 7.2. Ação negatória de paternidade e de maternidade
- 7.3. Reconhecimento dos filhos
- 7.4. Adoção
- 7.5. Poder familiar
- 8. Dos alimentos
- 9. Do direito assistencial
- 9.1. Da guarda
- 9.2. Da tutela

- 9.3. Da curatela
- 9.4. Medidas de proteção e do menor

VI. DIREITO DAS SUCESSÕES

- 1. Conceito, fundamento e conteúdo
- 2. Espécies de sucessão
- 3. A transmissão da herança
 - 3.1. Momento da transmissão
 - 3.2. Lugar da abertura do inventário
 - 3.3. Objeto da sucessão hereditária
 - 3.4. Capacidade e incapacidade sucessória
- 4. Aceitação da herança
 - 4.1. Espécies de aceitação da herança
- 5. Renúncia da herança
 - 5.1. Efeitos da renúncia
- 6. Cessão da herança
- 7. Herança jacente e vacante
- 8. Da sucessão legítima
 - 8.1. Sucessão dos descendentes
 - 8.2. Sucessão dos ascendentes
 - 8.3. Sucessão do cônjuge ou do convivente
 - 8.4. Sucessão dos colaterais
 - 8.5. Sucessão do Município, Distrito Federal e União
 - 8.6. Direito de representação
- 9. Sucessão testamentária
 - 9.1. Formas de testamento
 - 9.1.1. Formas ordinárias de testamento
 - 9.1.2. Formas especiais de testamento
 - 9.2. Testemunhas testamentárias
 - 9.3. Inexecução do testamento
 - 9.4. Registro, arquivamento e cumprimento do testamento
 - 9.5. Testamenteiro
- 10. Codicilo
- 11. Legado
- 12. Direito de acrescer
- 13. Substituição

DIREITO CIVIL

I - PARTE GERAL

1. PERSONALIDADE

1.1. Das pessoas

A palavra pessoa vem do latim "persona" denominação dada às máscaras utilizadas pelos atores romanos, destinadas a dar eco às suas palavras. A palavra, com a evolução dos tempos, passou a representar as personagens e, finalmente, a própria pessoa. As pessoas, na ordem jurídica classificam-se em pessoas naturais ou físicas e pessoas jurídicas. No sentido jurídico, pessoa é o ente físico ou moral - coletivo - suscetível de direitos e obrigações ou, simplesmente, sujeito de uma relação jurídica.

1.2. Personalidade Jurídica

Liga-se à pessoa a idéia de personalidade, que significa a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Quer sejam pessoas naturais ou jurídicas todas as pessoas são dotadas de personalidade. A capacidade é a "medida jurídica da personalidade" e essa capacidade jurídica (se relativa ou absoluta) é condição ou pressuposto de existência ou de exercício dos direitos inerentes às pessoas, por isso para ser pessoa basta que exista enquanto tal, mas para ser capaz necessita preencher requisitos para agir *de per si*, ou por nome de outrem. Por isso os autores distinguem a capacidade de duas formas a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de exercício ou de fato.

1.3. Direitos da personalidade

São direitos da personalidade aqueles que buscam a defesa dos valores inatos nos homens, reconhecidos a eles em sua interioridade e em suas projeções na sociedade. A par de ser um campo muito vasto para estudo a doutrina divide os direitos da personalidade em três espécies:

- a) *direitos físicos*: referentes à integridade corporal (componentes materiais da estrutura humana), como os direitos à vida, à integridade física, ao corpo, à imagem e à voz;
- b) *direitos psíquicos*: atinentes aos apanágios intrínsecos da personalidade, como os direitos à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo;
- c) *direitos morais*, ligados ao complexo valorativo da pessoa., projetado nela mesma e no meio social em que vive e, nesta última categoria, estariam inseridos os direitos à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos inerentes à pessoa humana e fora da órbita patrimonial, portanto, absolutos, indisponíveis, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e impenhoráveis, via de regra.

Sendo, assim, os direitos da personalidade asseguram à pessoa a defesa do que lhe é próprio, ou seja, sua integridade física, intelectual e moral.

A proteção jurídica desses direitos ocorre com a cessação dos atos que perturbam e desrespeitam a integridade física, intelectual ou moral do ser e, em seguida, com a averiguação da existência da lesão ou não, no ressarcimento dos danos morais e patrimoniais experimentados pela vítima (CC. art. 12).

Diz o art. 5º, 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*"

Segundo José Afonso da Silva "*a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada à honra e à imagem das pessoas*" - direito à privacidade e direitos da personalidade. Por isso o autor prefere utilizar a expressão direito à *privacidade* em sentido genérico e amplo de modo "a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou".

Moacyr de Oliveira expressa a amplitude da inviolabilidade dentro do direito à privacidade (ou vida privada) dizendo que ele: "abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetiva era geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos; e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo".

A intimidade, por sua vez, se define como "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais", inclusive seus familiares se assim quiser (liberdade de pensamento). Em sentido prático, porém, o que a interpretação sistemática do texto constitucional nos

leva a concluir é que a intimidade abrangeria o sigilo de correspondência, a inviolabilidade do domicílio (CF.: art. 5º, XI) e o segredo profissional.

Já o direito de preservação da honra e da imagem das pessoas, segundo José Afonso da Silva, não pareceriam caracterizar, acertadamente, um desdobramento do direito à intimidade ou do direito à privacidade: seriam, segundo ele, conexos.

A honra revela-se como o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, e a reputação.

A inviolabilidade da imagem da pessoa consiste na tutela do aspecto físico como é perceptível visivelmente, e Adriano de Cupis acrescenta que: "essa reserva pessoal, no que tange ao aspecto físico - que, de resto, reflete também personalidade moral do indivíduo -, satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral".

O direito à imagem ou de imagem, subdivide-se em dois tipos:

- a) imagem retrato (como fotografia) descrita no inciso X do art. 5º da CF; e
- b) imagem atributo (publicitária p. ex) descrita no art. 5º, V da CF.

Como explica o Promotor de Justiça Humberto Ibiapina Lima Maia "O direito à imagem inegavelmente faz parte da personalidade do Ser. Distintos, mas juntos a ela, estão muitas vezes os direitos à honra e à intimidade. Todos devidamente preservados pelos dispositivos legais em vigor: notoriamente a Constituição Federal, em seu artigo 5º".

No novo Código Civil temos, agora, supletivamente, a seguinte normação, o que não implica necessariamente em uma novidade no ordenamento jurídico:

- a) Direito ao corpo vivo ou morto: CC., arts. 12, parágrafo único, e arts. 13 a 15
- b) Direito ao nome: CC., arts. 16 a 19
- c) Direito à imagem: CC., art. 20
- d) Direito à privacidade: CC., art. 21

2. PESSOAS NATURAIS OU FÍSICAS

A pessoa natural é aquele ser humano que provem de uma mulher; o ente humano individualmente considerado (o art. 2º CC dizia.: todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil). O novo código diz no art. 1º que "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil", o art. 2º diz "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

2.1. Capacidade jurídica

Capacidade é conceito que decorre da personalidade e que torna possível uma pessoa ser titular de direitos e obrigações. Tal aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer, por si ou por outrem atos da vida civil poderá, todavia, depender de assistência ou representação nas situações que o Código determinar em função de ser a incapacidade relativa ou absoluta, respectivamente.

Assim temos que a capacidade da pessoa natural pode ser:

- a) **de fato:** representando a aptidão da pessoa para praticar pessoalmente os atos da vida civil - como faculdade de fazer valer seus direitos.
- b) **de direito ou de gozo:** representando a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações é aquela que permite que todos, indistintamente, atuem no mundo jurídico (representados e assistidos) fazendo que inexistam a incapacidade civil de direito.

2.1.1. Da incapacidade

Pessoas que não têm discernimento necessário para praticar certos atos jurídicos são consideradas incapazes, e tal incapacidade pode ser absoluta ou relativa.

a) **incapacidade absoluta:** é caracterizada pela impossibilidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil, de acordo com o art. 3º do CC; a incapacidade aqui é suprida pela representação; são esses os absolutamente incapazes:

- Os menores de 16 anos: que são representados por seus pais ou tutores;
- Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos (a lei anterior dizia no antigo art. 5º: loucos de todo o gênero). São pessoas representadas por curadores (CC., art. 1767, I). Com a inserção do termo "discernimento" o juiz

pode a requerimento da parte interessada fixar em sentença se o indivíduo é absolutamente ou relativamente incapaz, todavia, para que a sentença tenha efeito *erga omnes* é imprescindível o seu registro no cartório de pessoas naturais (CC., art. 9, III), além do que, o art. 4º, II e III gradua os portadores de debilidade mental entre os relativamente incapazes";

- Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (a lei dizia: surdos-mudos, que não pudessem exprimir suas vontades) Eles estarão sujeitos à curatela (CC., art. 1780) - (também CC., arts. 1767, III e IV. 1.772 e 1782).

O Novo Código não permite que se estenda a incapacidade aos cegos e aos ausentes assim declarados por sentença (CC., art 22 e ss. c/c CC., art. 9º, IV e ainda CPC., arts. 1159 a 1169).

OBS¹: Ausenta-se aquele que se afasta do domicílio sem deixar procurador ou representante do qual se tenha notícias instituindo-se, portanto, a curatela (CC. art. 22). A curatela do ausente se dá em razão de sentença declaratória que necessita ser registrada (CC. Art. 9º, IV) no cartório do domicílio anterior do ausente. Procedem-se a arrecadação dos bens (CPC.. art. 1160), nomeando-se o cônjuge do ausente - se não separados de fato por mais de 2 anos - como o legítimo curador (ou as pessoas indicadas nos §§ do CC. art. 25), procedendo-se à sucessão provisória (CC. arts. 26 a 36) para, depois, torná-la definitiva (CC., arts. 37 a 39).

OBS²: os atos praticados por pessoas absolutamente incapazes são nulos de pleno direito (CC., art. 166. I) permanecendo como era antes da reforma.

b) **incapacidade relativa:** caracteriza-se pela impossibilidade da prática de certos atos (CC., art. 4º), ou a maneira de os exercer, sem a devida assistência. São eles:

- Os maiores de 16 e menores de 18 anos, que podem praticar, *de per se*, apenas certos atos:
 1. Os maiores de 16 e menores de 18 anos não podem eximir-se de uma obrigação quando ocultam dolosamente sua idade (CC., art. 180 c/c CC., art. 105 e 181).
 2. Pelo artigo 116 do ECA eles são equiparados ao maior quando da responsabilidade civil decorrente de atos infracionais.
 3. Podem aceitar mandato: CC., art. 666.
 4. Podem fazer testamento: CC. Art. 1860, parágrafo único.
 5. Podem exercer emprego público para o qual não for exigida maioridade.
 6. Podem ser comerciantes (precedido de autorização): CC. art. 5º, parágrafo único, v
 7. Podem se casar, homem ou mulher com 16 anos: CC. art 1517
 8. Podem celebrar contrato de trabalho: CLT 446 (se for aprendiz com 14 anos).
 9. Podem votar facultativamente: Código Eleitoral, art. 4º. § 1º, I

OBS¹: a menoridade cessa aos 18 anos (CC., art. 5º), mas Maria Helena Diniz afirma que ele já pode, requerer o registro de seu nascimento (Lei 6.015/73 art. 50, § 3º com alteração da Lei 9.053/95), pleitear perante a justiça trabalhista sem assistência do pai ou tutor (CLT art. .792), exercer na justiça criminal o direito de queixa, renúncia e perdão (CPC arts. 34, 50, parágrafo único, e 52), firmar recibos de salário e pagamentos do INSS.

E ainda,

- Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, que não poderão praticar atos na vida civil sem assistência de um curador (CC., art. 1767, III).

OBS²: os psicopatas, toxicômanos e viciados em substâncias capazes de causar dependência química ou física; já eram relativos ou absolutamente incapazes, conforme determinasse a sentença de interdição (CPC., art. 1185).

- Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo: são os fracos de mente, surdos-mudos, portadores de anomalia psíquica etc.

- Os pródigos: pelo CC., arts. 1768 e 1769 só incorrem em interdição se tiverem cônjuge; ascendente ou descendente, qualquer parente ou o MP promovem essa ação.

OBS³: os atos praticados por pessoas relativamente incapazes geram anulabilidade do ato e não nulidade: CC. Art. 171, I - permanecendo como era antes de reforma.

- Os silvícolas estão sujeitos a regime regulado por legislação especial (CC. art. 4º, parágrafo único).

2.1.2. Proteção aos incapazes: breves notas sobre a interdição

Pais ou tutores representam os menores de 16 anos e assistem os maiores de 16 e menores de 18 anos (CC., arts 115 a 120: 1634, V, 1690, 1747, I e 1767).

Os pródigos, deficientes mentais, alcoólatras ou toxicômanos, igualmente, serão representados se menores de 16 anos e assistidos se entre 16 e 18 anos, todavia, por curador. A curatela pode incidir sobre maiores de 18 anos, também, pois pode, a incapacidade ter causa superveniente - trata-se de um *múnus* público.

Vale notar que quando o indivíduo adquire a sua capacidade de fato nada poderá retirar-lhe esse atributo que não seja através de um processo de interdição, de modo que o pressuposto jurídico da curatela, *in casu*, é uma decisão judicial pois aquele que era capaz torna-se incapaz. O pedido será sempre deferido, a critério do juiz, dentro de um processo de interdição (que visa a curatela), um procedimento especial de jurisdição voluntária que necessita obrigatoriamente de prova pericial (CPC., arts. 1181 e 1183).

São legitimados para propor essa ação, taxativamente mas não na mesma ordem, os genitores, o tutor, o cônjuge ou qualquer parente (CC., arts 1768, II e III) e o MP (CC. art. 1769). Por qualquer parente deve-se entender os parentes sucessíveis abrangendo até o limite da ordem da vocação hereditária, ou seja, os colaterais até 4º grau (CC., arts. 1829, IV, 1830 e 1839), excluindo-se os afins (CPC., art. 1182).

2.1.3. Cessação da incapacidade ou emancipação

Aos dezoito anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil (CC., art. 5º), porém, o parágrafo único diz quando cessa essa incapacidade.

a) a primeira forma de emancipação a que se refere o inciso I do parágrafo único do art. 5º do Código Civil é aquela que consiste na aquisição da capacidade civil antes da idade legal, em razão da extinção do poder familiar (que se dá, na verdade, pela renúncia dos pais desse poder), fazendo cessar igualmente a condição de pupilo na tutela, em que, a partir dos 16 anos o menor adquire a maioridade. Pode ser por instrumento público ou na divergência dos pais em concedê-la (CPC., arts. 1103 a 1112 - jurisdição voluntária), por sentença.

b) a segunda se dá em razão do casamento,

c) a terceira pelo exercício de emprego ou função pública, excetuadas as funções exercidas em órgãos autárquicos ou entidades paraestatais,

d) depois, pela colação de grau no ensino superior, e

e) pelo exercício de atividade comercial.

OBS.: O art. 73 da Lei 4375/64 (Dec. n. 57.654/66 art. 239) diz: "Para efeito de serviço militar cessará a incapacidade civil do menor na data em que completar 17 anos", porque o ano em que completa 18 deve se alistar,

3. COMEÇO DA PERSONALIDADE NATURAL

A personalidade é atributo de que goza a pessoa, representando a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

A personalidade tem início a partir do nascimento com vida (CC., art. 2º), independente de perfeição ou não, integridade física ou moral, terminando com a morte (CC., art. 6º), ou ainda com a presunção de sua morte, como ocorre no caso de ausentes (CC., art. 7º), para efeitos de sucessão (CC., arts. 22 a 39).

Para dirimir qualquer dúvida em relação à uma criança ter nascido morta ou ter morrido logo após o seu nascimento, utilizava-se o processo conhecido por **Docemasia Hidrostática de Galeno**, que baseia-se no princípio de que o feto, depois de ter respirado, teria os pulmões cheios de ar e, portanto, imersos em água, sobrenadariam, o que não acontece com os pulmões que nunca respiraram. Hoje, técnicas mais modernas, existem.

Não obstante assim seja, a lei assegura os direitos do nascituro, isto é, o feto que se encontra no ventre materno e que ainda não possui personalidade jurídica (CC., art. 2º). O nascituro é pessoa condicional uma vez que a aquisição de personalidade acha-se condicionada ao nascimento com vida. Porém, o nascituro é herdeiro, pode receber doações e legados, pode ser adotado e reconhecido. Pode agir através de seu curador (CC., art. 1779), e assim, figurar como sujeito ativo e passivo de obrigações, ressalvado que a eficácia de tudo ficará condicionada ao seu nascimento com vida.

Todo o nascimento deve ser registrado (Lei 6.015/73 art. 50 e 53; CC., art. 9º, I, CF., art. 5º, LXXVI, a) mesmo que a criança tenha nascido morta ou falecido durante o parto (Lei 6.015/73 arts. 33, V e 73). O registro se faz no local do nascimento ou no da residência dos pais. Em regra o registro se dá no prazo de 15 dias, mas se os pais residirem em distância maior do que 30 Km do cartório mais próximo esse prazo prorroga-se por 3 meses. Na falta dos pais o registro caberá aos parentes mais

próximos; na falta deles, os administradores do hospital deverão providenciá-lo, médicos, parteiros ou as pessoas encarregadas de sua guarda.

Em última hipótese, como vimos, ele mesmo poderá fazê-lo aos 16 anos (Lei 6.015/73 art. 50, § 3º com as alterações da Lei 9.053/95), mas não ficará desprovido do registro jamais.

4. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PESSOA NATURAL

4.1. Nome

Um dos mais importantes atributos da pessoa natural (ao lado da honra, da imagem da capacidade e do estado), é o nome. O nome é inalienável, imprescritível e protegido juridicamente não se extinguindo nem com a morte (CC. arts. 16, 17, 18 e 19; CP. art. 185).

O homem recebe-o ao nascer e ele estará presente em todos os acontecimentos da sua vida individual, familiar e social, em todos os atos jurídicos, em todos os momentos. Ele apresenta-se com o nome que lhe foi atribuído e registrado. Servirá como um elemento de individualização de um ser humano para outro.

O nome de uma pessoa compõe-se de **prenome ou nome próprio** e do respectivo **apelido de família**, também designado como **sobrenome, patronímico, cognome** e etc.. O primeiro é individual e pode ser escolhido *ad libitum* dos interessados. Pode ser simples ou composto (duplo), mas nada impede que seja triplo, quádruplo...

O segundo elemento fundamental do nome é o *patronímico* ou *apelido de família*. É o sinal revelador da procedência da pessoa e serve para indicar sua filiação, sua estirpe. Como o prenome, o apelido de família é inalterável (Lei 6.015/73, art. 56). Só será suscetível de alteração (Lei 6.015/73, art. 58) quando for evidente o erro gráfico, ou ainda quando sujeitar o portador ao ridículo (Lei 6.015/73, art. 55, parágrafo único), ou quando a homonímia for causadora de problemas sérios (R T 531/234).

O uso prolongado e constante de um nome diverso do que figura no registro, pode permitir a sua alteração (RT 517/105, 537/75) sendo, também, possível a inclusão de apelido ou alcunha utilizado habitualmente pelo interessado (RT 518/104).

A lei não proíbe que se complete o nome com a adição de sobrenome usado por ascendente. O descendente tem direito ao sobrenome de seu ascendente, mesmo que este sobrenome não tenha sido usado por uma ou mais gerações (RT 384/178, 400/169, 406/131, 424/75, 538/64).

O sobrenome pode ser adquirido, também, quando da adoção ou do casamento. Na adoção regida pelo código civil o filho adotivo não pode conservar o nome de seus pais de sangue (CC., arts. 1626 e 1618 a 1629). E com o casamento poderá qualquer dos nubentes acrescer ao seu sobrenome, se quiser, o sobrenome do outro (CC., 1565, § 1º) perdendo esse direito com a anulação do matrimônio ou por deliberação em sentença judicial.

4.2. Estado da pessoa natural

O estado representa o modo particular de existir de uma pessoa. A expressão "estado" provém do latim *status*, empregada pelos romanos para designar os vários predicados integrantes da personalidade. Era o modo de ser em virtude do qual se tornavam os homens suscetíveis de direitos na sociedade civil. Modernamente esse *status* representa-se por dois derradeiros estados: nacionalidade e família.

O estado é indisponível e imprescritível e se apresenta de quatro formas:

- a) **Estado individual ou físico:** modo de ser da pessoa sob o aspecto orgânico (idade, sexo, saúde) e capacidade;
- b) **Estado familiar:** posição ocupada pela pessoa no seio da família. Todo o indivíduo se enquadra em determinada família por três ordens de relações, a saber, pelo vínculo conjugal, pelo parentesco decorrente de consangüinidade ou afinidade e, sob esse aspecto as pessoas distinguem-se em casadas, solteiras, separadas, divorciadas, parentes ou não.
- c) **Estado político:** qualidade jurídica que advém da posição do indivíduo como parcela de uma sociedade politicamente organizada e chamada de nação (Estado). Nesse contexto os indivíduos se dividem em nacionais (natos e naturalizados), e estrangeiros (CF., art. 12).
- d) **Estado civil:** regula-se por normas de ordem pública e não podem, via de regra, ser modificados pela vontade das partes no sentido de que será sempre uno, ou seja, ninguém pode ser ao mesmo tempo solteiro e casado, maior e menor, brasileiro e estrangeiro (Atenção: a dupla nacionalidade é figura não regulada pelo direito).

4.3. Domicílio

Para a pessoa natural, o domicílio é fixado das seguintes formas estabelecidas pelo Código:

- a) o lugar onde estabelece a sua residência com ânimo definitivo: CC., art. 70;
- b) se várias as residências ou vários centros de atividades, será qualquer deles: CC., art. 71;
- c) se não possuir residência habitual ou empregue a vida em viagens, o domicílio será o lugar onde for encontrada.

Para as pessoas jurídicas de direito privado o domicílio será o lugar de sua sede, ou aonde funcionar a sua diretoria e/ou administração, ou ainda onde elegerem domicílio especial nos seus estatutos ou atos constitutivos (CC., art. 75, IV) e para as pessoas jurídicas de direito público o domicílio vem disciplinado nos incisos I, II e III do art. 75 do Código Civil, não havendo qualquer modificação nesse sentido na atual sistemática do novo *codex*.

4.3.1. Espécies de domicílio

- a) necessário ou legal: determinado por lei em razão de condição ou certa situação:
 - o recém nascido tem o domicílio dos pais,
 - o intinerante tem o domicílio no lugar onde for encontrado: CC. art. 73;
 - o domicílio de cada cônjuge será o do casal: CC. art. 1569;
 - e ainda os casos do CC. art. 76, parágrafo único, que diz:
 - ⇒ 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.
- b) domicílio voluntário é aquele que pode ser escolhido livremente, subdividindo-se em:
 - geral: se fixado pela vontade de um indivíduo capaz, ou
 - especial: se estabelecido entre as partes de um contrato: CC., art. 78 e CPC., art. 95.

Perde-se o domicílio.

- a) pela mudança: CC art. 74.
- b) por determinação legal nos casos de alteração das condições do parágrafo único do art. 76.
- c) por contrato em razão de eleição das partes.

5. EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE NATURAL

A existência da pessoa natural termina com a morte real, presumida ou ficta (CC., art. 6º, 1ª parte). Até esse termo final inexorável, conserva o ser humano a personalidade adquirida ao nascer. Só com a morte perde tal predicado. Os mortos não são mais pessoas - inobstante a eles ainda se deva respeito - não são mais sujeitos de direitos e obrigações. Todavia vale mencionar que nossos doutrinadores aceitam, também, o que se chama de morte civil.

O primeiro caso vem previsto no CC., art. 1814: são pessoais os efeitos da exclusão da herança por indignidade. Os descendentes do herdeiro excluído sucedem como se morto ele fosse. O segundo caso está nas leis militares (art. 7º do D.L. 3.088/41): uma vez declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, perderá o militar seu posto e respectiva patente, ressalvado às famílias o direito a percepção de suas pensões, como se houvesse falecido.

Para o direito a morte significa:

- a) fato gerador de tributo (CF., art. 155, I),
- b) dissolução do vínculo conjugal e do regime matrimonial (CC., art. 1571),
- c) extinção do poder familiar (CC., art. 1635),

- d) abertura da sucessão (CC., art. 1784).
- e) extinção dos contratos personalíssimos, como prestação ou locação de serviços (CC., art. 607), parceria, mandato (CC., art. 682, II) e sociedade, obrigações de fazer, quando convencionado o cumprimento pessoal (CC., art. 247),
- f) extinção do pacto de venda a contento, preempção (CC., art. 520) ou preferência de melhor comprador,
- g) extinção do usufruto (CC., art. 1410, I e CPC., art. 1112, VI),
- h) extinção do cargo de testamentária (CC., art. 1985),

Comoriência:

Prevista anteriormente pelo CC., art. 11, está agora disciplinada no CC., art. 8º e representa a circunstância em que dois ou mais indivíduos falecem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se a morte de algum precedeu a de outro(s).

6. PESSOA JURÍDICA

Chamados também de entes morais, pessoas coletivas ou civis, caracterizam-se pelo agrupamento de pessoas ou bens para fins determinados que adquirem, por força de lei, as características de uma pessoa, porém, distinta das que as compõem, e a quem a ordem jurídica atribui personalidade, tornando-as capaz de exercer direitos e contrair obrigações.

6.1. Classificação da pessoa jurídica (CC., art. 40)

Quanto à nacionalidade a pessoa jurídica é nacional ou estrangeira. São pessoas jurídicas de direito público externo (CC., art. 42) os países estrangeiros, e os organismos internacionais. São pessoas jurídicas de direito público interno (CC., art. 41) a União Federal, os Estados, os Municípios, as Autarquias, demais entidades de caráter público criadas por lei. São pessoas jurídicas de direito privado as sociedades simples e empresariais, as associações, as fundações particulares e os partidos políticos (Lei 9096/95 c/c CF., art. 17, I a IV, §§ 1º a 4º).

O que distingue as pessoas de direito público das de direito privado é o regime jurídico a que elas estão submetidas., e não a origem dos recursos. O regime jurídico de direito público tem prerrogativas que as pessoas jurídicas de direito privado não possuem. As pessoas de direito privado, essas sim, distinguem-se pelos recursos em estatais e particulares sendo que as estatais constituem-se com recursos públicos e as particulares somente com recursos particulares.

Para fins didáticos vale a seguinte classificação:

- a) **associações civis:** (culturais, sociais, sindicais): resultam da conjugação de pessoas com um objetivo comum visando a execução desses objetivos e não possuem finalidade econômica (CC., art. 53). Aplicam-se aqui as normas do novo Direito de Empresa previsto a partir do CC., arts. 966 e seguintes. Como não têm fim lucrativo podem assumir diversas finalidades, a saber altruísticas (beneficentes), egoísticas (literárias, recreativas, esportivas), ou apenas de socorro mútuo, de fim não lucrativo.

Basta que siga alguns critérios.

- estruturação do grupo em normas estatutárias;
- regulamentação clara e uniforme dos direitos e deveres dos associados;
- natureza contratual que liga o associado à instituição;
- pagamento de um *quantum* inicial ou sucessivo pelos associados;
- inexistência de direitos e deveres recíprocos: CC. art. 53, § único;
- funcionamento por meio de diretoria;
- direito a voto nas assembleias e respeito às suas deliberações, sem que se impeça o associado que entrar em discórdia se desligar;
- imposição de sanções àqueles que ferirem as normas estatutárias e etc.

- b) **fundações particulares:** são pessoas jurídicas compostas pela organização de um patrimônio, destacado pelo seu instituidor para uma finalidade específica. Não têm proprietários nem titulares

ou sócios. Têm apenas um patrimônio gerido por curadores. A fundação pode ser criada por escritura pública ou testamento (CC., art. 62 ss. c/c CPC., arts. 1199 a 1204), devendo o instituidor doar os meios necessários e especificar o fim a que se destina: religiosos, morais, culturais ou de assistência. As fundações podem ainda ser mantidas ou constituídas pelo poder público conjugando recursos públicos e privados, mas se o caso, estará sujeita ao direito administrativo.

- c) **sociedades simples:** (CC., arts. 997 a 1038) são aquelas que visam lucro e, portanto, têm finalidade econômica. Atuam com certa autonomia patrimonial, pois sua existência é distinta da figura dos seus sócios, de modo que as obrigações, direitos e deveres de um, não se confundem com a pessoa do outro.
- d) **sociedades empresariais:** visam, igualmente, o lucro, todavia, através do exercício de uma atividade mercantil, assumindo várias formas, tais como sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples; sociedade em comandita por ações; sociedade limitada; sociedade anônima ou por ações (CC., arts. 1039 a 1092) que, adiante, serão tratadas.

OBS.: Para distinguir uma sociedade simples de uma sociedade empresária basta considerar a natureza das operações habituais. Se tiver por objeto exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, próprias de empresário sujeito a registro (CC. 982 e 967) é sociedade empresarial, caso contrário será simples.

6.2. Começo e fim da existência legal da pessoa jurídica

A personalidade das pessoas jurídicas passa a existir com a inscrição de seus atos constitutivos no registro competente e serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os estatutos designarem ou, em não consignando, por seus diretores. Seu domicílio é o local de sua sede, seu governo, administração ou direção.

As pessoas jurídicas de direito público iniciam-se em razão de determinação constitucional ou de lei especial. Assim é que numa cadeia de atribuições - delegação, competência exclusiva ou concorrente - Estados, Municípios e o Distrito Federal estabelecem, cada qual, direitos e deveres espaço temporais.

As pessoas jurídicas de direito privado (outroza somente regidas pelo Código Comercial) e os partidos políticos (regidos por lei específica) têm como fato gerador a vontade humana sem a necessidade de qualquer ato administrativo de concessão ou permissão - salvo nas hipóteses do CC., arts. 1123 a 1125, e CC., arts. 1128 a 1141. Elas nascem com o registro de seus atos constitutivos podendo ser unilateral *inter vivos* ou *causa mortis* no caso das fundações, ou por ato jurídico bilateral *inter vivos* no caso das associações e sociedades (CC., art. 104).

A ausência do registro, por seu turno, de acordo com o CC., arts. 986 a 990, CC., arts. 1132 e 1136, desautoriza as sociedades a. acionar seus membros ou terceiros sendo, estes, ao contrário, responsáveis por todos os seus atos (CPC. art. 12, § 2º e 596), dentre outros efeitos.

A capacidade das pessoas jurídicas decorre de sua personalidade que vem com o registro de seus atos constitutivos e estende-se em todos os campos do direito quer seja exercida por uma diretoria quer seja pelo seu órgão legal.

A existência de uma pessoa jurídica pode terminar pela dissolução deliberada entre seus membros (CC., 1033, II), pelo decurso do prazo de sua duração (CC., arts. 69, 1ª parte c/c art. 1033, I), por deliberação dos sócios - maioria absoluta (CC., art. 1033, III), pela dissolução quando a lei assim determinar, ou ainda pela dissolução em virtude de ato do governo (CC., art. 1125 e 1033, V), quando lhe casse a autorização para funcionar, por determinação do poder judiciário (CC., art. 1034, I e II)

6.3. Responsabilidade civil - noções

Todas as pessoas jurídicas respondem civilmente pela. prática de ilícito ou ato que contrarie suas estipulações estatutárias como também, segundo o CDC., arts. 12 a 25, trazem consigo a responsabilidade objetiva - independente de culpa - caso decorra de vício no produto ou no serviço que forneça, danos que podem ser morais e materiais (CF., 173, § 5º). Profissionais liberais têm responsabilidade subjetiva (CDC art. 14, §§ 1º ao 4º).

No campo da responsabilidade extracontratual é sabido que as pessoas jurídicas de direito privado devem reparar o dano causado pelo seu representante. Os arts. 931 e 1009 do CC, estipularam a responsabilidade civil para as pessoas jurídicas que têm finalidade lucrativa ou empresarial ao dizer que respondem pelos produtos postos em circulação.

Combinando-se o art. 932, III com o 933, o novo código civil inova e traz a responsabilidade objetiva naqueles casos, pelos danos porventura provocados. Mas quanto aos fornecedores de produtos e serviços o CDC já havia estipulado essa modalidade de responsabilidade.

Quanto á responsabilidade civil do Estado, convém lembrar as teorias que se firmaram sobre ela (CF., art. 37, § 6°. CDC, art. 3°):

- a) teoria da culpa administrativa do preposto: onde o Estado só indeniza se houver culpa do agente
- b) teoria do acidente administrativo ou falta impessoal do serviço público, onde não se indaga culpa deste ou daquele funcionário mas sim o todo da prestação do serviço ou ausência deste que cause dano, e a
- c) teoria do risco integral: responsabilidade objetiva, teoria adotada pelo direito brasileiro agora, também, reforçada pelo novo código civil em seu art. 43.

6.4. Entes despersonalizados

São aqueles entes que não estão descritos como dotados de personalidade jurídica mas que, todavia, por algum momento no espaço e no tempo aderirem esse *status* para que possam agir representando uma coletividade de bens ou pessoas. São também chamadas de *quase pessoas jurídicas* e são elas a família, as sociedades de fato ou não personificadas; a massa falida; a herança jacente e vacante; o espólio e o condomínio.

6.5. Desconsideração da pessoa jurídica

Como vimos a pessoa jurídica é ente autônomo da figura de seus componentes ou instituidores, mas com o intuito de impedir a consumação de fraudes e atos atentatórios à dignidade da justiça que venham a lesar terceiros o Código Civil assim preceituou:

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.

A teoria da desconsideração ou penetração, como salienta Maria Helena Diniz, permite que o juiz não reais considere os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade para atingir e vincular a responsabilidade dos sócios - podendo invadir seu patrimônio para garantir indenizações - e, ainda impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos por meio da personalidade jurídica, que causem prejuízos ou danos a terceiros. Não é uma novidade na prática visto que os tribunais já estavam assim entendendo.

7. DOS BENS

Bem é tudo quanto pode proporcionar ao homem qualquer satisfação. Nesse sentido se diz que a saúde é um bem, que a amizade é um bem e etc. Mas juridicamente falando, bens são os valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito.

Para que seja objeto de uma relação jurídica é preciso que o bem tenha idoneidade para satisfazer um interesse econômico - portanto, que tenha valor econômico - e, que subordine-se juridicamente a um titular.

7.1. Dos bens considerados em si mesmos: CC arts. 79 a 91

- a) **corpóreos:** são aqueles dotados de existência física, material, que incidem ou recaem sob os sentidos;
- b) **incorpóreos:** são aqueles que, embora de existência abstrata ou ideal, ou seja, intangíveis, são reconhecidos pela ordem jurídica, tendo para o homem valor econômico - podem estar entre os direitos reais, obrigacionais ou autorais.
- c) **móveis:** são os bens que podem ser transportados de um local para outro sem sofrer alteração de sua substância. O transporte pode ser por movimento próprio ou por força alheia. A lei, excepcionalmente, atribui essa qualidade a outros bens, como é o caso dos direitos de autor (CC., art. 82).
- d) **imóveis:** são os que não podem ser transferidos de um local para outro sem alteração de sua substância. Essa imobilização pode se dar por acessão física artificial (construções, sementes jogadas

a terra), acessão intelectual, por sua natureza (solo e espaço aéreo), destinação (utensílios agrícolas), ou por determinação legal (penhor agrícola, sucessão aberta).

OBS.: Bens móveis e imóveis distinguem-se por diversas razões:

- Imóveis só são adquiridos pelo registro do título, acessão, usucapião e pelo direito hereditário (CC., arts. 1238 a 1245, 1248, 1784), e os móveis pela tradição, usucapião, ocupação, achado de tesouro, especificação, confusão, comistão, adjunção (CC. arts. 1260 a 1274).
- Imóveis não podem ser alienados, hipotecados ou gravados de ônus reais por pessoas casadas sem anuência do cônjuge (CC. art. 1647, I) exceto se o regime seja o da separação absoluta de bens.
- Prazo para usucapir para imóveis é de 5, 10 ou 15 anos (CF. 183, 191 e CC. arts. 1238 a 1242, 1260 e 1261). Para bens móveis é de 3 ou 5 anos (CC. 1260 e 1261) dentre outras peculiaridades.

OBS¹.: O navio e a aeronave continuam a ser bens móveis *sui generis*, de natureza especial, sendo tratados, em vários aspectos, como se fossem imóveis, necessitando de registro e admitindo a hipoteca (CC. art. 1473, VI e VII). O navio tem nome, e o avião, marca, obrigatoriamente. Ambos têm nacionalidade. Podem ser projeções do território nacional no ar e no mar (CP., art. 5º, § 2º).

e) **fungíveis**: são bens que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, em igual quantidade e qualidade (CC., art. 85)

f) **infungíveis**: são os que não podem ser substituídos, valendo pela sua individualidade (tela)

OBS².: A fungibilidade é própria de bens móveis, mas ainda assim alguns bens podem ser excetuados dessa regra. A fungibilidade também é empregada no direito das obrigações de fazer; é fungível quando puder ser prestada por terceiro que não o obrigado, infungível - personalíssima - quando não puder (CC., art. 247). Ademais entre os contratos a fungibilidade aparece nos de mútuo (CC., art. 586), comodato, e nos contratos de depósito de coisas fungíveis (normas relativas ao mútuo: CC., art. 645).

g) **consumíveis**: são os que se destroem assim que vão sendo utilizados (alimentos), sendo também considerados assim os passíveis de alienação (CC., art. 86).

h) **inconsumíveis**: os de natureza durável, de utilização contínua e duradoura (um livro).

i) **divisíveis**: são aqueles que podem ser divididos ou fracionados sem, contudo, perder a sua função original, como por exemplo, um terreno. (CC. art. 87)

j) **indivisíveis**: aqueles que não admitem divisão, uma vez que se divididos, perderiam sua função ou utilidade primária como um relógio por exemplo.

k) **singulares**: são os bens individualizados como um caderno, um copo etc., ainda que estejam reunidos (CC., art. 89), por isso o código anterior classificava as coisas singulares em simples (que formavam um todo homogêneo) podendo ser materiais ou imateriais (um crédito por exemplo) e os compostos aqueles que, formados de partes heterogêneas comporiam um todo (materiais de construção por exemplo)

l) **coletivos ou universais**: são os bens agregados num todo como ocorre com uma biblioteca; são, pois, constituídos por várias coisas singulares, consideradas em conjunto. Podem consistir em uma universalidade de fato (a biblioteca p. ex.) ou de direito (o patrimônio, a massa falida, espólio e etc.).

7.2. Dos bens reciprocamente considerados: CC. arts. 92 a 97

Principais e acessórios: são os que assim se consideram em relação aos outros. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente (a árvore em relação ao fruto); acessório, aquele cuja existência supõe a do principal (CC. art. 92). Os bens acessórios são basicamente naturais, industriais ou civis.

OBS¹.: O código enumera expressamente os bens acessórios:

- frutos: naturais, industriais e civis (rendimentos - CC., arts. 95 e 1232);
- produtos: incluindo os orgânicos da superfície;
- minerais contidos no subsolo (observando-se a CF., art. 176);
- obras de aderência feitas acima ou abaixo da superfície (CC., art. 1230);
- as benfeitorias (CC. art. 96), que são úteis (melhoramento = aumentam ou facilitam o uso da coisa), necessárias (conservação da coisa) ou voluptuárias (embelezar = prazer).
- as pertencas (CC. art. 93) que o código define como "*bens que, não constituindo partes integrante, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro*" servem de adorno ao bem principal e não são fundamentais para a utilização do bem: a moldura de um quadro, órgão da igreja, acessórios do veículo e etc...

7.2.1. Dos bens considerados em relação ao titular do domínio: CC. arts. 98 ss

a) **públicos:** são os bens de domínio da União, Estados e Municípios.

Há três tipos de bens públicos:

- Bens de uso comum do povo: (CC. art. 99. I) praças, jardins, ruas e etc...
- Bens públicos de uso especial: (CC. art. 99. II) terrenos ou edifícios destinados a serviço ou estabelecimentos dos entes políticos e;
- Bens dominicais: (CC. art. 99. III) são bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado (CF., art. 20, I a XI: art. 26, I a IV).

b) **particulares:** os que pertencem as pessoas naturais ou jurídicas de direito privado.

7.2.2. Dos bens fora do comércio: CC. arts. 98 ss.

a) **bens no comércio:** são os bens negociáveis, passíveis de alienação, que podem transmitir-se gratuita ou onerosamente do patrimônio de um indivíduo ao patrimônio de outro, ou ser trocados, alugados e etc.

a) **bens fora do comércio:** são os bens insuscetíveis de apropriação, inalienáveis, quer seja por impossibilidade física quer seja por impossibilidade jurídica:

- *Inapropriáveis por natureza:* como o ar, a luz solar, ou até mesmo os direitos da personalidade (salvo o uso consentido da imagem). Todavia é possível a captação, por meio de aparelhos, que permitam a comercialização de alguns desses bens: ex. ar comprimido dos cilindros de mergulho; extração do sal da água do mar e etc....
- *Legalmente inalienáveis:* são aqueles que, inobstante passíveis de alienação, têm sua comerciabilidade excluída pela lei, para atender certos interesses. São eles:
 - bens públicos: CC. art. 100
 - bens de fundação: CC. arts. 62 a 69
 - bens de menores: CC. art. 1691
 - lotes rurais inferiores ao módulo fixado: Lei 4.947/66.
 - capital destinado a indenizar a vítima de ato ilícito CPC. art. 602, §§ 1º e 4º
 - terreno onde está edificado prédio de condomínio por andares: CC. art. 1331, § 2º
 - tombamento de móveis e imóveis: Dec. - lei n. 25/37
 - terras ocupadas pelos índios. CF. art. 231, § 4º
 - os inalienáveis pela vontade humana: CC., art. 1911
 - o bem de família merecerá destaque especial a seguir

7.2.3. Bem de família: CC. arts. 1711 a 1722

A instituição do bem de família tem por finalidade proteger a família, ou o ente familiar, proporcionando-lhe abrigo seguro. O bem de família. divide-se em voluntário e legal.

O bem de família voluntário

Com o advento da Constituição de 88, deve-se entender que o bem de família voluntário pode ser instituído por membro de entidade familiar, composta pelo pai ou pela mãe, e seus filhos, ou pela união estável de um homem e uma mulher (CF., art. 226).

É o instituto em que o casal, ou a entidade familiar, destina por escritura pública, ou testamento – que precisa de registro no cartório de imóveis (CC. art. 1714) - parte do seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse 1/3 do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição (CC., art. 1711) A mudança é significativa no novo código posto que anteriormente o casal só podia destinar para esse fim um determinado imóvel próprio para domicílio da família. Agora temos 1/3 do patrimônio líquido.

O art. 1712 diz que o bem consistirá em imóvel residencial, urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se, necessariamente, ao domicílio familiar.

A idéia central, à exemplo do código de 1916, permanece, contudo, a mesma, qual seja: a existência de cláusula que isente o bem de execução por dívidas (CC. art. 1715). Essa isenção de qualquer execução por dívidas durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem a maioria (CC. art. 1716) condição idêntica estampada no código anterior. Igualmente a essa condição está a de que o imóvel não pode ter outra destinação ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais (CC. art. 1717), todavia, agora, ouvindo-se o MP.

Curioso é que a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família (CC. art. 1721). Só extinguir-se-á caso morram os cônjuges e atinjam os menores a maioridade, desde que não sujeitos à curatela (CC. art. 1722).

O bem de família legal

Foi instituído pela Lei 8.009/90 que estabeleceu a impenhorabilidade geral de todas as moradias familiares próprias, uma para cada família, independentemente de qualquer ato ou providência dos interessados. Caso a família possua mais de um imóvel, para os efeitos dessa proteção, será considerado o imóvel de menor valor, exceto se já houver bem de família voluntário anteriormente instituído.

A impenhorabilidade abrange os seguintes bens, desde que quitados: a casa e seu terreno, os móveis que guarnecem a casa, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos, inclusive os de uso profissional. Excluem-se os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. No caso de residência alugada, a impenhorabilidade abrange os bens móveis quitados, de propriedade do inquilino, que guarnecem a residência.

Mas excluem a impenhorabilidade, também, as seguintes dívidas e situações expressas, taxativamente, na Lei 8009/90: dívidas anteriores à compra do bem; dívidas decorrentes do próprio imóvel; créditos trabalhistas e previdenciários insatisfeitos decorrentes de empregados da residência; por terem sido adquiridos através de produto de crime ou no caso de execução de sentença condenatória a ressarcimento, indenização ou perda de bens; para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; por obrigação decorrente de fiança dada em contrato de locação.

No imóvel rural a imunidade estende-se apenas à sede de moradia e respectivos bens móveis. Na pequena propriedade rural, à área assim definida pela lei e pelo art. 5º, XXVI, da CF.

Diferenças entre o bem de família legal e voluntário

O bem de família voluntário continua a ter natureza jurídica de afetação, ou imobilização de um imóvel para uma certa finalidade, tomando-o impenhorável, inalienável e insusceptível de execução salvo as exceções expressas na lei, enquanto que o bem de família legal tem natureza de mera impenhorabilidade (com as exceções apontadas), não tornando o imóvel inalienável nem isento de inventário e partilha. O Bem de família voluntário depende de escritura pública, o que não ocorre com a outra espécie - são de natureza jurídica distintas.

Convém notar, por seu turno, que a norma genérica não derroga a específica, o que faz presumir que a lei 8009 está em vigor. Mas o NCC traz um problema: só é necessária a formalização voluntária do bem quando alguém tiver dois ou mais imóveis e pela interpretação do CC art. 1711 quem adquirir a segunda casa, de melhor padrão, não poderá, instituí-la. como bem de família (por questão de talvez não atingir 1/3) - penalizando as famílias de menor poder aquisitivo. É de se discutir.

8. FATOS JURÍDICOS (lato sensu)

Fato é um acontecimento. Os fatos podem decorrer das forças da natureza (chuvas, terremotos p. ex.), ou surgirem em razão da ação humana (casamentos, compra e venda p. ex.). Mas para o direito nem todos os fatos têm relevância jurídica: como o simples fato de chover. Somente alguns fatos dentro desse universo, capazes de gerar efeitos legais, interessam ao direito. Assim, o simples fato de chover será estranho ao mundo jurídico, a menos que sobrevenha a necessidade de indenização em razão de dano sofrido com a chuva. Aos fatos, importantes para a lei por gerarem um determinado efeito jurídico, dá-se a denominação de fatos jurídicos: será jurídico, então, o fato que for relevante para o direito, mesmo que seja um fato ilícito.

Fato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando uma relação jurídica, concretizando as normas jurídicas. Realmente, do direito objetivo não surgem diretamente os direitos subjetivos; é necessária uma força de propulsão ou causa a que se denomina em sentido amplo "fato jurídico". Assim é que somente amparado pelo direito objetivo, que possibilita o nascimento de uma relação jurídica, um indivíduo pode exercer seu direito subjetivo. Assim entendido dois fatores estão na constituição de um fato jurídico:

- a) o fato, como qualquer eventualidade que atue sobre o direito subjetivo, e
- b) uma declaração da norma jurídica que confere efeitos jurídicos àquele fato

Savigny os classifica como "acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem". Mas nem sempre é assim pois nem sempre o fato faz nascer ou perecer o direito nos dizeres de Maria Helena Diniz.

A melhor definição ainda é a de Washington de Barros Monteiro "fatos jurídicos seriam os acontecimentos, previstos em norma de direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas".

8.1. Classificação dos fatos jurídicos

Os fatos que interessam ao direito podem ser assim divididos:

a) Fatos naturais (em sentido estrito): decorrem de fenômenos naturais sem qualquer interferência humana. Esses fatos naturais subdividem-se em:

- ordinários: nascimento, maioridade, morte, decurso de tempo e etc... e
- extraordinários: casos fortuitos ou de força maior.

b) Fatos humanos (em sentido amplo): são aqueles que aconteceram em virtude de uma conduta (omissiva ou comissiva) do homem, visando à criação, modificação, transferência ou extinção de direitos. Nessa linha de raciocínio podemos afirmar que o fato é gênero do qual decorre a espécie ato jurídico que abrange, por sua vez, os atos *lícitos* e *ilícitos*.

Essas condutas humanas subdividem-se em duas ordens:

- voluntárias (lícitas): quando os efeitos jurídicos desejados pelo agente são atingidos, caso em que nos deparamos com o ato jurídico em sentido amplo, de onde decorre:
 1. **o ato jurídico em sentido estrito:** quando objetiva a realização da vontade de um agente (como p. ex. o perdão, a confissão), ou
 2. **o negócio jurídico:** quando partes estipulam normas para regular interesses comuns, harmonizando vontades que, mesmo parecendo antagônicas
- involuntárias (ilícitas): quando as consequências jurídicas decorrentes do ato são alheias à vontade do agente.

OBS¹.: Convém notar que nem sempre os atos ou o negócio jurídico são lícitos assim como nem sempre a conduta involuntária é ilícita. O que vai ditar realmente a ilicitude da conduta é a sua legitimidade. Se a conduta é legítima - está em conformidade com o ordenamento jurídico - o ato é lícito e, assim, apto a produzir todos os efeitos almejados. Se, ao contrário, é ilegítima, ou seja, em desacordo com o direito positivo, tem-se um ato ilícito. Hoje, os atos ilícitos integram a categoria de atos jurídicos pelos efeitos que produzem: obrigação de reparar o dano (CC. art. 927).

8.2. Aquisição de direitos

I. No âmbito patrimonial dois são os modos de adquirir direitos:

a) **modo originário:** que nasce no momento em que o titular se apropria do bem de maneira direta sem suceder ninguém por ato inter vivos ou causa mortis;

b) **modo derivado:** quando, quer seja por ato inter vivos ou causa mortis alguém sucede uma pessoa na titularidade daquele bem; onde a aquisição pode se dar de forma gratuita: quando não há contraprestação, como no caso da doação simples, ou na sucessão hereditária; ou onerosa: quando há contraprestação, como na compra e venda.

II. Levando em conta o modo como se processa a aquisição pode ser:

a) **a título universal:** quando o adquirente substitui o antecessor na totalidade dos seus direitos e obrigações; ou

b) **a título singular:** quando o adquirente substitui o antecessor em parte dos seus direitos e obrigações; ou

III. Quanto ao seu processo de formação os atos podem ser:

a) **simples:** se o fato gerador da relação consiste num só ato (Ex.: assinatura de um título); e

b) **complexos:** se for necessária a intercorrência simultânea ou sucessiva de mais de um fato ou ato, como por exemplo o usucapião.

IV. Quanto à aquisição o Código civil diz que:

- a) **a pessoa pode adquirir para si ou para outrem:** como no caso da estipulação em favor de terceiros, nos contratos de seguro de vida dentre outros;
- b) **os direitos podem ser adquiridos por ato do adquirente ou por intermédio de terceiros,** possibilitando, por exemplo, que o absolutamente incapaz adquira bens ou direitos desde que representado, ou que aquele que é capaz possa fazê-lo por mandatário, mas há de se notar, contudo, que certos "direitos" nascem independentemente de ato ou vontade do adquirente ou seu representante, como nos casos de avulsão e de aluvião;
- c) **os direitos podem ser atuais,** quando a partir de adquiridos já podem ser exercidos ou, futuros, cuja aquisição depende da ocorrência de condição ou termo.

8.2.1. Classificação dos negócios jurídicos

Todos os atos acima descritos refletem um negócio jurídico. Esses negócios fundam-se, basicamente, na "autonomia privada", ou seja, na existência de um fato jurídico que vincula as partes nele inseridas por um objeto com caráter de norma. Assim é que esses negócios jurídicos admitem a seguinte classificação:

- a) *quanto à existência* os atos são principais, quando existirem por si mesmos ou acessórios, quando subordinarem-se ou condicionarem-se a outro(s);
- b) *quanto à sua formalidade* esses atos podem ser praticados sob uma forma solene ou não solene em virtude do que dispuser a lei;
- c) *quanto ao seu conteúdo* podem ser patrimoniais (reais ou obrigacionais), ou ainda extrapatrimoniais, quando indisponíveis por exemplo;
- d) *quanto ao tempo em que produzem seus efeitos* os atos são classificados como atos "inter vivos" ou "mortis causa", conforme a declaração de vontade do agente se destine a produzir efeitos em vida ou depois de sua morte, respectivamente;
- e) *quanto às vantagens que produz*, onerosos ou gratuitos;
- f) *quanto aos seus efeitos* podem ser constitutivos ou declaratórios, mas vale mencionar que, via de regra os atos de efeito constitutivo têm eficácia "*ex nunc*", ou seja, produzem efeitos a partir do momento da conclusão do negócio jurídico (por exemplo a compra e venda), e os de efeito declarativo podem ter eficácia "*ex tunc*" se efetivando de acordo com a ocorrência do fato a que se veiculam, como p. ex. reconhecimento de filho ilegítimo.
- g) *quanto ao exercício dos direitos* temos os negócios jurídicos de disposição, se implicam no amplo exercício de direitos sobre os objetos (propriedade por exemplo), ou simplesmente de administração, se os direitos são restritos sobre esse objeto ou direito por qual se exerce um poder, sem que haja alteração de sua substância como é o caso de um contrato de mútuo ou uma locação residencial p. ex.
- h) *quanto à manifestação da vontade* das partes os atos podem ser unilaterais ou bilaterais e aqui convém observar:

Nos atos unilaterais a declaração de vontade emana de uma pessoa, sempre na mesma direção, como a renúncia e a desistência. Já nos atos bilaterais as declarações de vontade são emanadas de uma ou mais pessoas, porém em sentidos "aparentemente" antagônicos como acontece nos contratos em geral. Os atos bilaterais podem, ainda, ser subdivididos em simples ou sinalagmáticos:

- atos bilaterais simples: são os que concedem vantagens a uma das partes e vantagens à outra, como o contrato de depósito;
- atos bilaterais sinalagmáticos: são recíprocos, ou seja, concedem vantagens e ônus reciprocamente, como é o caso do contrato de locação.

8.3. Modificação de direitos

Sem alterar-lhes a substância os direitos podem sofrer alterações em seu conteúdo, objeto e até mesmo em seus titulares. Assim a modificação pode ser de duas ordens:

- a) modificação objetiva: relativa ao objeto ou ao conteúdo do direito, que pode ser:

⇒ *qualitativa*: quando o conteúdo do direito se converte em outra espécie daquela convencionada ou

⇒ *quantitativa*: quando sem a mudança do conteúdo ou qualidade do direito aumenta-se ou diminui-se o objeto.

b) modificação subjetiva: relativa aos sujeitos, remete o pensar para os atos de transferência de direitos patrimoniais ou não em razão de ato inter vivos ou causa mortis em que uma(s) - parte(s) sucede(m) outra(s) na titularidade de um direito. Várias hipóteses podem se enquadrar no presente caso:

⇒ extinção de usufruto simultâneo em que os titulares vão se reduzindo;

⇒ desdobramento de relação jurídica, cessão de crédito e etc...

8.4. Extinção de direitos

Os direitos se extinguem quando ocorre o perecimento do objeto; quando houver alienação ou transferência a outro titular; quando ocorrer a renúncia; quando o titular abandona a coisa; quando ocorrer a morte do titular sem herdeiros ou cujo direito seja personalíssimo; quando aniversariarem os respectivos prazos de prescrição e decadência; quando houver confusão; quando ocorrer o implemento da condição resolutiva; quando houver o termo final de sua duração; quando ocorrer a perempção ou quando surgir (por sentença ou não) direito incompatível ou superveniente ao direito que atualmente exista por sobre algo exercido por alguém. Em todos esses casos não renasce o direito.

9. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS ATOS JURÍDICOS

I. Elementos essenciais:

a) **Gerais:** capacidade, objeto lícito e possível e consentimento.

- Capacidade do agente: para que um ato seja considerado válido é necessário que o agente tenha capacidade; por esse motivo, os relativamente incapazes são assistidos, e os absolutamente incapazes são representados. Na falta de representação o ato será nulo (CC. art. 166, I), e na falta de assistência, anulável (CC. art. 171, I), como vimos.

Convém observar que, salvo os atos personalíssimos, todos os demais podem ser praticados por representantes (CC. art. 116) e são três as espécies de representação:

⇒ *legal*: a quem a norma confere poderes para administrar bens alheios, como os pais, em relação aos bens dos filhos menores (CC. art. 115, 1ª parte), tutores quanto aos pupilos (CC. art. 1747, I), e curadores pelos curatelados (CC. art. 1774)

⇒ *judicial*: quando são nomeados pelo magistrado como o curador de herança jacente, o síndico, o inventariante, caso em que temos uma representação imprópria pois foge da noção de dupla vontade.

⇒ *convencional*: quando se verifica o instrumento de mandato (CC. arts. 115, art. 2ª parte, 653 a 692 e 120, 2ª parte).

Além da capacidade geral existe, também, para a prática de certos atos, a necessidade de uma capacidade especial em certos casos:

⇒ outorga uxória ou marital: CC., art. 1647, I

⇒ proibição de venda de bem a descendente sem ciência dos demais: CC. art. 496, parágrafo único.

⇒ casos de indignidade: CC. arts. 1814 a 1818

⇒ impedimento de o curador adquirir bens do curatelado: CC. art. 497, I

- Objeto lícito e possível: é necessário que o objeto envolvido no ato jurídico seja física e juridicamente possível e mais, que não ofenda a lei.

⇒ *objeto lícito*: a prestação deve ser lícita, ou seja, deve estar de conformidade com a moral, os bons costumes e à ordem pública. Ilícitas são as convenções que objetivem usura, contrabando, câmbio negro, e etc. Ilícito ou impossível o objeto, nula será a obrigação (CC., art. 166, II), não produzindo qualquer efeito o ato.

⇒ *objeto possível*: porque o objeto da obrigação tem que ser possível, pois do contrário não é suscetível de cumprimento. Distingue-se a possibilidade material da possibilidade jurídica. Possibilidade material diz respeito a realização do objeto em si mesmo. E a possibilidade jurídica pretende que a obrigação realize-se em conformidade com a ordem jurídica.

A impossibilidade pode ser física ou material, legal ou jurídica:

- haverá impossibilidade física ou material sempre que a estipulação concernir a prestação que jamais poderá ser obtida ou efetuada, por contrariar as leis da natureza (loteamento da lua, comprar o oceano), ultrapassa às forças humanas;
- haverá impossibilidade legal ou jurídica sempre que a estipulação se refira a objeto proibido por lei como por exemplo a alienação de bens públicos, de bem de família, de bens onerados com cláusula de inalienabilidade e etc. A impossibilidade deve ser real e absoluta.
- Consentimento: (CC., art. 111) sendo o consentimento ato voluntário, poderá dar-se de forma expressa ou tácita. Será expresso quando explícito e tácito quando implícito, isto é, quando se praticar algum ato que demonstre aceitação, como por exemplo, o ato de um indivíduo que ao receber uma proposta de prestação de serviços de consultoria jurídica, passa a utilizar os serviços oferecidos sem manifestar o seu "de acordo".

b) **Particulares:** formas e solenidades previstas em lei como diz o CC., art. 104, III, já mencionado, que diz forma prevista ou não defesa em lei. Neste sentido podemos afirmar que existem:

⇒ formas livres ou gerais: aquelas que podem se dar com a manifestação da vontade de forma escrita ou oral, expressa ou tácita desde que não contrarie os preceitos acima; e as

⇒ formas especiais ou solenes: aqui encontramos um conjunto de solenidades que a própria lei estipula para a concretização de um ato e dentre elas citamos:

- forma única: aquela que não pode ser preterida por outra como a exigência de escritura pública para certos atos (CC., arts. 108, 215, 1653, 1227 e 1245), as exigências para os casamentos (CC., arts. 1534 a 1542), dentre outras, e a
- forma plural: quando a lei faculta a prática de um ato por diversos modos, excludentes, porém não livres (CC., arts. 1609; 62; 1806 e 1417 por exemplo)
- forma genérica: quando temos uma imposição de uma solenidade geral dentro de uma faculdade contratual possível de ser exercida ou não, por exemplo, sempre que a lei disser que algo deve ser ou não feito "*salvo disposição em contrário*" estará genericamente indicando o modo de praticar o ato, mas facultando às partes como querem agir.
- forma contratual: é o modo eleito pelas partes para fazer valer as obrigações que pactuam, ou seja, convencionam, antes do ato principal a forma como será feito o contrato entre elas. (CC., art. 104).

Mas, se no entanto, a impossibilidade for superveniente, torna a obrigação inexequível. Se a impossibilidade for provocada por caso fortuito ou força maior, ela libera a obrigação. Se, no entanto, a obrigação se impossibilitar por causa de alguém, a este responsável caberá arcar com ela.

II. Elementos naturais: são aqueles que decorrem da própria natureza do ato praticado, isto é, o ato jurídico de compra e venda, tem como consequência natural, a transmissão do domínio do bem, por exemplo.

III. Elementos acidentais: são aqueles representados pelas cláusulas acessórias e que deverão, necessariamente, ser expressas para modificar, no ato, alguns de seus elementos naturais. São exemplos, a condição, o termo, e etc.

⇒ A *condição* é o conjunto futuro e incerto ao qual se subordinam os efeitos do ato jurídico (CC. arts. 121, 122 e 123).

O *termo* é a indicação do momento em que começam ou terminam os efeitos do ato jurídico (CC., arts. 131 a 135).

⇒ O *encargo* é a atribuição ou ônus que o disponente impõe à pessoa favorecida (CC., arts. 136 e 137).

9.1. Validade do ato jurídico

A falta de algum elemento substancial ou essencial do ato jurídico pode torna-lo nulo ou anulável. A diferença entre ser o negócio nulo ou anulável é uma diferença de grau ou gravidade do defeito, a critério da lei. A nulidade absoluta pode ser argüida a qualquer tempo, por qualquer pessoa, pelo Ministério Público e pelo juiz inclusive, não se admitindo convalidação nem ratificação enquanto que a nulidade relativa, ao contrário, só pode ser argüida pelos interessados diretos, dentro de prazos previstos em lei (quatro anos em regra), admitindo convalidação e ratificação.

Pela convalidação o ato anulável passa a ser plenamente válido. Dá-se a convalidação pela prescrição, pela correção do vício, pela revogação da exigência legal preterida, pela ratificação, etc.

Ato jurídico inexistente é o que contém um grau de nulidade tão grande e visível, que dispensa ação judicial para ser declarado sem efeito. Exemplos: casamento entre pessoas do mesmo sexo; testamento verbal e etc. Mas a idéia de ato jurídico inexistente só é aplicável em casos raros e extremos. Em regra, torna-se sempre necessário o processo judicial para a declaração de uma nulidade.

Ato jurídico ineficaz é o que vale plenamente entre as partes, mas não produz efeitos em relação a certa pessoa (ineficácia relativa), ou em relação a todas as outras pessoas (ineficácia absoluta). Exemplos: alienação fiduciária não registrada (art. 129 , 5º da LRP); venda não registrada; bens alienados pelo falido após a falência (LF art. 40), etc.

OBS.: Nunca se deve confundir nulidade com ineficácia como fazem alguns. A nulidade é um vício intrínseco ou interno do ato jurídico. Na ineficácia o ato é perfeito entre as partes, mas fatores externos impedem que produza efeito em relação a terceiros.

10. DEFEITOS DOS ATOS JURÍDICOS

A declaração da vontade é ato essencial do ato ou negócio jurídico e, para que seja válido tem que prescindir de vícios. Os arts. 138 a 144 do Código Civil tratam, entre esses defeitos, do erro ou ignorância, do dolo, da coação, do estado de perigo, da lesão de direito, da fraude contra credores e da simulação.

I. Erro:

É a falsa noção sobre alguma coisa, objeto ou pessoa que acaba por influir na declaração de vontade do agente. A ignorância, embora se caracterize pela ausência parcial ou completa de conhecimento sobre algo, foi equiparada ao erro pelo legislador. O único erro que torna anulável o ato jurídico é o erro substancial (CC. art. 138). Continuam a existir, então, dois tipos de erro:

⇒ *erro substancial*: que recai sobre as qualidades essenciais da pessoa, coisa ou objeto; onde o legislador, mais cauteloso, agora houve por bem definir quais os tipos de erro que são substanciais e, portanto, anulariam o negócio, vejamos:

Art. 139. O erro é substancial quando:

- I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;
- II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;
- III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

⇒ *erro accidental*: que diz respeito a uma qualidade secundária da coisa objeto ou pessoa e, portanto, seria escusável, não acarretando a anulabilidade do ato (CC. arts. 142, 143 e 144).

II. Dolo:

É o artifício usado para enganar alguém (CC. arts. 145 a 149). Os doutrinadores não trazem consenso nos elementos que definem a existência do dolo, pois uns têm como referência a configuração de um artifício usado para enganar alguém, sem que necessariamente haja ganho, outros crêem que o dano patrimonial é imprescindível para a anulação do ato. Mas Washington de Barros assevera, com razão, que mesmo que o agente não tenha ganho o lesado sofre, no mínimo, danos morais.

O dolo também passou a ser classificado de forma diversa da que era antes senão vejamos:

a) *Dolus bonus e dolus malus*: não se considera dolo o simples elogio da mercadoria (*dolus bonus*). Só anula o ato o dolo de certa gravidade (*dolus malus*). Não há normas absolutas que possibilitem diferenciar o *dolus bonus* do *dolus malus*, cabendo ao juiz a análise do caso concreto.

b) *Dolus causam* (principal) e *dolus incidens* (accidental): o dolo é principal quando dá causa ao negócio acarretando sua anulabilidade como preceitua o CC., art. 145: "São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa." Para que o dolo principal se configure é preciso intenção; uso de artifícios fraudulentos graves que sejam causa determinante na declaração da vontade e que o ato seja advindo de terceiro, ou da parte contratante.

O dolo accidental é o que leva o agente a celebrar o negócio em certa desvantagem e não sendo causa determinante na celebração do negócio e, portanto, não gera a anulabilidade do ato, mas somente da direito à indenização como se vê do CC. art. 146.

- c) Dolo positivo (comissivo) e dolo negativo (omissivo: CC. art.147): no dolo positivo verifica-se uma ação ou conjunto de artifícios que levam o agente à prática do ato; no dolo negativo omite-se informação que seria determinante para a não celebração do negócio.
- d) O dolo de terceiro, para acarretar a anulação do ato jurídico exige o conhecimento de uma das partes contratantes e só pode referir-se a atos bilaterais: CC. art. 148.
- e) O dolo de representante legal, quando atua em nome de seu representando, não pode ser considerado dolo de terceiro, pois se o fosse o representado responderia solidariamente pelas perdas e danos e assim não ocorre (CC. art. 149).
- f) O dolo de ambas as partes, por fim, neutraliza o delito: CC. art. 150.

III. Coação:

É a violência física ou moral que impede alguém de proceder livremente. Também deve ser de certa gravidade para ensejar a anulabilidade do negócio (CC., arts. 151 a 155). Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial (respeito profundo por alguém CC. art. 153).

Para que haja coação como causa determinante da anulabilidade do negócio é preciso que ela seja, igualmente, causa determinante na sua celebração e que incuta na vítima um temor justificável, ou seja, o temor deve dizer respeito a um dano iminente.

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.

IV. Lesão e estado de perigo:

Novas modalidades de vício o estado de perigo e de lesão, apesar de muito próximos da coação, receberam em seus *caputs* definições explícitas de quais os casos em que interviriam para a anulabilidade do ato jurídico:

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.

No estado de perigo há o temor de grande dano moral ou material onde a pessoa, diante dessa possibilidade, assume comportamento que não teria, normalmente, caso não houvesse essa condição que pusesse a vida de familiar em risco. Caso do indivíduo que paga honorários exorbitantes a médico para salvar seu filho em risco iminente de morte, ou vende jóias por valor inferior para pagar um resgate e etc. Nesses casos o negócio só pode ser anulado se a parte contrária tivesse conhecimento do dano ou estivesse se aproveitando da situação.

Da Lesão

Art. 157. 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.

O instituto da lesão visa a proteger o contratante que se encontra em posição de inferioridade em contratos de natureza cumulativa, dada a desproporção entre a sua prestação e a prestação da parte contrária.

Para haver a lesão é preciso a existência de dois requisitos:

- a) objetivo: configuração de lucro em detrimento da desproporcionalidade da prestação da outra parte;
- b) subjetivo: o dolo de aproveitar-se de uma situação para locupletar-se da outra parte; mas o dolo aqui não precisa ser provado (dolo especial) bastando que se comprovem as condições em que se viu forçado o lesado a celebrar o ato.

V. Simulação:

É a declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado, com o fim de criar uma aparência de direito, para iludir terceiros ou burlar a lei. É geralmente um ato bilateral, em que duas ou mais pessoas fingem a prática de um ato jurídico, como por exemplo a doação de homem casado à concubina, através de uma compra e venda simulada.

A simulação apresenta, então, características específicas:

- a) falsa declaração bilateral de vontade;
- b) a exteriorização do ato não reflete a intenção real das partes;
- c) estará sempre a iludir ou prejudicar terceiro

O art. 167 do CC. trata da simulação e da dissimulação de formas distintas. Enquanto a simulação causa falsa crença num estado não real, a dissimulação oculta ao conhecimento de outrem uma situação existente. Vejamos:

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.

A simulação não será um defeito do ato jurídico se não houver prejuízo a alguém ou violação da lei. Nenhum dos simuladores pode alegar a simulação em juízo num eventual litígio que possa surgir entre os comparsas. Só terceiros lesados pela simulação é que podem demandar a nulidade dos atos simulados.

Outro fato curioso é que a simulação escapou do prazo decadencial de quatro anos, como não poderia deixar de ser.

A ação competente para anular os atos jurídicos viciados com erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo ou lesão e da fraude contra credores está sujeita ao prazo decadencial de 4 anos contados a partir da data em que foram celebrados e, no caso da coação, contados do dia em que ela cessar.

A simulação comporta, ainda, a seguinte classificação:

- a) absoluta: quando a declaração enganosa de vontade exprime um negócio jurídico bilateral ou unilateral, não havendo intenção real de celebrar negócio algum
- b) relativa: quando resulta de desacordo entre a vontade interna e a declarada, quando a pessoa, através de um negócio aparentemente verdadeiro pretende realizar outro.

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.

Fraude contra credores:

Prática fraude contra credores o devedor insolvente, ou na iminência de o ser, que desfalca seu patrimônio, onerando ou alienando bens, subtraindo-os à garantia comum dos credores com o fim de salvá-los de uma provável execução por dívidas (CC., arts. 158 a 165).

Se a alienação for gratuita, presume-se a fraude. Se onerosa, só haverá fraude no caso de anterior insolvência notória, ou se havia motivo para ser conhecida do outro contratante. A insolvência é notória, por exemplo, quando há protestos contra o devedor, anteriores ao negócio que se reputa fraudulento. E certas circunstâncias podem indicar que o outro contratante não ignorava a insolvência do devedor como, por exemplo, o parentesco próximo, a amizade íntima, o preço vil, a venda ou doação do único bem do devedor (CC., art. 159).

São requisitos para a fraude contra credores: (CC., art. 160)

- ⇒ a existência de crédito anterior ao ato que se diz fraudulento;
- ⇒ que do ato tenha resultado prejuízo;
- ⇒ que tenha intenção de fraudar; se bem que alguns autores entendem dispensável a intenção de fraudar ou prejudicar, bastando o conhecimento de que se diminui a garantia dos credores;
- ⇒ prova da insolvência;

OBS.: O sistema prevê dois tipos de fraudes:

- fraude contra credores: arts. 158 e ss. do CC, como instituto do direito civil, que torna os atos anuláveis através de ação pauliana ou revocatória; e
- fraude de execução ou fraude à execução: (art. 593 do CPC), como instituto de direito processual. Ocorrerá fraude de execução, entre outras hipóteses, quando ao tempo da alienação ou oneração já corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo a insolvência. Tais bens ainda que em poder de terceiros podem ser alcançados pelos atos de apreensão judicial sem a necessidade da propositura de ação pauliana ou revocatória.

A ação pauliana, é uma ação pessoal que concede ao interessado a faculdade de pleitear a anulação da alienação fraudulenta. Os requisitos necessários para a propositura de uma Ação Pauliana são o: *consilium fraudis* e o *eventus damni*. O *consilium fraudis*, segundo Washington de Barros Monteiro "é a má fé, o intuito malicioso de prejudicar". O *eventus damni*, segundo o mesmo autor é: "todo ato prejudicial ao credor, por tornar o devedor insolvente, ou por ter sido praticado em estado de insolvência".

No Brasil, o único requisito exigido é o *eventus damni*, onde aceita-se que a fraude é presumida com a ocorrência somente do elemento objetivo. A ação pauliana é ação constitutiva negativa, na qual se promove a anulação do ato tido como fraudulento. É uma ação de anulação destinada a revogar o ato lesivo aos interesses dos credores e tem por efeito restituir ao patrimônio do devedor insolvente o bem subtraído, para que sobre o acervo assim integralizado recaia a ação dos credores e obtenham estes a satisfação de seus créditos. Em suma, a ação pauliana tende a anulação do ato fraudulento, fazendo reincorporar ao patrimônio do devedor o bem alienado para aí sim ser ele constrito pelo credor - ao contrário da fraude de execução.

10.1. Nulidades do negócio jurídico

A nulidade é a sanção que a lei impõe para a desobediência daquilo que ela prescreve. Pressupõe um vício que pode se dar em desobediência a normas de ordem pública ou em decorrência de vícios morais ou sociais. Com a declaração da nulidade absoluta (CC. art. 166) o ato não produz qualquer efeito pois essa declaração tem efeitos *ex tunc*. Quando há nulidade relativa (CC. art. 171), com sua declaração, os efeitos dessa decisão operam-se *ex nunc*.

10.2. Da prova dos fatos jurídicos

Já insculpido nos arts 333, I e II, e 400 a 419 do CPC o código civil não inovou em seus arts. 212 e seguintes. Quis expressamente delinear quais os meios dos quais podem as partes se valer para provarem a existência dos fatos jurídicos".

11. O ATO ILÍCITO

Ato ilícito é aquele praticado em desacordo com o ordenamento, aquele em que, como vimos, há uma conduta omissiva ou comissiva do agente que é ilegítima.

A teoria da responsabilidade subjetiva encontra-se ainda regulada pelo código civil que em seu art. 186 diz:

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 teoria clássica permanece (aquiliana ou teoria subjetiva), ou seja, o ato ilícito pode decorrer de dolo ou de culpa (grave, leve e levíssima), por negligência ou imprudência, precisando para sua caracterização o estabelecimento do nexo de causalidade entre conduta ⇔ fato ⇔ dano. Mas o código civil regula, como vimos, para alguns casos a indenizabilidade decorrente da teoria objetiva, ou seja, que despreza o elemento culpa. O artigo 187 diz que "*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*".

Em decorrência da conduta danosa nasce o dever de reparar:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar o dano quando injustamente causado a outrem. É apurada, em regra, no juízo cível para o fim da exigência da reparação. Resulta da ofensa ou violação de direito, derivada de uma conduta dolosa ou culposa. A presença do dolo verifica-se quando o indivíduo tem pleno conhecimento do mal e direto propósito de praticá-lo. A presença da culpa, por sua vez, apresenta-se quando o indivíduo não tem a intenção deliberada de causar o dano mas o causa. Nesse passo dividem-se em dois os tipos de responsabilidade (diferente das teorias):

- a) responsabilidade contratual: que deriva de contrato não adimplido ou constituído em mora, havendo, assim, um vínculo anterior ao dano ocorrido;
- b) responsabilidade extracontratual: que se constitui, basicamente, de obrigações derivadas de atos ilícitos que se consubstanciam em ações ou omissões culposas ou dolosas praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano a outrem, gerando a obrigação de indenizá-lo ou ressarcí-lo.

11.1. Excludentes de responsabilidade

Excluem de responsabilidade, e conseqüentemente de reparação do dano, o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito, o estrito cumprimento do dever legal, o caso fortuito ou a força maior, a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, o ato de terceiro e a cláusula de não indenizar (CC. art. 188)

12. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Prescrição tem influência tanto na aquisição como na extinção de direitos.

Prescrição como um meio de defesa, ou de exceção, tem como base o decurso do tempo interferindo nas relações jurídicas, fazendo desaparecer o direito de alguém - e de pleitear o reconhecimento de um direito subjetivo violado (CC. art. 189) - e que, assim, extingue a ação atribuída a esse direito. Mas para extinguir essa ação deve ser argüida pelo interessado (CPC. Art. 219, § 5º) - por isso, acima de tudo considera-se um meio de defesa.

Aqui uma mudança significativa traz o CC., art. 205 ao dizer que "a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor". Tal prescrição é denominada ordinária ou comum, sendo seu prazo decenal comum às ações reais ou pessoais pois ambas são patrimoniais. Mas há casos de prescrição especial para os casos em que a norma jurídica estipula prazos mais exíguos (CC., art. 206, §§ 1º ao 5º), mas a prescrição pode ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição (CC., art. 193), permanecendo de forma idêntica a que era antes.

Todas as ações prescrevem, essa é a regra, todavia, dentre elas, o direito assume algumas exceções, determinando que não prescrevem as ações que versarem sobre:

- a) direitos da personalidade;
- b) reconhecimento de filiação, pensão alimentícia, e condição conjugal;
- c) bens públicos;
- d) pretensão de o condômino dividir a coisa comum: CC. art. 1320, 1297, 1327;
- e) ação para anular inscrição de nome empresarial feita em violação de lei ou contrato: CC. art. 1167;
- f) exceção de nulidade no caso do CC. art. 1860, parágrafo único.

Não corre a prescrição: CC. art. 197 a 199

- a) entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;
- b) entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;
- c) entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.
- d) contra os incapazes de que trata o art. 3o;
- e) contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;
- f) contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra;
- g) pendendo condição suspensiva;
- h) não estando vencido o prazo;
- i) pendendo ação de evicção.

Interrupção da Prescrição: CC. art. 202 /203 / 204

- a) por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
- b) por protesto, nas condições do inciso antecedente;
- c) por protesto cambial;
- d) pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
- e) por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
- f) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Decadência (caducidade, prazo extintivo), tem semelhança com a prescrição, mas com ela não se confunde. Representa também a interferência do tempo nas relações jurídicas, só que se dirige não aos direitos subjetivos mas aos direitos potestativos, o que nos permite dizer que trata-se na verdade da extinção de um direito pelo seu não exercício, no prazo assinalado por lei ou convenção. O que se extingue é o próprio direito e não apenas a ação que o protege. Na decadência não há prazos gerais, só especiais, porque expressamente fixados.

O novo código civil cita expressamente a decadência, coisa que não fazia, entre os artigos 207 a 211. E por isso há quem afirme que o novo código solucionou a diferenciação entre os casos em que se apresenta a prescrição e os casos em que se apresenta a decadência.

- a) *em 3 dias*: inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção (preferência), se não exercido após a notificação - coisas móveis (CC. art. 516);
- b) *em 30 dias*: para haver o abatimento do preço de coisa móvel recebida com vício redibitório ou rescindir o contrato e reaver o preço mais perdas e danos (CC. art. 445);
- c) *em 60 dias*: inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção (preferência) se não exercido após notificação - coisas imóveis (CC. art. 516);
- d) *em 90 dias*: ⇒ o direito do credor prejudicado mover ação de anulação de atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, contados da publicação dos mesmos (CC. art. 1122); ⇒ para o consumidor obter o abatimento do preço do bem imóvel recebido com vício (CDC art. 26);
- e) *em 120 dias*: ⇒ o direito de ingressar com mandado de segurança; ⇒ para obter o transportador para obter indenização por informação inexata ou falsa descrição da carga (CC. art. 745);
- f) *em 180 dias*: ⇒ ação para pleitear anulação do negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado (CC. art. 119, § único); ⇒ para obter redibição ou abatimento do preço de coisa móvel cujo vício for constatado mais tarde (CC. art. 445, § 1º); ⇒ para o condômino, a quem não se deu conhecimento da venda, o direito de reaver para si a coisa (CC. art. 504); ⇒ exercer o direito de preferência a que alude o art. 513, § único; ⇒ para o dono da obra obter a responsabilidade do empreiteiro a partir do aparecimento do defeito (CC. art. 618, § único); ⇒ anular o casamento do menor no caso do art. 1555 e § 1º, de incapaz (CC. art. 1560, I), de menor de 16 anos no caso do art. 1560, § 1º e o casamento celebrado através de mandatário no caso do art. 1560, § 2º; e ainda
- g) em 1 ano: nos casos do CC. art. 445, 501 e 559;
- h) em um ano e dia: CC. art. 1302;
- i) em 2 anos: CC. arts. 179, 495, 513, 1078, § 4º e 1560, II;
- j) em 3 anos: CC. arts. 26, 45, § único, 48, § único, 505, 1560, III;
- k) em 4 anos: CC. art. 178, I, II, III, arts. 1560, IV, 1815 e 1909;
- l) em 5 anos: CC. art. 1859

II - TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

1. DEFINIÇÃO DE OBRIGAÇÃO

Obrigação pode ser definida como um vínculo jurídico de caráter patrimonial, que recai sobre uma pessoa, em benefício de outra, relativamente a um bem (coisa ou serviço) que se encontra no patrimônio do devedor. O conteúdo da obrigação deve ser uma prestação positiva ou negativa, possível, lícita, determinada ou determinável, e que possua expressão econômica.

Para Clóvis Beviláqua, "*Obrigação é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém que., por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.*"

Mas como esse conceito não inclui a questão da responsabilidade, menciona-se o de autoria de Washington de Barros Monteiro parece mais abrangente, quando afirma: "*Obrigação é a relação jurídica de caráter transitório, estabelecida entre credor e devedor e cujo objeto consiste numa*

prestação pessoal econômica., positiva ou negativa., devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio."

A obrigação é composta por três elementos:

- a) elemento pessoal: sujeito ativo e passivo
- b) elemento material: objeto da obrigação que consiste na prestação (lícita e possível), e o
- c) vínculo jurídico.

2. CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

2.1. Obrigações de dar (positivas):

Nestas obrigações compromete-se o devedor a entregar alguma coisa, que pode ser, todavia, certa ou incerta, específica ou genérica.

- a) **coisa certa:** (CC. art. 233 a 242) consiste no vínculo jurídico pelo qual o devedor fica adstrito a fornecer ao credor determinado bem, perfeitamente individuado, que tanto pode ser móvel como imóvel. A coisa certa há de constar de objeto preciso, que se possa distinguir, por características próprias, de outros da mesma espécie, a ser entregue pelo devedor ao credor, no tempo e pelo motivo devidos. Essa obrigação só confere ao credor simples direito pessoal e não real.
- b) **coisa incerta:** (CC. art. 243 a 246) nessa modalidade de obrigação o respectivo objeto ou o conteúdo da prestação, indicado genericamente no começo da relação, vem a ser determinado por um ato de escolha, no instante do pagamento. Então aqui o pagamento é precedido de um ato preparatório de escolha, que individualizará ou determinará a coisa a ser entregue ao credor. Feita a escolha esta obrigação transforma-se em obrigação de dar coisa certa (vinte sacas de café, 10 cavalos).

2.2. Obrigações de fazer (positivas): CC. arts. 247 a 249

Consistem num ato do devedor ou num serviço deste. Qualquer forma de atividade humana lícita e possível pode constituir o objeto da obrigação. As obrigações de dar são também, por vezes, de fazer, todavia, distinguem-se porque nas de dar a prestação consiste na entrega de uma coisa certa ou incerta, enquanto que nas obrigações de fazer, o objeto consiste num ato ou serviço do devedor. A diferença está exatamente em se verificar se o dar ou o entregar são ou não conseqüência do fazer. Assim se o devedor tem de dar ou entregar alguma coisa sem que para o cumprimento da prestação tenha que fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se primeiramente ele tem de confeccionar a coisa para depois entregá-la, se ele tem que realizar algum ato, do qual será mero corolário o de dar, a obrigação é de fazer.

2.3. Obrigações de não fazer (negativas): CC. arts. 250 e 251

É aquela obrigação através da qual o devedor se compromete a não praticar certo ato, que poderia livremente praticar, se não houvesse se obrigado. A obrigação de não fazer é muito comum e confunde-se com a matéria de servidão.

As obrigações de não fazer são mais freqüentes nos contratos onde o devedor se compromete a não obstar o exercício de algum direito por parte do credor:

- a) obriga-se o primeiro a não se estabelecer comercialmente em uma determinada rua, num determinado bairro, ou numa determinada cidade;
- b) compromete-se o negociante a não fazer concorrência a um outro sócio
- c) obriga-se o inquilino a não trazer animais domésticos para o cômodo alugado;

Ainda quanto ao seu objeto as obrigações podem ser:

- a) **simples:** quando a prestação abrange um único ato, ou uma coisa só, singular ou coletiva. Aqui libera-se o devedor entregando precisamente o objeto devido. Não pode entregar outro ainda que mais valioso. A substituição da prestação só é possível, havendo expressa anuência do credor.
- b) **conjuntas:** (também chamadas de cumulativas, complexas ou compostas) quando recaem sobre muitas coisas e todas devem ser pagas ou cumpridas. Em sendo este o caso, a obrigação comporta três modalidades diferentes, a saber:

- **obrigações conjuntivas:** (também denominadas cumulativas), são aquelas em que seu cumprimento exige efetiva entrega de todas as prestações prometidas. Segundo se haja convencionado, o pagamento poderá ser simultâneo ou sucessivo. Mas o credor não pode ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou. Nesta modalidade existem tantas obrigações distintas quantas as prestações devidas; todavia, para que existam, preciso será que as várias prestações sejam discriminadas ou especificadas.
- **obrigações alternativas:** (CC. arts. 252 a 256) embora haja pluralidade de prestações, o devedor só está adstrito ao cumprimento de uma delas, apenas. Aqui apesar de haverem várias prestações contempladas na relação jurídica o devedor se libera da obrigação com a satisfação de apenas uma. As obrigações alternativas se caracterizam por dois traços fundamentais: pluralidade de prestações e exoneração do devedor mediante realização de uma única prestação.

Tanto as simples como as conjuntas subdividem-se em:

- a) **instantâneas:** também denominadas transeuntes são aquelas que se exaurem com um só ato ou fato (obrigação de entregar um cavalo ou de restituir uma casa).
- b) **periódicas:** são aquelas em que se resolve a obrigação num espaço mais ou menos longo no tempo (locação por exemplo).

Aqui vale lembrar a noção de divisibilidade e indivisibilidade de um objeto. As obrigações são divisíveis quando suas prestações podem ser cumpridas parcialmente; e indivisíveis quando sua prestação só pode ser cumprida por inteiro (CC. arts. 257 a 263)

Quanto ao sujeito ativo e passivo a obrigação pode ser:

- a) **única:** com um só credor e um só devedor;
- b) **múltipla:** em que concorrem vários credores ou vários devedores e aqui cabe fazer a seguinte distinção:
 - **obrigações conjuntas:** são aquelas em que cada titular responde, ou só tem direito á sua respectiva quota parte na prestação;
 - **obrigações solidárias:** (CC. arts. 264 a 286) são aquelas em que cada titular tem direito, ou responde pela totalidade da prestação.

As Obrigações dividem-se ainda em:

- a) **obrigações de meio:** o devedor obriga-se a empregar diligências para atingir a meta colimada pelo ato. É o caso do médico e do advogado.
- b) **obrigações de resultado:** são aquelas em que se obriga o devedor a realizar um fato determinado, como por exemplo no contrato de transporte, onde o transportador tem que conduzir o passageiro do ponto de embarque, a salvo, até o ponto de destino.

As obrigações podem ainda ser:

- a) **puras e simples:** são aquelas que ocorrem quando sua eficácia não fica subordinada a qualquer das modalidades dos atos jurídicos. Por exemplo a obrigação do vendedor entregar a coisa após sua venda; a obrigação do comodatário restituir a coisa findo o prazo para tal.
- b) **condicionais:** quando dependentes de acontecimento futuro e incerto, que pode se verificar ou não; p. ex. a venda a prazo com reserva de domínio, a venda com pacto de melhor comprador.
- c) **modais:** quando se impõe um ônus ao devedor beneficiado com determinada liberdade. Por exemplo a doação com encargo.
- d) **a termo:** quando a eficácia do ato é submetida a prazo, certo ou incerto, inicial ou final, por exemplo a obrigação de satisfazer uma dívida em determinado dia do calendário.

Quanto a sua mútua importância as obrigações dividem-se em:

- a) **principais:** são aquelas dotadas de vida própria e autônoma;
- b) **acessórias:** são aquelas que se acham subordinadas às primeiras.

3. DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES: ESPÉCIES DE PAGAMENTO (CC. Arts. 304 a 388)

A palavra pagamento aplica-se mais particularmente à prestação em dinheiro, mas na linguagem técnica o vocábulo tem maior amplitude, significando a execução voluntária da obrigação, não importando a natureza da prestação.

Emprega-se igualmente a palavra solução ou resolução.

3.1. Pagamento direto ou execução voluntária: CC. arts. 304 a 333

O pagamento é momento em que o devedor atende ao seu dever jurídico. Como vimos pode ser em um único instante ou através de uma ação continuada - como acontece nas obrigações sucessivas, em muitas das obrigações de fazer e em algumas de não fazer. O inadimplemento de uma obrigação de não fazer ocorre quando o devedor faz aquilo que tinha se comprometido em não fazer.

I - Requisitos essenciais para a validade do pagamento:

- a) a existência do vínculo obrigacional;
- b) intenção de solvê-lo: já que o pagamento é execução voluntária;
- c) cumprimento exato da prestação: CC. arts. 314 a 318, 325, 326 e 927;
 - ⇒ o devedor só se libera pagando exatamente o que deve: o credor não pode ser compelido a receber coisa diversa da pactuada mesmo que mais valiosa (CC. art. 313)
 - ⇒ o devedor não pode compelir o credor a receber em partes aquilo que foi convencionado de ser pago por inteiro (CC. art. 314).
 - ⇒ o devedor deve satisfazer a execução pelo modo devido, pontualmente e no lugar determinado
- d) pessoa que efetua o pagamento: CC. arts. 249, 304, 305, 346, 394, 335, I, 306 e 307 e CPC art. 890;
- e) pessoa que recebe o pagamento: CC. arts. 308, 310, 181, 180, 312, 873, 311, 309 e CPC arts. 672, § 2º e 867 e ss.

Qualquer pessoa suficientemente interessada na quitação de um débito pode pagar no lugar do devedor. A lei equipara ao credor verdadeiro ou aos seus representantes, duas pessoas:

- credor putativo: é aquele que parece ser o credor mas não é. Se o devedor paga a prestação a um homem revestido das mesmas características do credor, com o uso da boa-fé, mesmo que depois disso se verifique não ser ele o credor verdadeiro, estará exonerado da obrigação;
- portador de quitação (ou representante): é o mesmo. Todas as vezes que se penhora um crédito, o devedor não pode mais pagar ao verdadeiro credor, sob pena de não obter a quitação válida.

A quitação é o documento que certifica a ocorrência do pagamento, é o instrumento que prova a extinção da obrigação. A quitação pode ser dada por instrumento público ou particular onde devem constar o valor e a espécie da dívida, o nome do devedor, o tempo e o lugar onde o pagamento se deu, e a assinatura do credor, ou de quem o represente. (CC. arts. 319, 320, 321, 323, 324, 386, 335, 1, 909, parágrafo único; CPC, arts. 401 a 403, 942, 946). Os arts. 322, 323, 324, enumeram as hipóteses em que há presunção *juris tantum*, apesar de não haver quitação que o demonstre.

Há casos em que a quitação consiste na devolução do título que originou a obrigação. São os títulos de crédito em geral, mas nunca é demais exigir um instrumento de quitação.

Do tempo do pagamento

Quando houver estipulação da data de pagamento a dívida deve ser paga no dia do vencimento (CC, arts. 394, 389, 939), salvo se houver antecipação do vencimento por conveniência do devedor (CC, art. 133) ou em virtude de lei (CC, art. 333, I a III, e parágrafo único). Se o contrato for omissivo o credor pode exigir o pagamento do débito imediatamente e, se tratar de obrigação condicional, no dia do implemento da condição (CC, arts. 331 e 332).

Do local do pagamento

Algumas vezes o instrumento que originou a obrigação determina o domicílio do pagamento, mas se não estiver claramente definido o pagamento deve ser feito no domicílio do devedor (CC, arts. 327 e 328). Se houver a designação de dois ou mais locais de pagamento, caberá ao credor eleger o que lhe for mais conveniente para receber o débito (CC, art. 327)

Em caso de motivo grave, o pagamento pode ser feito em local diverso do convencionado (CC, art. 329). Se o pagamento é feito reiteradamente em lugar diferente do estipulado, presume-se renúncia do credor ao previsto no contrato (CC, art. 338).

Do pagamento indevido

Pagamento indevido é uma das formas de enriquecimento ilícito, por decorrer de uma prestação feita por alguém com o intuito de extinguir uma obrigação erroneamente pressuposta, gerando ao *accipiens*, por imposição legal, o dever de restituir, uma vez estabelecido que a relação obrigacional não existia, tinha cessado de existir ou que o devedor não era o *solvens* ou o *accipiens* não era o credor. O indébito pode ser de duas espécies:

- objetivo: se o devedor paga dívida inexistente, ou que já foi paga.
- Subjetivo: se há uma dívida que é paga por quem não é devedor ou a quem não é credor.

3.2. Pagamento indireto: espécies

3.2.1. Consignação em pagamento: CC. arts. 334 a 345

Muitas vezes o credor se recusa a receber ou dar quitação. Para isso o sistema processual criou uma técnica chamada de consignação em pagamento ou depósito judicial que é a primeira espécie de pagamento de que vamos tratar. É um instituto de direito material e de direito processual. A substância e seus efeitos são de direito privado, mas a forma constitui matéria de direito adjetivo. No Código Civil está disciplinada nos arts. 334 a 345 e no Código de Processo, nos arts. 890 a 900.

Define-se como o depósito judicial da coisa devida, realizada pelo devedor com causa legal. Trata-se de pagamento compulsório, só excepcionalmente admitido, ou melhor, representa meio especial concedido ao devedor para liberar-se da obrigação. Só nas obrigações de fazer e de não fazer, pela sua natureza, descabe a consignação, nas demais, cabe também para valores em dinheiro, para coisas móveis e coisas imóveis.

CC. Art. 335. A consignação tem lugar:

I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;

II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos;

III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;

IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;

V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

A consignação de quantia de valor em dinheiro pode ser feita por estabelecimento bancário oficial segundo o art. 890 do CPC.

Art. 890 - Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.

§ 1º - Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa.

§ 2º - Decorrido o prazo referido no parágrafo anterior, sem a manifestação de recusa, reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada.

§ 3º - Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, o devedor ou terceiro poderá propor, dentro de 30 (trinta) dias, a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa.

§ 4º - Não proposta a ação no prazo do parágrafo anterior, ficará sem efeito o depósito, podendo levanta-lo o depositante.

E a consignação em pagamento aparece, também, na Lei de locações (Lei nº 8.245/91, art. 67)

3.2.2. Sub-rogação: CC. arts. 346 a 351

Em sentido amplo sub-rogar é colocar uma coisa em lugar de outra, uma pessoa em lugar de outra. Duas portanto são as espécies de sub-rogação: a sub-rogação real (coisas) e a pessoal (pessoas). Na sub-rogação real verifica-se a substituição de uma coisa por outra, ficando a segunda em lugar da primeira, com os mesmo ônus e atributos. Assim acontece nos casos de sub-rogação de vínculos que recaiam sobre bens inalienáveis. Na sub-rogação pessoal, ocorre substituição de uma

pessoa por outra, ressaltando-se a esta os mesmos direitos e ações que àquela competiam. É da sub-rogação pessoal que se ocupa o Código Civil, no capítulo do pagamento com sub-rogação.

Exemplo: cessão de direitos creditórios daquele que solveu a obrigação alheia ou emprestou a quantia necessária para o pagamento que satisfizesse o credor; esse terceiro sub-roga-se em nome do credor, de modo que o devedor não se desonera do vínculo obrigacional. A obrigação estará extinta para o antigo credor, apenas, que não mais poderá cobrá-la - em tese, então, não extingue a obrigação, mas sim a substituição do sujeito passivo.

Parece ser uma cessão de crédito pois aqui também há uma alteração subjetiva da obrigação, mas não é cessão por diversas razões:

- a) a cessão de crédito independe de pagamento, a sub-rogação depende;
- b) a cessão visa lucro, a sub-rogação não: CC., art. 350
- c) a sub-rogação dispensa notificação do devedor, a cessão não: CC., art. 290;
- d) na sub-rogação não se tem a transferência, legal ou convencional, do direito creditório, a cessão sempre será feita por um ato consensual.

Trata-se de um instituto autônomo, mediante o qual o crédito, com o pagamento feito pelo terceiro, se extingue ante o credor satisfeito, mas não em relação ao devedor, tendo-se apenas uma substituição legal ou convencional do sujeito ativo. A sub-rogação é, pois, uma forma de pagamento que mantém a obrigação, apesar de haver a satisfação do primitivo credor.

A sub-rogação pode ser legal: quando imposta por lei (CC, art. 346, I a III; Dec. n. 2.044, de 1908, art. 40), ou convencional: quando resultar de acordo de vontade entre o credor e terceiro (CC, art. 347, I) e entre o devedor e terceiro (CC, art. 347, II).

3.2.3. Imputação do pagamento: CC. arts. 352 a 355

Ocorrerá sempre que a pessoa obrigada, por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, puder indicar a qual deles oferece em pagamento. Extingue o débito a que se refere, bem como todas as garantias reais e pessoais.

Art. 352. A pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos.

De acordo com o art. 353 do CC, a imputação pressupõe 5 elementos:

- a) dualidade ou multiplicidade de débitos;
- b) identidade de credor e de devedor;
- c) os débitos devem ser da mesma natureza;
- d) devem ser ainda líquidos e estarem vencidos;
- e) o pagamento deve cobrir qualquer desses débitos.

A imputação do pagamento pode ser feita:

- a) pelo devedor: CC. arts. 314, 352 e 353,
- b) pelo credor: CC. art. 353
- c) em razão de determinação legal: CC art. 355

3.2.4. Dação em pagamento: CC. arts. 356 a 359

A doação em pagamento é um acordo firmado entre devedor e credor, por via da qual o credor concorda em receber do devedor, para desobrigá-lo de uma dívida, objeto distinto daquele que constituiu a obrigação. Seus requisitos são:

- a) existência de um débito vencido;
- b) intenção de solver o débito;
- c) diversidade do objeto oferecido em relação ao devido;
- d) concordância do credor: expressa ou tácita.

Há quem diga que a dação em pagamento é uma novação subjetiva, todavia não o é porque extingue a obrigação sem criar uma nova.

3.2.5. Novação: CC. arts. 360 a 367

Novação é a substituição de uma dívida por outra, ocorrendo a mera substituição e não a extinção da obrigação. É um ato que cria uma nova obrigação destinada a extinguir a precedente, substituindo-a.

Art. 360. Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

Para que ela ocorra será preciso:

- a) existência de obrigação anterior, que se extingue com a constituição de nova, que vem a substituí-la (obligatio novanda);
- b) criação dessa nova obrigação, em substituição à anterior, que se extingue;
- c) capacidade, legitimação e intenção de novar;

São três os modos pelos quais se opera a novação:

- a) pela mudança de objeto da prestação;
- b) pela mudança do devedor;
- c) pela mudança do credor.

Assim, podemos concluir que a novação pode ser:

- a) objetiva ou real: quando há mutação do objeto devido entre as mesmas partes (CC., art. 360, I)
- b) subjetiva ou pessoal: quando há mutação de um ou ambos os sujeitos da obrigação: novação subjetiva ativa (CC., art. 360, III) e novação subjetiva passiva por delegação (CC., art. 360, II) ou por expromissão (CC., art. 362).

Vale mencionar que não se caracteriza novação:

- a) quando for feita simples redução do montante da dívida;
- b) mera tolerância do credor não importa manifestação da vontade de novar;
- c) não ocorre novação quando o credor tolera que o devedor lhe pague parceladamente;
- d) quando há modificação da taxa de juros

Em resumo, intenção de novar não se presume. Deve ser expressamente declarada pelas partes, ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações, inconciliáveis entre si. Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.

3.2.6. Compensação: CC. arts. 368 a 380

Compensação é a extinção de duas obrigações, cujos credores são ao mesmo tempo devedores um do outro. Ou ainda, o simples desconto que reciprocamente se faz no que duas pessoas devem uma à outra. Seus requisitos são:

- a) reciprocidade das dívidas: CC., arts. 368, 376 e 377;
- b) que elas sejam líquidas (CC., art. 369) e vencidas;
- c) que sejam homogêneas, isto é, da mesma natureza: CC., art. 370
- d) que não haja renúncia prévia de um dos devedores ou cláusula expressa excluindo essa possibilidade: CC., art. 375
- e) que se observe a norma relativa a imputação do pagamento se houver vários débitos compensáveis: CC., arts. 352, 355 e 379;
- f) que não traga prejuízos a terceiros: CC., art 380

A compensação pode ser:

- a) legal: quando emana da lei, independente da vontade das partes e opera ainda que alguma delas se oponha;
- b) convencional: quando resulta de acordo das partes;
- c) judicial: quando realizada em juízo (sub-espécie de legal)

3.2.7. Transação: CC. arts: 840 a 850

Ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas (CC., art. 840). Só as pessoas maiores e capazes podem transigir, mas a algumas a lei proíbe a transação visto importar sempre renúncia de direitos. Assim a transação

depende de acordo de vontades; pendência de dúvida ou litígio; reciprocidade de concessões para, assim, haver a extinção do litígio. Todavia a transação só poderá ocorrer se os direitos patrimoniais forem de caráter privado (CC., art. 841).

De acordo com o art. 842 a transação pode ser judicial ou extrajudicial:

Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

Características da transação:

- a) é indivisível: CC., art. 848, parágrafo único.
- b) é de interpretação restritiva: CC., art. 843.
- c) é de natureza declaratória: CC., art. 843

3.2.8. Compromisso CC. arts 851 a 853 e Lei 9.307/96

Enquanto que na transação os próprios interessados resolvem suas controvérsias mediante concessões recíprocas, pode ser que por qualquer razão não estejam capacitados para fazê-lo pessoalmente, caso em que podem delegar a um terceiro a solução dessas pendências judiciais ou extrajudiciais. Juízo arbitral.

Art. 851- É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

Compromisso é o acordo bilateral em que as partes submetem as controvérsias jurídicas à decisão de árbitros, comprometendo-se a acatá-la, subtraindo a demanda da justiça comum. A Lei 9.307/96 rege o compromisso e disciplina o funcionamento do juízo arbitral.

O compromisso arbitral pode ser:

- a) judicial: quando a controvérsia já foi submetida ao judiciário, celebrando-se, então, por termo nos autos, perante o juízo ou Tribunal (CC. arts. 661, § 2º e 851; CPC art. 38 e Lei 9.307 art. 9º, § 1º)
- b) extrajudicial: se não existir ainda demanda, o compromisso pode ser feito por escritura pública ou particular, assinada pelas partes e por duas testemunhas (CC. art. 851 e Lei 9.307. art. 9º, § 2º)

O art. 3º da Lei de arbitragem diz que "as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral". Todavia se faz importante distinguir *compromisso* de *cláusula compromissória*.

O art. 8º diz que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

A cláusula compromissória pode se ver inserida num negócio jurídico como medida preventiva dos interessados em contratos civis ou mercantis em que fica estabelecida que, na eventualidade de divergências quando da execução do negócio, as partes deverão lançar mão do juízo arbitral. Já o compromisso arbitral é um contrato em que as partes se obrigam a remeter a controvérsia surgida ao julgamento de árbitros.

3.2.9. Confusão: CC. arts. 381 a 384

Ocorrerá quando a mesma pessoa for credora devedora de si mesma (art. 381 do CC). Em se operando a confusão as obrigações estarão extintas.

A confusão pode verificar-se a respeito de toda a dívida (confusão total ou própria), ou só de parte dela (confusão parcial ou imprópria): CC., art. 382.

Art. 383. A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade.

Art. 384. Cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus acessórios, a obrigação anterior.

3.2.10. Remissão: CC. arts. 385 a 388

Remissão é a liberação graciosa de uma dívida, ou a renúncia efetuada pelo credor, que espontaneamente abre mão de seu crédito. Significa perdão da obrigação, isto é, dar-se a obrigação por paga. É palavra que tem origem no verbo remittir (perdoar) e não deve confundir-se com remição que vem de remir (pagar). A remissão consiste, portanto, em renúncia por parte do credor do crédito a que tinha direito.

A remissão pode ser expressa ou tácita, total ou parcial e, ainda, presumida - quando o credor entrega o título (CC., art. 386) ou o objeto empenhado (CC., art. 387) ao devedor; mas é negócio jurídico bilateral visto que o credor não pode exonerar o devedor sem a anuência deste pois pode, o último, consignar o valor do débito em juízo.

4. DAS CONSEQÜÊNCIAS DA INEXEÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

Quando, por ato voluntário ou involuntário, dolosa ou culposamente, o devedor não atende ao seu dever incorre em mora e na obrigação de responder pelas perdas e danos.

4.1. Da mora

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

É o retardamento na execução da obrigação. Incorre em mora o devedor que não efetua o pagamento no tempo ou lugar convençados; ou ainda, que não cumpre a prestação pelo modo a que se obrigara: *mora solvendi*.

A mora do devedor se revela em dois sentidos:

- a) *mora ex re* (CC, arts. 397, 1ª alínea, 390 e 398): porque independe de manifestação do credor; decorre da lei, ou
- b) *mora ex persona* (CC, art. 397, 2ª alínea; CPC, arts. 867 a 873, 219), quando o credor precisa, para constituir o devedor em mora de uma notificação judicial ou extrajudicial, bastando, processualmente, a citação válida do réu.

A mora do devedor pressupõe:

- a) exigibilidade imediata da obrigação: dívida líquida, certa e vencida;
- b) inexecução total ou parcial da obrigação por culpa do devedor (CC, art. 396)
- c) interpelação judicial ou extrajudicial do devedor, se for *ex persona*.

A mora do devedor faz nascer:

- a) responsabilidade pelos danos causados: CC., art. 395;
- b) possibilidade do credor rejeitar a prestação, se por causa da mora ela se tornou inútil ou perdeu seu valor: CC., art. 395, parágrafo único;
- c) responsabilidade mesmo que se prove o caso fortuito e a força maior, se estes ocorrerem durante o atraso, exceto se provar isenção de culpa ou que o dano teria ocorrido mesmo assim: CC., arts. 399 e 393

Por sua vez o credor incide em mora se se recusa a receber, injustamente, o pagamento no tempo e lugar indicados no título constitutivo da obrigação, exigindo-o por forma diferente ou pretendendo que a obrigação se execute de modo diverso: *mora accipiendi*

Para isso basta verificar:

- a) a existência de dívida positiva, líquida e vencida;
- b) o estado de solvabilidade do devedor;
- c) a oferta real e regular da prestação devida pelo devedor; e
- d) a recusa injustificada, expressa ou tácita, em receber o pagamento;

A mora do credor: CC., arts. 400 e 335

- a) libera o devedor da responsabilidade pela conservação da coisa;

- b) faz nascer o dever de ressarcir o devedor quanto pelas despesas efetuadas para a conservação da coisa recusada;
- c) obriga o credor a receber a coisa pela sua mais alta estimação, se o valor oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento;
- d) possibilidade a consignação judicial da coisa.

Havendo mora recíproca aniquilam-se as responsabilidades.

4.1.1 Juros moratórios

Juros são rendimentos de capital percebidos em razão da privação do seu uso pelo dono. Os juros podem ser moratórios, ou compensatórios (CC. art. 591). Os juros moratórios consistem na indenização pelo retardamento no pagamento; e podem ser convencionais ou legais: CC. art. 406.

- a) se a obrigação for a termo, ter-se-á mora pelo simples advento do vencimento; se não o for, caracterizar-se-á a mora com a interpelação judicial ou extrajudicial;
- b) se a obrigação em dinheiro for líquida, os juros moratórios contar-se-ão a partir do vencimento (CC., art. 397);
- c) se a obrigação não for em dinheiro, os juros começarão a fluir desde que a sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes lhes fixe o valor pecuniário;
- d) se se tratar de reclamação trabalhista, aplicar-se-á a Súmula 224;
- e) se atinente a letra de câmbio, obedecer-se-á ao disposto no Dec. n. 22.616, art. 12, § 32.

A emenda ou purgação da mora vem a ser um ato espontâneo do contratante moroso, que visa remediar a situação a que deu causa, evitando os efeitos dela decorrentes, reconduzindo a obrigação à normalidade (CC., art. 401, I e II).

A cessação da mora ocorrerá por um fato extintivo de efeitos pretéritos/futuros, como sucede quando a obrigação se extingue com a novação, remissão de dívidas ou renúncia do credor.

4.2. Das perdas e danos

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.

Há certas situações em que obrigar o devedor a pagar a prestação não basta para ressarcir o prejuízo do credor, aparecendo a figura das perdas e danos, que têm por objetivo o de reparar o dano causado pela lesão a um direito.

Há dois elementos necessários para apurar-se perdas e danos: valoração do prejuízo e dos lucros cessantes, mas para que se possa incluir o lucro cessante ou dano emergente na prestação de perdas e danos é preciso observar o nexo de causalidade e a lesão ao direito (CC. arts. 403 e 404).

4.3. Da cláusula penal

Cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as próprias partes contratantes estipulam uma pena pecuniária ou não, contra a parte infringente da obrigação, como consequência de sua inexecução culposa ou de seu retardamento, fixando o valor das perdas e danos e garantindo o cumprimento da obrigação principal.

Exerce dupla função: é reforço do vínculo obrigacional, por punir seu inadimplemento, e liquidação antecipada das perdas e danos.

Suas características são a acessoriedade (CC, arts. 92, parágrafo único e 409); condicionalidade (CC., art. 408); compulsoriedade; subsidiariedade (CC., arts. 410 e 411); ressarcibilidade por constituir prévia liquidação das perdas e danos (CC., art. 412) e imutabilidade relativa (CC., art. 413).

A cláusula penal pode ter natureza compensatória ou moratória, mas exige sempre uma obrigação principal; inadimplida, ou seja, já constituído em mora o devedor.

A cláusula penal X perdas e danos: na pena convencional, o *quantum* é previsto antecipadamente pelos contraentes; nas perdas e danos o juiz é que o fixará, após a liquidação.

A cláusula penal X multa penitencial: a cláusula penal é instituída em benefício do credor, e a multa, em vantagem do devedor. A cláusula penal reforça a obrigação, enquanto a multa convencional a enfraquece.

A *cláusula penal X arras*: a cláusula penal é exigível em caso de inadimplemento ou mora, e as arras são pagas por antecipação. A cláusula penal beneficia o credor, e as arras, o devedor. A cláusula penal pode ser reduzida pelo juiz, o que não se dá com as arras, livremente pactuadas pelas partes.

Efeitos da cláusula penal:

- a) a sua exigibilidade independe da alegação de prejuízo bastando o inadimplemento;
- b) o credor pode optar pela execução da prestação ao invés da pena salvo se houver impossibilidade: CC. art. 411
- c) aplicação do CC., art. 414, parágrafo único c/c art. 926, no caso de pluralidade de devedores

III - OS CONTRATOS EM ESPÉCIE

As obrigações que se originam na lei, como prestar alimentos, votar, pagar tributos e outras não são obrigações em sentido técnico, mas deveres fundados em lei. A obrigação propriamente dita decorre do contrato, do ilícito ou da lei, de modo que teríamos duas fontes para o direito das obrigações:

- a) fonte imediata: a lei; e
- b) fonte mediata: o fato humano e o ato ilícito.

O novo código civil está assim dividido:

- a) Arts. 421 a 853: Teoria das obrigações contratuais,
- b) Arts. 854 a 954: Teoria das obrigações extracontratuais.

1. CONTRATOS EM GERAL

A essência da obrigação é a auto-regulamentação dos interesses particulares, reconhecida pelo ordenamento que lhe dá força criativa. O contrato funda-se na vontade humana desde que esteja de acordo com a ordem jurídica. Seus efeitos são a criação, a modificação e a extinção de direitos.

Definição: contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes com a finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos patrimoniais.

Os contratos exigem a análise de dois grupos de elementos:

- a) elemento estrutural: os contratos dependem de "contraposição" de duas ou mais vontades (*não é a soma de dois ou mais negócios unilaterais*), sobre um determinado objeto aos quais passam a estar vinculados os contraentes.
- b) elemento funcional: o conteúdo da contraposição de interesses deve ser harmônico, constituindo, modificando ou resolvendo direitos e obrigações na área econômica (função econômico-social do contrato)

Assim temos que verificar a existência de três requisitos ou elementos (CC. art. 104):

I. Subjetivos: existência de duas ou mais pessoas; capacidade genérica das partes (CC. art. 3º e 4º); aptidão para contratar (exemplo: CC. arts. 496, 497) e consentimento sem vícios.

II. Objetivos:

- a) licitude do objeto: é proibida a contratação que confronta com a moral e os bons costumes
- b) possibilidade física (exemplos: CC. arts. 234, 238, 239, 248, 393 e 399) ou jurídica (CC. arts. 1717; 426, 2018 e etc) do objeto.
- c) objeto certo e determinado ou, ao menos, determinável, que contenha um valor patrimonial.

III. Formais: são atinentes à forma dos contratos que, via de regra, é livre. Somente quando a lei assim o quiser deverá observar forma solene (CC. arts. 107 e 108)

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONTRATUAL

- a) Princípio da autonomia da vontade: esse princípio assegura a ampla liberdade das partes em contratar; e se revela de três formas
⇒ liberdade de contratar ou não sob pena de vício de consentimento;

- ⇒ liberdade de escolher o outro contratante;
- ⇒ liberdade para fixar o conteúdo e abrangência do contrato;

b) Princípio da supremacia da ordem pública: leia-se função social do contrato.

Muito embora exista a autonomia de vontade entre as partes, não é esta absoluta, já que deve respeitar a ordem e o interesse públicos, assim como os bons costumes (CC. arts. 421, 2035, 2045).

Com isso nenhuma convenção poderá contrariar o interesse público de sorte que a autonomia da vontade esbarra no respeito a outros princípios maiores.

O artigo 421 determina que *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, enquanto que o artigo 422 dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.*

c) Princípio da improbidade e da boa-fé:

Não se trata da boa-fé subjetiva, derivada do direito das coisas, onde se exige um estado psicológico (intenção) voltado à não provocação de dano ao próximo. Tanto que o oposto da boa-fé subjetiva seria a *má-fé* vista como a vontade de causar dano ao outro. Nessa ótica a boa-fé é analisada apenas com ausência de conhecimento sobre o ilícito do ato praticado, ou seja, era conceituada dentro do campo subjetivo.

Ao estabelecer o princípio da boa-fé nas relações contratuais, a nova lei está implementando uma outra concepção sobre o instituto, à qual a doutrina passou a denominar de *objetiva*, porque a sua finalidade é impor aos contratantes uma conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, independentemente do subjetivismo do agente, sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante.

A boa-fé objetiva é concebida como uma regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração de que todos os membros da sociedade são juridicamente tutelados, antes mesmo de serem partes nos contratos.

- d) Princípio do consensualismo e da obrigatoriedade da convenção contratual: o simples acordo das vontades gera lei entre as partes: *pacta sunt servanda*, com exceção do caso fortuito ou de força maior, o que as partes ajustam devem ser por elas respeitadas
- e) Princípio da relatividade dos efeitos do contrato: quer significar que as avenças vinculam apenas as partes que nela interferiram, não podendo em hipótese alguma atingir terceiros, salvo no caso de transferência de direitos que devem ser assumidos pelos herdeiros universais (CC., art. 1792) e nas estipulações em favor de terceiros.

3. REVISÃO DOS CONTRATOS

O Estado intervém no contrato, não só mediante a aplicação de normas de ordem pública, mas também alterando-lhes a essência ou a forma de execução conforme as circunstâncias, onde pode o juiz, fundando-se em superiores princípios de direito, boa-fé, comum intenção das partes, amparo do fraco contra o forte, interesse coletivo, afastar aquela regra, até então imperativa.

Uma de suas aplicações é a cláusula *rebus sic standibus*: (teoria da imprevisão) nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado a continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação. O código de 1916 não aceitou expressamente essa cláusula, mas trazia vestígios de sua aplicabilidade nos arts. 401, 954, 1.058. Atualmente, a cláusula *rebus sic standibus* não só foi recepcionada implícita (CC., arts. 393, I, 333, III, 476, 567, 495 e 1973), como explicitamente (CC., arts. 478, 479 e 480).

4. FORMAÇÃO DO CONTRATO: CC. Arts 427 e ss.

É imprescindível a existência de alguns elementos para que se forme o contrato válido. Como é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral requer a manifestação da vontade ou consentimento como pressuposto de sua existência. O consentimento pode ser compreendido em sua acepção restrita (como aquiescência que é dada por cada parte); e em sentido lato como uniformidade de opinião, consenso mútuo, como representante do que seria a *declaração de vontade*. Em sentido lato, a declaração da vontade pode ser expressa (CC., arts. 104, III, 107 e 659) ou tácita, podendo até o silêncio representá-la (CC., arts. 107 e 111).

Porém antes de concluírem o contrato as partes passarão por duas fases. A oferta ou proposta, que é o ato pelo qual uma das partes solicita a manifestação da vontade de outra; momento inicial da formação do contrato; e a aceitação por parte do solicitado ou o destinatário da proposta.

5. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

I - Quanto às pessoas:

- a) pessoas de direito público;
- b) pessoas de direito privado.

II - Quanto à natureza ou quanto aos seus efeitos:

- a) contratos unilaterais: são aqueles em que só uma das partes se obriga em face da outra: *os efeitos são ativos de um lado e passivos de outro*. Só uma das partes se obriga não havendo contraprestação. É o caso da doação pura e simples em que apenas o doador contrai obrigações, ao passo que o donatário só auferir vantagens. Caso ainda do depósito, do mútuo e do mandato, além do comodato.
- b) contratos bilaterais: são aqueles que criam obrigações para ambas as partes e essas obrigações são recíprocas e simultâneas (*sinagma*); cada uma das partes fica adstrita a uma prestação. Caso da compra e venda (CC., art. 481).
- c) contratos benéficos ou a título gratuito: são aqueles que oneram apenas uma das partes, proporcionando à outra só vantagens, sem contraprestação.
- d) contratos a título oneroso: são aqueles em que as partes reciprocamente transferem alguns direitos que trazem vantagens patrimoniais para ambos os contraentes, como no de sociedade ou locação.
- e) contratos comutativos: são aqueles em que cada uma das partes, além de receber da outra prestação relativamente equivalente à sua, pode apreciar imediatamente essa equivalência (compra e venda).
- f) contratos aleatórios: (alea = sorte) são aqueles em que as prestações de uma ou ambas as partes são incertas, porque sua quantidade ou extensão está na pendência de um fato futuro e imprevisível, e pode redundar numa perda ao invés de lucro. Não se confunde com o contrato condicional porque neste a eficácia do contrato está submetida a evento futuro e incerto e no aleatório é o lucro ou prejuízo que será variável, ele está perfeito e acabado. São duas as espécies de contratos aleatórios: os que dizem respeito a coisas futuras (CC., arts. 458 e 459), e os que dizem respeito a coisas já existentes (CC., arts. 460 e 461)

Os contratos de adesão pressupõem uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta; proposta permanente e geral; aceitação pura e simples do oblato para o consentimento; superioridade econômica de um dos contratantes; cláusulas pré-fixadas unilateralmente

Mas convém salientar os artigos 423 e 424 do Código Civil, e lembrar que o CDC, em seu art. 54 já regulava tais contratos.

III - Quanto à designação ou ao modelo ou certas formalidades:

- a) contratos nominados ou típicos: são aqueles que possuem denominação legal e própria, são previstos e regulados pela lei, onde têm um padrão definido; o Código cita 23 tipos:

→ contrato de compra e venda: CC. arts. 481 a 532.

→ contrato de troca ou permuta: CC. art. 533.

→ contrato estimatório: CC. arts. 534 a 537.

→ contrato de doação: CC. arts. 538 a 564.

→ contrato de locação: CC. arts. 565 a 578.

→ contrato de empréstimo: CC. arts. 579 a 585.

→ contrato de prestação de serviços: CC. arts. 593 a 609.

→ contrato de empreitada: CC. arts. 610 a 626.

→ contrato de depósito: CC. arts. 627 a 652.

→ contrato de mandato: CC. arts. 653 a 692.

→ contrato de comissão: CC. arts. 693 a 709.

→ contrato de agência: CC. arts. 710 a 721.

→ contrato de distribuição: CC. arts. 710 a 721.

→ contrato de corretagem: CC. arts. 722 a 729

→ contrato de transporte: CC. arts. 730 a 756.

→ contrato de seguro: CC. arts. 757 a 802.

→ contrato de constituição de renda: CC. arts. 803 a 813.

→ contrato de jogo: CC. arts. 814 a 817.

→ contrato de aposta: CC. arts. 814 a 817.

- contrato de fiança: CC. arts. 818 a 839
- contrato de transação: CC. arts. 840 a 850.
- contrato de compromisso: CC. arts. 851 a 853
- contrato de sociedade: CC. arts. 981 a 985.

b) contratos inominados ou atípicos (CC., art. 425): são aqueles que o legislador não previu de modo expresso, mas que vão surgindo na vida quotidiana, criados pelas necessidades dos interessados, bastando que atendam aos princípios gerais dos contratos (CC. 421/422).

6. EFEITOS PARTICULARES DOS CONTRATOS:

I - *Direito de retenção:*

Consiste num direito negativo do credor em sustar a entrega da coisa alheia que já detém legitimamente, até que a parte devedora lhe pague o que é devido. O direito de retenção é assegurado: a) ao possuidor de boa-fé que tem direito de indenização por benfeitorias úteis e necessárias a serem ressarcidas (CC., art. 1219); b) ao credor pignoratício (CC., art. 1433, II e III); c) ao depositário (CC. art. 644, parágrafo único); d) ao mandatário (CC., art. 681), e e) ao cônjuge (CC. 1652).

Os requisitos para seu exercício são: a) a detenção da coisa alheia; b) a conservação dessa detenção; c) crédito líquido, certo e exigível em relação de conexão com a coisa retida; d) inexistência de exclusão legal ou convencional dessa hipótese (CC. arts. 578 e 1220 p. ex)

II - *Vícios redibitórios:*

Todo aquele que adquire uma coisa imóvel, móvel ou semovente tem direito a uma posse útil, que corresponda exatamente ao preço pago ou prometido. Juridicamente, os vícios e defeitos ocultos que depreciam a coisa adquirida denominam-se vícios redibitórios e a ação garantidora dos direitos do adquirente denomina-se ação redibitória.

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato, pode o adquirente reclamar abatimento no preço (CC. art. 442).

Se o alienante conhecia o vício, ou o defeito, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se não o conhecia restituirá o valor recebido mais despesas com o contrato (CC. art. 443).

A garantia legal de adequação do produto ou do serviço independe de termo expresso, sendo vedada a exoneração contratual do fornecedor. Vedada é ainda a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar segundo o CDC.

O adquirente decai do direito de obter a redibição ou o abatimento do preço em 30 dias se a coisa é móvel, e em um ano se a coisa é imóvel (CC. art. 445), contado da entrega efetiva; se já estava na posse o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade (ATT §§ do CC art. 445).

III - *Evicção:*

Celebrado um contrato oneroso, o alienante deverá resguardar o adquirente dos vícios da evicção. Evicção é, na verdade, a perda do direito ao bem em razão de outro direito ter sido declarado por sobre ele. Para que haja a evicção será preciso:

- a) existência de contrato oneroso: CC., art. 447
- b) perda total ou parcial da propriedade ou posse;
- c) sentença judicial transitada em julgado declarando a evicção;
- d) denúncia da lide (CPC., art. 70, I): para que o evicto garanta seus direitos tem que se valer da denúncia da lide, que é o ato pelo qual tanto autor como réu chamam a juízo terceira pessoa, que seja garante de seu direito, a fim de resguardá-lo no caso de ser vencido na demanda em que se encontra.

Salvo estipulação em contrário, o evicto tem o direito, além da restituição integral do preço, ou das quantias que pagou (CC. art. 449):

- a) à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir;
- b) à indenização das despesas efetuadas com os contratos e os prejuízos que diretamente resultaram da evicção;
- c) às custas judiciais e honorários de advogado

IV - Arras:

Arras (CC., arts. 417, 418 e 419) é o sinal dado por um dos contratantes para firmar a pretensão de que o negócio se efetive, tornando assim, obrigatório o contrato. Podem, entretanto, as partes estipularem o direito de se arrepender (CC., art. 420). Se o arrependimento for da parte que deu as arras esta as perderá por inteiro em favor da outra parte, se ao contrário, o arrependimento for da parte que recebeu as arras esta deverá devolvê-las em dobro.

As arras dadas em dinheiro, salvo estipulação em contrário, consideram-se início de pagamento, mas em caso de arrependimento terão natureza indenizatória nada mais podendo as partes reclamar a esse título.

6.1. Extinção dos contratos:

Como vimos o contrato extingue-se normalmente pela execução voluntária, onde as partes atendem àquilo a que se obrigaram tendo o credor o dever de fornecer o instrumento de quitação (CC., arts. 319, 320, 322 e 323). "Todavia os contratos podem ser extintos se for declarada sua nulidade, ou ainda se houver implemento de cláusula resolutiva; se houver arrependimento; inadimplemento culposos; operosidade excessiva; resilição bilateral ou distrato; resilição unilateral: nos casos de comodato, depósito ou locações; morte de um dos contratantes.

7. DOS CONTRATOS EM ESPÉCIE

7.1. Contrato de compra e venda: CC. arts. 481 a 532.

Pelo art. 481 do CC. concluímos que o contrato de compra e venda é o *contrato em que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra (comprador) o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de certo preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente.*

Esse contrato gera apenas direito pessoal cuja obrigação do vendedor é transferir o domínio e a do comprador pagar o preço. A transferência da propriedade só ocorre pela tradição, se a coisa é móvel, e pelo registro do título de transferência se imóvel (CC. arts. 1227 a 1247).

Se o comprador paga o preço e o vendedor não entrega não pode o comprador reivindicar a coisa exceto em dois casos:

- a) na compra e venda de títulos da dívida pública (art. 8º DL 3545/41) a celebração do contrato transfere a propriedade do título; e
- b) o art. 1361 do Código Civil reza que a alienação fiduciária transfere imediatamente a coisa independente de tradição.

A compra e venda se revela um contrato *bilateral* ou *sinagmático* pois comprador e devedor serão devedores e credores simultaneamente, *oneroso*, *comutativo* ou *aleatório* nas hipóteses do CC., arts. 458 e 459, *consensual* ou *solene*, e *traslativo do domínio*.

Os contratos de compra e venda exigem a presença, no mínimo, dos seguintes elementos:

- a) **Coisa (elemento objetivo):** a coisa deve ter existência, seja ela corpórea ou incorpórea, por isso ainda continua proibida a contratação de herança de pessoa viva (CC., art. 426), mas sabemos que essa existência pode ser sobre coisa futura, assim:
 - a existência da coisa deve ser *potencial*.
 - a coisa deve ser individuada ou individualizável: CC., art. 243.
 - deve estar disponível ou no comércio e, ainda,
 - ter possibilidade de ser transferida ao comprador.
- b) **Preço (elemento objetivo):** (CC., art. 482) deve apresentar pecuniaridade, pois revela uma soma em dinheiro e, portanto, pode ser representado ou garantido pelo título de crédito em geral.
 - valor deve ser certo e determinado: é nula a cláusula: pague o que quiser.
 - preço deve ser estipulado pelas partes (CC. art. 482), mas não quer dizer que o preço Fixado em produto exposto em vitrine é nulo, trata-se de uma proposta que presume-se aceita no momento do pagamento.
 - ver tb. arts. 485, 486, 487 e 488 do CC.
- c) **Consentimento (elemento subjetivo):** deve recair consensualismo sobre a coisa, o preço e o pagamento, bem como devem ter as partes capacidade:
 - pessoa casada, exceto na separação total de bens, não pode alienar ou gravar sem autorização do cônjuge (CC., art. 1647, I);
 - consortes não podem, em regra, efetivar contrato entre si pois compra e venda entre marido e mulher está proibida salvo se o bem estiver excluído da comunhão (CC., art. 499);

→ os ascendentes não podem vender aos descendentes (herdeiros necessários ao tempo da celebração) sem que os demais descendentes e o cônjuge (salvo se casado sob o regime da separação obrigatória) expressamente consentam (CC., art. 496).

d) **Forma:** no caso de compra e venda de bens imóveis (CC., arts. 108 e 205)

O contrato é considerado perfeito e acabado com acordo na coisa, no preço e nas condições não podendo, a partir daí, ser rescindido a não ser por vontade bilateral uma vez que a transferência do domínio ou o pagamento do preço nada mais é do que uma consequência natural do contrato, uma obrigação pessoal de dar por ser um consentimento entre as partes. Em vendas condicionais o contrato será perfeito tão logo sejam satisfeitas as condições.

7.1.1. Das consequências do inadimplemento

Caso um dos contraentes desista ou se arrependa do contrato, gera contra si ação de inadimplemento contratual, conforme o caso. Se o comprador paga o preço mas o vendedor não transfere o domínio ou a propriedade do bem poderá ele rescindir o contrato, exigindo perdas e danos além da devolução do que foi pago, ou exigir o cumprimento do contrato (ação substitutiva da declaração de vontade) valendo a sentença como título para matrícula no registro de imóveis.

Se o vendedor transferir o domínio do bem mas o comprador não pagar o vendedor pode entrar com ação reivindicatória para reaver o domínio através de devolução da propriedade mediante nova matrícula no registro de imóveis ou pode exigir o cumprimento do contrato, tendo o título executivo extrajudicial pode ajuizar ação de execução ou, caso contrário ação de cobrança. Anula-se o contrato, caso o vendedor entregue coisa que não a combinada, similar, mesmo que de melhor qualidade. O comprador não efetua o pagamento devolve o bem e aguarda a ação de execução caso o vendedor ainda queira efetuar o negócio, podendo o comprador através dos embargos desconstituir o título executivo.

7.1.2. Cláusulas especiais à compra e venda

- a) **Retrovenda:** (CC., art. 505: só cabe para bens imóveis) é a cláusula pela qual o vendedor fica com o direito de reaver, em certo tempo, se quiser, a coisa vendida, mediante a devolução do preço recebido e demais acessórios, se houver. O direito de resgate ou retrato poderá ser exercido conforme estipulado na cláusula, não podendo ultrapassar o prazo de 3 anos.
- b) **Venda a contento e venda sujeita a prova:** (*pactus displicentiae*) é aquela que fica subordinada à condição de somente se tornar definitiva se o comprador ficar satisfeito com a coisa que lhe foi vendida (CC. art. 509). A venda sujeita a prova presume-se feita sob a condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina (CC. art. 510). O direito decorrente da venda a contento é pessoal, ficando o comprador na condição de comodatário até que se manifeste em aceitá-la (CC. art. 511) O prazo para tal aceitação será livremente pactuado entre as partes (CC. art. 512).
- c) **Da preempção ou preferência:** (CC. arts. 513 e 514) é a cláusula segundo a qual o comprador fica na obrigação de oferecer ao vendedor a coisa comprada, se algum dia vier a pretender vendê-la. Prazo: 180 dias para móveis e 2 anos para imóveis (Art. 514). Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo em 3 dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos 60 dias (antes eram 30 dias) subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor.
- d) **Da venda com reserva de domínio** (CC. art. 521): é o contrato pelo qual o vendedor reserva para si a propriedade até que o preço esteja integralmente pago, muito comum nas vendas a prestação só terá efeitos contra terceiros se registrada. Essa venda só recai sobre coisas infungíveis (CC. art. 523).
- e) **Da venda sobre documentos** (CC. art. 529): muito comum nos negócios de importação e exportação é assim chamada pois na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e de outros documentos exigidos pelo contrato, ou no silêncio deste, pelos usos.

OBS. O Código Civil deixa de regular o pacto do melhor comprador, cláusula que admitia o desfazimento da venda de imóvel, se dentro de certo prazo (não superior a um ano) aparecesse alguém que oferecesse maior vantagem ao vendedor. E deixa, também, de tratar do pacto comissório, cláusula convencionada expressamente em que as partes ajustavam a rescisão de pleno direito se ocorresse o inadimplemento. Se no prazo de 10 dias após o vencimento o vendedor não reclamar o preço, a venda ficará desfeita de pleno direito. Da onde se pode concluir que foram revogadas.

7.1.3. Compromisso de compra e venda

É uma promessa por ambas as partes de posteriormente efetuarem uma compra e venda, estabelecendo o objeto da venda, preço, as condições de pagamento e o arras (sinal), gerando ao comprador dois direitos distintos e independentes entre si:

- a) o direito pessoal contra o vendedor, à escritura definitiva, ou à adjudicação, sendo esta possível (CPC., art. 639);
- b) o direito real de fazer valer o compromisso também contra terceiros, conferido pelo registro (art. 22 do DL 58/37; art. 25 da Lei 6.766/79).

Constitui, portanto, o compromisso de compra e venda registrado um direito real, um direito de adquirir a coisa, oponível *erga omnes*.

No caso das arras se o promitente vendedor se arrepende, devolve o sinal em dobro, caso se arrependa o compromissário comprador, perde o valor do sinal.

7.2. Contrato de troca ou permuta: CC. art. 533

É o contrato por meio do qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra, sem envolver dinheiro. Também é denominado de permuta, barganha ou escambo.

Salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes arcará com metade das despesas havidas com o instrumento de troca (CC. art. 533, I).

É nula a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento expresso dos demais descendentes, isto é, é possível a permuta entre ascendente e descendentes desde que os valores dos bens trocados sejam iguais (CC. art. 533, II).

7.3. Contrato estimatório: CC. arts. 534 a 537

O contrato estimatório ou venda em consignação é de natureza mercantil e caracteriza-se pelo *"negócio jurídico em que alguém (consignatário) recebe de outrem (consignante) bens móveis, ficando autorizado a vendê-los, obrigando-se a pagar um preço estimado previamente, se não restituir as coisas consignadas dentro do prazo ajustado"* (CC. art. 534).

É um contrato real visto que prevê a entrega da coisa móvel ao consignatário conservando o consignante a propriedade até que seja vendida pelo consignatário para um terceiro, por ele, ou devolvida.

7.4. Contrato de doação: CC. arts. 538 a 564

É contrato pela qual uma pessoa transfere, por liberalidade, bens ou direitos a outra pessoa que os aceita (CC. art. 538).

A doação apresenta quatro elementos:

- a) contratualidade: a doação confere direitos pessoais entre doador e donatário não sendo hábil a transferir a propriedade; a doação gera ao donatário a propriedade; a doação gera ao doador a obrigação de entregar a coisa doada ao donatário; é um contrato unilateral; formal (CC. art. 541) e gratuito que se efetiva por ato *inter vivos*, pois, se for por motivo *causa mortis* teremos o instituto do legado e não o da doação.
- b) vontade do doador de fazer uma liberalidade proporcionando ao donatário certa vantagem à custa de seu patrimônio;
- c) aceitação do donatário: pode ser tácita ou expressa; mas em se tratando de doação sujeita a encargo, a aceitação deverá ser necessariamente expressa.

A doação válida, além dos requisitos gerais, deve atender outros 3 requisitos:

- a) capacidade ativa e passiva das partes, com as seguintes observações:

⇒ absoluta e relativamente incapazes não podem doar; nem o tutor pode doar (CC. art. 1749, II) nem o pai e a mãe que exerçam a administração dos bens dos filhos poderão (CC. art. 1689, II); mas podem receber em doação desde que se trate de doação pura (CC. art. 543), inclusive o nascituro (CC. art. 542) e a prole do casal (CC. art. 546)

⇒ cônjuges só podem fazer doações remuneratórias de bens móveis desde que objetivem pagar um serviço recebido ou fazer doações de pequeno valor;

- ⇒ cônjuge adúltero não pode fazer doação ao seu cúmplice (CC. art. 550 e 1642, IV), sob pena de anulabilidade na constância do matrimônio pelo cônjuge ou em até 2 anos após a morte pelos herdeiros;
 - ⇒ consortes não podem doar entre si se o regime for o da comunhão universal; e se outro for o regime tratar-se-á de adiantamento de herança (CC. art. 544), como no caso dos ascendentes para os descendentes;
 - ⇒ o mandatário do doador não pode nomear donatário só pode escolher as pessoas que o doador lhe designar;
 - ⇒ pessoas jurídicas podem doar e receber doações (CC. art. 554)
 - ⇒ o falido não pode fazer doações (CC. art. 158)
- b) o objeto deve estar no comércio: podem ser bens móveis, imóveis, corpóreos, incorpóreos, presentes ou futuros, direitos reais, vantagens patrimoniais de qualquer espécie e, inclusive, órgãos humanos, observado o seguinte:
- ⇒ não é válida a doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda suficiente para a subsistência do doador (CC. art. 548);
 - ⇒ se a doação levar o devedor a insolvência os credores podem anulá-la a não ser que o donatário assumo o passivo do doador - com o consentimento dos credores (CC. art. 360, II) onde se operará uma novação subjetiva;
 - ⇒ a doação inoficiosa está vedada pela lei, ou seja, a regra de que o doador quando beneficia herdeiro não pode exceder o limite de 50% se este concorrer com outros (CC. arts. 549, 1789 e 1846), a ação de anulação pode ser movida em vida do doador;
 - ⇒ a doação pode apresentar-se sob a forma de subvenção periódica (CC. art. 545);
 - ⇒ pode ser feita em comum a várias pessoas (CC. art. 551);
 - ⇒ o doador não é obrigado a pagar mora, não está sujeito à evicção e às regras referentes aos vícios redibitórios (CC. art. 552)
 - ⇒ o doador pode estipular que o bem volte ao seu patrimônio se sobreviver ao donatário: 547CC;
- c) requisito formal: a doação se fará por escritura pública (bem imóvel: CC. arts. 108 e 215) ou por instrumento particular (bem móvel: CC. 108), ou ainda verbalmente seguido da tradição quando se tratar de bens de menor valor (CC. art. 541, parágrafo único).

7.4.1. Espécies de doação

- a) doação pura e simples: sem existência de qualquer condição presente ou futura, sem encargo ou termo (CC. art. 540)
- b) doação modal, com encargo, onerosa ou gravada: o donatário tem uma incumbência que pode ser em proveito de terceiro ou do interesse geral (CC. art. 553, parágrafo único, 562 e 1938)
- c) doação remuneratória: a causa da liberalidade é o desejo de recompensar serviços prestados pelo donatário ao doador (CC. art. 540, 2ª alínea).
- d) doação condicional: depende de evento futuro e incerto
- e) doação a termo: quando há termo inicial e/ou final;
- f) doação de pais a filhos ou de um cônjuge ao outro: CC. art. 544 e 1829.

Revogação da doação:

A doação se revoga por ingratidão do donatário (CC. arts. 555, 557, 561 e 563), além dos demais casos pelos quais se revogam todos os contratos. Pode também revogar-se, em sendo onerosa a doação, se o donatário deixar de executar o encargo desde que ocorra em mora (CC. art. 564 e 1639).

Revogam-se por ingratidão as doações em que o donatário atentou contra a vida do doador; cometeu ofensa física contra o doador; injuriou gravemente ou caluniou o doador; recusou-se em ministrar alimentos ao doador quando lhe era possível fazê-lo.

Não se revoga, contudo, a doação por ingratidão quando as doações forem puramente remuneratórias; as que forem oneradas com encargo; as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural; as feitas para determinado casamento.

7.5. Contrato de locação: CC. arts. 565 a 578

Toda a locação nasce através de um contrato. E os contratos em geral são estudados pelo Direito das Obrigações. O Código Civil trata dos contratos de locação a partir dos arts. 565 e seguintes, todavia, o contrato de locação, suas espécies e características, está previsto em legislação extravagante, precisamente na **Lei n.º 8.245/91**.

Definição de Serpa Lopes: "*contrato pelo qual duas partes se obrigam reciprocamente, uma a conceder o uso e o gozo de uma coisa, ou a executar uma obra, ou prestar um serviço; e a outra a pagar por esse uso, gozo, obra ou serviço um preço determinado em dinheiro.*"

Definição Clóvis Beviláqua: "*contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração paga pela outra, se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível, a prestação de um serviço apreciável economicamente ou a execução de alguma obra determinada.*"

Tipos	Objeto dos Contratos	Remuneração	Sujeitos	Características
1 - locação de Coisas	Cessão temporária do uso e gozo da coisa sem transferência da sua propriedade	Na locação de coisas é designada como aluguel	Aqui temos o locador (que entrega a coisa) e locatário (que toma a coisa)	a) bilateral: criam obrigações recíprocas; b) oneroso: pois as Artes buscam vantagens (R\$)
2 - locação de serviços	Prestação de serviços economicamente apreciáveis	nas de serviço é designada salário, e é proporcional ao tempo.	Aqui podemos designar as partes como empregador e empregado	c) comutativo: pois tais vantagens são mútuas; d) consensual: uma vez que não depende de forma especial (solene)
3 - Locação de obra ou Empreitada	Execução de uma obra determinada	na empreitada é designada como preço, e é proporcional à obra.	E aqui como comitente e empreiteiro	e) de execução continuada ou sucessiva: pois levam certo lapso de tempo para se resolver

Locação de coisas.

Na locação de coisas uma parte se obriga a ceder a outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa móvel ou imóvel não fungível, mediante certa retribuição. A locação de coisas pode ser:

- a) de bem **móvel**: roupas, talheres, veículos, cofres, animais reprodutores, ou
- b) de bem **imóvel**, sendo que para o caso de bens imóveis podemos ter a:

I - locação de imóveis residenciais e

II - não-residenciais, estes, por seu turno que podem ser

⇒ para Fins comerciais: arts. 51 a 57 da Lei n. 8.245/91.

⇒ industriais: arts. 71 a 75 da Lei n. 8.245/91.

Havendo prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver a coisa antes do vencimento, senão ressarcindo o locador das perdas e danos resultantes, assim também não poderá o locatário devolver-lhe a coisa sem pagar o aluguel pelo tempo que faltar (CC. art. 571). Findo, no entanto, o prazo ajustado para a locação, se o locatário permanecer na posse da coisa sem que haja oposição do locador, a locação prorrogar-se-á por tempo indeterminado.

Serve para o uso e gozo de um bem infungível porque se for de bem fungível (segundo diz Maria Helena Diniz) teríamos um contrato de mútuo - empréstimo de coisas fungíveis. No contrato de mútuo o mutuário deve restituir ao mutuante outro bem da mesma espécie, quantidade ou qualidade, situação incompatível com a do locatário que deverá restituir ao locador o objeto locado. O locador concede ao locatário tão-somente o uso de um bem ou o gozo de um direito, mediante remuneração em dinheiro (aluguel).

7.5.1. Tipos de locação de imóveis:

A locação de prédios é uma modalidade de locação de coisas que exige normas específicas, daí a existência de leis especiais sobre locação de prédios urbanos (Lei do Inquilinato) e rurais (Estatuto da Terra). O Código Civil neste assunto traça apenas as normas gerais.

I - Da locação residencial:

- a) locação por temporada: até 90 dias podendo aluguel e encargos serem cobrados antecipadamente.
- b) contratos fixados por 30 meses ou mais: o contrato se rescinde no término do prazo, prorrogando-se por prazo indeterminado no silêncio das partes - para a retomada caberá denúncia imotivada (denúncia vazia) a qualquer tempo.
- c) contratos fixados por menos de 30 meses: findo o prazo, a locação prorroga-se por tempo indeterminado - a retomada só pode ser pleiteada por motivo de reforma, uso próprio, para residência de ascendente ou descendente do locador, ou para demolição ou edificação licenciada.
- d) contratos fixados antes da vigência da Lei 8245/91: que vigorem ou venham a vigorar por prazo indeterminado poderão ser denunciados imotivadamente.

II - Da locação não residencial:

1. A locação Comercial é aquela que se aplica a locatários comerciantes ou industriais. A definição de locação comercial e locação civil é importante para a estabelecer a legislação a ser aplicada. O locatário comerciante ou industrial tem direito de pedir judicialmente a renovação do contrato de aluguel referente ao local onde se situa o fundo do comércio - através da ação renovatória de aluguel.
2. Civil: para escritórios, sedes, consultórios e estúdios de locatários que desempenhem atividades civis.
3. Especial: para escolas, hospitais e asilos. A retomada do imóvel se fundamenta por denúncia motivada (Lei n. 8245/91)
4. Concessão de uso de prédios urbanos da União: Lei n.º 9.760/46
5. As locações de prédios rústicos destinados à exploração agrícola ou agropecuária: são reguladas pela Lei n. 8245/91, se para fins comerciais e industriais, e pelo Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64, arts. 92 e ss)

Existem 3 formas de se transmitir um contrato de locação por ato entre vivos: a cessão de locação; a sublocação e o empréstimo; e todos são modos traslativos do contrato de locação.

Cessão de locação:

A cessão do contrato de locação é o ato pelo qual o cedente (como transmitente de um direito pessoal) transfere a outrem - o cessionário - a sua posição contratual de locatário, desde que tenha o prévio consentimento do locador. É, na verdade, a transmissão, para outra pessoa, dos direitos e deveres que lhe competem.

Sublocação:

A sublocação consiste na concessão do gozo, parcial ou total, da coisa locada, por parte de quem é, por sua vez, locatário dela mesma (Lei n. 8.245/91, arts. 14, 15, 16, 30, 59, § 1º, V, § 2º, e 35; CC, art. 1.208). A sublocação será admitida se não for expressamente proibida, mas essa regra é inaplicável à locação de prédio urbano. Para a sublocação de prédios urbanos é preciso prévia autorização do locador.

Empréstimo:

O empréstimo é a cessão, a título provisório e gratuito, pelo locatário, de parte ou da totalidade do prédio, com o dever de restituí-lo em breve tempo. Envolveria, portanto, a figura do comodato.

7.6. Da locação ou prestação de serviços: CC arts. 593 a 609

Com o surgimento da C.L.T., a locação de serviços, que se referia ao trabalho subordinado, foi substituída pelo contrato individual de trabalho, e pelo contrato de trabalho avulso. Mas o contrato civil de locação, nos dizeres de Maria Helena Diniz, sobreviveu no código de 1916 e agora mereceu atenção especial.

Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

"A locação de serviço é o contrato em que uma das partes se obriga para com outra a fornecer-lhe a prestação de uma atividade, mediante remuneração." (Caio Mário da Silva Pereira).

É aquele contrato referente a uma prestação de serviço economicamente apreciável, considerada em si mesma, independente do resultado.

Seu objeto é uma obrigação de fazer. Qualquer forma de atividade humana lícita e possível que possa ser aproveitada por outrem, de forma material ou imaterial pode constituir o objeto desta locação: CC, art. 594; CF, art. 7º, XXXII.

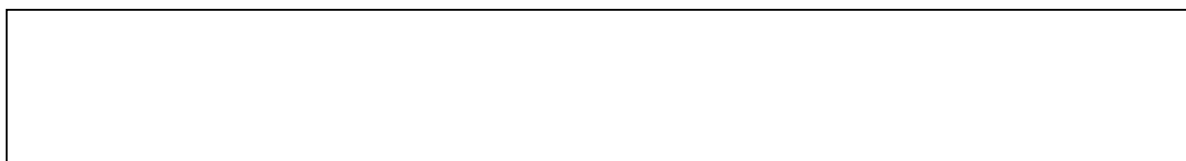
Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

7.7. Locação de obra ou empreitada: CC. arts. 610 a 626.

Empreitada é o contrato pelo qual um dos contraentes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar, pessoalmente ou por meio de terceiro, certa obra para o outro (dono da obra ou comitente), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração determinada ou proporcional ao trabalho executado.

É aquele contrato, então, de locação que tem por fim a execução de certa obra ou determinado trabalho, tendo-se em vista um fim ou direito.

Na verdade a empreitada pode consistir apenas em uma obrigação de fazer, apenas em uma obrigação de dar, ou ambas. É o que diz o art. 610: "**O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela ou só com seu trabalho, ou com ele e os materiais.**"



A empreitada é um contrato bilateral (o empreiteiro deve entregar a obra e o comitente o preço; um é credor da obra outro do preço), comutativo (cada parte recebe da outra prestação equivalente à sua), oneroso, consensual e não solene, indivisível (pois não permite execução fracionada) e de execução sucessiva ou continuada (porque exige certo lapso de tempo para a sua conclusão) em que uma das partes, o empreiteiro, se compromete a executar determinada obra, pessoalmente ou por terceiros, em troca de certa importância, ou de remuneração fixa a ser paga pela outra parte, o dono da obra.

Nos contratos de empreitada de edifícios e outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante 5 anos, pela solidez e segurança do trabalho.

7.7.1. Classificação da empreitada

I - Quanto ao modo de fixação do preço:

- a) empreitada a preço fixo (*marche à forfait*) absoluto ou relativo: quando a retribuição é ajustada para a obra inteira sem considerar o fracionamento da atividade (CC. art. 619);
- b) empreitada por medida (*ad mensuram*): quando a retribuição é ajustada por unidade ou parte construída (CC. art. 614);
- c) empreitada de valor reajustável: quando existir cláusula prevendo variação de preço em função da variação do valor da mão de obra, ou dilação de tempo;
- d) empreitada de custo máximo: quando existe cláusula estabelecendo determinado valor que não poderá ser ultrapassado pelo empreiteiro;
- c) empreitada de preço de custo: quando o empreiteiro se obriga a realizar o trabalho fornecendo a mão de obra e os materiais, mediante o reembolso acrescido do lucro assegurado;

II - Quanto à execução do trabalho:

- a) empreitada de louvor: quando o empreiteiro assume apenas a responsabilidade pela execução da obra;
- b) empreitada de materiais ou mista: quando o empreiteiro, além da execução da mão de obra, se compromete também a fornecer os materiais necessários à sua execução.

7.7.2. Das responsabilidades

- a) responsabiliza o empreiteiro quanto: à solidez e segurança do trabalho em empreitadas relativas a construções de grande envergadura, em razão dos materiais e do solo (CC, art. 618); aos riscos da obra, se forneceu os materiais, conforme o CC, art. 611; ao preço dos materiais empregados na

obra, perante os fornecedores, se a empreitada for mista; aos danos causados a terceiros; aos impostos, perante a fazenda, se a empreitada for mista.

- b) responsabiliza o dono da obra quanto: aos riscos de transporte da coisa confeccionada, se deu ordens diversas das ajustadas; aos riscos da obra, se a empreitada for de labor (CC, arts. 612 e 613); à falta de recolhimento das contribuições previdenciárias do pessoal empregado na obra, se esse encargo não for atendido pelo empreiteiro, ficando com ele solidariamente responsável (Lei n. 8212/91, arts. 30 e 31); ao preço dos materiais, se a empreitada for de labor.

7.8. Contrato de empréstimo: CC. arts. 579 a 585

É o contrato pelo qual uma das partes se obriga a entregar um objeto à outra, que terá a obrigação de restituí-lo em espécie ou gênero. O empréstimo é gênero de que são espécies o comodato e o mútuo, sendo o primeiro também denominado empréstimo de uso e o segundo empréstimo de consumo.

7.8.1. Do comodato:

É contrato *intuitu personae*, unilateral e gratuito, que representa o empréstimo de coisas não fungíveis e não consumíveis, temporário, e se perfaz pela tradição - por isso é chamado contrato real. É temporário (CC. art. 581), e exige a devolução da coisa emprestada após o uso. Art. 579: O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.

O contrato de comodato necessita que as partes tenham capacidade genérica (CC. art. 580), que o objeto seja um bem infungível e inconsumível, mas a sua forma é livre, ou seja, não necessita de ato solene, podendo ser até verbal.

O comodatário é obrigado a conservar como se fosse sua a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante (CC. art. 582).

O comodante, por seu turno não pode pedir a coisa emprestada antes do prazo ajustado (CC. art. 581); tem que pagar as despesas extraordinárias feitas pelo comodatário com a conservação da coisa, em caso de urgência, se não puder ser avisado oportunamente para autorizá-las; e responsabilizar-se perante o comodatário, pela posse útil e pacífica da coisa objeto de comodato, se procedeu dolosamente - mas não tem responsabilidade pela evicção ou vícios redibitórios pois este pressupõe contrato comutativo e oneroso, o que não é o caso.

Extingue-se o contrato de comodato pelo termo final do prazo ajustado entre as partes ou após o uso da coisa; pela resolução em virtude da inexecução; pela resolução unilateral, reconhecida pelo juiz; pelo distrato; pela morte do comodatário; e pela alienação da coisa emprestada.

7.8.2. Do mútuo

É contrato real podendo ser gratuito ou oneroso, de empréstimo de coisa fungível, perfazendo-se com a tradição do objeto e terminando com a restituição da coisa emprestada. No contrato de mútuo, o domínio da coisa emprestada passa a ser do mutuário.

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

O contrato de mútuo, quando for oneroso, ou seja, quando destinar-se a fins econômicos deve observar as regras do CC., arts. 591 e 406, que prescrevem:

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Nesse caso são nulas as estipulações usuárias que estabeleçam nesses contratos civis taxas de juros superiores às legalmente permitidas caso em que o juiz, se requerido, pode determinar a restituição do que foi pago em dobro. Mas essa regra não se aplica:

- a) para as instituições Financeiras e operações nos mercados financeiros;
- b) para as sociedades de crédito destinado a microempreendedores;
- c) para as organizações da sociedade civil da Lei 9790/99

Os juros constituem o proveito tirado do capital emprestado e podem ser:

- a) compensatórios: se representam renda ou fruto do dinheiro mutuado, ou
- b) moratórios: daí denominados comissão de permanência (Sum. 596).

A capitalização dos juros foi proibida pela Lei de Usura (Dec. n. 22.262/33, art. 4º c/c a MP 2170/01, art. 5º), mas refere-se à capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Veda-se, na verdade, o anatocismo em período inferior a um ano se o mutuante não for instituição financeira ou o financiamento não se der pelo Sistema Financeiro de Habitação (Lei n. 9514/97), exceto na hipótese de contrato de conta corrente.

Os juros não se confundem com correção monetária. Esta visa a garantir a integridade do valor da moeda ante a sua freqüente desvalorização; seria uma atualização do valor do débito, que constitui a própria dívida atualizada para a data do seu pagamento.

Não há óbice nenhum ao estabelecimento de correção ou atualização monetária aos contratos de mútuo, mesmo que fora do Sistema Financeiro Nacional.

A Lei 4595/64, da reforma bancária, em seu art. 4º, VI e X, derogou as determinações da Lei de Usura no que tange às operações bancárias, que passaram a sujeitar-se, desde então, ao Conselho Monetário Nacional, por intermédio do Banco Central.

7.8.2.1. Requisitos e efeitos

Além da capacidade genérica o mutuante deve ter poder para dispor sobre a coisa ou aliená-la e o mutuário deve ter capacidade para contrair direitos. O art. 588 do NCC diz que o mútuo feito a menor, sem prévia autorização, não pode ser reavido nem do mutuário nem de seus fiadores. Essa norma só não se aplicará no caso dos incisos do CC. art. 589.

O mutuário deve restituir o que recebeu e pagar juros se o mútuo for feneratício, isto é, quando estipula o pagamento de juros em favor do mutuante; e o mutuante tem o direito de exigir garantia da restituição (CC. art. 590); reclamar a restituição de coisa equivalente quando vencido o prazo (salvo na hipótese do CC. art. 592); e resolver o contrato se o mutuante não pagar juros no mútuo feneratício.

O mútuo se extingue pelo implemento do termo convencionado (ou na hipótese do CC. art. 592); pelo inadimplemento; pelo distrato; pela resilição unilateral por parte do devedor (CC. art. 133); ou pela ocorrência de algum modo terminativo previsto no contrato.

7.9. Contrato de depósito: CC. arts. 627 a 652.

É contrato pela qual uma pessoa, a depositária, recebe de outra, a depositante, o objeto móvel, para guardar, temporária e gratuitamente, até que o depositante a reclame (CC. art. 627). Tem por características a natureza contratual (unilateral e *intuitu personae*), para a entrega de coisa corpórea ao depositário, que tem a obrigação de custódia e, ainda, o dever de restituir a coisa depositada sob pena de prisão (CC. art. 652: pena não superior a um ano) e ressarcimento de danos.

O depósito é, via de regra, gratuito, mas o art. 628 prescreve que pode ser oneroso se houver convenção em contrário, se o depósito decorre de atividade comercial ou, ainda, se o depositário exerce tal função por profissão.

7.9.1. Classificação do depósito

I - Depósito Voluntário ou Convencional: CC arts. 627 a 646. É aquele que resulta de ajuste entre as partes e somente se prova por escrito.

II - Depósito Necessário: CC. arts. 647 a 652. É aquele que independe da vontade das partes porque resulta de fatos imprevistos e irremovíveis, que levam o depositante a efetuar-la, entregando a guarda de um objeto a pessoa que desconhece, a fim de subtraí-lo de uma ruína imediata, não lhe sendo permitido escolher o depositário ante a iminência do dano na coisa (CC. art. 647, II c/c 648, parágrafo único e CPC., art. 402, II). Pode ser de três espécies:

- a) Legal: se decorrente de lei, ou feito em desempenho de obrigação legal CC. art. 647, I:
 - depósito de coisa perdida e descoberta: CC. art. 1233, parágrafo único;
 - concurso de credores: CC. art 345;
 - o feito pelo administrado dos bens do depositário que se torna incapaz: CC. art 641
 - o do lote compromissado, no caso de recusa no recebimento da escritura definitiva;
 - do credor pignoratício que recebe soma superior ao seu crédito: CC. art. 1435, V

- b) Miserável: se decorrente de calamidade pública; como incêndio, inundação, naufrágio ou saque (CC. art. 647, II), quando o depositante, diante dessas circunstâncias é obrigado a se socorrer da primeira pessoa que encontrou para entregar a coisa em seu depósito.
- c) De hoteleiro e hospedeiros (CC. art. 649) de hotéis, hospitais, colégios e internatos. O hospedeiro responde pela bagagem como depositário e é responsável por furtos/roubos de tais bens em seus estabelecimentos. Essa responsabilidade é do risco do negócio e, embora não haja tradição real, mas ficta, basta que a bagagem do hóspede entre no estabelecimento. Essa responsabilidade deixa de existir apenas se:
 - houver celebração com o hóspede que diga contrário a isso;
 - se provar que o prejuízo do hóspede não poderia ter sido evitado (CC. art. 650) ou se,
 - ocorrer o evento por força maior ou caso fortuito e, ainda
 - se houver culpa concorrente do hóspede.

III - Depósito Regular e Irregular:

O depósito regular ou ordinário é aquele que incide sobre coisa infungível e inconsumível, que deve ser restituída *in natura*.

O depósito irregular é aquele que, ao contrário, recai sobre móvel fungível e consumível, de modo que o dever de restituir não tem por objeto a coisa dada em depósito, mas outra do mesmo gênero, qualidade e quantidade (CC. art. 645), regendo-se pelas regras referentes ao mútuo (CC. arts. 586 a 592). O depósito irregular não se transforma em empréstimo uma vez que o bem mutuado incorpora o patrimônio do devedor, como p. ex., o depósito bancário; e o depósito de mercadorias em armazéns gerais que guardam mesma mercadoria da mesma espécie (laranjas p. ex.) e emite um certificado sob a forma de título de crédito causal, ou seja, *conhecimento de depósito e warrant*, transmissíveis por simples endosso (CC. art. 751)

IV - Depósito Judicial: (CPC. art. 664) Quando realizado por autoridade judiciária como o seqüestro por exemplo, que pode ser de bem móvel ou imóvel, com o intuito de preservar a sua incolumidade, até que se decida a causa principal.

V - Depósito Mercantil ou Empresarial: quando provier de atividade negocial; e se for praticado por profissão ou durante o exercício da empresa;

Direitos, deveres e obrigações: CC. arts. 629, 633, 639, 644 e 652.

7.10. O mandato: CC. arts. 653 a 692

Opera-se o mandato quando uma parte recebe de outra poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato (CC. art. 653), mas pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito (CC. art. 656). É uma representação convencional, em que o representante pratica atos em nome do representado - fala e age em nome deste.

É um contrato consensual que requer a manifestação das duas vontades, bilateral, portanto, gerando deveres para o mandatário (CC. art. 667) e para o mandante (CC. art. 675), em que há a outorga de poderes de representação - o mandatário pode aceitar o mandato expressa ou tacitamente, mas resulta do começo da execução (CC. art. 659). Pode ser gratuito ou oneroso (CC. art. 658: mandato de advogado é oneroso) mas é, em regra, *intuitu personae*, preparatório (pois habilita o mandatário a praticar certo ato específico em regra) e revogável (CC. art. 682).

O mandato necessita de capacidade genérica tanto do outorgante como do outorgado. Os absolutamente incapazes não podem nem ser mandantes nem mandatários e as partes devem observar os arts. 288 e 654 do CC.

Os relativamente incapazes, p. ex. maiores de 16 anos e menores de 18 podem outorgar mandato se assistidos por seu representante legal, impondo-se, porém, a procuração por instrumento público, e para dar procuração *ad judicia* deverão recorrer ao oficial público.

Podem ser mandatários:

- a) o plenamente capaz e o emancipado;
- b) o menor de 18 e maior de 16 não emancipado ressalvado que o mandante não terá contra ele o direito de ação (CC. art. 666);
- c) a cônjuge, mesmo sem outorga uxória ou concordância marital;
- d) o pródigo e o falido, pois a restrição que se lhes atinge versa quanto à disposição de bens de seu patrimônio, e não aos de outros.

Não podem ser mandatários:

- a) estrangeiros para representar interesses de acionistas brasileiros em assembleias gerais: Dec-Lei 2063/40 art. 199;
- b) funcionários públicos efetivos ou não só não podem funcionar perante administração pública federal, estadual ou municipal: Dec. n. 99.999/91; salvo nos casos em que o servidor da União pretende a percepção de vantagens de parentes até 2º grau (Lei 8112/90 e Lei paulista n. 10261/68, art. 143, IX);

O objetivo do mandato deve ser lícito e possível, física e juridicamente, abrangendo direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais desde que não sejam personalíssimos e que não exijam a intervenção pessoal do mandante como p. ex: o exercício do voto; o depoimento pessoal; a elaboração do testamento; o exercício do pátrio poder ou cargo público; prestação de serviço militar; recebimento de qualquer benefício da previdência social.

OBS.: O instrumento de mandato será por escrito público em casos especiais: para os relativamente incapazes; para os cegos; para o mandante analfabeto

OBS.: CC. art. 655: ainda que por instrumento público o mandato, o substabelecimento pode se dar por instrumento particular

Sua forma é livre e só confere poderes de administração ordinária de modo que para alienar, hipotecar ou transigir a procuração dependerá de poderes especiais e expressos por serem atos que exorbitam essa administração ordinária (CC. art. 661, § 1º), mas depende, ainda, de poderes especiais se o ato abranger:

- a) saque de dinheiro, emissão de cheque ou nota promissória;
- b) substabelecimento ou renúncia de direitos;
- c) representação de testamenteiro: CC. art. 1985
- d) celebração de matrimônio: CC. art. 1542;
- e) transmissão de dívidas ou doações;
- f) aceitação ou renúncia de herança;
- g) novação ou fiança;
- h) reconhecimento de filho;
- i) pedido de falência;

Se o mandato é verbal deve-se observar a regra do CC. art. 227 ou 401 do CPC.

⇒ obrigações do mandatário: CC. arts. 667 a 674

⇒ obrigações do mandante: CC arts. 675 a 681

⇒ Extingue-se o mandato: (CC art. 682)

7.11. Contrato de comissão: CC. arts. 693 a 709

Essa modalidade de contrato unifica no direito obrigacional a comissão percebida na seara cível e empresarial, seguindo a esteira do Código Civil Italiano de 1942.

"Comissão é o contrato pelo qual uma pessoa (comissionário) adquire ou vende bens, em seu próprio nome e responsabilidade, mas por ordem e por conta de outrem (comitente), em troca de certa remuneração, obrigando-se para com terceiros com quem contrata" (CC. art. 693).

Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes.

O comissário, pessoa física ou jurídica, deverá ser comerciante que, segundo as instruções recebidas do comitente, efetuará negócios em nome próprio, porém em favor e por conta do comitente. Apresenta-se como um mandato sem representação - o comissionário não é representante direto do comitente.

O contrato produz efeitos análogos aos do mandato distinguindo-se dele pela maneira de agir do representante, que no mandato age em nome do representado mas, na comissão, em nome próprio. São claras as vantagens:

- a) dispensa apresentação de documento formal que habilite o representante;
- b) afasta o risco do excesso de poderes para o representante;
- c) permite o segredo das operações do representado;
- d) utiliza o crédito do comissário na praça onde se situar;
- e) facilita as informações das remessas e da guarda das mercadorias.

OBS.: a comissão pode se reverter em mandato pela ratificação do comitente, que assume o contrato realizado pelo comissário, passando a ter ação direta contra o terceiro com quem o comissário contratou.

Não se confunde o mandato com a comissão porque o comissário assume obrigações pessoais para com aqueles que contrata e, até mesmo, a responsabilidade pela solvência delas.

A comissão tem características próprias. Nasce de um contrato bilateral, oneroso (CC. art. 701, 702, 703 e 705), *intuito personae*, consensual, onde o comissário age sob instruções do comitente (CC. art. 695) que podem ser verbais ou escritas sendo que, na falta dessas diretrizes, procederá segundo os usos em casos similares aplicando a regra relativa ao mandato (CC. art. 709).

A comissão pode ser simples: quando o comissário não responder pela insolvência das pessoas com quem contratar exceto em caso de culpa: CC. art. 697, ou *del credere*: modalidade de comissão composta de um pacto em que o comissário assume a responsabilidade de responder pela solvência daquele com quem vier a contratar no interesse e por conta do comitente fazendo nascer a solidariedade; com isso estimula-se comissário a selecionar melhor os negócios (CC. art. 698), evitando prejuízos ao comitente que, em razão disso, pagará comissão mais elevada.

Direitos fundamentais do comissário:

- a) exigir sua remuneração: CC. art. 701;
- b) pedir ao comitente fundos para realização de certo negócio;
- c) reembolsar-se das despesas efetuadas com a negociação (CC. art. 706), ou reter bens e valores do comitente para reembolsar-se (CC. arts. 707 e 708).

Deveres do comissário para com o comitente: CC. arts. 695, 696, 699, 700. Deveres do comissário para com terceiros: CC. arts. 694 e 698
--

Direitos fundamentais do comitente:

- a) opor execuções contra o comissário e/ou pleitear indenização por prejuízos;
- b) reivindicar suas mercadorias caso venha a falir o comissário;
- c) não responder perante terceiros pelas obrigações contraídas pelo comissário;
- d) acionar terceiros se sub-rogados os direitos assumidos pelo comissário;
- e) alterar as instruções: CC. art. 704

Deveres do comitente: CC. arts. 701 e 706.
--

7.12. Contrato de agência e distribuição: CC. arts. 710 a 721

7.12.1. Contrato de agência

Essa modalidade contratual é originária do serviço prestado pelo ambulante ou mascate que, na lombo de mulas, fazia vendas porta a porta direto ao consumidor. Sempre houve quem funcionasse como agente comercial dos empresários, cuja função era e ainda é colocar no mercado produtos da empresa representada.

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.

O agente ou representante comercial, que se obriga a agenciar as propostas ou pedidos em favor de outra: o representado, devem ser registrados no Conselho Federal e no Conselho Regional de Representantes Comerciais.

O contrato de representação pertence ao gênero dos contratos de intermediação, do qual o mais peculiar é o de corretagem, com o qual não se confunde, visto que, enquanto a corretagem é uma atividade eventual em relação ao comitente, agindo o corretor no interesse das duas partes, o representante comercial age, permanente, profissional e habitualmente, em prol da empresa representada.

Trata-se de um contrato bilateral, oneroso, *intuito personae* e consensual, por não exigir forma solene, mas é comum que se apresente por escrito apresentando elementos específicos (Lei n. 4886/65, art. 27 com red. dada pela Lei 8420/92) tais como:

- a) condições e requisitos gerais da representação;
- b) indicação genérica ou específica do(s) produto(s) ou artigos que serão objeto da representação;
- c) prazo certo ou indeterminado da representação;
- d) indicação da(s) zona(s) em que será exercida a representação;
- e) garantia ou não, parcial ou total, e prazo de exclusividade em tal área;

f) valor e época do pagamento

Esse contrato traz, no entanto, algumas peculiaridades:

- a) obrigação do agente de promover a conclusão do contrato por conta do proponente.
- b) profissionalidade do representante: que consiste no agenciamento de negócios, por meio de propostas ou pedidos, encaminhadas aos representados, de pessoas que com ele pretendam comerciar.
- c) independência de ação ou certa autonomia na prestação do serviço: não há vínculo de subordinação hierárquica entre representante e representado, já que não se trata de empregado; mas há uma certa subordinação do representante às ordens do representado, pois deverá, no desempenho do que foi lhe cometido, agir com toda diligência, atendendo às instruções avençadas (CC. art. 712)
- d) a par de não se tratar de vínculo empregatício o serviço deve ser prestado com habitualidade: CC. art. 710;
- e) deve haver uma delimitação de uma zona de atuação onde desenvolver-se-á a atividade do representante, e, ainda,
- f) exclusividade da representação: CC. art. 711
- g) retribuição do representante pelo agenciamento, que pode ser fixa, se o agente perceber certa quantia ou porcentagem por certo número de operações ou variável, dentro de certas regras (CC. arts 714 a 719).

Direitos do agente: → exclusividade; → remuneração; → de ver atendidos os seus pedidos; → liberdade de ação; → direito de admitir subagentes; → ressarcir-se de prejuízos no caso do CC art. 715.

Deveres do representante: → exercer diligentemente sua atividade sob pena de rescisão contratual (CC. art. 712); → conseguir negócios para o representado mediante pedidos e propostas; → informar o representado das condições do mercado em sua localidade de atuação; → diligenciar no sentido de que os clientes recebam suas mercadorias com regularidade; → manter sigilo sobre as atividades da representação; → pagar as despesas decorrentes do exercício da sua profissão (CC. art. 713); → prestar contas ao representado.

Deveres do representado: → pagar a remuneração; → não constituir mais de um agente na mesma área de atuação em que outro já houver

Direitos do representado: → reter o pagamento do representante para garantir a indenização em caso de rescisão por culpa dele; → conferir poderes ao agente.

Extingue-se a representação: → pelo decurso do prazo previsto para sua duração; → pelo distrato; → força maior ou caso fortuito (CC. art. 719) → pela rescisão unilateral, onde auferir-se-á razoavelmente prazo e valor devidos (CC. art. 720, § único); → e pela inexecução do contrato por uma das partes, surgindo dois casos:

- a) é justa causa para que o representado rescinda o contrato quando houver: a redução da esfera de atuação do representante, desídia do representante no cumprimento de suas funções, prática de atos que importem descrédito comercial, quebra de exclusividade, e condenação por crime infame.
- b) é justa causa para o representante rescindir o contrato: fixação de preço abusivo para os produtos em relação à sua área de atuação, remuneração fora da época devida; quebra da exclusividade, e redução da área de atuação.

7.12.2. Contrato de distribuição

A distribuição é uma espécie genérica de concessão mercantil, que admite duas formas.

- a) distribuição *stricto sensu*: não comporta rede de subconcessionários; a relação entre concedente (produtor) e concessionário (distribuidor), semelhante à concessão de serviço público, possui caráter *intuito personae*, visto que as condições pessoais do concessionário são essenciais ao contrato, de forma que a concessão ocorra com exclusividade (art. 5º, I e II, § 1º da Lei 6729/79, com alt. Da Lei n. 8132/90).
- b) distribuição *lato sensu*: pela sua generalidade comportaria a subdistribuição, autorizando o distribuidor a utilizar-se de rede própria de subdistribuidores para colocar o produto no mercado consumidor, sujeitando-se às normas ditadas pelo fabricante; essa da qual vamos tratar. A exclusividade de aprovisionamento e da área de vendas é ajustável livremente entre fabricante e distribuidor sem restrições.

Definição: contrato através do qual o fabricante, oferecendo vantagens especiais, se obriga a vender, continuamente, seus produtos ao distribuidor, que assume a obrigação de revendê-los em zona

determinada, com exclusividade e por conta própria, mediante uma retribuição. É contrato típico que envolve a compra e venda de produtos a serem revendidos (promessa de venda e revenda), a agência, o fornecimento de estoques e a assistência técnica.

Esse contrato é muito comum no setor de bebidas, automóveis e motocicletas, caminhões, ônibus e tratores onde o concessionário se obriga, ao adquirir os produtos, a prestar assistência técnica e revisões periódicas ao consumidor.

É uma espécie de contrato de agência, mas dele se distingue pois na distribuição o fabricante vende o produto ao distribuidor, para posterior revenda, e na agência o fabricante vende o produto diretamente ao consumidor por meio da intermediação do agente. Além disso o agente age em nome da empresa agenciada e, na distribuição, o distribuidor age por conta própria, adquirindo o produto do fabricante para revendê-lo.

A grande característica do contrato de distribuição é que o distribuidor tem à sua disposição a coisa a ser negociada (CC. art. 710) enquanto que o agente não; ele precisa fazer o pedido para que o produtor entregue a mercadoria.

O distribuidor, como o agente, recebe uma retribuição (C. art. 714), que é baseada no lucro obtido com a revenda do produto, cujo preço é norteado por uma tabela.

Distribuição de veículos: (Lei 6729/79 com as alterações da Lei n. 8123/90) como os produtos reclamam manutenção especial e cara - é comum que o empresário não reúna condições de ter em estoque quantia compatível com a demanda, daí a necessidade de instalar agências nas cidades que possibilitem acesso ao produto pelo consumidor. Aqui, o concedente tem o ponto de venda do produto e a concessionária o ônus dos investimentos imobiliários, mobiliários e comerciais oriundos da instalação do ponto de venda, mas teria, por seu turno, a exclusividade da venda, com as vantagens de se aproveitar do renome da marca e das promoções de venda, além da publicidade.

Distribuição de derivados de petróleo: com o aumento da frota, o consumo de combustíveis aumentou e se faz necessário garantir a existência do produto no mercado consumidor. Para isso, a empresa de petróleo ou indústria petrolífera participa dessa atividade mercantil, controlando todas as fases das atividades petrolíferas, desde a pesquisa e exploração até o refino e a distribuição. Essa distribuição é regulada pelo CNP - Conselho Nacional de Petróleo, e as vendas são feitas por atacado, a grandes consumidores e revendedores.

7.13. Contrato de corretagem: CC. arts. 722 a 729

É na verdade um contrato de mediação cujo conteúdo é uma obrigação de fazer, qual seja, empreender esforços para convergir interesses. Anteriormente era previsto no C.Com (arts. 36 a 67), que se referia aos corretores como agentes auxiliares do comércio, ante a acessoriedade de sua atividade de intermediação, que estimula o interesse das partes, levando-as a um acordo útil.

O C.Com. dava conotação mercantil à atividade profissional dos corretores, o que quis evitar o novo código civil que, ao invés de disciplinar a profissão, veio a disciplinar o contrato de corretagem.

Além do mais, o novo Código Civil, permite que comitente e corretor estipulem, dentro da sua autonomia de vontades, regras contrárias às normas de cunho geral, que têm caráter supletivo, não excluindo, ainda, a aplicação das leis especiais, como se vê no CC. art. 729.

Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial.

Definição: é o contrato pelo qual uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato ou prestação de serviços nem qualquer relação de dependência (que abalaria a imparcialidade na intermediação), se obriga, mediante remuneração, a obter para outrem um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas, ou a fornecer-lhe as informações necessárias para a celebração de a um contrato (CC. arts. 722 e 724).

Espécies de corretores:

I - Oficiais.

São corretores investidos de fé pública cuja presença se faz necessária na intermediação de algumas operações comerciais. São investidos por nomeação governamental e devem prestar fiança para garantir o bom desempenho no exercício de suas funções. São matriculados nas Juntas Comerciais e têm jurisdição na praça em que pretendem exercer sua profissão e deve, ainda, possuir

livros especiais para registrar suas atividades (chamados cadernos manuais) e podem possuir prepostos ou auxiliares.

As juntas de corretores são compostas de um síndico, nomeado entre eles que, juntamente com mais três adjuntos, terão a função de superintendência das atividades dos corretores, formulando pareceres, solucionando dúvidas e litígios que porventura surgirem dentre outras funções (Dec. n. 20.881, art. 5º). Os corretores oficiais são divididos em seis categorias:

- a) **Fundos públicos:** aqueles que têm exclusividade na compra e venda ou qualquer transferência de fundos públicos, nacionais ou estrangeiros; negociações com letras de câmbio ou empréstimos da mesma natureza, compra e venda de metais preciosos, amoldados ou em barras e negociações de títulos *suscetíveis de cotação* pela bolsa.
- b) **Mercadorias:** se encarregam da compra e venda de mercadorias de qualquer gênero, determinando o valor dos produtos através de suas cotações na bolsa podendo, ainda, avaliar as mercadorias destinadas à emissão de *warrants* ou bilhetes de mercadorias.
- c) **Navios:** na compra e venda de navios, fretamentos, cotação dos seus preços e carregamentos; e agenciamento dos seguros. Serão eles, ainda, os intérpretes dos capitães dos navios perante as autoridades alfandegárias. São nomeados e destituídos pelo Presidente da República e ficam sob a jurisdição do Ministério da Fazenda, através da Diretoria de Rendas Aduaneiras (Dec. n. 54.956/64 e Dec. n. 19.009/27, art. 20) - podem ter até três prepostos.
- d) **Operações de câmbio:** (Circular BC n. 1.533/89, c/c Resolução BACEN n. 2.202/95 do BACEN). Rege a matéria a Lei n. 4131/62 com redação da Lei 9.069/95 que diz: que as operações cambiais no mercado de taxa livre serão efetuadas através de estabelecimentos autorizados a operar câmbio, com a intervenção de corretor oficial, respondendo ambos pela identidade do cliente e pelas informações por este prestadas.
- e) **Seguros:** os corretores de seguros são os intermediários, pessoas físicas ou jurídicas, legalmente autorizados a angariar e promover contratos de seguros entre as sociedades seguradoras e as pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado (Lei n. 4594/64; Dec. n. 56.900/65; Dec. n. 56.903/65 e Lei n. 7944/89). Para exercerem sua profissão dependem de habilitação e registro na SUSEP (documentação especificada pelo art. 102 do Dec. n. 60.459/67 que regulamentou o Dec-Lei n. 73/66). Para que recebam a remuneração é preciso que os corretores assinem a proposta juntamente com o segurado. Sua comissão pode englobar somente a tarifa (de 5%), como esta e também percentagem referente à administração. O corretor de seguros integra o Sistema Nacional de Seguros (SNS) e tem o dever de escriturar no livro de registro as apólices e bilhetes de sua intermediação. Não podem ser sócios, administradores, procuradores ou empregados de empresas de seguros, mas nada impede que a corretora seja sócia da seguradora.
- f) **Valores:** a atividade na bolsa de valores regula-se pelas leis n. 4728/65, 6385/76, 6404/76, 7913/89, 8178/91, 8880/94 e, ainda pelas resoluções n. 39/66, 1655/56/57 de 1989 e 2044/94 do Banco Central. As sociedades de títulos e valores mobiliários dependem de autorização do Banco Central e seu objeto é qualquer atividade de intermediação, distribuição ou colocação no mercado de títulos ou valores mobiliários (regulada também pela CVM). Só o representante da sociedade está permitido a operar nos pregões.

II - Livres.

Todos aqueles que não exercem a corretagem com designação oficial o fazem da forma livre podendo intermediar quaisquer tipos de contratos cujo objeto seja lícito e possível, assim, pode se tratar de serviços, trabalhos em geral ou especializados, de artistas, esportistas profissionais ou bens móveis e imóveis.

Corretor de bens imóveis: a Lei n. 6530/78 disciplina a profissão e exige que o indivíduo tenha título de técnico em transações imobiliárias emitidos pelo CRECI e COFECI (Res. 145/82). Tal transação depende do mandato - dada a solenidade do ato de compra e venda - mas o corretor não contrata com o terceiro, só leva as partes interessadas a realizar o negócio, pelo qual, bem sucedido, receberá uma remuneração (CC. arts. 724 a 728). O corretor é obrigado a executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios; deve, ainda, sob pena de responder por perdas e danos, prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e do mais que possa influir nos resultados da incumbência: CC. art. 723.

7.14. Contrato de transporte: CC. arts. 730 a 756

O contrato de transporte não estava regulado pelo código de 1916 apesar de um negócio jurídico dos mais comuns. De forma muito vaga o C.Com. disciplinava a matéria entre os arts. 99 e 118 que falava dos condutores e dos comissários. O contrato de transporte é o contrato pelo qual uma pessoa física ou jurídica (transportador) se obriga, mediante retribuição, a transportar de um local para outro pessoas (passageiro ou viajante) ou coisas animadas ou inanimadas (CC. art. 730). É bilateral, oneroso, comutativo e consensual.

O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão reger-se-á tanto pelo Novo C.Civil como também permanecerão aplicáveis, quando couber, os preceitos constantes da legislação especial, tratados e convenções internacionais (CC. arts. 731 e 732).

I - Quanto ao objeto conduzido temos o transporte de pessoas ou coisas:

⇒ Transporte de pessoas titulares de um bilhete extraído pelo transportador; são contratos em que este se obriga a remover uma pessoa e sua bagagem de um local para outro, mediante remuneração (CC. art. 734 a 742).

⇒ Transporte de coisas: o expedidor entrega ao transportador determinado objeto (relacionado em documento denominado *conhecimento*), a ser enviado a outra pessoa (consignatário ou destinatário), remunerando-o com o *frete* (no transporte marítimo o frete segue as normas dos arts. 566 a 632). Neste caso surgem deveres e direitos para todos pólos da obrigação, a saber:

II - Quanto ao meio empregado o transporte pode ser terrestre, que se divide em função do veículo utilizado, ou seja, ferroviário ou rodoviário, e ainda em função da extensão coberta, ou seja, urbano, intermunicipal, interestadual, internacional, marítimo ou fluvial e, ainda, aéreo, onde o bilhete é pessoal.

No transporte de coisas ou mercadorias a carga, ao ser manipulada, pode ser:

- a) fracionária: quando a mercadoria se movimenta em unidades separadas, ou seja, volume por volume, manualmente ou por instrumento (custo elevado);
- b) *pallet* (paleta) ou rede pré-ligada (*pré-sling*): se a carga é agrupada em plataformas para o carregamento. O *pallet* é a plataforma, um estrado de madeira, onde a mercadoria, fixada com fitas de poliéster ou *nylon* faz constituir uma unidade. O *pré-sling* é uma rede de nylon com fios especiais que permite o agrupamento da mercadoria, facilitando o carregamento;
- c) unificada: se a mercadoria estiver em pequenos ou médios recipientes que permitam o melhor acondicionamento e utilização do espaço vertical que a carga ocupa;
- d) *roll on/roll off*: se o transporte da carga é feito por meio de veículos (caminhão, carreta, reboque e etc...) de modo que o carregamento ou descarregamento seja feito em rampas de acesso ao navio.
- e) container: se a mercadoria é acondicionada em grandes compartimentos, contendo um ou vários volumes de carga seja ele destinado a transporte marítimo, aéreo ou terrestre.

Legislação correlata: Decreto n. 2.681/12, 19.473/30, 20.454/31 1.832196.

OBS.: para o transporte marítimo prevalecem as normas dos arts. 575 a 589 do Código Comercial, que fala do conteúdo dos conhecimentos e obrigações do capitão do navio transportador.

7.15. Contrato de seguro: CC. arts. 757 a 802

Definição: é o contrato através do qual uma das partes, as sociedades seguradoras, mediante o recebimento de um prêmio, se obriga a pagar à outra parte, o segurado, uma determinada prestação, se e quando ocorrer um fato futuro e incerto (CC. art. 757). O segurador, portanto, é aquele que suporta o risco, assumido mediante o pagamento de um prêmio; tal atividade é desempenhada por companhias especializadas, sociedades anônimas, autorizadas pelo Governo (CF. art. 192, II c/ red. Dada pela E.C. 13/96 e, ainda, Lei n. 8.177/91).

Na base do contrato encontra-se o fenômeno econômico denominado de mutualismo, que reside na socialização dos riscos entre as pessoas expostas entre o mutualismo.

A autorização é concedida por portaria do Ministro da Indústria e do Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores dirigido ao CNSP. A seguridade no Brasil está sob controle do governo, que o exerce através de 4 órgãos, que compõem o Sistema Nacional de Seguros Privados:

- a) CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados): é o órgão do Ministério da Fazenda - Federal, que normatiza todo o sistema, com competência de ingerência em qualquer assunto.
- b) SUSEP (Superintendência de Seguros Privados): é uma autarquia federal que funciona como órgão executivo e administrativo do sistema, aprovando os estatutos, fiscalizando sua composição, funcionamento e etc
- c) IRB (Institutos de Resseguros do Brasil): é uma sociedade de economia mista que funciona como seguradora das seguradoras.

- d) Seguradoras: são sociedades anônimas sob o controle do governo. Elas não podem falir, impetrar concordata, não podem ser liquidadas senão através da própria SUSEP (e não pelas assembléias Gerais como funciona via de regra).

7.15.1. Características contratuais: o contrato de seguros é bilateral, oneroso, de adesão (ligado ao mutualismo), aleatório, porque a seguradora e o segurado não podem antecipar qual será a execução do contrato e, solene, visto que forma-se por acordo de vontades que necessita documentação escrita; tal documentação pode se caracterizar por uma apólice, pelo lançamento da operação nos livros da seguradora, ou ainda, pode materializar-se em um bilhete de seguro, que é um instrumento simplificado (CC. art. 758)

I - **Quanto às partes:** só pode contratar como segurador pessoa jurídica devidamente autorizada e, como segurado, pessoa dotada de capacidade civil. Qualquer pessoa, no entanto, pode contratar seguro de vida, mesmo que o faça por representante (CC. art. 767), todavia, nem todos podem ser beneficiários:

- a) no seguro de coisas é preciso provar interesse em relação à coisa segurada;
- b) no seguro de vida não se pode instituir pessoa inibida a receber doação do segurado (CC. arts. 550, 1801, III) - concubina do consorte adúltero p. ex. o art. 793, que diz: É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.
- c) não pode ser beneficiário o incapacitado de suceder por indignidade (CC. arts. 1814 a 1818)
- d) não pode ser beneficiário o causador da morte do segurado: CC. art. 129

II - **Quanto ao objeto:** liceidade ou possibilidade do objeto, que é o risco descrito na apólice, que poderá incidir sobre qualquer bem jurídico e, ainda, que o valor do objeto segurado seja certo e determinado (ver CC. arts 762, 778 e 766)

III - **Quanto à forma:** deve observar forma escrita e, ainda observar os arts 759 e 760.

OBS.: Nada obsta a transmissibilidade das apólices exceto se expressamente a proibem ou nos casos em que o risco tem cunho personalíssimo como nos seguros de automóveis, roubo e crédito.

Assim, as apólices podem ser:

- a) *nominativas:* se mencionarem o nome do segurador, segurado ou seu representante (CC. art. 760);
- b) *à ordem:* transmissíveis por endosso;
- c) *ao portador:* transferíveis por tradição simples, sendo vedada essa forma para os contratos de seguro de vida (CC. art. 760, parágrafo único);
- d) *específica:* caso se ocupe de um certo risco, apenas;
- e) *plúrima:* caso se ocupe de mais de um risco no mesmo contrato;
- f) *aberta:* se a coisa ou atividade segurada envolve risco que se desenvolve ao longo do tempo em razão da atividade, como no caso de transportes, onde o contrato vai recebendo adendos e averbações;
- g) *simples:* se o objeto é determinado precisamente sem que haja possibilidade de substituí-lo por outro;
- h) *flutuante:* se tiver prevista a substituição da coisa segurada.

OBS.: as apólices de acidentes pessoais são plurianuais, podendo ser contratadas por até 5 anos

7.15.2. Modalidades de seguros:

I - Quanto à matéria:

- a) comercial: C.Com. arts 666 a 730 (transp. Marítimo)
- b) civil: CC. arts 778 a 802

II - Quanto às pessoas:

- a) individual: um só segurado
- b) coletivo: um grupo de segurados

III - Quanto ao meio que envolve o risco:

- a) terrestre
- b) marítimo

c) aéreo

IV - Quanto à prestação dos segurados:

- a) prêmio. parcela fixa convencional;
- b) seguro mútuo: grupos civis s/ fins lucrat.
- c) seguro misto: ambos

V - Quanto ao objeto:

- a) **seguro de ramos elementares:** são seguros de ramos elementares, como o seguro obrigatório, contra incêndio em condomínios, de fidelidade funcional (tesoureiros e cobradores) e, ainda, seguro **decorrente de responsabilidade civil** (CC. arts 778 e 788). Aqui o objeto do contrato é um risco relacionado ao patrimônio, à saúde, à integridade física ou obrigação do segurado. A prestação devida pela seguradora tem natureza de indenização, o que vale dizer, o pagamento dessa prestação não pode significar enriquecimento do segurado (ficando proibido o sobreseguro). Se o seguro for parcial, presume-se que o segurado assumiu os riscos diretos pelo restante do valor do bem segurado.

O NCC simplificou a execução do seguro de responsabilidade civil e alterou algumas regras processuais, por isso convém notar os artigos que seguem:

Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

§ 1º Tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador.

§ 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

§ 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador.

§ 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente.

Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.

Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.

- a) **seguro de dano:** (CC. arts. 779 a 784) é aquele que envolve o risco de dano causado a um certo bem. O segurado precisa declarar o seu valor e a apólice não pode superá-lo.
- b) **seguro de pessoas** (CC. arts. 789 a 802) é o que garante, mediante pagamento do prêmio anual que se ajustar, o pagamento de certa soma ao beneficiário, por morte, incapacidade ou acidente do segurado, podendo ser o próprio segurado o beneficiário em caso de sobrevivência ao evento e ao contrato.

⇒ seguro de vida: aqui o evento segurado é a morte, ou a sobrevivência do segurado. A prestação devida pela seguradora não é uma indenização mas sim uma prestação. Por isso a pessoa pode segurar pela sua vida o valor que quiser.

Obs. o suicídio não premeditado, ou seja, aquele em que o indivíduo não faz o seguro para se suicidar, segundo súmula do STJ - 61, tem que ser coberto pelo seguro de vida.

Temos aqui o seguro de vida inteira com prêmio fixo; o seguro de vida inteira com prêmios temporários; o seguro de capital deferido; o seguro misto; o seguro sobre duas vidas; o seguro com participação nos lucros do segurador; e o seguro dotal.

⇒ seguro contra acidentes:

→ de trabalho: CF. art. 7º, XXVIII; Portaria 458/92; Lei ns. 9876/99; 9639/98; 9528/97; 9506/97; 9476/97; 9429/96; 9129/95 ...)

→ pessoais

Atente-se, que seguro de vida não é bem do patrimônio do *de cujus*. A prestação é em favor do segurado, não integra o "inventário, não incide imposto, nada.

Nem sempre a morte causa o seguro de vida. A morte pode dar ensejo ao cumprimento de um seguro elementar, por exemplo, quando em um acidente por atropelamento o causador da morte tiver seguro contra danos pessoais de terceiros.

VI - Quanto às obrigações:

- a) da seguradora: pagar o valor contratado caso ocorra o evento.
- b) do segurado:

- ⇒ pagar o prêmio: se não pagar ele pagará juros mas não se desafará o contrato a menos que uma cláusula assim dispuser.
- ⇒ prestar informações verídicas: o descumprimento desta, gera o exoneramento da obrigação da seguradora.
- ⇒ abster-se de aumentar os riscos sobre o objeto segurado: o descumprimento também gera a exoneração da seguradora.
- ⇒ comunicar de imediato à seguradora o aumento do risco ou a ocorrência do dano: o descumprimento gera exoneração da seguradora, caso esta pudesse ter evitado o aumento dos riscos ou o eventual dano.

7.16. Contrato de constituição de renda: CC. arts. 803 a 813

Definição: na constituição de renda, uma pessoa chamada *rentista* ou *censuísta*, transfere, por tempo determinado, o domínio de um bem móvel, imóvel ou dinheiro, ao outro contratante, chamado *rendeiro*, ou *censuário*, obrigando-se este a pagar regularmente uma renda, a favor do instituidor ou de outrem.

Previsto anteriormente no CC de 1916 entre os arts. 749 a 767 situava-se entre os direitos reais sobre coisas alheias, pois refletia a transferência temporária do domínio. Atualmente está previsto entre o direito das obrigações. Mas o novo CC afirma:

Art. 809. Os bens dados em compensação da renda caem, desde a tradição, no domínio da pessoa que por aquela se obrigou.

Pode tanto ser um contrato bilateral como unilateral, oneroso ou gratuito (CC. arts. 803 a 805), comutativo ou aleatório (CC. art. 806), mas será sempre real pois implica na tradição efetiva de capital (CC. art. 809); temporário e formal (CC. art. 807), leia-se: por escritura pública. Observação aos artigos 811 a 813 do NCC.

O capital só poderá se constituir por sobre bens móveis, imóveis ou dinheiro (CC. art. 804) e só pode ser instituída em favor de pessoa viva (CC. art. 808).

Pode surgir tanto por ato entre vivos como por *mortis causa* e ainda, em razão de sentença judicial na forma dos arts. 948, II e 950 do CC.

Extingue-se a constituição de renda: pelo implemento de condição resolutiva ou expiração do seu prazo; morte do credor ou do devedor se era vitalícia; rescisão nos casos do CC. art. 810; declaração de ausência do credor; inoficiosidade: CC. arts. 549 e 1846; confusão, consolidação ou compensação; e, ainda, destruição do objeto, renúncia, caducidade, prescrição (CC. art. 206, § 3º, II)

7.17. Contrato de jogo e de aposta: CC. arts. 814 a 817

Jogo: contrato em que duas ou mais pessoas prometem, entre si, pagar certa soma àquela que conseguir um resultado mais favorável acerca de um acontecimento incerto, da qual resultará um ganho ou uma perda (participação direta)

Aposta: convenção em que duas ou mais pessoas de opiniões discordantes sobre qualquer assunto prometem entre si, pagar certa quantia ou entregar determinado bem àquela cuja opinião prevalecer em virtude de um evento incerto, geralmente dependente de terceiro ou de fato independente da vontade das partes (participação indireta).

Não há que se distinguir em matéria civil os jogos lícitos dos ilícitos posto que sob o prisma obrigacional terão sempre a característica de serem ilícitos, negando-lhes a lei civil qualquer ação para cobrança de débitos eventuais:

Os jogos podem ser:

- a) proibidos ou ilícitos: se o ganho o a perda decorre de jogo do bicho, roleta, bacará e demais tidos como contravenção penal.
- b) tolerados: como os resultados decorrentes do jogo de pôquer, canastra e afins, onde o resultado depende exclusivamente das habilidades do jogador.
- c) autorizados ou lícitos: que têm, geralmente, uma utilidade social, como o futebol, boxe, xadrez dentre outros.

A jurisprudência admite cobrança de dívida decorrente de jogo no turfe sob o manto de que estas servem para incrementar a criação de cavalos de raça.

Não confundem esses jogos com os concursos de prognósticos: CF. art. 195, III

7.18. Contrato de fiança: CC. arts. 818 a 839

Dá-se o nome de fiança ou caução fidejussória, quando uma ou mais pessoas se obrigam por outra, para com seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra (CC. art. 818). Representa uma forma de garantia que poderá efetivar-se mediante a entrega de bens móveis ou imóveis.

Há dois contratos: o principal, entre devedor e credor, e um acessório (CC. art. 824), entre fiador e devedor (afiançado). O contrato é, relativamente ao fiador, *intuito personae*, na medida em que se torna imprescindível à confiança que deve inspirar no credor, mas não é personalíssima porque se transmite aos herdeiros (CC. art. 836). Esse contrato é, ainda, unilateral pois só gera obrigações para o fiador em relação ao credor; gratuito pois o fiador não recebe remuneração para tal função, e é formal, pois só se dá por escrito (CC. art. 819).

(Requisitos pessoais) Não podem prestar fiança entre outros:

- a) o cônjuge casado, exceto na separação total, sem a concordância do outro;
- b) o emancipado, pois a emancipação só lhe confere o direito de administrar seus negócios e a fiança é obrigação por dívida alheia;
- c) os administradores de sociedades e companhias, assim como as pessoas jurídicas só podem prestar fiança se dotados de poderes expressos para tanto;
- d) o mandatário só poderá fazê-lo se cláusula expressa assim o autorizar.

Ver CC. arts 825 e 826

(Requisitos objetivos)

- a) a fiança pode ser dada a qualquer tipo de obrigação (dar, fazer e não fazer);
- b) dependerá da validade e exigibilidade da obrigação principal: CC. art. 824;
- c) a fiança pode assegurar obrigação atual ou futura mas, se futura, só vigorará a partir do momento em que a causa surgir: CC. art. 821;
- d) a fiança não pode ultrapassar o valor do débito principal, nem ser mais onerosa do que ele sob pena de redução: CC. art. 823;

OBS.: A fiança poderia ter por objeto outra fiança (subfiança) caso em que alguém afiançava a obrigação do fiador. O fiador do fiador era chamado de abonador (CC. art. 1482 de 1916). Era uma fiança de segundo grau a que o novo código não faz referência.

Classificação da fiança em relação ao objeto:

- a) civil: quando o afiançado não for comerciante ou a obrigação não se revestir de caráter mercantil, ou
- b) comercial: se o devedor afiançado é empresário ou a obrigação tem caráter ou causa mercantil (aqui há solidariedade, ou seja, não benefício de ordem).

Classificação da Fiança em relação á forma:

- a) convencional: quando decorrer de manifestação das partes: arts. 818 a 839;
- b) legal: se decorre da lei p. ex. arts. 1280; 1305, § único; 260, II e 495 do CC;
- c) judicial: se provém da exigência do processo, p. ex. arts 588, I e 925 do CPC.

Entre os efeitos da fiança podemos citar o *benefício de ordem ou de excussão* (RT, 546: 142), segundo o qual o fiador demandado pelo pagamento tem o direito de exigir que sejam primeiro executados os bens do devedor. Tal benefício, no entanto, não se lhe aproveita nas seguintes hipóteses:

- a) se houver expressa renúncia;
- b) se o fiador se obrigou como principal pagador;
- c) se o devedor for insolvente ou falido.
- d) se a obrigação é mercantil.

A fiança pode também se dar de forma conjunta, caso em que induzirá a solidariedade entre os fiadores, salvo se expressamente declararem que se reservam o *benefício da divisão* (CC art. 829 § único e 830). Estipulado tal benefício, cada fiador responderá pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento que se tiver que fazer ao credor, pela inadimplência do devedor.

Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.

Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros.

Extingue-se a fiança com o pagamento direto ou indireto da dívida principal e, ainda, pelo fim do prazo determinado para sua vigência (CC. art. 835), superveniência de exceções pessoais ou extintivas (CC. art. 837), e nas situações do art. 838, I a III, e 839 do CC.

7.19. Da transação: CC. arts. 840 a 850

A transação se caracteriza pela mutualidade de concessões recíprocas em que credor e devedor, em litígio ou dúvida sobre a obrigação, concedem e renunciam certas pretensões, para melhor assegurar o exercício de seus direitos. Esse acordo pode consistir em uma doação ou mesmo na remissão de dívidas, mas a intenção de por termo à dúvida ou incerteza é o elemento essencial da transação.

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

A transação é um negócio jurídico indivisível pois "nula qualquer cláusula da transação, nula esta será" (CC. art. 848), de interpretação restritiva (CC. art. 843), e declaratória. A transação constitui um instituto jurídico *sui generis* vez que é uma modalidade especial de negócio jurídico bilateral, que se aproxima de um contrato na sua constituição, e por ser causa extintiva de direitos e obrigações, quanto aos efeitos, tem a característica de pagamento indireto.

Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

Não podem transacionar as seguintes pessoas:

- a) o tutor e curador em relação aos bens do tutelado ou curatelado: CC. arts. 1748, III e 1774, a não ser que a transação tenha autorização judicial;
- b) os pais quanto aos bens e direitos de seus filhos menores, salvo se com autorização expressa do juiz;
- c) o mandatário sem poderes especiais para tanto: CC. art. 661;
- d) procuradores fiscais e judiciais das pessoas jurídicas de direito público interno;
- e) o M P, salvo nos casos da Lei 9.099;
- f) a pessoa casada, exceto no regime da separação total: CC. art. 1647, sem o consentimento do cônjuge quando a transação importar a bens imóveis;
- g) o sócio que não tem administração da sociedade: CC. arts. 1010 a 1021.
- h) o inventariante: CPC. art. 992, II;
- i) o síndico sobre dívidas e negócios da massa, salvo se autorizado pelo juiz: Dec. Lei 7661/45, art. 63, XVIII.

A transação pode ser:

- a) judicial: quando se realiza no curso do processo: (CC. art. 842; CPC. arts. 447 a 449, 794, II), admitindo as seguintes formas:
 - ⇒ termos nos autos: CPC art. 584, III;
 - ⇒ escritura pública ou particular conforme seja a natureza da obrigação.
- b) extrajudicial: se é levada a efeito ante uma demanda ou litígio iminente, evitado, preventivamente, por convenção dos interessados (CC. art. 842)

Só podem ser objeto de transação os direitos patrimoniais de caráter privado suscetíveis de circulabilidade.

Não podem ser objeto de transação:

- a) bens fora do comércio;
- b) matéria referente ao estado e a capacidade das pessoas;
- c) relativa à legitimidade ou dissolução de casamento, à guarda de filhos (salvo em separação consensual, porém, condicionado ao MP), à investigação de paternidade, ao poder familiar e aos alimentos (embora se possa transigir referente ao *quantum*);
- d) a transação de obrigação de caráter privado decorrente de ilícito penal não extingue a ação penal pública: CC art. 846.
- e) Matéria transitada em julgado: CC. art. 850

Efeitos da transação:

- a) aplicabilidade do CC. arts. 476 e 477;
- b) produção de efeitos de coisa julgada;
- c) admissibilidade de pena convencional: CC. art. 847

7.20. Do compromisso: CC. arts. 851 a 853

O compromisso é um acordo bilateral, em que as partes interessadas submetem suas controvérsias jurídicas à decisão de árbitros, comprometendo-se a acatá-la, subtraindo a demanda da jurisdição da justiça comum. O juízo arbitral e os termos desse compromisso estão previstos na Lei

9.307/96. O compromisso é matéria de direito substantivo por preceder ao juízo arbitral - primeiro firma-se o compromisso e daí, se houver dúvida, submete-se a questão a decisão de um árbitro.

Tem natureza jurídica de contrato porque necessita do acordo de vontades e também tem natureza de pagamento indireto visto que, ao dirimir questões controvertidas, extingue relações obrigacionais.

7.21. Algumas considerações sobre os contratos mercantis

Os contratos que um empresário celebra podem estar sujeitos a quatro regimes jurídicos diferentes de acordo com quem seja o outro contratante. Sob essa ótica o empresário está sujeito ao direito administrativo, ao direito do trabalho, ao direito do consumidor e à matéria cível.

Os contratos serão mercantis, no entanto, se o empresário contratar com outro empresário. Os contratos mercantis podem classificar-se entre os cíveis e os sujeitos ao CDC, conforme, mais uma vez, a qualidade dos contratantes.

"Se os empresários são *iguais*, sob o ponto de vista de sua condição econômica (quer dizer, ambos podem contratar advogados e outros profissionais antes de assinarem o instrumento contratual, de forma que, ao fazê-lo, estão plenamente informados sobre a extensão dos direitos e obrigações contratados), o contrato é *cível*; se *desiguais* (ou seja, um deles está em situação de vulnerabilidade econômica frente ao outro), o contrato será regido pelo CDC"

Fábio Ulhoa explica ainda que "quando o banco contrata com a construtora a edificação de sua sede, o contrato é mercantil cível, porque ambos os empresários negociam em pé de igualdade. Mas, quando o mesmo banco concede empréstimo a microempresário, o contrato mercantil está sujeito à legislação consumerista, já que este último se encontra em situação análoga à de consumidor. O mais adequado seria uma reforma legislativa que disciplinasse especificamente os contratos mercantis (entre empresários), classificando-os de acordo com as condições dos contratantes (iguais e desiguais) e reservando a cada tipo disciplina compatível com a tutela dos interesses objeto de contrato. Enquanto esta reforma não se realiza, aplica-se o Código Civil (ou legislação especial) aos contratos mercantis cíveis e o Código de Defesa do Consumidor aos mercantis sujeitos a este regime." (g.n.)

Recordando-se a teoria geral das obrigações quanto aos requisitos dos sujeitos e do objeto lembramos os princípios esculpidos no novo código pelos quais devem pautar-se as relações obrigacionais: interpretação de acordo com os costumes locais (CC art. 113), boa-fé e probidade; consensualismo e relatividade, dentre outros.

Não há mais no Brasil contratos mercantis solenes - o que até se mostra razoável na medida em que não seria saudável submeter a atividade empresarial a formalidades específicas ante sua inimaginável flexibilidade - todavia certos contratos serão por escrito necessariamente: os reais (como mútuo e depósito) e aqueles solenes por determinação do Código Civil (por exemplo: CC. art. 807). Fora esses serão todos consensuais.

Em termos gerais os contratos entre empresários estão perfeitos e acabados quando se verifica o acordo de vontades do proponente (policitante), que se dá pela proposta cuja aceitação se dá pelo oblato (aceitante), ou não. A doutrina classifica as manifestações de vontade em tácitas ou expressas que podem ser orais, escritas ou simbólicas. Quando a lei não exige que seja expressa, pode ser tácita. Qualquer que seja o meio pelo qual faça a proposta o polícitante deverá atender ao código civil e ficará obrigado salvo em certos casos. São os casos do CC. art. 427:

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.

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

O Código Civil trouxe alterações profundas na principiologia contratual e, assim sendo, como aplicam-se suas normas aos contratos mercantis, as mesmas discussões travadas acerca da cláusula *pacta sunt servanda* e *rebus sic standibus* cabem aqui.

Como a matéria referente aos contratos nominados mercantis passou a ser disciplinado pelo Código Civil por força da revogação da parte primeira do Código Comercial, mencionaremos apenas as

espécies e legislação correlata no que se refere a eles, posto que já foram descritos. Lá encontram disciplinados:

- a) a compra e venda: CC. arts. 481 a 532;
- b) contratos de colaboração:
 - ⇒ comissão: CC. art. 693 a 609;
 - ⇒ representação: Lei 4865/65. art. 27;
 - ⇒ concessão comercial: Lei n. 6729/79 com as alterações da Lei 8132/90;
 - ⇒ franquia: Lei 8955/94;
 - ⇒ agência e distribuição: CC. arts. 710 a 721.

Dentre os contratos de colaboração mencionados convém aclarar a distinção entre a concessão e a agência. Na delimitação da fronteira entre o contrato de concessão comercial e o contrato de agência, escreve Pinto Monteiro (Contrato de Agência, 2^a ed., págs. 43 e 44):

"A agência distingue-se, ainda, do contrato de concessão, fundamentalmente porque, apesar de manterem algumas afinidades..., o concessionário, ao contrário do agente, atua em seu nome e por conta própria, adquire a propriedade da mercadoria, comprando ao fabricante ou fornecedor mercadorias para revender a terceiros (estando muitas vezes obrigado a adquirir determinada quota mínima de bens) e assume os riscos da comercialização" (...).

E a concessão um contrato-quadro..., que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa, por força do qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando certas obrigações (mormente no que concerne à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes) e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente.

Como contrato-quadro, o contrato de concessão comercial funda uma relação de colaboração estável, de conteúdo múltiplo, cuja execução implica, designadamente, a celebração de futuros contratos entre as partes, pelos quais o concedente vende ao concessionário, para revenda, nos termos previamente fixados, os bens que este se obrigou a distribuir (...)"

São elementos essenciais do contrato de concessão comercial:

- a) trata-se de um contrato através do qual uma das partes (o concessionário) se obriga a comprar à outra (o concedente) determinada quota de bens com o fim de os revender ao público em determinada zona.
- b) a exclusividade da revenda não é indispensável à realização da função económico-social do contrato de concessão comercial.
- c) são elementos individualizadores deste os seguintes:
 - Carácter duradouro do contrato;
 - Atuação do concessionário em nome próprio e por conta própria;
 - Ter como objeto bens produzidos ou distribuídos pelo concedente;
 - Obrigação do concessionário de promover a revenda dos produtos que constituem o objeto do contrato, na zona a que o mesmo se refere;
 - Obrigação do concessionário de celebrar, no futuro, sucessivos contratos de compra;
 - Obrigação de o concedente celebrar, no futuro, sucessivos contratos de venda;
 - Obrigação do concessionário de orientar a sua atividade empresarial em função da finalidade do contrato;
 - Obrigação do concedente fornecer ao concessionário os meios necessários ao exercício da sua atividade.
- d) o contrato de concessão comercial não possui disciplina legal própria, regendo-se, na falta de acordo das partes, pelas disposições dos contratos nominados com que apresente maior analogia.
- e) o contrato que se apresenta mais análogo ao contrato de concessão comercial é o contrato de agência, pois ambos são contratos de distribuição, embora com feições próprias.
- f) de qualquer modo, é sempre necessário apurar relativamente a cada questão, e em cada caso concreto, se pode afirmar-se uma analogia de situações que justifique a aplicação a um contrato, de normas estabelecidas para outro.
- g) a matéria de cessação do contrato de agência e da conseqüente indenização de clientela a que, eventualmente, a cessação possa dar lugar pode aplicar-se analogicamente à mesma situação no contrato de concessão comercial.
- h) a indenização de clientela não é uma verdadeira indenização, devendo ser calculada em termos eqüitativos, que tomem em conta os benefícios proporcionados pelo concessionário ao concedente, comuns na vigência do contrato, mas apenas do concedente após a cessação.

Conclusões:

O contrato de concessão comercial é uma das espécies dos contratos de cooperação comercial, e tem por essência uma relação contratual duradoura entre produtor e distribuidor, obrigando-se este a atuar em nome e por conta própria, a promover a venda de produtos em determinada zona e, aquele, a celebrar, com este, sucessivos contratos de compra e venda e a fornecer-lhe os meios necessários à sua atividade.

As regras mais próximas daquele contrato são as do contrato de agência.

Deve ser qualificado de concessão comercial o contrato em que alguém vende/distribui, em exclusividade e numa zona geográfica delimitada, produtos em seu nome e por conta própria, efetivamente, em tal hipótese, atua como comerciante independente, que compra para revenda (ao invés do que sucede no contrato de agência, em que é mero promotor dos negócios daquele para quem atua).

IV - DIREITO DAS COISAS

1. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS REAIS

O único direito real sobre coisa própria é a propriedade, que confere o título de dono ou domínio. Normalmente a propriedade é ilimitada ou plena, conferindo poderes de uso, gozo, posse, reivindicação e disposição. Mas pode também a propriedade apresentar-se de forma restrita, despojada de vários de seus atributos. Todos os outros direitos reais são limitados e se exercem sobre coisa alheia (*jus in re aliena*). Referem-se geralmente a um direito de gozo ou garantia. Mas podem abranger outros aspectos, como, p. ex., o direito à aquisição da coisa.

Assim, permanece no novo código civil a clássica divisão:

- a) direitos reais sobre coisas próprias: só a propriedade;
- b) direitos reais sobre coisas alheias:
 - de gozo: enfiteuse, servidão predial, usufruto, uso, habitação, renda real;
 - de garantia: penhor, hipoteca, anticrese e alienação fiduciária;
 - de aquisição: compromisso de compra e venda registrado.
- c) direitos reais ilimitados: só a propriedade tem esse atributo;
- d) direitos reais limitados: são todos os demais.

OBS¹: A posse não se insere nessa classificação por uma simples razão: posse não é direito real. Ela é estudada dentro do direito das coisas porque é capaz de transformar-se em direito real através de usucapião, como veremos. Direito de posse tem o locatário, por exemplo, figura que, aí, seria estudada pelos direitos pessoais.

2. CONCEITO DE DIREITOS REAIS

É o complexo das normas que atribuem prerrogativas sobre bens materiais ou imateriais; que regulam as relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem. Entre os bens imateriais constam-se, por exemplo, a propriedade literária, científica e artística (direito autoral), ou a propriedade industrial (marcas e patentes).

Tais relações contém três elementos:

- a) sujeito ativo,
- b) a coisa, e
- c) a forma de poder detido ou disputado sobre a coisa, exatamente o que vai perante o homem consistir na posse ou na propriedade.

Diz-se direitos das coisas ou direitos reais. Do latim, *res-rei*, coisa. A expressão *direito das coisas* é mais empregada para designar uma das divisões do direito civil, de modo global. Mas ao se passar ao estudo individualizado dos vários institutos que compõem o direito das coisas, prefere-se a expressão *direitos reais*, que visa a regular a aquisição o exercício, conservação e perda de poder sobre os bens e os meios de utilização econômica dos mesmos.

2.1. Diferença entre direitos reais e direitos pessoais

Direito real: é a relação jurídica em virtude da qual o titular pode tirar da coisa de modo exclusivo e contra todos, e as utilidades que ela é capaz de produzir.

Direito pessoal: é a relação jurídica que através da qual o sujeito ativo pode exigir do sujeito passivo determinada prestação, positiva ou negativa.

Relação jurídica pessoal: direitos	Relação jurídica real: poderes
a) Sujeito ativo; b) Sujeito passivo; c) Objeto (prestação) d) Vínculo jurídico pessoal	a) Sujeito ativo; b) Coisa; c) Forma de poder exercida ou disputada sobre a coisa

No direito das coisas existe um vínculo direto entre uma pessoa e uma coisa, devendo esse vínculo ser respeitado por todos. Por isso o direito das coisas é absoluto, obriga o universo.

No direito das obrigações o vínculo estabelece-se entre pessoas determinadas, não envolvendo terceiros, alheios à relação obrigacional. Por isso o direito das obrigações é relativo, referindo-se apenas a um sujeito passivo particularizado.

Distinção quanto à:	DIREITOS PESSOAIS	DIREITOS REAIS
a) sujeitos:	sujeito ativo e passivo	Unidade de sujeito: ativo
b) ação	contra determinada pessoa	contra quem detiver a coisas
c) objeto	A prestação (positiva / negativa)	Coisa corpórea / incorpórea
d) limite	É ilimitado	É limitado
e) gozo	Exige intermediário	Relação entre titular e coisa
f) abandono		Direito reais só
g) extinção	Pela inércia	Quando sobrevem outro titular
h) seqüela		Direito reais só
i) usucapião		Direito reais só
j) posse	Não gera direito real	Gera direito real: usucapião
k) preempção		Direito reais só

2.2. Características dos direitos reais

- o direito real é um vínculo que liga uma coisa a uma pessoa, por isso adere imediatamente à coisa, sujeitando-a diretamente ao seu titular;
- oponibilidade *erga omnes*: o direito real é um direito absoluto, por ser oponível a todos, através de ação real, e por obrigar a todos, conclui-se que no direito real o sujeito passivo é universal.;
- direito de seqüela: o titular do direito real tem o poder de reivindicar a coisa onde quer que ela se encontre;
- direito de preferência: o crédito real prefere ao pessoal;
- só são direitos reais os taxativamente estabelecidos pela lei, em número fechado (*números clausus*); os direitos pessoais, ao contrário, são infinitos.;
- o direito real segue seu objeto onde quer que ele se encontre;
- exclusivo: não é possível instalar-se outro direito real aonde um já exista;
- só os direitos reais são suscetíveis de posse.

2.3. Objeto dos direitos reais

Para que os bens possam ser considerados objeto do direito, devem ser:

- representados por um objeto capaz de satisfazer um interesse econômico;
- suscetíveis de gestão econômica autônoma; e
- ter capacidade para ser objeto passível de subordinação jurídica

Todos esses bens podem ser presentes e futuros ou corpóreos e incorpóreos.

3. POSSE E SUAS TEORIAS

"No direito romano a posse indica uma relação material entre pessoa e bem, uma relação de fato com a coisa que permitia dela dispor de firma plena. Dois elementos sempre estiveram presentes na noção de posse, nos vários períodos de evolução que ela conheceu: o corpus e o animus. A posse

para os romanos era uma relação de fato com a coisa com a intenção de dela dispor como dono". (Bonfante, "Instituciones de derecho romano", p.352)

Num significado leigo, posse pode ser confundida com propriedade. Contudo, no sentido técnico-jurídico, é entidade distinta. Tãmanha a dificuldade em conceituar o instituto nem o Código Civil o fez, limitando-se tão somente, em definir quem é o possuidor em seu art. 1196, *verbis*:

Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

3.1. Teoria subjetiva da posse

Para Frederico Von Savigny "*posse é o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outrem*".

Então para ele haviam dois elementos constitutivos da posse: o **corpus**: que é o poder físico sobre a coisa, ou seja a detenção da coisa, e o **animus rem sibi habendi** que é a intenção de tê-la como sua exercendo sobre ela algum direito de propriedade.

Para Savigny a posse só se configurava pela união de corpus e animus, excluindo-se do direito ao uso dos interditos possessórios os meros detentores. Maria Helena Diniz entende que sua teoria não esta presente no nosso direito positivo, mas veremos que o usucapião constitucional a contempla. Na verdade, nem mesmo o legislador se desvencilhou dela, senão vejamos:

Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.

3.2. Teoria objetiva da posse

Para Rudolf Von Lhering tem posse aquele que age em relação à coisa como se fosse proprietário mesmo que não o seja, independentemente da intenção, ou seja, para estarem preenchidos os requisitos da posse bastava o elemento **animus habendi** que foi exatamente o elemento que o legislador brasileiro contemplou no CC. art. 1196. Essa doutrina, ao mesmo tempo que separa posse da propriedade coloca a relação possessória a serviço integral da propriedade pois ao proprietário que exerce a posse direta da coisa caberiam todos os interditos possessórios além das faculdades de locar, alienar e etc.

Para Lhering a posse é a exteriorização ou visibilidade do domínio existente normalmente entre o proprietário e coisa. Para essa escola posse é condição de fato da utilização econômica da coisa; o direito de possuir integra o direito de propriedade; posse é, também, meio de proteção do domínio; e posse é uma relação que conduz à propriedade: posse como direito.

Lhering sustenta que a posse é um direito, pois é um interesse juridicamente protegido dentre o direito das coisas, entre os direitos reais, e não como sendo direito pessoal. Mas na prática verifica-se que a posse é, também, uma relação de fato: *poder sobre a coisa como se fosse proprietário* - do qual nasce um direito, que, aliás, pode ser exercido em face de outrem.

As várias teorias da posse causam até hoje reflexos dentro do direito moderno que ainda não terminou a discussão a respeito da natureza jurídica da posse. Parece tratar-se de um direito real, por ser um vínculo que liga uma coisa a uma pessoa e pela sua oponibilidade erga omnes. Mas há quem a entenda como fato e não como direito e, ainda, há quem diga que a posse é um direito obrigacional, ou um direito especial, *sui generis*.

O que é certo é que jurisprudência assentou que a posse não se aplica aos direitos pessoais, por isso não cabem os interditos possessórios para salvaguarda de direitos de família, defesa de direitos decorrentes de contrato e etc.

A teoria incorporada pelo Código Civil é a de Lhering visto que a posse não requer nem a intenção de dono e nem o poder físico sobre o bem, apresentando-se, tão somente, como uma relação entre a pessoa e a coisa. Mas o conceito de posse do código não se encerra no art. 1196, vai além, como vemos do art. 1198: *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. O parágrafo único diz: 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.*

Aqui nasce o conceito do "fâmulo da posse", (*Famular*: ajudar-se ou auxiliar-se reciprocamente) ou seja, do "gestor da posse", "detentor dependente", ou "servidor de posse" em relação ao dono. Ele não pode invocar a proteção possessória competente (CPC., art. 62)

Os atos de mera tolerância fundam-se nas relações de boa vizinhança ou familiaridade que não transmitem nem visam a transmitir direitos a ninguém, nem direitos possessórios (CC. art. 1208), são concessões benévolas que podem ser revogadas a qualquer tempo.

Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

4. CLASSIFICAÇÃO DA POSSE

Todas as vezes que o direito ou a obrigação de possuir caiba a outra pessoa que não o proprietário, a posse se desdobra e se apresenta sob várias faces:

- a) posse direta e indireta: a posse direta é aquela exercida diretamente pelo possuidor sobre a coisa (quem a detém materialmente), enquanto que a posse indireta é aquela que o proprietário conserva, por ficção legal, quando o exercício da posse direta é conferido a outrem, em virtude de contrato ou direito real limitado. Exemplos: o depositário tem posse direta e o depositante a posse indireta; o usufrutuário tem a posse direta, e o proprietário a posse indireta. As posses direta e indireta coexistem.

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.

Desse artigo extraímos que:

- ⇒ não se trata da posse do fâmulo;
- ⇒ a enumeração do art. 1197 é exemplificativa;
- ⇒ há necessariamente uma relação jurídica entre possuidor direto e indireto;
- ⇒ possuidor direto tem o uso dos interditos mesmo contra o possuidor indireto;

POSSE é a detenção de uma coisa em nome próprio. Não se confunde o possuidor com o mero detentor. O detentor também possui, mas possui em nome de outrem, sob cujas ordens e dependência se encontra, como o administrador em relação ao dono de fazenda, ou o inquilino em relação ao senhorio. Em face do artigo supramencionado não é possuidor aquele que se limite apenas a deter a coisa em nome de outrem, ou de acordo com as instruções que recebera.

Resumindo: há duas posses paralelas que coexistem, sendo certo que a posse direta é temporária pois se baseia numa relação jurídica transitória, mas não são simultâneas como na composses.

Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

Nada impede que determinada coisa seja possuída em comum; nada impede que duas ou mais pessoas tenham posse sobre uma só coisa. A convergência de direitos possessórios sobre um só objeto caracteriza a composses. Contudo é preciso que tais direitos estejam no mesmo plano. Como por exemplo:

- entre cônjuges: consorciados pelo regime da comunhão universal de bens;
- entre herdeiros: antes da partilha do acervo;
- entre consócios: nas coisas comuns, salvo se se tratar de pessoa jurídica;

A composses comporta, ainda, a seguinte divisão:

- composses *pro indiviso*: quando se tem a posse de uma parte não especificada de um todo juntamente com outros possuidores; ou
- composses *pro diviso*: quando a posse é sobre certa parte determinada.

- b) posse justa e posse injusta: conforme o CC., art. 1200 justa é a posse que não for violenta, clandestina ou precária e, por sua vez, injusta se instaurar-se mediante a presença de violência, clandestinidade, ou precariedade.

- ⇒ Violenta é aquela em que se adquire a coisa pela força
- ⇒ Clandestina é aquela que se estabelece às ocultas, de forma não ostensiva,
- ⇒ Precária se tem origem no abuso de confiança; cedida a título provisório.

Posse injusta é aquela eivada desses vícios e esses vícios não autorizam a aquisição da posse os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

- c) posse de boa-fé e posse de má-fé: É de boa-fé a posse (arts. 1201 e 1202 do C.C.), se o possuidor ignora vício ou obstáculo impeditivo do seu exercício. Então é possuidor de boa-fé, quem adquire coisa furtada, desconhecendo esse detalhe.

“...boa-fé é a crença, em que está o possuidor, de ter adquirido a coisa de quem era seu legítimo dono. Essa crença é que faz com que o possuidor acredite que a coisa que possui, legitimamente

lhe pertence, tal como definem outros a boa-fé. O essencial é que seu título não revele o vício, porque ai surgiria a má fé, como se diz na antiga regra: reputa-se de má fé o que possui conta seu título”⁵³.

A posse de má-fé é precisamente o inverso, ou seja, ela encontra-se eivada de um daqueles vícios já mencionados. Fora deles pode, ainda, haver má-fé:

- ⇒ se há confissão do possuidor afirmando que não tem, nem teve, título;
 - ⇒ se há violência no esbulho;
 - ⇒ se há nulidade manifesta em seu título;
- d) posse titulada: é aquela amparada por justo título, um título que, em tese, seria hábil a conferir o direito de propriedade (transferir domínio), se não contivesse, porém, um determinado defeito. O defeito pode ser alguma nulidade relativa, ou a outorga por quem não era dono da coisa (compra a *non domino*). Nulidades absolutas, como o desatendimento à forma prescrita em lei, impedem que se atribua ao ato o valor de justo título.
- e) posse contínua e posse descontínua: contínua é a posse permanente, descontínua é a posse em que houve alguma interrupção.
- f) posse nova e posse velha: a posse nova é aquela instaurada em menos de ano e dia (CC., art. 1210, § 1º c/c CPC., 924 e 927, III); posse velha, a instaurada em mais de ano e dia. A distinção de posse nova e posse velha tem relação com as ações possessórias, ou meios de defesa da posse.
- g) posse originária e posse derivada: a posse originária é aquela em que não existe nenhuma relação temporal entre antigo e novo possuidor ao contrário da posse derivada, em que existe relação temporal da posse entre antigo e novo possuidor.

Princípio geral sobre o caráter da posse: o CC. art 1203 estampa a presunção *juris tantum* de que a posse guarda o mesmo caráter de sua aquisição, salvo prova em contrário.

5. DOS EFEITOS DA POSSE

I) Presunção de propriedade: fundamento remoto da proteção possessória.

II) Direito ao uso dos interditos: é o mais importante dos efeitos da posse.

A posse é um fato, que o direito protege como tal. Um dos efeitos da posse é seu asseguramento por meio de ações próprias, típicas, sumárias, chamadas de interditos, palavra que no direito romano significava ato de império, protetivos, expedidos pelos magistrados.

São elas a ação de manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório.

OBS.: se o valor do imóvel não exceder 60 salários mínimos podem os JEPCs apreciar a causa (Lei 9.099, art. 3º, I e IV).

- Defesas da posse: (proteção possessória)
- 1- esforço físico imediato (CC., art. 1210, § 1º): autotutela
 - 2 - Ações possessórias típicas, a saber:
 - a) de interdito proibitório: na ameaça (CC.. art. 1210, e CPC arts. 927 e 932)
 - b) de manutenção de posse: na **turbação** (CC., art. 1210 e CPC arts. 926 a 931)
 - c) de reintegração de posse: no **esbulho** (CC., art. 1210 e CPC, arts. 926 a 931)

TURBAÇÃO é a agressão material dirigida contra a posse mas que, contudo, permite que o possuidor continue na posse dos bens sendo apenas, cerceado em seu exercício, ou seja, não exclui totalmente a posse do possuidor anterior. Por isso diz-se que a turbação é um esbulho parcial. O possuidor turbado pode exercer a legítima defesa da posse. Comete turbação aquele que, sem excluir a posse do outro, faz, por exemplo, plantações intercaladas no terreno do vizinho, abre a cerca para que o gado vá pastar no terreno vizinho e depois o recolhe.

ESBULHO é a tomada da posse com a exclusão total da posse do possuidor anterior. Aqui o possuidor vem a ser privado do direito à posse. O possuidor esbulhado pode usar de esforço para restituir-se na posse, por sua própria força, contanto que o faça logo.

- Meios específicos de defesa da posse: (ações de conteúdo possessório)
- 3 - Ações possessórias atípicas
 - a) ação de nunciação de obra nova (CC. art. 1301 e CPC., arts. 934 a 940)
 - b) embargos de terceiro (CPC., arts. 1046 e ss)
 - c) ação de dano infecto (CPC., arts. 275, II, "c", 287 e 888, VIII)

III) direito de usucapião: dentro dos requisitos da lei

IV) a percepção dos frutos: frutos são as riquezas normalmente produzidas por um bem patrimonial e que pode consistir tanto em uma safra agrícola, como nos resultados oriundos da ação do homem sobre a natureza, como nos rendimentos de um capital. É a produção normal e periódica de alguma coisa, sem detrimento de sua substância. Podem ser naturais, industriais ou civis (ver parte geral).

De acordo com o CC., art. 1214, se o possuidor é de boa-fé, tem ele o direito a percepção dos frutos, bem com à restituição das despesas de produção e custeio que houver despendido. Por outro lado, o possuidor de má-fé, ao contrário, responde por todos os prejuízos que causou pelos frutos colhidos e percebidos e pelos que por sua culpa deixou de perceber.

V) o direito de retenção por benfeitorias: benfeitorias são obras ou despesas efetuadas numa coisa para conservá-la, melhorá-la ou simplesmente, embelezá-la. Dessa definição decorrem três tipos de benfeitorias:

- a) as necessárias têm por fim conservar a coisa,
- b) as úteis aumentam ou facilitam o uso da coisa, e
- c) as voluptuárias, que são de mero recreio ou deleite.

As indenizáveis são as úteis e as necessárias, mas ao possuidor de má-fé apenas assiste tal direito no caso das benfeitorias necessárias. O direito de retenção é um direito negativo que só o possuidor de boa-fé tem e que consiste na faculdade de sustar a entrega da coisa, até que se veja indenizado. É preciso a detenção da coisa; a existência de um crédito do retentor; e relação de causalidade entre esse crédito e a coisa retida.

VI) a responsabilidade pelas deteriorações: como no caso de indenização por benfeitorias, cumpre salientar a diferença entre o possuidor de boa-fé e o possuidor de má-fé. O primeiro não responde pela perda ou deterioração da coisa. O possuidor que detém a coisa como sua, *animus domini*, não deve responder pelos estragos ou danificações que ele venha a sofrer, nem pela perda integral (Art. 1217 - O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa). O possuidor de má-fé responde pela perda ou deterioração da coisa ainda que acidental, salvo se provar que, do mesmo modo, se teriam dado, estando ele na posse do reivindicante (art. 1218).

<p>Se a posse é de boa-fé: - direito aos frutos percebidos; (CC., arts. 1214, 1217, 1219) - indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis; - direito de retenção: para garantia do seu pagamento; - faculdade de levantar as benfeitorias voluptuárias;</p> <p>Se a posse é de má-fé: - dever de pagar os frutos colhidos (CC., arts. 1216, 1218, 1220) - responsabilidade pela perda da coisa - ressarcimento apenas das benfeitorias necessárias; - ausência do direito de retenção; - ausência do direito de levantar as benfeitorias úteis e voluptuárias</p>
--

5.1. Da aquisição da posse

Adquire-se a posse de duas formas:

a) originária: quando está ausente ato de translaticividade (CC. arts. 1204; 1205 e 1263);

b) derivada: quando existe uma posse anterior que é transmitida ao adquirente:

⇒ tradição: que pode ser efetiva ou real; simbólica ou ficta; ou consensual.

⇒ constituto possessório: (forma de tradição ficta) que é o ato pelo qual aquele que possuía em seu nome passa a possuir em nome de outrem, p. ex. o proprietário aliena a sua casa, mas nela permanece como representante do adquirente. Pelo Constituto possessório a posse desdobra-se em duas faces. O possuidor antigo, que tinha a posse plena e unificada se converte em possuidor direto, enquanto que o novo proprietário se investe na posse indireta, em virtude da convenção.

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

⇒ acessão: que se dá pela sucessão causa mortis (CC arts. 1206, 1207 e 1784) ou, ainda, pela união no caso do art. 1207 que diz: "O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais".

5.2. Da perda da posse

Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.

Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

I - pelo abandono: ato voluntário pelo qual o possuidor manifesta intenção de largar a coisa.

II - pela tradição: que se apresenta sob duas faces, a simples entrega da coisa sem intenção de transferir a posse (só para gestão ou administração por exemplo) e a entrega da coisa com a intenção de transmiti-la: verdadeira tradição do bem.

III - pela perda, destruição, ou por serem postas fora do comércio: a perda trata na verdade de coisa móvel lógico. A destruição é uma das formas porque se verifica a perda da coisa imóvel, podendo resultar de acontecimento natural ou caso fortuito. Ex. morte de uma vaca atingida por um raio, incêndio em um prédio e etc. Por seu turno a extracomercialização pode se dar por motivo de ordem pública, de moralidade, de higiene e de segurança coletiva (apreensão de terras utilizadas para o plantio de maconha).

IV - pela posse de outrem: ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente, tendo quedado-se inerte, permitindo que se fixe nova posse sobre a coisa, perde seu direito, que se extingue, para dar lugar a outro direito, em substituição ao primeiro. Mas o esbulho possessório capaz de acarretar a perda da posse constitui crime como se vê do CP., art. 161.

V - pelo constituto possessório: como já mencionado é o ato pelo qual aquele que possuía em seu nome passa a possuir em nome de outrem. Sem nenhuma alteração externa, uma relação possessória

preexistente e que constituía posse verdadeira é rebaixada à posição de mera detenção. O possuidor antigo, que tinha a posse plena e unificada se converte em possuidor direto, enquanto que o novo proprietário se investe na posse indireta, pela convenção.

VI - pela impossibilidade do exercício de um direito: CC., art. 1196.

VII - pelo desuso: CC., art. 1389, III.

6. A PROPRIEDADE E O DOMÍNIO

Na linguagem jurídica, em sentido comum, propriedade é a condição em que se encontra a coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa. É assim, a pertinência exclusiva da coisa, atribuída à pessoa.

Em sentido amplo é um direito que recai tanto sobre coisas corpóreas como incorpóreas. Quando recai exclusivamente sobre coisas corpóreas tem a denominação peculiar de domínio.

O direito de propriedade é então entendido como domínio, todavia, propriedade é gênero que compreende toda a sorte de dominialidades, de dominação ou de senhorio individual sobre coisas corpóreas ou incorpóreas (conjunto de direitos reais e direitos pessoais), enquanto que o domínio é uma espécie de propriedade, que compreende somente os direitos reais, ou seja, o direito de propriedade encarado somente em relação as coisas materiais ou corpóreas.

O fundamento jurídico do domínio segue a teoria da natureza humana, pois "é o instinto de conservação que leva o homem a se apropriar de bens para saciar sua fome e para satisfazer suas necessidades de ordem física e moral".

O proprietário pode usar, gozar e dispor de seus bens, bem como reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua (CC., art. 1228). Para obter ou reaver a coisa de sua propriedade, tem o proprietário a ação reivindicatória.

6.1. Elementos constitutivos da propriedade:

O direito de propriedade constitui o uso o gozo e a disposição integral dos bens. Os elementos constitutivos da propriedade são autônomos e não se confundem. Diz-se apenas que a propriedade é plena quando reúnem-se na figura do titular todos os seus elementos, a saber:

- a) o direito de usar (*jus utendi*): compreende o direito de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterá-la a substância;
- b) o direito de gozar (*jus fruendi*) (fruir = frutificar): consiste em fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os produtos;
- c) o direito de dispor (*jus abutendi* ou *disponendi*): é o mais importante, porque consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem;
- d) o direito de reaver a coisa: ao proprietário é assegurado tal direito por via de ação reivindicatória contra quem detenha injustamente o bem.

A propriedade do solo atinge tudo o que está acima ou abaixo da superfície, em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício (CC., art. 1229), excetuando os bens descritos pela CF., arts. 176 e 177 (exclusivos de uso e exploração pela União Federal), que são as restrições ao direito de propriedade conforme o CC., art. 1230. Regulam também a matéria o Código de Minas e o Código de águas. O Código do Ar, que permite o tráfego aéreo sobre a propriedade particular. O Código Florestal, que estabelece quais são as áreas de interesse comum para preservação das florestas donde se conclui que o proprietário deve, também, respeitar as leis específicas sobre a proteção da fauna, da caça e da pesca, bem como a proteção do ambiente e do patrimônio paisagístico, histórico e artístico nacional, e ainda, as posturas referentes às edificações.

O domínio se subordina a limitações, seja pelo desmembramento dele ou pelos encargos que possam ser, eventualmente, trazidos à propriedade, e constituídos como direito real sobre coisa alheia. O domínio se adquire por todos os meios por que se adquire a propriedade.

OBS.: Diz-se que a propriedade é limitada quando houver ônus real (enfiteuse, servidão predial, usufruto, uso, habitação, renda real, penhor, hipoteca, anticrese, compromisso de compra e venda), ou ainda quando houver cláusula resolúvel. O termo resolúvel é empregado no sentido de extinção ou revogação, no que se refere aos direitos ou obrigações. Juridicamente a resolução tem a função de destruir ou desfazer os efeitos de um contrato.

Outrossim, mesmo a propriedade plena sofre restrições:

- Restrições administrativas: leis de zoneamento por exemplo;
- Restrições afetas aos direitos de vizinhança: não pode haver uso nocivo da propriedade;

- Restrições constitucionais

NOTA: Na Constituição Federal os direitos à propriedade aparecem nos arts. 5º, XXII, XXIII, XXIV ao XXX, art. 20 (propriedades da União Federal); art. 26 (propriedades dos Estados); art. 170, II e III, (principiologia da propriedade) art. 176 (propriedade das jazidas e potencial hidráulico - da U.F.), 177 (monopólios da U.F.), 178 (propriedade estatal da atividade econômica de transportar), art. 181 (propriedade urbana vinculada a um plano diretor, que delimita quais as suas funções sociais); art. 182, 183, 184, 185, 191 e art. 222 (propriedades jornalísticas). Daonde se conclui que as propriedades podem ser públicas ou privadas, urbanas ou rurais.

Atenção: O novo código civil, nos §§ 3º e 4º do art. 1228 diz que a propriedade deve atender suas finalidades econômicas e institui (§ 4º) a desapropriação particular.

§ 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.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

7. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Como já vimos a propriedade pode ser adquirida de duas formas, originariamente, pela acessão ou pelo usucapião, ou de forma derivada por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. O CC., a partir dos artigos 1238 trata da matéria e, assim, seguiremos pela ordem.

7.1. Usucapião

Foi justiniano quem refundiu inteiramente o instituto que remonta a Roma antiga, destacando sua dupla face: a prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva, mas foi melhor definida pelo Professor Francisco Morato como sendo essas as duas forças que agiriam no usucapião.

a) Na prescrição aquisitiva: como modo de adquirir propriedade pela posse prolongada, predomina aquela força que cria. A prescrição aquisitiva cria um direito em favor de um novo titular e, pela via transversa, extingue a ação que teria em sua defesa o titular antigo.

b) Na prescrição extintiva: como meio pelo qual alguém se libera de uma obrigação pelo decurso do tempo, predomina aquela força que extermína. Na prescrição extintiva, a força extintora extermína a ação que tem o titular e assim elimina o direito de propriedade.

Se a força geradora prepondera sobre a força extintora, temos a prescrição aquisitiva, se prepondera a força extintora sobre a força geradora temos a prescrição extintiva. A força geradora tem feição positiva - como modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada -, e a extintiva tem feição negativa - consiste na perda da ação atribuída a um direito (meios de defesa da posse) pelo não uso dela em certo lapso de tempo. Numa e noutra Clóvis Beviláqua acentua como fator o tempo.

Segundo Modestino usucapião é: "*modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante: certo lapso de: tempo, com os requisitos estabelecidos na lei*".

Para Clóvis Beviláqua: "*é uma aquisição de domínio pela posse continuada*". Observe-se que, a despeito de referir-se ao direito real de propriedade, outros direitos são passíveis de aquisição por usucapião.

É possível adquirir-se, também por usucapião a enfiteuse, o domínio útil dos bens imóveis, e de bens móveis (CC., arts. 1260 e 1261 - em cujo procedimento poderá ser sumário - art. 275, I ou II, a), porém se decorrente da posse mansa e pacífica, deve preencher certos requisitos.

Segundo Messineo o fundamento jurídico reside "*na desídia manifestada pelo proprietário na tutela de seu direito, em face da prolongada posse de outrem*."

7.1.1. Requisitos para o usucapião

a) PESSOAIS: são exigências quanto ao possuidor/adquirente e ao proprietário que a perde.

"A regra é a de que não corre prescrição contra aquele que não pode agir" (regra de Bartolo). Então, todas as causas suspensivas ou interruptivas da prescrição descritas pelos arts. 197 a 204 do CC impedem que possa ocorrer o usucapião, e serão as primeiras matérias de defesa a serem alegadas.

b) REAIS: (a coisa deve ser hábil de ser usucapida) são aqueles pertinentes aos bens que serão adquiridos, pois nem todas as coisas são passíveis de aquisição por usucapião: p. ex. bens públicos;

para isso especificamente prescreve a o § 3º do art. 183 da CF: "*os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião*", e o parágrafo único do art. 191 da CF, que repete a mesma coisa. Importante notar, também, que a súmula 340 do STF, inseriu neste contexto os bens dominicais e reforçou a questão dizendo que os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

c) **FORMAIS**: elementos necessários e comuns do instituto, previstos em lei para a sua configuração. Além das condições gerais da ação, é preciso analisar os requisitos específicos que cada tipo de usucapião exige. Para isso, temos que verificar a existência de certos elementos, a saber:

* Outro elemento essencial, também comum a todos é a posse (*possessio*): o possuidor pode para o fim de contar o tempo exigido acrescentar à sua posse a do seu antecessor, contanto que ambas tenham as mesmas características. Posse, como vimos, é aquela que pode amparar-se nos interditos possessórios na hipótese de ser molestada. O possuidor que sinta ameaçada, turbada ou perdida a sua posse, tem a faculdade de defendê-la ou recuperá-la, através da ação possessória adequada. Mas se a posse prolongar-se demais no tempo pode gerar o usucapião, é o que se chama posse usucapionem, que produz o importante efeito de gerar domínio.

* Outro elemento, comum a todos os tipos de usucapião é o **tempo** (*tempus*): vamos ver que variam os prazos de acordo com o título que possa ter o possuidor, com o tipo de usucapião, bem como se as partes são ausentes ou presentes.

* Segundo o tipo de usucapião será necessário ter **justo título** (*titulus*): Justo título: significa qualquer ato jurídico que, em tese, seria hábil a conferir o direito de propriedade (transferir domínio), se não contivesse, porém, um determinado defeito. O defeito pode ser alguma nulidade relativa, ou a outorga por quem não era dono da coisa (*compra a non domino*).

Em relação à posse, o justo título, no pressuposto da boa-fé, não se faz mister que seja válido na sua substância. Basta que o ato nele objetivado, revestindo forma própria, e formulado segundo as regras legais, seja de natureza a transferir a propriedade. É, pois, necessário somente que seja traslativo da propriedade, pouco importando que o transferente tivesse ou não motivo para ser ou não o dono dela.

* Por fim, **a boa-fé** (*fides*): da boa-fé decorrente do justo título, depreende-se que a pessoa estava certa de haver recebido a coisa das mãos de seu verdadeiro dono e neste ânimo instituiu-se na posse.

Mas é extremamente necessário, ainda, a sentença de procedência do juiz, que valerá como título de propriedade e será registrada no Registro de Imóveis segundo o art. 167, inciso I, alínea 28 da Lei de Registros Públicos c/c o art. 945 do C.P.C.

7.1.2. Modalidades de usucapião

Nossa legislação contempla três tipos de usucapião:

- a) Usucapião especial ou constitucional (pró-moradia e pró-labore)
- b) Usucapião ordinário;
- c) Usucapião extraordinário.

I - O Usucapião especial divide-se em constitucional urbano, também chamado de pro moradia e usucapião constitucional rural, também chamado de pro labore. A teoria da posse consagrada pela Constituição Federal é a de Savigny, (teoria subjetiva da posse) que diz: "*Posse é o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outrem*".

Usucapião constitucional urbano ou pro moradia: CF., art. 183, que diz:

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.

O novo código civil repetiu o artigo supra ao dizer no art. 1240:

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.

Usucapião constitucional rural ou pro labore: CF., art. 191, que diz:

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.

E o novo código civil repetiu o teor dessa modalidade ao dizer no art. 1239:

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.

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO E ORDINÁRIO

Com relação ao usucapião ordinário e extraordinário, diferentemente do que ocorre com o especial, a teoria que foi contemplada pelo legislador no artigo 1196 do C.C. foi a teoria objetiva da posse preconizada por Rudolf Von Ihering. *Para ele, tem posse aquele que age em relação à coisa como se fosse proprietário mesmo que não o seja, independentemente da intenção, ou seja, para estarem preenchidos os requisitos da posse basta a presença do elemento **animus habendi**.* Disso decorre que no usucapião especial não pode haver a figura do preposto, não existe a figura da posse derivada, trata-se de uma fusão de direito pessoal com direito real. Ao contrário, nas modalidades de usucapião do Código Civil existe a figura do preposto e, assim, a possibilidade de computar o tempo do antigo possuidor àquele que pretende usucapir.

Usucapião extraordinário: modalidade que gera o domínio em 15 ou 10 anos tendo como requisitos apenas a posse e o tempo, sendo dispensáveis o justo título e a boa-fé segundo o art. 1238 CC., que diz:

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

⇒ posse pacífica: ininterrupta com *animus domini*;

⇒ tempo: será de 15 anos ou de 10 anos;

⇒ independente de justo título ou boa-fé

Usucapião ordinário: aquele que gera domínio em 10 ou 5 anos, previsto no art. 1242 do CC, que diz:

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.

⇒ posse mansa, pacífica e ininterrupta acrescida do *animus domini*;

⇒ tempo: será de 10 ou 5 anos;

⇒ justo título: é a causa que, exteriormente, preenche os requisitos legais necessários à transferência de algum direito;

⇒ boa-fé: é a crença que tem o sujeito na lisura do negócio, fundado em elementos de convicção carecedores de qualquer vício.

⇒ sentença judicial: ver os arts. 941 e ss. do CPC.

7.2. Aquisição pelo registro do título.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título traslativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título traslativo, 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.

Os títulos translativos da propriedade imóvel por ato inter vivos estão sujeitos ao respectivo registro, sendo que a transcrição será datada do dia em que o título for apresentado ao oficial do registro e este prenotar o protocolo.

Prenotação é o assento que o oficial do registro faz no livro de protocolo de título, identificando o título com a data e com o número cronológico de sua entrada no protocolo. A data da prenotação é a que prevalece, independentemente da transcrição ser feita em data posterior.

A forma dos contratos sobre imóveis: a escritura pública

Os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis têm de ser feitos por escritura pública. Admite-se, porém, instrumento particular em algumas hipóteses, como nos contratos com o Sistema Nacional de Habitação (Lei nº 4.380/64, art. 61, § 5º), nos compromissos de compra e venda e respectivas cessões (DL 58/37, art. 11; L6.766/79 art. 26)

Atos sujeitos a registros: (ver art. 167, I, arts. 168 e 169 da LRP - Lei 6015/73)

A transmissão da propriedade imóvel só se opera com o registro do título de transferência. Por isso se diz que quem não registra não é dono. Estão sujeitos a registro, também, as sentenças das ações divisórias, sentenças de inventário e partilha que adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança, a transcrição, também, das partilhas amigáveis feitas por escritura pública, a arrematação e a adjudicação em hasta pública e ainda:

- sentenças proferidas em ações de separação, divórcio, anulação de casamento quando partilharem bens imóveis ou direitos reais: LRP art. 167, II, 14;
- sentenças procedentes em ação de usucapião: LRP, art. 167, I, 28;
- e todos os demais casos previstos no art. 167 da LRP.

7.3. Aquisição pela acessão: CC., art. 1248

Podemos defini-la como o modo originário de adquirir a propriedade, em virtude do qual ao proprietário fica pertencendo tudo quanto se une ou adere ao seu bem. A acessão importa então um novo direito de propriedade sobre o todo resultante da conjunção de duas coisas, até então separadas.

É o direito conferido por lei ao proprietário de bens ou coisas, sobre todos os acréscimos ou frutos produzidos, isto é, sobre tudo o que se incorpora natural ou industrialmente às mesmas coisas ou bens. Como meio de aquisição, a acessão pode produzir-se na propriedade imóvel de duas formas:

- 1 - **Acessão artificial:** operada pelo homem, dá-se pela construção de obras num terreno, ou pelas plantações.

Aqui vale o princípio de que o acessório segue o principal, de tal sorte que as plantações que se assentarem sobre um terreno pertencerão, frente a essa presunção, ao proprietário do terreno.

- 2 - **Acessão natural:** em regra, ficam pertencendo ao dono do imóvel ao qual aderiram, ou aos donos dos imóveis mais próximos, no caso da formação de ilhas, na proporção de suas testadas. A acessão natural pode se dar:

a) pela formação de ilhas: (CC., art. 1249).

Esta modalidade de acessão só será admitida se o rio em que se localizarem forem não navegáveis, já que os rios navegáveis constituem bens públicos. As ilhas que se formarem no meio do rio, pertencerão aos proprietários dos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de sua testada, até linha que dividir o alvéolo em duas partes iguais. Se a ilha não se formar no meio de um rio, porém, mais próxima de uma das margens, escapando da linha divisória do alvéolo, pertencerá ela por inteiro ao proprietário ribeirinho do lado em que ela se formou. As ilhas formadas pelo desdobramento de novo braço de rio pertencerão ao proprietário do terreno que teve parte dele circundada pelas águas.

b) por aluvião: depósito de matérias trazidas pelas águas (CC., art. 1250).

Aluvião é todo o acréscimo sucessivo e imperceptível de terras que o rio anexa naturalmente às suas margens. A aluvião pode ser de dois tipos:

- própria: quando o acréscimo origina-se de limo e outros resíduos trazidos pela água, e,
- imprópria: quando as águas ao se retirarem, paulatinamente, deixam a descoberto parte do terreno que cobriam.

c) por avulsão: (o arrancamento de um bloco considerável de terra).

Avulsão vem a ser o despreendimento violento de uma porção de um terreno pela força de um rio. Ocorrendo esse acréscimo do terreno em consequência do desmembramento violento de parte de outro terreno, o acréscimo verificado aumentará a propriedade daquele que foi beneficiado. O dono das terras assim acrescidas pode ficar com o acréscimo, pagando indenização ao reclamante, ou consentir na remoção do mesmo (CC., art. 1251).

d) por abandono do álveo: (CC., art. 1252).

O abandono de álveo ocorre quando a água do rio abandona inteiramente o seu leito passando a correr em outro, deixando seco o leito anterior. O terreno assim formado, pertencerá aos proprietários ribeirinhos, indo a propriedade de cada um até o meio do alvéolo abandonado.

7.4. Da perda da propriedade imóvel (CC., art. 1275)

Perde-se a propriedade imóvel quando ocorrer alienação; renúncia; abandono; desapropriação; requisição da propriedade particular⁵⁸ (CC., art. 1228, § 3º, 2ª parte);

Requisição da propriedade particular é o ato pelo qual o Estado, unilateralmente, obriga alguém a prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe, de forma transitória o uso de uma coisa, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida acarretar.

§ 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.

⇒ posse pro labore ou posse trabalho (CC., art. 1228, §§ 4º e 5º).

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Perde-se, ainda, por usucapião; pela acessão; pela dissolução da sociedade conjugal, quando houver patrimônio comum; no caso das sentenças judiciais já mencionadas; implemento de condição resolutiva; e pelo confisco.

- a) pela alienação: ato pelo qual o titular transfere a outra pessoa sua propriedade. A alienação pode se dar por ato gratuito (doação) ou oneroso (compra e venda). Pode ainda ser voluntária, como a doação em pagamento e, compulsória, como a arrematação e a desapropriação. O momento culminante da alienação é a transcrição, pela qual o imóvel sai definitivamente do patrimônio do alienante (elemento negativo) para incorporar-se ao do adquirente (elemento positivo).
- b) pela renúncia: ato unilateral pelo qual o proprietário expressamente abre mão de seu direito de propriedade, como ocorre na renúncia da herança p. ex.
- c) pelo abandono: ocorre quando o proprietário abandona ao léu o que é seu; é necessário, para que haja derrelição (abandono), a intenção abdicativa, simples negligência ou descuido não a caracterizam

OBS.: Nos dois primeiros casos será obrigatória a transcrição no cartório de registros. No caso do abandono, o imóvel abandonado será arrecadado como bem vago passando ao domínio do Estado, território ou DF, caso se encontre nas respectivas circunscrições de cada Estado sendo que o prazo é de 10 anos para imóvel urbano, e 3 anos para imóvel rural.

Na renúncia o titular abre mão de seu patrimônio em favor de alguém, no abandono o proprietário despoja do patrimônio deixando de satisfazer seus ônus fiscais, revelando desinteresse que caracteriza uma omissão anti-social - faz que o imóvel perca sua função social.

O art. 687 do CC de 1916 está em vigor por força dos arts. 1382 e 2038 do atual.

O novo Cód. Civil não compadece com a idéia de imóvel sem dono:

Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§ 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§ 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

- d) pelo perecimento do imóvel: a propriedade em última análise, é o poder do homem sobre a coisa. Se esta perece, ou desaparece, se extingue o direito por falta de objeto. Via de regra é gerado por caso fortuito, ou seja, por acontecimentos naturais, como p. ex. um incêndio, uma inundação permanente, mas pode decorrer de ato voluntário do titular quando, p. ex., destruir a coisa.
- e) por desapropriação: (CF., arts. 5º, XXIV, 182, III, e 184) pode-se conceituar a desapropriação como sendo o *"procedimento administrativo pelo qual o Estado, compulsoriamente, retira de alguém certo bem, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, e o adquire, originariamente, para si ou para outrem, mediante prévia e justa indenização, paga em dinheiro, salvo nos casos que a própria constituição enumera, em que o pagamento é feito com títulos da dívida pública (art. 182, § 4, III), ou da dívida agrária (art. 184 CF)."*

8. CONDOMÍNIO: CC., arts. 1314 e ss

Palavra formada da preposição *com* e substantivo *domínio*, assinala a circunstância de ser a propriedade pertencente a mais de uma pessoa. Tecnicamente, na linguagem do direito civil, condomínio significa o *direito* simultaneamente tido por várias pessoas sobre o mesmo objeto, incidindo tal direito não em uma parte determinada, mas num quinhão ideal atribuído segundo a força do direito próprio de cada pessoa.

A regra de maior interesse no condomínio, é que ninguém, em princípio, pode ser obrigado a ficar em comunhão. A todo tempo, salvo poucas exceções, pode o condômino exigir a divisão amigável ou judicial da coisa comum, se esta for divisível (CC., arts. 1320 e 1321 c/c CPC art. 946 e 967 e ss).

Se a coisa for indivisível, ou se tornar pela divisão imprópria ao destino, será a mesma vendida em leilão, dividindo-se o produto - se não houver um ajuste melhor entre as partes.

Quanto sua formação o condomínio pode ser:

- a) voluntário ou convencional: quando decorre de contrato ou outro ato jurídico entre as partes que estabelecem um bem em comum para deles usar e gozar; podendo ou não estipular seus quinhões

Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.

Parágrafo único. Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos.

- b) incidente ou eventual: quando não procurada deliberadamente, como na herança deixada a vários herdeiros, doação em comum a duas ou mais pessoas de bem imóvel e etc.

- c) legal ou forçado: quando imposta por lei, como nas cercas, muros e valas, ou formação de ilhas.

Art. 1.327. O condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas regula-se pelo disposto neste Código (arts. 1.297 e 1.298; 1.304 a 1.307).

Quanto ao objeto o condomínio pode ser:

- a) universal: quando compreende a totalidade do bem; e
- b) particular: se restrita ao uso de determinadas coisas ou efeitos.

Quanto à sua necessidade o condomínio pode ser:

- a) ordinário ou transitório: quando, por convenção ou não, vigora por certo lapso temporal; e
- b) permanente: quando é forçado e jamais extinguir-se-á pela própria natureza do bem e da relação jurídica que o gerou.

Em relação à forma ou modo o condomínio pode ser:

- a) *pro diviso*: cada condômino tem uma parte certa e determinada do bem, como no condomínio de edifícios por exemplo, onde o proprietário tem a propriedade exclusiva da unidade autônoma e divide com os demais as áreas comuns.

- b) *pro indiviso*: aquela em que os condôminos têm a coisa sem especificação determinada de partes ou direitos sobre tal bem.

O condomínio se estabelece quando uma coisa indivisa tem dois ou mais proprietários em comum; seus direitos e deveres comportam a análise de dois pontos de vista:

- a) no âmbito interno, ou seja, entre os comunheiros, o direito de cada um se encontra limitado pelo direito dos outros, na medida de suas quotas, assim, temos que:

⇒ cada consorte pode usar livremente a coisa conforme sua destinação e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão (CC., arts. 1314, 1315 e 1319).

⇒ cada condômino pode alienar a respectiva parte indivisa respeitando o direito de preferência dos demais (CC., arts. 1314, 1322 e 504, parágrafo único).

⇒ cada consorte pode gravar a sua parte indivisa, mas não o todo sem consentimento dos demais arts. 1314 c/c 1420, § 2º)

⇒ a dívida contraída por um consorte em favor da comunhão é de sua responsabilidade pessoal, cabendo ação regressiva contra os demais (CC., art. 1318), mas se a dívida for contraída por todos, aplica-se o CC., art. 1317.

- b) no âmbito externo, ou seja, perante terceiros, cada um é, em tese, proprietário da coisa toda, e daí temos que:

⇒ cada consorte pode reivindicar ou defender a posse da coisa toda;

⇒ ninguém pode ceder posse, uso e gozo, sem anuência dos demais.

Por isso, "o condômino pode praticar todos os atos tendentes à defesa dos direitos sobre a coisa comum, independentemente da expressa autorização dos demais" (RT 376/208, JTACSP 43/43).

O condômino minoritário pode mover ação de despejo contra um inquilino, mesmo ante a declarada oposição do condômino majoritário (RT 559/159). O condômino pode reivindicar toda a coisa, e não apenas a sua parte.

A administração do condomínio far-se-á observadas as regras do CC. arts. 1323 a 1326.

8.1. Condomínios especiais:

8.1.1. Condomínio em paredes, cercas muros e valas: CC., arts. 1327 a 1330

Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, vaiar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constringer o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

§ 1º Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.

OBS.: Essas ações correlatas seguem o rito sumário: CPC art. 275, II

8.1.2. Condomínio em edifícios de apartamentos: CC., arts. 1331 e ss.

Esse condomínio se caracteriza pela justaposição de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condômino e partes do edifício que são, forçosamente, comuns. Cada condômino é proprietário individual de sua unidade autônoma, e, ao mesmo tempo, comunheiro de certas partes do edifício, que são de uso coletivo, como por exemplo, o terreno, o elevador, o teto...

8.1.2.1. Formação do condomínio.

O novo código distingue entre instituição de condomínio e sua constituição:

- a) a instituição do condomínio pode ser dar por ato inter vivos ou causa mortis e deve ser inscrita no registro imobiliário, contendo (CC., art. 1332):

→ discriminação das unidades exclusivas e partes comuns;

→ determinação da fração ideal do terreno;

→ finalidade que as unidades se destinam

- b) a constituição do condomínio pode se dar, também, pela convenção de condomínio⁶¹ (CC., art. 1333) desde que: seja subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais; a convenção pode ser feita por escritura pública ou por instrumento particular, mas deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis e conter, segundo os incisos do art. 1334.

Resumindo: O condômino Pode ser criado:

- por destinação do proprietário: dentro do seu poder de dispor da coisa e nos termos da lei,
- por incorporação imobiliária: mas o incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter cumprido várias exigências da lei e arquivado a documentação necessária no Registro de Imóveis (Lei 4591/64 arts. 28, parágrafo único e 32);
- por testamento;
- em decorrência de partilha;
- arrematação em hasta pública;
- em razão de sentença em ação de divisão.

De acordo com o CC., arts. 1335 e 1336 os condôminos:

- podem usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;
- podem usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;
- podem votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite;
- não podem alterar a forma externa, cor ou fachada;
- não podem destinar finalidade diversa da instituída;
- não podem embaraçar o uso das partes comuns;
- não pode alienar garagem a pessoa estranha ao condomínio.

O transgressor dessas regras estará sujeito ao pagamento da multa prevista na convenção ou no ato de instituição não podendo ser ela, todavia, superior a 5 vezes o valor da contribuição mensal (atenção ao CC., art. 1336, §§ 1º e 2º).

O condomínio em edifícios é uma universalidade de fato e não uma pessoa jurídica, vez que a lei não lhe deu o atributo da personalidade. Mas pode-se dizer que o condomínio em edifícios constitui, pelo menos, uma "*quase pessoa jurídica*", desde que se admita a existência dessa categoria, ainda indefinida. A quase pessoa jurídica não possui personalidade plena, sendo porém, capaz de alguns direitos e obrigações, como ocorre com o navio, a herança jacente ou a massa falida.

O condomínio em edifícios é representado em juízo pelo síndico (CPC., art. 12, IX), ou pelo administrador de fato se não houver síndico regularmente constituído.

A administração do condomínio em edifícios é exercida por três órgãos:

- a) Assembléia Geral: cujas decisões obrigam a todos, salvo se forem contrárias à lei ou à convenção; os votos na assembléia são proporcionais às frações ideais possuídas por cada condômino.
- b) Síndico: eleito pela Assembléia Geral, por período de até dois anos, permitida a reeleição; o cargo é gratuito ou assalariado e pode ser exercido por pessoa física ou jurídica, estranha ou não ao condomínio; compete ao síndico exercer a administração geral, fazer cumprir a convenção, contratar empregados, impor multas, representar o condomínio em juízo, etc.
- c) Administrador: pessoa a quem o síndico delega certas funções;
- d) Conselho fiscal: eleito pela Assembléia Geral, para fiscalizar o síndico;

9. DOS DIREITOS DE VIZINHANÇA: CC., arts 1277 a 1313

Sob o fundamento do interesse coletivo ou público, como vimos, existem basicamente três tipos de restrições aos direitos de propriedade: constitucionais, administrativas e aquelas fundadas no direito de vizinhança.

O direito de vizinhança regula as várias repercussões decorrentes do uso de prédios próximos e consiste de direitos e deveres recíprocos inerentes a propriedade. São limitações impostas pela boa convivência social, que se inspira na lealdade e na boa-fé.

Em sentido jurídico, a vizinhança distingue-se pela proximidade, pela confrontação, ou pela pouca distância, em que se encontrem as coisas, sendo, a rigor, fixada pela contiguidade, defrontação ou confinância.

As servidões estabelecem-se somente entre prédios vizinhos, onde aquele submetido a ela é o serviente e o que se favorece o chama-se dominante. Fundamento: prédios vizinhos de proprietários diversos.

9.1. Do uso anormal da propriedade: CC., art. 1277

Decorre do CC., art. 554 de 1916 que, repetido pelo CC., art 1277, diz que o uso da propriedade não deve prejudicar a segurança, o sossego ou a saúde dos que habitam prédios próximos. O artigo reprime três formas de uso abusivo:

- a) ofensa a segurança pessoal ou dos bens: atos que possam comprometer a solidez e a estabilidade do prédio, e a incolumidade de seus habitantes;
- b) ofensa ao sossego: a emissão de ruído exagerado;
- c) ofensa à saúde: emissão de gases tóxicos, poluição de águas, funcionamento de estábulos ou matadouros e etc.

Art. 1280 (antigo CC., art. 555) diz que "o proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

Dentro do seu poder de polícia insta dizer que à administração pública também é autorizada a demolição ou reparação necessária, em prol da segurança pública.

Cumpra ainda esclarecer que muitas dos fatos que caracterizam o uso nocivo da propriedade configuram contravenções penais (art. 38 do Dec-Lei 3.688/41) ou infrações administrativas (Lei do PSIU).

9.2. Das árvores limítrofes: CC., art. 1282

As raízes e os ramos das árvores semeadas ou plantadas, e ainda que nasçam espontaneamente, que ultrapassem a extrema do prédio poderão ser cortados até o plano vertical divisório pelo proprietário do terreno invadido. Porém, se postadas na linha divisória, pertencem em comum aos proprietários dos prédios contíguos, e desse princípio decorrem as seguintes conseqüências:

- a) cortadas ou arrancadas, devem ser elas repartidas entre os proprietários confinantes;
- b) igualmente se partilham os frutos pela metade, quer tombem naturalmente, quer sejam colhidos;
- c) também são comuns os dispêndios com o corte de árvore.

Resumindo, se o tronco se acha na linha divisória, a árvore será comum, se se encontra, todavia, num dos imóveis, exclusivamente, pertencerá ao proprietário respectivo, mesmo que as raízes penetrem na propriedade contígua.

9.3. Da passagem forçada: CC., art. 1285

Igualmente denominada de servidão de trânsito ou itinerária, é a que autoriza a passagem do proprietário, vizinho por atravessadouros, passagens, caminhos ou estradas particulares existentes em propriedade particular, seja a pé, em viaturas ou animais.

A servidão de passagem institui-se por convenção ou resulta de imposição legal. Legalmente, é servidão que se institui quando é assegurado ao dono do prédio dominante o direito de passagem, em virtude de encontrar-se o mesmo encravado (encravamento absoluto), sem saída para a via pública, fonte ou porto (CC., art. 1285). Os donos dos prédios servientes têm direito à indenização que se mostre justa e compensativa pela concessão.

A servidão de passagem tem natureza coativa sempre que da servidão necessitar o dominante para obter uma saída/entrada para a sua propriedade. Por isso não se poderia impor nem exigir servidão sobre passagem existente, quando esta não o conduza até a via pública.

9.4. Da passagem de cabos e tubulações: CC., art. 1286

Numa verdadeira inovação, o art. 1.286 afirma que "*mediante recebimento de indenização que atenda, também, à desvalorização da área remanescente, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa*".

Parágrafo único. O proprietário prejudicado pode exigir que a instalação seja feita de modo menos gravoso ao prédio onerado, bem como, depois, seja removida, à sua custa, para outro local do imóvel.

Art. 1.287. Se as instalações oferecerem grave risco, será facultado ao proprietário do prédio onerado exigir a realização de obras de segurança.

9.5. Das águas: CC., art. 1288

É a servidão que atribui o direito de usar água pertencente a outrem, proveniente de poço, cisterna, ou de rio particular (CC., art. 1288). A matéria é regulada, também, pelo Código de Águas (Dec. n° 24.643/34 com as alterações do Dec-Lei n° 852/38)

9.6. Dos limites entre prédios e o direito de tapagem: CC., art. 1297 e ss.

OBS.: A ação competente para discutir a questão dos limites entre prédios é a ação de demarcação, cujo rito é especial (CPC arts. 946, I e 950 a 966), enquanto que a ação que tiver por objeto o exercício do direito de tapagem seguirá o rito sumário (CPC 275, II, "d" e "g"). (ver também CP., arts. 161, 164)

9.7. Do direito de construir: CC., art. 1299 e ss.

OBS.: A defesa dos direitos de construir encontram, muitas vezes, amparo na ação de nunciação de obra nova (CPC., arts. 934).

10. A PROPRIEDADE MÓVEL

São modos originários de aquisição e extinção da propriedade móvel a ocupação e o usucapião.

a) Ocupação: CC., art 1263

Modo originário de aquisição de propriedade de coisa móvel ou semovente, sem dono (*res nullius*), por não ter sido apropriada ainda, ou seja, coisa que nunca foi objeto de assenhoramento, como p. ex. animais selvagens, pedras, conchas e outros minerais; ou ainda coisa que esteja abandonada (*res delictae*) não sendo essa apropriação contrária à lei.

A ocupação se dá por três formas:

⇒ aquela propriamente dita descrita pelo CC., art. 1263, que tem por objeto seres vivos e coisas inanimadas: a caça, a pesca (disciplinadas em lei especial)

⇒ a descoberta: relativa a coisas perdidas: CC., arts. 1233 a 1237.

O descobridor não tem o direito de propriedade da coisa descoberta, tem, apenas, o direito à recompensa denominada *achádego*. Pode até ficar com a coisa, mas depois da publicação de editais para localização do dono e, caso seja o bem de valor irrisório (CC., art. 1237, § único).

⇒ o tesouro: relativa a coisa achada: CC., arts 1264 a 1266.

Para que se adquira a propriedade de um tesouro é preciso:

→ tratar-se de um depósito de coisas móveis preciosas, feito pelo homem;

→ não restar memória da existência do proprietário ou não lograr este êxito na comprovação de seu domínio;

→ estar realmente oculto;

→ ser seu encontro meramente casual

b) Usucapião de bens móveis: CC., arts. 1260 e 1261

Na mesma sistemática anterior permite o novo Código o usucapião de bens móveis como já mencionamos. Deve atender a todas aquelas regras gerais que o usucapião de bens imóveis, todavia, seus prazos são mais curtos.

As espécies a seguir revelam-se em formas derivadas de aquisição e extinção de propriedade de bens móveis.

c) Especificação: CC., arts 1269 a 1271

A especificação é modo de adquirir a propriedade transformando coisa móvel em espécie nova, em virtude do trabalho humano em matéria prima em parte alheia, mormente aqueles desempenhados pelos artesãos e artistas em geral, como a escultura em relação à pedra, a gravura em relação ao papel e etc. Releva notar que com isso o legislador acaba por dar mais valor a obra em si do que ao material utilizado. Se a matéria prima é do especificador não haveria problema em nenhuma hipótese pois de qualquer modo seria dele a obra; portanto, para que haja a especificação é imprescindível que a matéria prima seja de outrem.

d) Quando coisas pertencentes a pessoas diversas se mesclarem de tal forma que não possam ser separadas temos o aparecimento de três figuras:

⇒ a confusão: se a mistura se der entre coisas líquidas;

⇒ a comistão: se a mistura se dá entre coisas secas ou sólidas;

⇒ a adjunção: ocorrerá quando, havendo a justaposição de uma coisa e outra, não possam mais elas ser separadas sem que haja a sua deterioração (acessório e principal)

Enquanto que na confusão e na comistão ocorre uma acessão, na adjunção ocorre uma simples união de coisas, todavia, como em todas ocorre uma mescla de coisas pertencentes a proprietários distintos, efetivada sem anuência dos mesmos, ainda que dê nascimento a coisa nova jamais caracterizará a especificação (CC., art. 1274).

e) Tradição: CC., arts 1267 e 1268:

A tradição é a entrega de coisa móvel para um adquirente com a intenção de transferir-lhe o domínio em razão de um título traslativo de propriedade.

f) Direito das Sucessões: a ser oportunamente tratado

11. DIREITOS REAIS DE GOZO OU FRUIÇÃO SOBRE COISAS ALHEIAS

Direitos reais são direitos subjetivos de ter, pelo qual pode o ser dominar coisas corpóreas e incorpóreas. O direito real sobre coisa alheia é o de receber, por meio de norma jurídica, permissão do seu proprietário para, usá-la ou tê-la como se fosse sua, em determinadas circunstâncias, ou sob a condição de acordo com a lei e com o que foi estabelecido em contrato válido. São eles:

11.1. Enfiteuse: CC de 1916 arts. 678 a 694 c/c NCC art. 2038

A enfiteuse, nos tempos antigos, consistia no direito de cultivar o campo alheio, mediante uma pensão anual e de aproveitá-lo tão amplamente como o faria o proprietário sem, no entanto, destruir-lhe a substância. A enfiteuse conserva as mesmas características da era romana e está proibida pelo novo código civil, todavia, as relações enfiteúticas estabelecidas pelo código anterior continuam reguladas por ele entre os artigos 678 e 694.

Enfiteuse é um contrato real (de arrendamento) através do qual o proprietário de terreno alodial cede o domínio de um imóvel, restritiva e perpetuamente, a outrem, chamado enfiteuta, atribuindo-lhe o direito de percepção de toda a utilidade sobre o mesmo, com o encargo de lhe pagar uma pensão ou foro anual e a condição de conservar para si o domínio direto.

O dono ou senhorio continua sendo o proprietário, mas o domínio útil passa para o enfiteuta, como se também proprietário fosse.

O enfiteuta pode vender o domínio útil, respeitando o direito de preferência do senhorio direto e pagando-lhe um laudêmio ou taxa de dois e meio por cento do valor da venda. O enfiteuta tem também o direito de resgate, ou seja, o direito de adquirir a terra, após 10 anos, mediante o pagamento de um laudêmio de dois e meio por cento, mais o valor de dez pensões anuais.

Constitui-se a enfiteuse por escritura pública com respectiva transcrição no Registro de Imóveis, por testamento ou sucessão hereditária; por usucapião (no caso do senhorio não ser o dono, lhe é dado o direito de usucapir em relação ao verdadeiro dono) = CC. art. 1238 e 1242.

Extingue-se a enfiteuse pela renúncia, pela deterioração do prédio, pela falta de pagamento, por três anos, das pensões anuais, ou ainda, pela morte do enfiteuta sem herdeiros⁶⁴.

11.2. Servidões prediais: CC arts. 1378 e 1389

Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subseqüente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

As servidões representam o encargo ou ônus, que se estabelece sobre um imóvel em proveito ou utilidade de um outro imóvel, pertencente a outro proprietário. Este ônus, a que se sujeita o imóvel ou prédio alheio, em favor de outrem, constitui para esse um direito real, que lhe assegura uso e gozo da serventia, que se constitui em servidão.

As servidões estabelecem-se somente entre prédios vizinhos, onde aquele submetido a ela é o serviente e o que se favorece chama-se dominante. São direitos reais de gozo sobre imóveis que, em virtude de lei ou vontade das partes, se impõem sobre o prédio serviente em benefício do dominante.

Para que a servidão tenha existência será preciso a existência de um encargo que pode consistir numa obrigação de tolerar certo ato ou abster-se de praticar ou permitir que outro pratique, mas não se confundem com matéria de obrigação de não fazer posto que o ato que o constitui deve ser público e levado a registro.

Características da servidão:

- a) é em regra uma relação entre prédios vizinhos mas podem não ser na medida em que, no caso das servidões contíguas, os imóveis se utilizam de outro sem que o sejam, como na passagem que favorece várias propriedades;
- b) privação do proprietário no uso e gozo de seu bem e, por isso, não pode recair sobre prédio do próprio titular;
- c) só podem ser instituídos sobre bens imóveis e sobre uma servidão não se pode constituir outra: a servidão é inalienável;
- d) é instituído em benefício de um prédio e não de uma pessoa, ela serve a coisa e não ao dono;
- e) é perpétua e não se presume;
- f) não constituem servidão atos de mera tolerância, como o trânsito tolerado por cortesia.

Classificação das servidões:

- a) rústicas: aquelas localizadas fora do perímetro urbano e servem
 - para tirar água de poço ou de cisterna do vizinho (servidão de água);
 - para transitar (servidão de passagem);
 - para conduzir o gado até o poço (servidão de bebedouro);
 - para pastagem do gado no terreno vizinho;
 - para caçar em propriedade alheia;
 - para extrair areia ou pedras.
- b) urbanas: que serve para a utilidade de prédios edificados e servem
 - para permitir o escoamento de água do terreno para o do vizinho;
 - para não criar obstáculo à entrada de luz no prédio dominante;
 - para permitir que se abra janela na parede para obtenção de luz;
 - para gozar da vista da janela ou do terraço de sua casa;
 - para não construir prédio até certa altura.

Todas elas podem ser, ainda:

- c) contínuas: quando existem independente de ato humano direto, embora seu exercício possa ser interrompido como p. ex. servidão de passagem de água, de iluminação, ventilação ou energia elétrica;
- d) descontínuas: quando seu exercício requer ação humana como p. ex. transitar, tirar água, pastagem...
- e) positivas: o proprietário do prédio dominante tem direito a uma utilidade do serviente, podendo praticar os atos necessários a esse fim;
- f) negativas: o proprietário do prédio serviente abstém-se de certa conduta que poderia livremente praticar não fosse a servidão;
- g) ativas: direito do dono do prédio dominante;
- h) passivas: dever ou encargo do prédio serviente;
- i) aparentes: quando se mostram por obras ou sinais exteriores;
- j) não aparentes: as que não se revelam externamente.

As servidões podem ser ainda quanto à sua origem:

- a) legais: que nascem por imposição legal podendo ou não (já que pode haver composição) ser determinadas por sentenças judiciais (CPC art. 979, II e 980, § 2º, III);
- b) naturais: como as águas, que decorrem dada a situação geográfica do imóvel;
- c) convencionais: que decorrem da vontade das partes ↓
 - por ato jurídico registrado.
 - pelo usucapião, nas servidões aparentes.

Extingue-se a servidão (CC art. 1388) pela renúncia, gratuita ou onerosa e, sendo onerosa tem o nome técnico de resgate (CC art. 1388, I e III); pela confusão, que é a reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa (CC art. 1389, I), ou pela supressão de obras.

11.3. Usufruto: CC arts. 1390 a 1411

Art. 1.390. O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

Direito real conferido a alguém a quem se atribui o direito de fruir temporariamente as utilidades de coisa alheia, móvel ou imóvel, permitindo a retirada dos frutos (naturais, industriais ou civis) e utilidades que a coisa produz, sem alterar-lhe a substância.

O dono fica apenas com o direito abstrato de propriedade, sendo por isso chamado de nu-proprietário, o beneficiário é o usufrutuário. O nu-proprietário pode dispor da coisa, mas o usufrutuário é quem, exercendo a posse direta, pode usar e gozar dela.

Tem o nome de quase usufruto ou usufruto impróprio aquele que recai sobre coisas fungíveis ou consumíveis. Mas Maria Helena Diniz afirma que não há usufruto de bens fungíveis ou consumíveis porque o usufrutuário deve conservar a substância da coisa para o nu-proprietário, o que teríamos, na verdade, é um contrato de mútuo (ver § 1º do art. 1392).

Pode recair o usufruto sobre:

- a) bens imóveis: tanto por ato *inter vivos* como *causa mortis* deverá ser registrado no cartório de imóveis para ter efeito *erga omnes* (CC., art. 1391) e se estende aos acessórios da coisa e seus acrescidos (CC., art. 1392, §§ 2º e 3º)
- b) sobre um patrimônio: pode instituir-se usufruto sobre o todo ou parte de um patrimônio o que ocorre com mais freqüência no direito hereditário quando o testador grava, p. ex. parte do patrimônio com esse ônus. (CC., 1405)
- c) sobre direitos, desde que transmissíveis, como p. ex. usufruto de créditos e valores representados por títulos endossáveis, são representados, na sua maioria por frutos civis.

Características do usufruto:

- a) é um direito real sobre coisa alheia;
- b) é temporário na medida em que não pode exceder a vida do usufrutuário (CC. art 1410, I) ou ao prazo de 30 anos (CC., 1410, III) se aquele for pessoa jurídica, e por isso pode estar sujeito a condição resolutiva ou a termo;
- c) a alienação do direito é vedada, mas é permitida a cessão de seu exercício (CC. art. 1393), assim o usufrutuário pode alugar a coisa, arrendá-la, por exemplo, sem necessidade de autorização do nu-proprietário;
- d) é um direito impenhorável mas o seu exercício não o e, ou seja, recai penhora não sobre o direito mas sobre a percepção dos frutos ou utilidade da coisa.

Espécies de usufruto

a) Quanto à origem:

⇒ legal: quando for instituído por lei em benefício de certas pessoas como, por exemplo, o usufruto do pai ou da mãe sobre os bens dos filhos menores (CC art. 1689, I); o do cônjuge sobre os bens do outro, quando lhe competir tal direito (CC art. 1689, I)

⇒ convencional: ocorrerá quando o direito real de usar e doar tal coisa decorra de ato *inter vivos* ou *mortis causa*. Ele possui duas formas:

→ a alienação: a que decorre de ato *inter vivos* ou *mortis causa*; e

→ a retenção: quando o dono do bem, por contrato, cede a nua propriedade e reserva para si o usufruto.

b) Quanto ao objeto:

⇒ próprio: quando recai sobre coisas inconsumíveis e infungíveis;

⇒ impróprio: quando recai sobre coisas consumíveis e fungíveis;

c) Quanto à sua extensão:

⇒ universal: quando recai sobre uma universalidade de bens, um patrimônio;

⇒ particular: quando tem por objeto uma ou várias coisas determinadas;

⇒ pleno quando abranger todos os frutos e utilidades sem exceções;

⇒ restrito quando houver restrições.

d) Quanto à sua duração:

⇒ temporário: quando subordinado a termo;

⇒ vitalício: quando condicionado à morte do usufrutuário;

⇒ sucessivo: quando instituído em favor de alguém, para que depois de sua morte se transfira a terceiro. Não existe essa modalidade visto que a nova lei diz que se extingue com a morte e impõe prazo de 30 anos.

⇒ mas existe ainda o usufruto simultâneo, que é tido por mais de uma pessoa, e que pode assumir as diversas facetas acima explicadas.

Extingue-se o usufruto (CC., art. 1410) pela morte do usufrutuário, pelo termo de sua duração, pela cessação da causa que o originou, pela destruição da coisa, pela consolidação (quando a mesma pessoa passa a ser o usufrutuário e o proprietário), pelo usucapião, por culpa do usufrutuário, quando tenta alienar deteriora ou deixa arruinar os bens, pela renúncia, etc.

11.4. Uso: CC arts. 1412 e 1413

Direito real de gozo ou fruição, que atribui a seu titular apenas o uso da coisa alheia, sem direito à administração e aos frutos, exceto daquilo que seja necessário ao consumo pessoal e da

família. Aplica-se ao uso as regras relativas ao usufruto, no que for cabível. O uso pode ser chamado de usufruto em miniatura.

11.5. Habitação: CC arts. 1414 a 1416

O direito real de habitação restringe-se ao direito de morar em determinado prédio alheio. A lei dá esse direito, por exemplo, ao cônjuge sobrevivente sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto durar a viuvez, se o regime era o da comunhão universal, desde que seja o único bem imóvel deixado pelo cônjuge falecido.

11.6. Superfície: CC arts. 1369 a 1377

É o direito real pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado, gratuita ou onerosamente, o direito de construir ou plantar em seu terreno por escritura registrada do Cartório de Imóveis.

12. DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA SOBRE COISAS ALHEIAS (CC. art. 1419 e ss)

O direito real de garantia é aquele que confere ao seu titular o poder de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação, colocando o credor a salvo da insolvência do devedor, através de um crédito preferencial.

Características:

- a) nos direitos reais de garantia há vinculação de certo bem do devedor para pagamento de um débito, sem que o credor possa dele usar e gozar, mesmo quando retém o objeto em seu poder (penhor), e qualquer rendimento desse bem é destinado exclusivamente ao pagamento da dívida (anticrese);
- b) os direitos reais de garantia são acessórios pois pressupõem a existência de um direito de crédito;
- c) os direitos reais de garantia visam a obtenção de certa soma em dinheiro, mediante sua alienação, estando ligados ao valor da coisa e não a ela em si.

Advertências legais subjetivas:

- a) só o proprietário pode dar a coisa em garantia;
- b) absolutamente ou relativamente capazes podem dar bem em garantia se assistidos ou representados;
- c) marido ou mulher, exceto na separação de bens, não podem isoladamente dar bem em garantia (CC., art. 1647, I);
- d) ascendente não pode (CC., art. 496) alienar bens sem consentimento dos descendentes - mas aqui há divergências pelo poder de dispor que tem o proprietário devendo-se interpretar o artigo restritivamente;
- e) inventariante só pode dar garantia quando houver licença judicial;
- f) no condomínio é preciso do consentimento de todos (CC., art. 1420, § 2º e 1314), mas no condomínio de apartamentos a parte exclusiva do condômino pode ser por ele dada em garantia;
- g) só os bens que se podem alienar podem ser objeto de garantia;
- h) para ter efeito *erga omnes* é preciso conferir especialização e publicidade ao ato;
- i) as formalidades devem seguir de acordo com o CC. art. 1424

Efeitos dos direitos reais de garantia:

- a) separar do patrimônio do devedor um bem para o adimplemento de uma obrigação;
- b) atribuir ao credor o direito de preferência no recebimento de seu crédito;
- c) direito à execução da coisa hipotecada ou penhorada;
- d) direito de seqüela: buscar a coisa na mão de quem quer que seja que ela se encontre;

Causas de vencimento antecipado de uma obrigação:

- a) desvalorização econômica ou deterioração do objeto;
- b) falência ou insolvência do devedor;
- c) falta de pontualidade no pagamento de prestações;
- d) perecimento do objeto dado em garantia que não for substituído;
- e) desapropriação do bem dado em garantia.

Tanto no penhor como na hipoteca, o devedor oferece ao credor, como garantia, um determinado bem, sobre o qual o credor terá preferência em relação a todos os outros credores, para ser pago com o produto da venda judicial deste bem, em caso de inadimplemento de uma obrigação.

No penhor, em regra, a garantia será dada em bens móveis, e na hipoteca, em regra, a garantia será dada em bens imóveis (inclusive de navios e aviões que são bens imóveis *sui generis*). Ambos são contratos acessórios, porque servem de garantia para outro, que é o principal. Ambos são contratos formais, pois o penhor exige pelo menos escrito particular e a hipoteca, em regra, escritura

pública. Excepcionalmente o penhor e a hipoteca podem ser constituídos no corpo de certos títulos de crédito.

No penhor, em regra, o objeto deve ser entregue ao credor (tradição), e na hipoteca deve o contrato ser inscrito no registro de imóveis. Há exceções, porém, como o penhor rural, que grava culturas agrícolas, ou o penhor industrial, que recai sobre máquinas e aparelhos utilizados na indústria. Nestes casos dispensa-se a tradição, continuando os bens na posse do devedor, que assume então a qualidade de depositário.

O penhor e a hipoteca existem, às vezes, independentemente de convenção das partes, determinando diretamente a lei o penhor legal ou a hipoteca legal, com o fim de melhor assegurar o pagamento preferencial de certas dívidas.

12.1. Penhor: CC. art. 1431 e ss.

Consiste na tradição da coisa móvel ou imobilizável, suscetível de alienação, pelo devedor ou credor, com o fim de garantir o pagamento de um débito.

Existem basicamente 7 tipos de penhor:

1. Penhor legal: CC., arts. 1467 a 1471, CPC., arts 874 a 876, CP art 176;
2. Penhor rural: CC. 1442 a 1446 (agrícola ou pecuário);
3. Penhor industrial: CC., art 1447, 1431, § único e 1448 a 1450;
4. Penhor mercantil: CC., arts 1447 a 1450
5. Penhor de direitos: CC., arts 1451 a 1457
6. Penhor de títulos de crédito: CC., arts 1458 a 1460
7. Penhor de veículos: CC., arts 1461 e 1466.

Credores pignoratícios são aqueles que têm penhor legal sobre certos bens independentemente de contrato expresso (CC., art. 1467). Seus direitos estão previstos no CC. art. 1.433.

Em cada um dos casos do art. 1.467, o credor poderá tomar em garantia um ou mais objetos até o valor da dívida. Os credores, compreendidos no art. 1.467, podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora, dando aos devedores comprovante dos bens de que se apossarem, mas, tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial que se faz via de ação cautelar, pois, do contrário estaríamos diante de uma autotutela, o que não seria permitido.

12.2. Hipoteca: (CC art. 1473)

Incide sobre um imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou terceiro. A posse do bem hipotecado permanece com o devedor, ficando o credor com o direito de pagar-se preferencialmente, promovendo a venda judicial do bem hipotecado, em caso de inadimplência. É direito real de garantia de natureza civil que exige a presença de dois sujeitos, onde o devedor permanece com a posse do bem.

O CC., art. 1.473. diz que podem ser objeto de hipoteca os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; o domínio direto; o domínio útil; as estradas de ferro; os recursos naturais a que se refere o art. 1.230; os navios; as aeronaves.

A hipoteca pode ser:

- a) legal: instituída por lei ou em razão de sentença;
- b) convencional: estabelecida pelas partes na presença de testemunhas, por escritura pública e posterior inscrição;
- c) judicial: estabelecida pela lei para garantir o cumprimento de decisões judiciais (CC., art. 824 e CPC., art. 466); e
- d) celular: estabelecida no corpo de certos títulos, como a cédula de crédito industrial/rural.

A hipoteca deve ser registrada no Registro de Imóveis. Extinta a hipoteca, por um dos meios previstos no art. 1499, como pagamento ou renúncia, será averbado o seu cancelamento, pelo oficial do registro, a vista da respectiva prova ou a requerimento de ambas as partes (CC., art. 1500; e art. 167, II da LRP).

OBS.: Penhor não se confunde com penhora. O penhor é um instituto de direito civil, um direito real de garantia, consistente na entrega de coisa móvel, em garantia de uma obrigação. A penhora é um instituto de direito processual consistente no "ato pelo qual são apreendidos e depositados tantos bens do executado quantos bastem para a segurança da execução, ou, em outras palavras, "na apreensão dos bens do executado, por parte do órgão do Poder Judiciário.

12.3. Anticrese: (CC. art. 1506)

Aqui o devedor entrega um imóvel ao credor, cedendo-lhe o direito de auferir os frutos e rendimentos desse imóvel, até atingir o montante da dívida a ser paga. O próprio credor anticrético paga-se com o rendimento do imóvel. Só que o imóvel pertence ao devedor.

"Destingue-se a anticrese da hipoteca e do penhor, por inexistir, no caso, qualquer direito à venda do imóvel para obter o pagamento da dívida. O direito existente é de retenção e de fruição; é de reter para fruir os rendimentos até a completa amortização da dívida."

12.4. Alienação fiduciária: CC. arts. 1361 a 1368

Foi introduzida no direito brasileiro pelo art. 66 da lei 4728/66 e é também regulada pelo Dec. Lei 911/69.

A Alienação Fiduciária não é contrato bancário porque pode ser feito por qualquer pessoa. Mas é, via de regra, sempre relacionada a um contrato de mútuo, em que o mutuário é o fiduciante e o mutuante é o fiduciário. O fiduciário-mutuante tem a posse indireta do bem e a propriedade resolúvel. O fiduciante-mutuário tem a posse direta do bem e é depositário do bem alienado.

Alienação fiduciária é o contrato pelo qual o fiduciante aliena um bem do seu patrimônio ao fiduciário, o qual se obriga a restituir o mesmo bem àquele nas hipóteses previstas em contrato. Atualmente não tem qualquer utilidade quando isolado: é sempre contrato meio (contrato acessório).

Quem, ao nosso ver, melhor enfrentou a problemática da alienação fiduciária dentro do novo código civil foi Otto Steiner Júnior em palestra proferida em 09/11/2002, no seminário "O Novo Código Civil e o Sistema Financeiro Nacional".

De fato assiste razão a quem afirme que a propriedade fiduciária foi incluída em local equivocado no novo código (na parte da propriedade resolúvel). Entendemos, concordando com o palestrante, que seria melhor inserir a matéria dentro do título que trata dos direitos reais de garantia, ainda que seja a alienação uma garantia real *sui generis*.

"Esta questão ganha relevo quando o próprio Artigo 1.361, fala em transferência com escopo de garantia. Não é demais ressaltar também que, com uma única exceção (art. 1365), todo o texto relativo ao assunto refere-se a Credor e Devedor. Em síntese, sob a Denominação de Propriedade Fiduciária o Código na realidade regulamente a Garantia Fiduciária, que é como deve ser corretamente nomeada." E Otto Steiner Júnior, em trechos de sua palestra, ainda alerta:

"Trata-se de instituto de formação complexa, ao qual são aplicáveis, além das regras próprias, as regras gerais do Direito das Obrigações (Livro I), especialmente a disciplina dos contratos. Aí se inclui, além das regras relativas ao mútuo e ao depósito (este último inexistente nos casos de garantia incidente sobre bens fungíveis, direitos e imóveis), os novos institutos da função social do contrato, da lesão, da onerosidade excessiva e, também do contrato de adesão, incluídos no novo estatuto. Isso sem falar, evidentemente nas normas da legislação especial já existentes: consumidor, mercado de capitais, etc..."

Com a inclusão da Garantia Fiduciária no Novo Código Civil a legislação até então existente (Lei 4728/65 e Dec. Lei 413/67), foi parcialmente revogada. Na realidade ocorreu a incorporação ao Código, com algumas alterações formais (relativas mais a parte obrigacional do que a real), do conteúdo do Decreto lei 911/69. As alterações mais importantes dentro do instituto, segundo o mesmo autor, são as seguintes:

"A primeira grande alteração diz respeito ao registro do Contrato que serve de suporte à Garantia (escrito, por exigência legal). Exige o novo estatuto o registro do contrato no domicílio do devedor, não mais para ter eficácia *erga omnes*, como disciplinado pelo parágrafo 1, do artigo 66, da Lei 4.728 (com a redação do Dec. Lei 911/69), mas agora como condição de validade **(EXISTENCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO)**, inclusive entre as partes".

....

"O registro apenas na véspera da medida judicial (como atualmente é feito), pode tornar a garantia insubsistente (já que é constitutivo). A demonstração por parte do devedor da alienação ou deterioração do bem antes do registro nulifica a garantia (na realidade é inexistente), por incidir sobre bem inexistente. Esta hipótese levará inevitavelmente à carência da Ação de Busca e Apreensão".

12.5. Direito real de aquisição: CC. arts. 1417 e 1418

Consiste no compromisso ou na promessa de compra e venda que, registrado, confere esse direito real de adquirir a coisa de outrem caso cumpra o alienante sua parte na prestação e o vendedor não queira transferir o domínio. A compra e venda será melhor estudada dentro do direito das obrigações.

V. DIREITO DE FAMÍLIA

1. CONCEITO

Para Clóvis Beviláqua o direito de família é *"o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência"*.

E o ramo do direito civil, portanto, concernente às relações entre pessoas, unidas pelo matrimônio, pela união estável ou parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial (tutela e curatela).

Dentro do direito de família prevalecem as normas cogentes de ordem pública porém é matéria de direito privado (teoria privatista): o fato de ser regido por normas cogentes não significa que o estado possa intervir nas famílias (CC. art. 1513).

O direito de família, em qualquer das suas partes, não tem conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que tange ao regime de bens do casamento, obrigação alimentar, usufruto dos pais sobre bens dos filhos menores, administração dos bens dos incapazes e etc.

As características das normas de direito de família são:

- a) ausência de homogeneidade: não existem traços homogêneos entre as normas de direito de família, estão todas esparsas, as patrimoniais de um lado, as pessoais de outro, as de direito real, as obrigacionais, o pátrio poder, a adoção, e assim vai.
- b) na sua maioria elas se subtraem aos seus sujeitos, ou seja, em regra tratam-se de normas cogentes (revelam-se por direitos-deveres).
- c) são irrenunciáveis: exceto na adoção que pode haver transferência.
- d) são intransmissíveis
- e) não admitem condição ou termo.
- f) são imprescritíveis, mas são sujeitas à decadência por tratarem-se de direitos potestativos.

1.1. Divisão do direito de família:

O direito de família é um conjunto de normas entre pessoas através do vínculo gerado por casamento (direito matrimonial), união estável (direito convivencial), parentesco, afinamento e adoção (direito parental), e guarda, tutela e curatela (direito assistencial), previstos entre os arts. 1511 a 1783 do NCC.

1.2. Objeto do direito de família

Maria Helena Diniz aponta três acepções para a palavra família que designam três sentidos para a sua compreensão: sentido amplíssimo, acepção lata e acepção restrita. O direito de família no sentido amplíssimo abrangeria todos aqueles que estiverem ligados pela consangüinidade ou pela afinidade (CC. arts. 1412, § 2º e Lei n. 1711/52 art. 241). Na acepção lata compreenderia os cônjuges e seus filhos bem como os parentes, afins ou naturais (CC. arts. 1591 e ss., Dec-Lei 3200/41 e Lei 883/49). Em sentido restrito abrangeria apenas os cônjuges ou conviventes e seus filhos (CC. arts 1567 e 1716), ou a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes (CF. 226, §§ 3º 4º).

A CF e o CC reconheceram como família aquela decorrente de matrimônio (CF., art. 226, §§ 1º e 2º) e aquela decorrente de entidade familiar não só a decorrente de união estável, como também, a comunidade monoparental (CF. art. 226, §§ 3º e 4º).

Com base nessas acepções a lei emprega a palavra família valendo-se de quatro critérios:

- a) critério sucessório: designação da palavra família que abrange aqueles que herdaram entre si (CC. arts. 1790, 1829, IV, 1839 a 1843)
- b) critério alimentar: ascendentes, descendentes e irmãos (CC. arts. 1694, 1697)
- c) critério da autoridade: família restrita aos pais e filhos.
- d) critério fiscal: para efeito de IR a família restringe-se aos cônjuges, filhos menores, maiores, inválidos ou que freqüentam universidades às custas dos pais, até a idade de 24 anos, filhas solteiras e

ascendentes inválidos que vivam sob a dependência do contribuinte, filho ilegítimo que não reside com o contribuinte, se pensionado em razão de sentença.

e) critério previdenciário: a família, nesse caso, compreende o casal, os filhos até os 18 anos, as filhas solteiras e a companheira do trabalhador.

Sentido técnico: família é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob o mesmo comando.

A família, assim, pode ser aquela entidade baseada no casamento (matrimonial), ou de relações extraconjugais (não-matrimonial) e, ainda, adotiva.⁷¹

1.3. Princípios do direito de família

Os principais pontos abordados pelo novo Código são:

- a) Consagração da igualdade absoluta dos cônjuges.
- b) Consagração da igualdade absoluta dos filhos.
- c) Reconhecimento da "União Estável" como entidade familiar.

Dentro dessa ordem cumpre ressaltar seus princípios norteadores:

- a) princípio da ratio do matrimônio ou da união estável: fundamento básico da vida conjugal e do companheirismo é a afeição entre os consortes que só pode ser rompida pela separação judicial ou pelo divórcio (CF. art. 226, § 6º; CC. arts. 1511, 1571 e 1582)
- b) princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges: desaparece o poder marital e a família passa a ser decidida pelo homem e pela mulher, que passam a ter os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF. 226, § 5º; CC. arts. 1511, 1565 a 1570, 1631, 1634, 1643, 1647, 1650, 1651 e 1724)
- c) princípio da igualdade jurídica entre os filhos: nenhuma distinção se faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos (CF. art. 227, § 6º, CC. arts. 1596 a 1629)
- d) princípio do pluralismo familiar: que é o reconhecimento da família em sua multiplicidade de formas, ou seja, o casamento, a união estável e a família monoparental.
- e) princípio da consagração do poder familiar: substituindo o marital e o paterno, considera-se o poder familiar um *poder-dever* (CC. art. 1630 a 1638)
- f) princípio da liberdade: quer seja no âmbito do planejamento familiar, na formação da comunhão de vida, no modelo de educação a ser adotado pelas pais sem qualquer restrição ou imposição e no regime de bens.
- g) princípio do respeito à dignidade da pessoa humana: CF., art. 1º, III, 226, § 7º

1.4. O direito de família em outros ramos do direito

No direito Civil:

- a) obrigações: CC. arts. 1647, 544, 546, 550, 551, parágrafo único, 496 e 932, I e II;
- b) coisas: CC. art. 1489
- c) sucessões: CC. art. 1829.

No direito público:

- a) constitucional: CF. arts. 205 a 214, 226 a 230;
- b) tributário: isenção para cônjuge, prole e dependentes;
- c) administrativo: a união de cônjuges é matéria de preferência para remoção;
- d) previdenciário: pensões alimentícias a que têm direitos viúvos, filhos e dependentes.
- e) processual: CPC. arts. 135 a 138 e 787, 4405 c/c 228 do CC; CPP, arts. 254, 255 e 258;
- f) penal: CP., arts. 235 a 246; 247 e 249

2. Do casamento.

Casamento "é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família".

É um contrato, vinculado a normas de ordem pública, que tem por fim criar a família, promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

Tem como finalidades:

- a) a formação da família matrimonial: CC. art. 1513,
- b) a faculdade na geração e a criação de filhos: CF., art. 226, § 7°.
- c) legalização das relações sexuais entre os cônjuges;
- d) prestação de auxílio mútuo, e estabelecimento ou não de deveres patrimoniais
- e) educação dos filhos: CC. art. 1634 e ECA, art. 22
- f) atribuição de nome ao cônjuge: CC. art. 1565, § 1°

2.1. Natureza jurídica.

Para a corrente contratualista, originária do direito canônico, o casamento é um contrato civil, regido pelas normas comuns dos contratos. Todavia, dados os seus efeitos especiais, há civilistas que o vêem como um contrato especial ou *sui generis*.

A concepção institucionalista vê no casamento um estado em que os nubentes ingressam. Consideram que o casamento é uma grande instituição social, que surge e reflete a vontade dos nubentes dentro de alguns parâmetros preestabelecidos pela lei - os nubentes aderem (não como num contrato de adesão), mas ao instituto e suas regras.

A corrente mista entende ser o casamento um ato complexo, ou seja, é um contrato (na sua formação) mas, também, instituto (no seu conteúdo). Maria Helena Diniz firma-se à corrente institucionalista⁷² por diversas razões: o contrato é especulativo, o matrimônio um consórcio; o contrato rege-se pela igualdade, a instituição pela disciplina; o contrato é uma relação (subjéctiva) *intra partes* (de cunho obrigacional) que se extingue com o pagamento, a instituição se impõe também a terceiros e é feita para durar dentro de relações objetivas e estatutárias.

2.2. Características e princípios do casamento.

São características e princípios do casamento

- a) a liberdade de escolha do nubente (desde que de sexo oposto);
- b) a solenidade do ato nupcial;
- c) a existência de leis de ordem pública;
- d) união permanente: durabilidade;
- e) união exclusiva (monogamia) e fidelidade: CC. arts. 1521, VI, 1548, II, 1566, I e CP, art. 235 e 240;
- f) comunhão indivisa: CC. art. 1511

2.3. Esponsais ou promessa de casamento

O casamento é precedido, em regra, do noivado, esponsais ou promessa recíproca, que fazem um homem e uma mulher, de futuramente casarem. Seria um compromisso de casamento entre pessoas desimpedidas.

A grande maioria afirma que essa promessa não cria nenhum tipo de vínculo entre os noivos e suas famílias tendo, apenas, o condão de acarretar uma responsabilidade extracontratual, gerando indenização pela ruptura injustificada - pesando o fato de que a perspectiva de casamento fez tal ou qual pretendente a efetuar despesas com vistas a esse fim. A obrigação de reparação, nesse caso, assenta-se na regra do art. 186 do NCC. Mas para que exista tal responsabilidade é preciso o preenchimento de certos requisitos:

- a) que a promessa de casamento tenha sido feita livremente pelos noivos, e não pelos pais, independente de escritura pública ou particular, permitindo-se sua caracterização por qualquer meio de prova em direito admitido.
- b) que tenha havido a recusa de cumprir a promessa esponsalícia por parte do noivo e não dos pais (de forma clara e expressa ou tácita);
- c) que haja ausência de motivo justo, pois se não houvesse culpa não haveria responsabilidade; a culpa pode ser:
 - ⇒ grave: erro essencial, infidelidade, servícia, injúria grave ou abandono,
 - ⇒ leve (prodigalidade, condenação por crime desonroso, situação econômica ou social diversa da apresentada, aversão ao trabalho, falta de honestidade, excessiva irritabilidade e etc.); e
 - ⇒ levíssima: mudança de religião, grave enfermidade, ruína econômica que arrisque a estabilidade matrimonial e impedimentos ignorados pelos noivos.
- d) existência de dano, quer sejam eles advindos das repercussões psicológicas, pecuniárias ou morais que a ruptura causar.

OBS.: o desfazimento acarreta na devolução dos presentes trocados, das fotos, cartas e retratos e a indenização de todo e qualquer dano causado pelo culpado

2.4. Condições de existência, regularidade e validade do casamento:

As condições indispensáveis à existência jurídica do casamento são:

- a) a necessidade de sexo oposto: CC. art. 1514;
- b) o atendimento aos requisitos da celebração (CC. arts. 1533 a 1535)
- c) o consentimento dos nubentes sem existência de vícios.

Sem o atendimento desses requisitos o casamento é dito inexistente, e no âmbito matrimonial isso acarreta diversas conseqüências, a saber:

- a) enquanto que para a ação de nulidade de casamento a norma exige processo ordinário, para o matrimônio inexistente não se faz necessária tal ação, bastando que o interessado requeira ao juiz que examine o título e a situação fática, pronunciando-se, sumariamente, em simples despacho (visto não se tratar de ação, mas de mera diligência com fim exclusivamente declaratório);
- b) enquanto que o casamento nulo ou anulável possa ser declarado putativo se contraído de boa-fé (CC, art. 1561), aquele que é tido como inexistente não pode comportar declaração de putatividade;
- c) quando o casamento é inexistente os pseudocônjuges podem convolar novas núpcias sem fazer anular a precedente, dado que inexistente;

OBS.: Nem todos esposam esse entendimento, alguns acreditam que basta a teoria das nulidades para a solução dessas questões posto que afastam o preconceito de que não há nulidade sem texto.

2.4.1. Condições necessárias à validade do ato nupcial

I - Condições naturais de aptidão física e intelectual

1. De aptidão física:

- a) puberdade: como é impossível determiná-la com precisão a norma estabelece um limite de idade de 16 anos (CC. art. 1550, I), ao qual se atribui a presunção de estarem as pessoas aptas para procriar, de forma que se proíbe o casamento de menores de 16 anos, salvo se desse casamento resultar gravidez (CC. art. 1551), ou deva ocorrer para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal (CC. art. 1520)
- b) potência: apesar de não haver qualquer restrição ao casamento de pessoas idosas ou à beira da morte e inaptas à prática de relações sexuais entende-se que, normalmente, os nubentes sejam capazes de efetivar a conjunção carnal, admitindo-se anulação do casamento nos casos de impotência *coeundi* (CC. art. 1557, III).
- c) sanidade física: a existência de doença contagiosa ou transmissível, anterior ao matrimônio, constitui erro essencial⁷⁵ (CC. art. 1557, III).

O exame pré-nupcial não é documento exigido para a habilitação do casamento, salvo para os parentes colaterais do terceiro grau⁷⁶.

2. De aptidão intelectual:

- a) grau de maturidade intelectual e sanidade mental (CC. arts. 1548, I e 1557, IV) que possibilite a compreensão, pelos nubentes, do ato e das responsabilidades que estão a assumir.
- b) consentimento íntegro⁷⁷, isento de vícios, anulando-se pois, o casamento tido em erro (CC. art. 1557) e a coação (CC. art. 1558): ainda CC. arts. 1550, III, 1556, e 1559.

II - Condições de ordem social e moral.

1. De ordem social:

- a) repressão à bigamia: CC. arts. 1521, VI e 1548, II;
- b) prazo de viuvez: CC. art. 1523, I e II
- c) idade militar⁷⁹: Dec-Lei 9698/46 arts. 101 a 106
- d) casamento de funcionários diplomáticos⁸⁰: Lei 3917/61, art. 36
- e) tutela e curatela nos casos do art. 1523, IV

2. De ordem moral:

- a) proibição de casamento em virtude de parentesco ou de afinidade: CC art. 1521, I a V;
- b) proibição de matrimônio por homicídio ou tentativa de: CC. art. 1521, VII e 1548, II;
- c) consentimento do ascendente ou representante legal para o menor: CC arts. 1517 e 1550, II, com a possibilidade de o juiz suprir a denegação injusta do consentimento (CC. art. 1519)

Precedem o casamento várias formalidades, efetuadas no processo de habilitação de casamento, em que se dá publicidade ao ato e se verifica a existência de eventuais impedimentos (art. 1533 CC). Vamos a eles.

3. IMPEDIMENTOS E NULIDADES

Considera-se impedimento matrimonial a ausência de determinados requisitos ou a existência de qualidade que a lei prevê como condições de invalidade ou de proibição de casamento.

Não se pode confundir o impedimento matrimonial com a incapacidade para contrair o matrimônio. Naquele caso o impedido não é incapaz, a incapacidade é relativa à vontade e à idade núbil. A incapacidade é geral, o impedimento, circunstancial. No impedimento há uma circunstância que atinge uma pessoa em relação a outra ou outras - aqui o pretendente está impedido de contrair núpcias com determinada pessoa, mas não é incapaz para o casamento.

E para que não se faça confusão o código civil trata assim da matéria relativa à capacidade nos arts. 1517 a 1520.

3.1. Impedimentos dirimentes públicos ou absolutos: CC. arts. 1521, I a VII

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

I. Impedimentos gerados pelo parentesco são aqueles decorrentes de:

- a) Consangüinidade: CC. art. 1521, I e IV; Dec. 3200/41 arts. 1º ao 3º. Para a prova de parentesco (CC art. 1593), admitem-se todos os meios permitidos em juízo, todavia, o documento hábil a comprovar sua inexistência ainda é o registro civil.
- b) Afinidade: (CC. art. 1521, II e Lei 6015/73 art. 59) Convém notar que, como o vínculo de afinidade não se extingue (CC. 1595, § 2º), jamais poderão casar sogro e nora, genro e sogra, padrasto e enteada, mesmo que dissolvida a união conjugal. Dissolvida a união, porém, permite o NCC (art. 1595, § 1º) que se case o cunhado com a ex-esposa/viúva de seu irmão e vice-versa, pois o código afirma que é somente a afinidade na linha reta que não se extingue e cunhados são afins na linha colateral.
- c) Adoção: (CC. art. 1521, I, III e V) Nos incisos I, III e V, o legislador quis enaltecer o respeito e a confiança que deve haver no seio da família. Assim não podem casar nem adotante com adotado já que o art. 1626 CC atribui ao adotado a condição de filho, desligando-o totalmente de sua família biológica, nem filho daquele com este e nem concubino daquele com este.

II. Impedimentos decorrentes de vínculo (CC. art. 1521, V, 1548, 1549, CP art. 235, CF., art. 226, § 6º, Lei 6515/77, art. 2º, parágrafo único) Esse impedimento deriva da proibição de bigamia, portanto, para que exista é imprescindível que o casamento anterior seja válido, de modo que para casar de novo precisará o pretendente apresentar ao oficial do registro a certidão de óbito do cônjuge anterior, ou o a sentença de divórcio. Também não constitui impedimento a existência de casamento religioso não inscrito (CC. art. 1515)

O antigo código proibia o consorte do ausente de casar-se novamente sem provar a morte daquele. É que a declaração de ausência tinha efeitos apenas sucessórios, todavia o NCC (art. 1571, § 1º) admite a dissolução no caso de morte presumida ou ficta.

III. Impedimento decorrente de crime (CC. art. 1521, VII) O Código de 1916 qualificava (art. 183, VII) como impedimento a condenação em crime de adultério. Hoje, não mais incide tal proibição dada a possibilidade de discriminalização do adultério, restando apenas o homicídio doloso como impedimento por crime.

OBS.: A celebração de casamento por infringência desses impedimentos acarreta a sua nulidade: CC. arts 1548, II e 1549

3.2. Impedimentos impeditivos suspensivos ou proibitivos: arts. 1523, 1524.

Esses impedimentos não desfazem o matrimônio, tão somente acarretam aplicação de sanções, dentre elas o regime da separação de bens (CC. 1641, I). Tais impedimentos são estabelecidos no interesse da prole do leito anterior e servem para impedir a confusão de patrimônios, na hipótese de casamentos posteriores (CC arts. 1523, I, III, e 1489, II) ou, ainda, evitar a *turbatio ou confusio sanguinis* (CC. arts. 1523, II e § único). Serve também para impedir o matrimônio de pessoas que estejam sob o poder de outrem (CC. art. 1523, IV).

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consangüíneos ou afins.

3.3. Impedimentos dirimentes privados ou relativos: CC. art. 1550.

São os impedimentos previstos nos incisos do art. 1550 que constam como causa de anulabilidade do casamento.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

3.4. Oposição dos impedimentos

A oposição é um ato praticado por certa pessoa legitimada, antes da realização do casamento, que leva ao conhecimento do oficial perante o qual processa-se a habilitação, ou do juiz que celebra a

solenidade, a existência de algum dos impedimentos previstos no CC., arts. 1521 e 1523 do código, entre as pessoas que pretendem convolar núpcias.

Com isso impossibilita-se a obtenção do certificado de habilitação (CC. arts. 1531, 1526 e 1527), adiando-se ou até impedindo o casamento de acontecer, todavia, se o oponente fizer a oposição de algum dos impedimentos de má-fé, poderá sofrer ação civil ou penal (CC. art. 1530, parágrafo único), além de indenizar o dano causado (CC. art. 186).

3.4.1. A invalidação do casamento

É nulo o casamento contraído (CC. art. 1548) pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; ou por infringência de impedimento. Essa ação pode ser movida por qualquer interessado ou, ainda, pelo MP.

No entanto serão anuláveis aqueles casamentos contraídos na forma do CC. art. 1550 e, nesse caso, observa-se que podem demandar a anulação do casamento o cônjuge prejudicado, o representante legal ou o ascendente (CC. art. 1552), mas vale lembrar que essas ações sujeitam-se à decadência nos termos do CC. arts. 1555, 1559 e 1560.

4. FORMALIDADES PRELIMINARES À PREPARAÇÃO DO CASAMENTO: CC. arts. 1525 a 1532.

Antes de tudo é preciso verificar se não estão presentes alguns dos impedimentos previstos nos CC. arts. 1521 a 1524. Todo o processo de habilitação para o matrimônio está previsto na Lei 6015/73, nos arts. 67 a 69 e tramita perante o Oficial do Registro Civil do domicílio dos noivos. Se os noivos forem residentes em lugares diversos ou residirem em diferentes distritos do local do seu Registro deverá a habilitação ser processada em todos os cartórios (Lei 6015/73, art. 67, § 4º), sob pena de nulidade relativa do ato (CC. arts. 1525, I, 1550, IV, 1560, II e 1554).

Autuada a petição com os documentos necessários o oficial do cartório de registro civil mandará afixar proclamas de casamento em lugar ostensivo de seu cartório e fará publica-los na imprensa local, se houver; em seguida, abrirá vista dos autos ao órgão do Ministério Público⁸³, para manifestar-se sobre o pedido e requerer o que for necessário à sua regularidade, podendo exigir a apresentação de atestado de residência, firmado por autoridade policial, ou qualquer outro elemento de convicção admitido em direito. (Lei 6015/73, art. 67, § 1º).

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

O processo de habilitação de pessoas que não têm 18 anos necessita juntada da prova da emancipação ou da anuência de seus pais ou tutores na forma do CC art. 1537. Em caso de divergência dos pais qualquer deles pode recorrer ao juiz (CC. arts. 1517, § único, 1631, 1632, 1633, 1728 e 1767, Lei 8.069/90, art. 148, § único, c).

III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

A testemunha para os assentos de registro deve satisfazer às condições exigidas pela lei civil, sendo admitido o parente, em qualquer grau, do registrado, devendo apresentar documento hábil dá sua identidade, do qual se fará, no assento, expressa menção (Lei 6.015/73, art. 42). Ainda assim, a simples afirmação de desconhecimento de impedimento pelas testemunhas é prova limitada já que pode ser obtida de favor.

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

Trata-se de um memorial que é escrito e assinado pelos nubentes conjunta ou separadamente. Se o exigir o MP deverão os contraentes juntar estado de residência firmado pela autoridade policial (CPC art. 742 c/c CPC 1218, IX).

V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

Este inciso tem por objetivo impedir o casamento de pessoa já casada, porém se o(s) pretendente(s) não for viúvo ou nunca foi casado não há como atendê-lo.

4.1. A celebração do casamento: CC. arts. 1533 a 1542.

Como se percebe o casamento reveste-se de um ato solene especial cuja publicidade é uma característica fundamental. Preenchidos todos os requisitos da habilitação o casamento celebrar-se-á no dia, hora e lugar determinados (geralmente pelos nubentes), perante a autoridade competente do lugar onde se processou a habilitação que é gratuita (CC. art. 1512). A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular⁸⁷ (CC. art. 1.534).

Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados" (CC. art. 1.535).

As formalidades essenciais da cerimônia nupcial são, então:

- a) requerimento à autoridade para designar dia, hora e local: CC. art. 1533;
- b) publicidade do ato nupcial: CC. art. 1534 e § único;
- c) presença real e simultânea dos contraentes: 1534, §§ 1º e 2º;
- d) declaração dos nubentes de que o casamento é tido por livre e espontânea vontade, sob pena de ser a cerimônia suspensa: CC. art. 1538, § único;
- e) presença da autoridade competente; e
- f) lavratura do assento do matrimônio no livro de registro: CC. art. 1536 c/c Lei 6015/73, art. 70.

4.2. Tipos de casamento:

I. Casamento civil comum.

Celebra-se o casamento perante o juiz de casamentos, com toda a publicidade, com as portas abertas na forma dos arts 1533 a 1542 do CC.

Em consonância com o estabelecido na Constituição Federal, em seu art. 226, § 2º, o art. 1.512 do projeto prevê que: "O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do civil, equipara-se a este, desde que inscrito em registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração".

A distinção que se faz, então, é que o código civil denomina casamento o ato civil e matrimônio o ato religioso. Vamos a ele.

II. Casamento religioso de efeitos civis: o matrimônio.

O art. 226, § 1º CF/88 diz que o casamento é civil e gratuita a sua celebração, acrescentando, no § 2º, que o religioso tem efeito civil, nos termos da lei. É, portanto, válida a celebração realizada perante ministro de qualquer confissão religiosa que não contrarie a ordem pública ou os bons costumes. Mas deve-se, também, inscrever o casamento religioso no Cartório de Registro Civil (Lei 1110/50 que regula o casamento religioso de efeitos civis). O casamento religioso de efeitos civis está disciplinado entre os arts. 71 e 75 da Lei n. 6015/73 e nos arts. 1515 e 1516 do CC.

O casamento religioso pode se dar de duas formas:

- a) com prévia habilitação no civil (CC. art. 1516, § 1º): ocasião em que deverão os nubentes, igualmente, além de se aterem aos requisitos dos arts. 1525, 1526, 1527 e 1531 solicitar certidão autorizando o ministro religioso a celebrar o casamento e deverá, pela autoridade eclesiástica ou qualquer interessado, requerer sua inscrição no registro civil, no prazo de 90 dias, sob pena de não se exteriorizarem os efeitos civis desse casamento.
- b) com habilitação posterior à celebração religiosa (CC., art. 1516, § 1º): teremos na verdade que, juntamente com a documentação exigida pelo art. 1525, deverão os consortes juntar, também, a certidão exarada pelo ministro religioso, no prazo de 90 dias (CC., art. 1532).

Se um dos nubentes falecer antes da inscrição do casamento religioso no registro civil tal fato não obsta a concessão dos efeitos civis ao casamento, salvo se qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil (CC. art. 1516, § 3º).

III. Casamento consular: CC. art. 1544.

O casamento de estrangeiros pode celebrar-se perante as autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes, no próprio consulado ou fora dele (art. 7º, § 2º da LICC). O cônsul estrangeiro só poderá celebrar essa cerimônia se os contraentes forem co-nacionais, cessando sua competência se um deles for de nacionalidade diversa, ou seja, é válido para o brasileiro no estrangeiro, diante de autoridade consular brasileira, observadas as seguintes regras:

Art. 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

IV. Casamento por procuração: RT 420/167;

É essencial para a celebração do casamento a presença real e simultânea dos contraentes, mas admite-se que o casamento seja celebrado na presença de um procurador especial, em casos excepcionais. O art. 1542, §§ 1º a 4º, permite que, se um dos nubentes não possa comparecer no ato nupcial, se celebre o matrimônio por procuração. Trata-se de um mandato que deve conter poderes especiais e, ainda, observar a forma pública, cuja validade restringe-se ao período de 90 dias ressalvada a preferência da Lei Brasileira no tocante ao regime de bens e impedimentos no caso do art. 7º, § 1º da LICC.

Como se trata de mandato, pode ser revogado a qualquer tempo até a realização do casamento e, nesse caso, convém citar os § 1º do CC. art. 1542:

§ 1º A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos.

Assim é que o CC. art. 1550, V, parágrafo único, diz que esse casamento será anulável no prazo de 180 dias contados da data em que o mandante souber do casamento (CC. art. 1560, § 2º)

O casamento por procuração não dispensa a cerimônia pública nem tampouco deixa de se fazer atenção àquelas formalidades essenciais preliminares ao casamento. Justifica-se tal procedimento apenas na medida em que um dos nubentes não possa estar no local indicado no dia e hora assinalados, quer seja em razão de exercício profissional noutro estado ou país ou outra justa causa, sendo, por óbvio, imprescindível a presença física de um dos nubentes.

V. Casamento nuncupativo ou *in extremis vitae momentis* ou *in articulo mortis*. (CC., arts. 1540 e 1541).

É aquele celebrado pelos próprios nubentes, na presença de seis testemunhas⁹⁰, quando um dos contratantes estiver em iminente risco de vida, ou sofrendo de moléstia grave não havendo mais tempo para a habilitação e celebração regular dentro das regras exigidas pelos CC. arts. 1533 e s., dispensando-se, inclusive, a publicação de editais (CC. art. 1527, § único).

Todavia, as testemunhas deverão comparecer perante a autoridade judicial mais próxima⁹¹, para pedir que se lhes tomem por termo as seguintes declarações: que foram convocadas por parte do enfermo; que este parecia em perigo de vida; mas em seu juízo; e que em sua presença declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher (CC. art. 1541, I, II e III).

Se alguma das testemunhas não comparecer a esse ato pode o interessado requerer sua intimação. Autuado o pedido e tomadas as declarações, procede-se às diligências necessárias para verificar se os contraentes poderiam ter se habilitado para o casamento, e se preencherem os requisitos ou não afrontarem nenhuma disposição legal, homologa-se o ato.

É, na verdade, um casamento subordinado à habilitação à posteriori e homologação judicial.

VI. Casamento putativo (CC., art. 1561 a 1564 e art. 14, parágrafo único L. Divórcio).

Putativo é o casamento nulo ou anulável que tenha sido contraído de boa-fé por pelo menos por um dos cônjuges. Produz os mesmos efeitos do casamento válido, em relação aos filhos e ao contraente de boa-fé. Se um só dos cônjuges estava de boa-fé, os efeitos do matrimônio só a ele e aos filhos aproveitam, perdendo o de má-fé todas as vantagens havidas do cônjuge inocente. A boa-fé nada mais é do que a ignorância da existência de impedimentos dirimentes à união conjugal.

A putatividade "consiste em assegurar ao cônjuge de boa-fé os efeitos do casamento válido, e entre estes se encontra o direito a alimentos, sem limitação de tempo". "Embora haja discrepância na

doutrina, o entendimento dominante na jurisprudência é no sentido de se assegurar pensão alimentar à mulher que casou de boa-fé⁹². Analogamente estende-se o mesmo entendimento ao homem.

VII. Conversão da união estável em casamento. (CC. art. 1726)

O CC art. 1.726 diz que "a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil." A Lei 9.278/96 permitia que o requerimento fosse feito ao oficial do registro civil, mas o novo código diz que o pedido deve dirigir-se ao juiz.

Ao invés de facilitar a conversão (CF. art. 226, § 3º) dificultou-se tal pedido ao exigir que seja feito perante autoridade judiciária. Alguns sugerem que seria mais fácil casar, no entanto, pode ser imprescindível para a fixação de datas de aquisição de direitos e deveres que uma sentença delimite a partir de que período o concubinato é experimentado.

O código, tentando-se adequar a CF. art. 226, § 3º, extingue o conceito de "casamento legítimo" para aceitar também a união estável como entidade familiar. No entanto cumpre ressaltar a diferença entre união estável e concubinato⁹³. No primeiro temos a união informal, existente há pelo menos cinco anos entre pessoas que não sejam impedidas legalmente de casar (a união com filhos será estável após três anos); o segundo, é tratado como uma relação adúltera, não gerando direitos para quaisquer dos concubinos. Portanto, a companheira ou o companheiro em união estável terá direito a herança - o que já é parcialmente permitido pela Lei nº 9.278, de 10/05/96 - ao passo que a concubina não terá.

4.3. Provas do casamento.

O casamento celebrado no Brasil se prova por dois modos:

a) provas diretas:

⇒ Certidão de registro (CC. art. 1543): é a chamada prova específica do casamento vez que, celebrado, deve ser, pelo oficial do registro civil, levado a termo no assento do livro de registro atendendo aos requisitos do CC. art. 1536 e da lei 6015/73, art. 70.

⇒ Provas supletórias: na impossibilidade de se provar documentalmente o casamento será admissível qualquer outro tipo de prova (CC. art. 1543, § único), como a certidão das proclamas, o passaporte, testemunhas do ato e documentos.

b) prova indireta: posse do estado de casado. (CC. art. 1545)

⇒ A posse do estado de casados é a situação em que pessoas de sexo oposto vivem notória e publicamente como marido e mulher, ou seja, "coabitando, apresentado-se juntos, nas relações públicas e privadas. Para isso é preciso atender a certos requisitos específicos:

→ *nomem*: a mulher deve usar o nome do marido;

→ *tractatus*: o casal deve tratar-se ostensivamente como casados;

→ *fama*: a sociedade deve reconhecer-lhes a condição de casados.

Não se trata de um casamento ou uma relação concubinária, vez que matrimônio não se presume. A posse do estado de casado tem o escopo de comprovar indiretamente o casamento de pessoas já falecidas, em benefício da prole, ante a impossibilidade de se obter prova direta.

Art. 1.545. O casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado.

Em litígio, para eliminar dúvidas entre as provas a favor ou contra o casamento deve-se inclinar pela sua existência (CC. art. 1546 e 1547; RT 197:219).

4.4. Efeitos jurídicos do casamento:

A exteriorização do casamento apresenta-se sob três aspectos principais:

4.4.1. Sociais: determinam a legitimação da família (CF, art. 226, §§ 1º e 2º). Pelo casamento são estabelecidos os vínculos de afinidade entre os cônjuges ou companheiros e seus parentes (CC. art. 1595, §§ 1º e 2º). O casamento implica, também, na emancipação do cônjuge menor e cria, ainda, o estado de casado (CC. art. 5º, § único, II)

4.4.2. Pessoais: são aqueles direitos e deveres próprios e recíprocos entre os cônjuges e dos pais em relação aos Filhos que não se permitem auferir valor econômico.

Em consonância com o estabelecido no art. 5º, inciso I da Constituição Federal que estabelece a igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, repetido no direito de família pelo art. 226, § 5º, o CC. (art. 1.509) diz que: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família legítima".

De acordo com o CC art. 1566, são direitos e deveres de ambos os cônjuges:

- a) fidelidade recíproca⁹⁴: CC. arts. 1600 e 1723, § 1º;
- b) vida em comum, no domicílio conjugal: CC. arts. 1511 e 1566, II, 1569, 1573, III e IV;
- c) mútua assistência: CC. art. 1573, III;
- d) sustento, guarda e educação dos filhos;
- e) respeito e consideração mútuos: CC. art. 1573, III.

Não há que se falar em poder marital, dever de obediência ou fragilidade de sexo. Vale notar que, com isso, a expressão pátrio poder dá lugar a expressão poder familiar (CC. arts. 1630 a 1638), a ser exercido igualmente pela mulher e pelo marido mantendo-se, assim, uma unidade diretiva nas deliberações dos assuntos domésticos podendo o juiz dirimir as dúvidas que porventura surgirem no exercício do poder familiar (CC. art. 1567, § único).

Cada cônjuge é responsável pelas conseqüências dos atos praticados no exercício regular do poder doméstico, por lhe competir, em princípio, o sustento da família já que devem concorrer para as despesas familiares. Assim é que pelos empréstimos ou dívidas contraídas por qualquer deles no benefício da economia doméstica responderão solidariamente ambos os cônjuges (CC. art. 1644), podendo o credor cobrar a dívida de qualquer deles.

Qualquer dos nubentes poderá, se quiser, adotar o sobrenome do outro ou manter o seu nome de solteiro enquanto casado (CC. art. 1565, § 1º). Note-se que o consorte não pode suprimir sobrenome seu ao adotar o do outro visto que a lei lhe faculta "acrescentar" ao seu o nome da família do outro. A fim de impedir que, alterando o nome, o consorte possa ludibriar terceiro será obrigatória a consignação da observação na certidão de casamento.⁹⁶

Antes do novo código a opção em fixar o domicílio cabia ao marido mas, atualmente qualquer dos consortes têm assegurado o direito de se opor a determinações abusivas do outro, recorrendo sempre, na divergência, à decisão judicial, pois por lei o domicílio conjugal deverá ser estabelecido por ambos (CC. art. 1569 e 1567, § único)

Como o art. 1642, VI autoriza que o cônjuge pratique qualquer ato não vedado expressamente por lei, podará cada um, sem autorização do outro, litigar em juízo cível ou comercial, como autor ou réu, exceto se a causa tiver conteúdo real (CPC, art. 10 e CC. art. 1647, II). E pode também propor ação de separação e divórcio; requerer a interdição do cônjuge (CC. art. 1768, II); promover a declaração de ausência de seu consorte (CC. arts. 22 e 27, I); reconhecer filho havido fora do casamento⁹⁷ (CC. art. 1607); praticar atos relativos à tutela e curatela; aceitar ou repudiar herança ou legado; aceitar mandato; ingressar reclamação trabalhista sem precisar estar assistido pelo outro; requerer seu alistamento na justiça eleitoral; na justiça criminal poderá exercer o direito de defesa sem anuência marital ou uxória.

4.4.2.1. Em relação aos filhos:

Com o surgimento da família marital surge o dever dos pais em sustentar, guardar e educar os filhos (CF. art. 226, § 7º, 229; CC. arts. 1566, IV e 1568 e Lei n. 8069, arts. 19 e 20 ECA). Incumbe a ambos essa tarefa de dirigir-lhes a educação nos termos do CC. art. 1634. Esse poder familiar só pode ser limitado a um cônjuge por determinação judicial (CC. arts. 1631, § único e 1690, § único).

4.4.3. Patrimoniais: dizem respeito à obrigação de sustento, ao regime de bens, aos atos que não podem ser praticados na ausência do cônjuge, e também, aos relativos ao direito sucessório.

4.4.3.1. Regime de Bens

O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar na data do casamento (CC. art. 1639, § 1º, RT 438/248, 566/61), e é o estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o casamento. O conjunto de normas que regula a parte patrimonial do casamento (um dos seus eleitos econômicos), que só termina com a sua respectiva dissolução ou alteração justificada.

Na habilitação de casamento podem os nubentes optar o que lhes aprouver quanto aos seus bens. Mas se nada convencionarem a respeito, vigorará o regime da comunhão parcial. O mesmo ocorre se a convenção não foi adequadamente formalizada, em pacto antenupcial, por escritura pública válida, na ocasião da habilitação (CC. art. 1640).

Os princípios próprios do regime de bens são:

- a) variedade de regimes: comunhão universal, comunhão parcial, separação e participação final dos aqüestos⁹⁸ (CC. arts. 1672 a 1686);

- b) liberdade de escolha dos pactos antenupciais: como no silêncio impera o regime da comunhão parcial qualquer outra estipulação específica que os nubentes pretenderem fazer deverá ser feita em pacto antenupcial (CC. arts 1639, 1640, parágrafo único e 1655, com exceção dos casos do art. 1641)
- c) mutabilidade do regime adotado,⁹⁹ desde que justificada tal necessidade (CC. art. 1639, § 2º). Essa é uma novidade do novo *codex* introduzida pela jurisprudência que já vinha permitindo, por exemplo, a participação do cônjuge no bem do outro, desde que provasse participação para tal.

4.4.3.2. Pacto antenupcial: (CC. arts. 1653 a 1657)

É o contrato solene feito por escritura pública, realizado antes do casamento, cuja eficácia subordina-se à sua celebração, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas durante o matrimônio. (CC. art. 1653). Se os nubentes não fizerem pacto antenupcial vigorará o regime de comunhão parcial (CC. art. 1640).

As características do pacto antenupcial são:

- a) escritura pública (ato solene) facultativo;
- b) assinam os dois cônjuges que tenham idade núbria;
- c) dispõem sobre a parte patrimonial: bens, dívidas e participação nos aqüestos;
- d) os cônjuges podem adotar um dos regimes prescritos na lei, como também, mesclá-los, mas para ter efeito perante terceiros com relação a bens imóveis deve ser registrado no respectivo registro imobiliário (CC. art. 1657);
- e) fica sob condição suspensiva, pois depende da celebração do casamento.

Os regimes de bens propriamente ditos são estes:

O regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É o estatuto patrimonial dos consortes.

I. Regime da comunhão parcial: (CC. arts. 1658 a 1666)

Este é o regime que vigora no silêncio das partes e, por isso, é também chamado de regime legal. Ele exclui da comunhão os bens que os consortes possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, e que inclui na comunhão os bens adquiridos posteriormente.

Vale notar que o art. 1659 exclui da comunhão:

- a) bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- b) bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- c) obrigações anteriores ao casamento;
- d) obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- e) bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- f) proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- g) pensões (CC. art. 803), meios-soldos, montepios¹⁰⁰ e outras rendas semelhantes.

São incomunicáveis, também, os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (CC. art. 1661). Entram na comunhão parcial, então, todos os bens que não se excluem e, ainda, os descritos pelo CC. art. 1660. Nessa ordem de idéias a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges (CC. art. 1662, 1663, §§ 2º e 3º).

No que se refere ao *passivo* do casal ou de cada consorte deverá ser considerada a época em que o débito foi contraído e, ainda, sua causa ou finalidade.

Cada consorte responde pelos próprios débitos se contraídos antes do matrimônio (CC. art. 1659, III), mas as dívidas subseqüentes contraídas na administração dos bens em comum obrigam tanto os bens comuns como os particulares do cônjuge que os administra, além de obrigar os do outro na proporção do proveito que houver auferido (CC. art. 1663, § 1º).

Havendo morte observa-se a ordem da vocação hereditária e/ou testamentária, mas no caso de separação, divórcio ou anulação do casamento os bens comuns serão partilhados e os incomunicados retirados por cada parte respectivamente.

II. Regime da comunhão universal de bens: (CC. arts. 1667 a 1671)

Por meio de pacto antenupcial os nubentes podem estabelecer a comunhão universal de bens onde, de um modo geral, comunicar-se-ão todos os bens e dívidas adquiridos antes ou depois do casamento (CC. art. 1667). O ativo e passivo do casal passa a compor uma massa, *a priori*, indivisível,

tendo cada um a metade ideal do patrimônio comum, ou seja, sua meação. Por isso a administração dos bens cabe a ambos nos moldes do regime da comunhão parcial (CC. arts. 1670, 1663 a 1666).

Vale notar que o art. 1668 exclui da comunhão:

- a) bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar¹⁰²;
- b) bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário¹⁰³, antes de realizada a condição suspensiva;
- c) dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- d) as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- e) bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- f) proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- g) pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

A incomunicabilidade desses bens não se estende aos frutos que se percebam ou vençam durante o casamento (CC. art. 1669).

Extinta a união, efetua-se a divisão do ativo e do passivo do casal (CC. art. 1671). Morto um cônjuge, ao outro competirá a posse e administração até que se partilhe os bens do espólio (CPC art. 985).

III. Do regime da participação final nos aqüestos: (CC. arts 1672 a 1686)

Trata-se de um novo regime de bens em que há formação de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio de forma que os cônjuges têm, somente, uma expectativa de direito à meação, pois cada um é credor da metade do que o outro adquiriu, a título oneroso durante o matrimônio (CC. art. 1672). Aqui, verifica-se a existência de dois patrimônios (CC. art. 1674):

- a) *patrimônio inicial*: composto pelo conjunto de bens que cada cônjuge possuía à data das núpcias e aqueles que foram por ele adquiridos, a qualquer título, durante a vigência matrimonial, e o
- b) *patrimônio, final*: verificável no momento da dissolução do casamento excluindo-se da soma dos patrimônios os anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; e as dívidas relativas a esses bens.

A administração do patrimônio inicial é exclusiva de cada cônjuge na constância do matrimônio podendo, inclusive, aliená-los livremente tratando-se de bens móveis (CC. art. 1673, parágrafo único).

No pacto antenupcial que convencionar esse regime podem as partes convencionar a livre disposição sobre os bens imóveis desde que particulares (CC. art. 1656), mas se não houver disposição expressa nesse sentido vale a regra de que nenhum dos cônjuges poderá aliená-los ou gravá-los sem anuência marital ou uxória (CC. art. 1647, I).

Esse tipo de regime não se confunde com o da comunhão parcial pois permite que cada cônjuge administre bens exclusivos nada os impedindo de possuírem outros em comunhão. Regime muito comum em outras nações esse regime permite certa independência econômica aos cônjuges quando estes exercem, principalmente, atividades empresariais distintas.

Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro (CC. art. 1.677).

Se, porventura, um dos cônjuges solver uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge (CC. art. 1.678)¹⁰⁶.

IV. Regime da separação de bens: (CC. arts. 1687 e 1688)

O Novo código diz que "Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real" (CC. art. 1687)

A inovação relevante que aqui introduz o legislador é a de que nesse caso não se faz mais necessária a outorga uxória ou concordância marital para alienação de bens imóveis. Existem, na verdade, dois patrimônios distintos e separados: o do marido e o da mulher. Mas o artigo 1688 alerta: "ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial".

Em certos casos é obrigatório o regime de separação de bens (separação legal de bens), em todos os casos descritos pelo CC. art. 1523 e, ainda, no caso do casamento dos maiores de 60 anos,

dos que dependerem de autorização judicial para casar (CC. arts. 1517, 1519, 1634, III, 1747, I e 1774), do viúvo ou da viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não der partilha aos herdeiros etc.

4.4.4. Regimes de bens: restrições às liberdades dos cônjuges

Qualquer que seja o regime de bens, segundo o CC., art. 1647, nem o marido nem a mulher podem sem o consentimento do outro:

- a) alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
- b) pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
- c) prestar fiança ou aval;
- d) fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Esse consentimento, no entanto, pode ser suprido pelo juiz (CC. art. 1648).

Restringem também as liberdades dos cônjuges a Lei 8009/90 que institui a impenhorabilidade do único imóvel residencial da família, ou ainda a instituição do bem de família (voluntário) nos termos do CC., arts. 1711 a 1722.

4.4.5. Dever recíproco de socorro

O novo *codex* define que incumbe a cada consorte, em relação ao outro, o dever de ajudá-lo economicamente, abrangendo o sustento e a prestação de alimentos.

Esse dever, de sustento, previsto nos artigos 1565 e 1568, determina que os cônjuges contribuam para as despesas do casal com o seu rendimento ou com o produto de seu trabalho e bens, na proporção de seu valor, mesmo que o regime seja o da separação de bens, salvo estipulação em contrário do pacto antenupcial (CC. art. 1688).

Insere-se nesse contexto a prestação alimentar, que é devida na separação de fato ou na judicial (CPC., arts. 732 a 735).

Em caso de morte de um cônjuge ao outro caberá:

- a) quinhão como herdeiro necessário: CC. arts. 1829, 1830 e 1845;
- b) quando o regime é o da comunhão terá a prerrogativa de ser inventariante e permanecer na posse e administração dos bens até a partilha;
- c) terá direito real de habitação caso preencha os requisitos do art. 1831 do CC.

Tanto o Código Civil como o Estatuto da Criança e do Adolescente estipulam, em relação aos filhos, o dever recíproco de alimentá-los e sustentá-los (CC. arts. 1634, 1566, IV e 1568), devendo administrar seus bens quando menores mas, tendo o direito ao usufruto desses bens enquanto perdurar o poder familiar (CC. arts. 1692, 1689 e 1693)

5. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Seguindo os passos da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 o novo código, em seu artigo 1571 diz que a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges; pela anulação do casamento; pela separação judicial, e pelo divórcio.

5.1. Pela morte de um dos cônjuges.

A primeira novidade, aqui, encontra-se no parágrafo 1º do referido artigo que diz "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". Com isso o legislador resolveu o problema da ausência de um dos cônjuges na medida que, agora, tanto a morte real como a presumida ou ficta além de dissolver a sociedade conjugal (regime patrimonial), desfaz também o matrimônio (relações e obrigações recíprocas do casal) permitindo que o sobrevivente possa convolar novas núpcias.

Todavia, deve ser feita a prova adequada de tal ocorrência conforme o caso, ou seja, juntando-se, no primeiro, a certidão de óbito e, no segundo, a declaração judicial da ausência.

5.2. Pela anulação do casamento.

A sentença de anulação do casamento torna-o sem efeito desde a data de sua celebração (CC. art. 1563, 1ª parte), portanto não se trata de dissolução da sociedade conjugal, mas sim da declaração judicial de que ela nunca existiu

Sabidamente as nulidades podem ser absolutas ou relativas. As relativas são decretadas no interesse privado da vítima ou de um grupo de pessoas e a absoluta, no interesse de toda a coletividade.

As nulidades relativas assim o são pois se permitem suprir pelo magistrado a requerimento das partes (CC. arts. 172 a 175), enquanto que as nulidades absolutas não podem ser supridas, nem estarão sujeitas a confirmação (CC. arts. 168 e 169, parágrafo único). Assim é que a nulidade relativa não pode ser decretada de ofício pelo judiciário (CC. art. 177), pois depende de provocação das partes, mas a absoluta, se convencido pelas provas, autoriza o juiz a decretá-la de ofício. Isso não quer dizer que o juiz decidirá de ofício (CC. art. 1549), a decretação da nulidade ou anulação do casamento dependerá de ação ordinária (CC. arts. 1549 e 1559, CPC art. 92, II) a ser interposta pelos legitimados, conforme o caso, onde a intervenção do MP é obrigatória visto que tem autorização legal para opinar sobre a nulidade ou anulabilidade do casamento - pode ser ele o autor, inclusive.

Da sentença que decreta ou anula o casamento, independente de recurso das partes, deverá o juiz recorrer de ofício (CPC. 475, I e parágrafo único) pois decisões dessa natureza estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, obrigatoriamente (o registro da anulação segue a Lei 6.015, arts. 100 e 167, II, n. 14).

Vale notar que o casamento nulo, mesmo sem ser putativo, acarreta efeitos como a comprovação e reconhecimento dos filhos; a manutenção do impedimento da afinidade; a proibição do casamento da mulher nos 300 dias que sucedem à dissolução da sociedade conjugal e a atribuição de alimentos.

Em sendo putativo, no entanto, os efeitos pessoais e patrimoniais do matrimônio, em relação aos cônjuges e à prole, retroagem até sua celebração, suprimindo o impedimento, se um ou ambos os consortes contraíram-no de boa-fé, desaparecendo, portanto, a causa de nulidade ou anulabilidade (CC. arts. 1561 e 1563).

A sentença tem efeitos *ex tunc* e como dissemos, mesmo que nulo, o casamento não é totalmente ineficaz posto que sobrevivem alguns de seus efeitos, mas no caso de anulação terá a sentença efeitos *ex nunc*. A nulidade relativa submete-se a prazos decadenciais, conforme o caso de 180 dias a 4 anos, e a absoluta, em regra, não prescreve (CC. art. 1560).

5.2.1. Sistema de nulidades do casamento

O matrimônio é nulo (CC. art. 1548) ou anulável (CC. art. 1550) conforme a gravidade do vício que por sobre ele recai.

Será nulo quando for contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil ou quando for contraído por infringência daqueles impedimentos do CC art. 1521.

Será anulável se contraído por:

- a) quem não completou a idade mínima para casar;
- b) menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
- c) por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;
- d) incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;
- e) mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;
- f) incompetência da autoridade celebrante.

5.3. Pela separação judicial.

A separação judicial é causa de dissolução da sociedade conjugal (CC. art. 1571, III), sem romper porém, o vínculo matrimonial. Os cônjuges, enquanto separados, estão impedidos de contrair novas núpcias. A separação é medida preparatória para o divórcio e pode se dar de forma consensual ou não. De uma forma ou de outra, como no primeiro caso a separação depende de uma homologação judicial e, no segundo, de uma sentença, são designadas, genericamente, como "separação judicial".

O C.C. art. 1576 esclarece que se trata de ação personalíssima, ao contrário do pedido de anulação e nulidade, só podendo ser proposta pelos cônjuges. Outra característica é que o juiz deve tentar reconciliar as partes ou, no mínimo, tentar que transijam quanto aos seus termos. Se houver a reconciliação a sentença perderá a eficácia de acordo com o CC. art. 1577.

5.3.1. Separação consensual: CC. art. 1574.

A separação consensual requer casamento com mais de 1 ano (CC. art. 1574 - a lei anterior falava em 2 anos) e manifestação da vontade dos cônjuges. Não precisa ser acompanhada de

motivação e requer homologação judicial depois de ouvido o Ministério Público para que produza efeitos. Todavia, o juiz não está obrigado a homologar essa separação se perceber insinceridade dos cônjuges (1574, parágrafo único), mas se o caso, deve fundamentar suas razões de recusa.

Trata-se de um requerimento conjunto assinado pelas partes e seu(s) advogado(s), comunicando a intenção de colocar termo a sociedade conjugal, convencionando as cláusulas e condições em que o fazem, contendo a descrição dos bens do casal, certidão de casamento, pacto antenupcial se houver, deliberando ainda quanto à partilha, se for o caso, alimentos aos filhos (irrenunciável) e de um ao outro cônjuge quando necessário, ditando ainda sobre regime de visitas (inclusive repartição das férias e dias festivos), devendo conter esclarecimentos quanto ao nome dos cônjuges (CPC., arts. 1120 a 1124).

5.3.2. Separação litigiosa: CC. art. 1572.

É aquela que se dá pela iniciativa da vontade unilateral de um dos cônjuges, qualquer que seja o tempo do casamento, diante das causas previstas em lei, exigindo uma sentença decisória. Igualmente, apenas marido e mulher são partes legítimas para tal demanda (ação personalíssima), porém, excepcionalmente nos casos de curatela pode ser representada uma das partes por curador, ascendente ou irmão.

De qualquer modo a tentativa de conciliação é obrigatória e de ordem pública, cabendo ao juiz eliminar todas as possibilidades, sob pena de nulidade processual. Eram e continuam sendo três as espécies de separação litigiosa.

- a) **separação sanção:** ocorre quando um dos consortes imputar ao outro conduta desonrosa (elemento subjetivo de um comportamento que indique o menosprezo do ambiente familiar ou no meio social em que vive o casal), e violação dos deveres matrimoniais que torne insuportável a vida em comum (CC. arts. 1572, 1573, I a VI).
- b) **separação falência:** ocorre quando há ruptura da vida em comum por mais de 1 ano, e sem possibilidade de reconciliação, sendo irrelevante a culpa e o motivo (CC. art. 1572, § 1º).
- c) **separação remédio:** é a que decorre de doença mental de um dos consortes manifestada após o casamento, sem possibilidade de cura e da continuação da vida em comum, podendo assim, ser requerida somente após 2 anos (a lei antes falava em 5 anos) de duração, ressalvando que pode ser indeferida pelo juiz diante do interesse dos filhos menores e do agravamento da doença (CC. art. 1572, § 2º)

A ação de separação litigiosa obedece ao rito ordinário e pode ser precedida de medida cautelar de separação de corpos que destitui o dever de coabitação e determina a prestação de alimentos provisionais.

Somente poderá ser proposta pelo cônjuge que não lhe deu causa e o foro competente continua sendo o da mulher. Ao cônjuge que imputa culpa ao outro incumbe o ônus da prova e, se não provada a culpabilidade, pode acarretar a improcedência da ação. Porém, nada impede, que no decorrer do processo, transforme-se esta em separação consensual por acordo, ou ainda que haja uma reconciliação.

Efeitos da separação:

- a) põe termo aos deveres recíprocos do casamento, inclusive a coabitação;
- b) impedir o cônjuge de usar o sobrenome do outro;
- c) impossibilita a realização de novas núpcias,
- d) autoriza a conversão em divórcio cumprido um ano de vigência da separação.
- e) quanto ao patrimônio, põe fim ao regime de bens, substituindo o dever de sustento pela obrigação alimentar.

OBS.: Não altera o vínculo de filiação estipulando-se visitas, responsabilidades da guarda e a pensão alimentícia, que pode variar conforme a necessidade do devedor e a condição do credor.

5.4. Pelo divórcio.

É a dissolução de um casamento válido permitindo a convolação de novas núpcias, após proferida a sentença judicial. Caracteriza-se por ser uma permissão jurídica colocada a disposição dos consortes, não tendo qualquer efeito a cláusula de jamais se divorciarem prevista no pacto antenupcial. O divórcio pode se dar da forma direta ou indireta:

- a) divórcio indireto:

⇒ consensual: ocorre quando um dos cônjuges, com o consentimento do outro, pede a conversão da prévia separação judicial (quer seja ele consensual ou litigiosa), em ação de divórcio (art. 35 da Lei 6015/77) desde que tal separação conte mais de um ano (CF. art. 226, § 6º, CC. art. 1580, § 1º)

⇒ litigioso: ocorre quando se fizer necessária uma sentença judicial proferida em sede de jurisdição contenciosa, em que um dos consortes, judicialmente separado há mais de um ano, havendo recusa do outro, pede ao juiz que converta a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio.

b) divórcio direto:

⇒ consensual: decorre do mútuo consentimento do casal que se encontra separado de fato há mais de 2 anos (CF. art. 226, § 6º, art. 40 da Lei 6015/77) seguindo o rito estampado no CPC. arts. 1120 a 1224.

⇒ litigioso: neste caso um dos consortes pede o divórcio, e como tem esta modalidade a grande característica de não ser precedida pela separação, autorizam ao cônjuge esse pedido, nos casos que caberiam a sanção, a falência e o remédio, a exemplo do que já foi outrora exposto

Não pode o juiz negar o pedido de conversão em divórcio pois, a partir do requerimento, torna-se obrigatório, salvo se não tiver decorrido um ano da separação ou pelo descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.

A sentença de divórcio só produzirá efeitos quando do registro no cartório de registro público competente. O divórcio direto ocorre sem que haja prévia separação judicial, bastando estarem comprovadamente separados de fato, os cônjuges, por mais de 2 anos.

Será consensual, se de comum acordo dos consortes e litigioso quando um deles não concordar com as causas arroladas, no entanto, esta opinião não é unânime, chegando a haver entendimentos de que o divórcio direto só pode ser consensual.

Efeitos: o divórcio extingue o vínculo matrimonial civil, faz cessar os efeitos civis do casamento religioso, põe fim aos deveres recíprocos dos cônjuges, extingue o regime matrimonial de bens procedendo-se a partilha, faz cessar os direitos sucessórios entre os cônjuges, possibilita novo casamento, não permite reconciliação, sendo necessário novo casamento, altera o estado civil, mantém inalterados os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, mas mantém o dever de assistência do cônjuge que teve a iniciativa do pedido por ruptura de vida em comum, ou, por doença mental grave, subsistindo, também a obrigação alimentícia até o credor se casar ou amasiar, e faz perder o direito do uso do nome do outro cônjuge exceção de grave dano a sua identificação, distinção entre seu nome de família e o dos filhos da união dissolvida, ou prejuízo grave reconhecida em sentença judicial.

6. A UNIÃO ESTÁVEL. (CC. art. 1723 a 1727)

Também entendido como direito convivencial, convém notar que a união estável contrapõe-se ao matrimônio, mas consiste de uma união livre e estável de pessoas de sexos diferentes que não estão ligadas entre si pelo casamento.

A constituição (art. 226 § 3º) reconhece como entidade familiar a união estável¹⁰⁸ notória de um homem com uma mulher sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento por não haver qualquer impedimento legal para sua convolação.

Como a previsão do concubinato foi feita pela Lei Maior, em 1988, assentou a jurisprudência vários entendimentos sobre o tema. Surgiram, também, duas leis a regular a matéria: A lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994, que disciplina os direitos entre os companheiros a alimentos e à sucessão, sem definir, no entanto do que se tratava a união estável. Por isso surgiu a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996 que assim a definiu em seu art. 1º: "*é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família*".

União estável é o concubinato não adúlterino.

A união de fato ou o concubinato pode ser puro ou impuro.

- a) Puro, se se apresenta como uma união duradoura entre homem e mulher não casados que sejam livres e desimpedidos: CC. arts. 1723 a 1726
- b) Impuro, ou simplesmente concubinato, aquelas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos de casar (CC., art. 1727). Essa relação apresenta-se como adúlterina¹⁰⁹ ou incestuosa.

"A rigor, todavia, com o instituto da união estável, efetiva-se importante distinção entre relações livres e relações adulterinas, expurgando-se o termo concubinato no tocante às primeiras e reservando-se o mesmo às adulterinas que, em razão do princípio jurídico da monogamia, não poderá ter o mesmo tratamento legal, a tanto que em último artigo proposto pela emenda 'as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato', devendo o termo ser empregado, com doutrina mais atual, apenas nas uniões de pessoas casadas com terceiros, enquanto convivendo com seus cônjuges.

Essa distinção tem o seu necessário e maior alcance para configurar, em sua integralidade, a união estável, envolvendo todas as pessoas aptas ao instituto, que estiverem em união pública, contínua e duradoura.

É que inúmeras pessoas, mesmo impedidas de casar (face não estarem divorciadas) encontram-se em união estável com outrem, porquanto separadas de fato ou judicialmente de há muito do seu cônjuge, constituindo nova família por relações sócio-afetivas consolidadas.

A doutrina tem reconhecido o fenômeno social, a merecer efeitos jurídicos próprios, na diferença que se coloca com aqueles que, integrantes de família constituída pelo casamento e em plena convivência conjugal, infringem gravemente o dever de fidelidade, mantendo relações não eventuais com terceiros."¹¹⁰

Para que se configure, então, a união estável, será imprescindível que se trate de um concubinato puro¹¹², além de outros elementos:

- a) diversidade de sexos: impossível é a união estável entre pessoas do mesmo sexo para os fins a que se destina a regulamentação desse instituto, posto que a Lei Maior exige a que união seja entre "homem e mulher".
- b) ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial (CC. 1723, §§ 1º 2º)
- c) notoriedade de afeições recíprocas - que não quer dizer pública nem, tampouco, secreta e furtiva -, a notoriedade deve, no mínimo, revelar-se na esfera íntima da relação de ambos com seus parentes, amigos e vizinhos.
- d) Honorabilidade, que é o elemento que revela uma união respeitável entre homem e mulher pautada na *affectio*, fidelidade ou lealdade, e coabitação.

Maria Helena Diniz¹¹³; adverte que o reconhecimento da união estável deve se fazer mediante ação de justificação, cujo procedimento é previsto no CPC arts. 861 a 866, e não através de ação declaratória, visto que, segundo ela, não se trata de um conflito de interesses revestido de uma pretensão, mas sim do mero reconhecimento de uma situação fática em que não há adversários nem litígios.

O novo código civil, seguindo os passos do legislador constitucional assim definiu:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

A seguir (CC. art. 1724) o código pautou a união estável pelos deveres de lealdade, respeito, assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos. Disse, ainda (CC. art. 1725) que, no que couber, aplica-se o regime patrimonial da comunhão parcial de bens.

Resta discutir se o legislador andou bem no CC. art. 1726, que diz que "*a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no registro civil*". Será que o novo código civil obedeceu a Constituição Federal, precisamente em seu art. 226, § 3º que diz "*para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*".

Vão dizer que é mais fácil casar do que pedir a conversão, mas é de se relevar a necessidade do reconhecimento dessa união produzir efeitos *ex tunc* ou não.

Na verdade a união estável está inserida e protegida larga e amplamente em diversas passagens do código e, também, pela jurisprudência. Ao mesmo passo que o concubinato puro é tutelado, o concubinato impuro foi repudiado em diversas passagens do código, a saber:

- a) o CC. art. 550 proíbe doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice;
- b) o CC. art. 1642, V, dá ao cônjuge o direito de reivindicar esses bens, móveis ou imóveis, quando doados ou transmitidos pelo outro cônjuge ao concubino;

- c) proibição de instituir o concubino como beneficiário de seguro de vida;
- d) CC. art. 1801, III: proibição de nomear-se concubino herdeiro ou legatário;
- e) CC. art. 1521, VII: vedação do matrimônio de concubinos quando haja impedimento matrimonial (CC. art. 1723, § 1º);
- f) CC. art. 1694: inexistência do dever de alimentos;
- g) inexistência de indenização por morte do amante em acidente ou desastre;

A união estável, como entidade familiar protegida pela Constituição Federal, reconhece vários direitos aos companheiros:

- uso do nome: Lei 6015/73, art. 57 e parágrafos;
- reconhecimento da filiação;
- direito ao companheiro de receber benefício acidentário do outro;
- direito a perceber a renda auferida pelo companheiro preso;
- exigir pensão deixada pelo servidor congressista, civil ou militar e, ainda do advogado (Lei n. 4103-A/62, art. 5º)
- tornar o companheiro, em fim, beneficiário de todos os favores da legislação social e previdenciária;
- direito ao companheiro de auferir a locação em nome do outro quando de sua morte;
- remuneração pelos serviços rurais ou domésticos;
- participação no patrimônio conseguido com esforço comum;
- utilização da ação cautelar de separação de corpos: CPC. art. 888, VI;
- possibilidade de companheiros adotarem menor: CC. art. 1622;
- legitimação da concubina para os embargos de terceiro que aduz o CPC. art. 1046 quando protegido pela lei 8009/90;
- direito aos alimentos: CC. arts. 1694 e 1798
- direito à sucessão: CC art. 1790;
- foro privilegiado da mulher na dissolução da união: CPC. art. 100, I;
- legitimidade ativa para propor ações imobiliárias com o companheiro ou sozinho, na falta deste;
- ser administrador provisório do espólio do companheiro morto (CC. art. 1797) até o inventariante prestar compromisso, mas pode requerer a abertura do inventário quando estiver na posse e administração dos bens;
- constituir bem de família: CC. art. 1711;
- pleitear a conversão da união estável em casamento.

OBS.: Toda a matéria relativa à união estável é de competência da vara de família, assegurado o segredo de justiça (Lei 9278/96, art. 9º), cuja intervenção do MP é obrigatória. Maria Helena Diniz afirma que as Leis 8971/94 e 9278/96 e o NCC seriam inconstitucionais por estimularem o concubinato, mas adverte que, como essas normas encontram respaldo na jurisprudência - tendo, pois, eficácia social - devemos aceitá-las em respeito à teoria da incidência normativa, que privilegia o fenômeno da eficácia e não o da validade. Correto, segundo ela, é o aplicador estabelecer um entrelaçamento entre o novo código e as Leis 8971/94 e 9278/96, à luz da Constituição Federal, para que haja unidade e coerência do sistema normativo.

7. PARENTESCO

O parentesco é um vínculo que liga as pessoas de uma família por descenderem umas das outras ou de um tronco comum se estabelecendo, também, entre o cônjuge e os parentes do outro e por vínculo decorrente de adoção.

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau¹¹⁶, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

A pessoa, então, se relaciona a uma família através de três formas básicas de vínculo, o vínculo gerado pelo parentesco (sangue), o vínculo conjugal ou convivencial e o vínculo da afinidade.

O parentesco classifica-se, então, em três planos:

- a) natural ou consangüíneo¹¹⁷:

⇒ matrimonial ou extramatrimonial

⇒ em linha reta (CC. art. 1591): temos as pessoas que estão umas para as outras na relação de ascendentes e descendentes (pai, avô, bisavô, filho, neto). Este parentesco é estabelecido tanto pelo lado feminino quanto pelo lado masculino.

⇒ em linha colateral ou transversal (CC. art. 1592): temos as pessoas que provém de um só tronco, até o quarto grau, sem descenderem uma da outra, como o irmão, o tio, sobrinho, primo etc.

Os irmãos podem ser:

⇒ bilaterais ou germanos: filhos do mesmo pai e da mesma mãe;

⇒ unilaterais: → consanguíneos: mesmo pai, mães diversas;

→ uterinos: mesma mãe, pais diversos;

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

- b) afim: que se estabelece por determinação legal (CC. art. 1595) em linha reta (sogro, genro, padrasto, enteado) e em linha colateral (cunhado) até o segundo grau (CC. art. 1521)¹¹⁹
c) civil: referente à adoção que atribui a condição de filho ao adotado (CC. 1593 e 1626)

7.1. Filiação (CC. art. 1596 a 1606)

É o vínculo de parentesco partindo dos filhos para os pais. Antes da Constituição de 1988 o Código Civil classificava a filiação em legítima e ilegítima conforme proviesse ou não de casamento, mas com a carta de 88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente essa distinção acabou. Hoje a doutrina adota a classificação filhos reconhecidos (voluntário e forçado) e não reconhecidos.

Os filhos ilegítimos eram considerados naturais ou espúrios, conforme houvesse ou não impedimento absoluto para o casamento dos pais.

Os espúrios por sua vez eram subdivididos em adulterinos ou incestuosos. Adulterinos eram os havidos fora do casamento, por pessoas casadas. Incestuosos eram os havidos de pai e mãe cujo parentesco, entre si, os impedia de casar. Os filhos naturais eram legitimados pelo subsequente casamento dos pais. Os direitos dos adotivos eram diversos dos filhos de sangue e por aí a fora até a constituição em seu art. 227, § 6º dizer: "*os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*".

E nesse sentido caminhou o legislador infraconstitucional no CC. art. 1596 ao dizer "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Neste sentido podemos afirmar que os filhos decorrem de relações matrimoniais, ainda que nulas ou anuláveis (CC. arts. 1561, §§ 1º e 2º, 1617 e 1609, I) ou de união estável ou, também, de pessoas que estão impedidas (concubinato impuro) ou simplesmente não querem se casar, mas que, de uma forma ou de outra, terão seus direitos relativos à filiação plenamente assegurados.

Dentro do contexto da filiação matrimonial, ou seja, daquela decorrente do vínculo do casamento, o novo código instituiu a presunção legal da paternidade conforme o CC. art. 1597, que diz:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Trata-se, por óbvio, de uma presunção *juris tantum*, ou seja, relativa, pois a prova contrária é limitada aos pais, porém, absoluta perante terceiros tendo em vista que ninguém pode contestar a filiação de alguém - essa ação é privativa do pai (CC. art. 1601). O código quis presumir que o filho da mulher casada é, via de regra, de seu marido: pai, até prova em contrário por ele produzida, é o marido. Vejamos passo a passo os incisos do art. 1597

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

A lei não fala depois de celebrado o casamento pois prevê a situação do casamento por procuração. Se a criança nasce dentro do prazo de 6 meses após a convivência do casal presume-se a filiação, do contrário, não há essa presunção; mas só ao marido é dado contestar essa paternidade.

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

Presume-se quem é o pai, se o filho nasce até 10 meses após o "término" da vida conjugal porque a gestação humana não ultrapassa esse prazo. Exatamente por isso não devem casar essas mulheres na constância desse prazo (CC. art. 1523, II) sem provar a inexistência de gravidez (CC. art. 1523, parágrafo único).

OBS.: Combinando-se o inciso I e II temos: se a mulher, antes de 10 meses vier a contrair novas núpcias (desde que viúva, ou saída de casamento nulo/anulável) e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido se nascido dentro de 300 dias (10 meses), e do segundo marido se decorrido 180 dias (6 meses).

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

Chama-se fecundação assistida aquela que se obtém com o auxílio do profissional de saúde competente, o médico ginecologista especializado em concepção artificial. O bebê é concebido graças a uma intervenção médica, que recolhe o esperma e o injeta no óvulo, seguindo técnicas específicas. Essa fecundação artificial pode-se efetuar no corpo da mulher ou em laboratório, **in vitro**, como se diz. Neste caso, temos aquilo que o povo chama "bebê de proveta".

Quando se fala em **fecundação heteróloga**, as pessoas querem dizer que o esperma foi colhido de alguém que não é o marido ou companheiro estável, e é chamado "doador". Esse doador pode ser alguém conhecido ou um anônimo. Com esses doadores anônimos é que se criaram os "bancos de esperma". À fecundação artificial realizada com o esperma do marido, deu-se o nome de "**fecundação homóloga**".

As expressões "homóloga" e "heteróloga" não são lá muito felizes, mas acabaram sendo adotadas universalmente, por exprimirem enfim uma correspondência de similaridade de função dentro de um casal. O homem do casal tem a função de gerar filhos com **sua** mulher e vice-versa.

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

O embrião excedentário é aquele que decorre de material genético advindo do marido e da mulher. Igualmente ao caso do inciso anterior é preciso que haja anuência expressa do casal após o esclarecimento da técnica que será eleita para a fecundação.

OBS. A barriga de aluguel, ou doação temporária de útero no Brasil pode dar-se no âmbito familiar, num parentesco até colateral de segundo grau, vedado qualquer tipo de paga pela Res. 1.358/92.

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Se a mulher se submeter a uma inseminação heteróloga não consentida dá azo a separação judicial por injúria grave.

Aqueles filhos havidos fora do casamento, didaticamente, classificam-se em:

- a) naturais: descendem de pais que não tinham nenhum impedimento para casar
- b) espúrios: se descendentes de união adúltera ou incestuosa.

7.2. Ação negatória de paternidade e de maternidade

Como dissemos a presunção de paternidade não é *juris tantum*, ou seja, absoluta. É relativa na medida em que pode o pai negá-la. É ação pessoal (CC. art. 1601) que pode ser proposta a qualquer tempo, mas se porventura o autor falecer no curso da ação seus herdeiros podem continuá-la (CC. art. 1601, parágrafo único). O pai deverá fazê-lo dentro de uma das circunstâncias do CC. arts. 1599, 1600, 1602 e 1597, V, provando que houve adultério, ou que não havia possibilidade de inseminação homóloga nem fertilização *in vitro*, visto não ter doado qualquer material genético para esse fim, ou, ainda, que se encontra acometido de doença grave que impediria as relações sexuais (impotência *coeundi* absoluta).

A ação tem o próprio filho como réu, e como o filho não poderia ser representado pelo autor, o juiz deverá nomear um curador *ad hoc*, podendo a mãe, em querendo, assisti-lo. A sentença deverá ser levada para registro para a competente ratificação

7.3. Reconhecimento dos filhos: CC. arts. 1607 a 1617

Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Assim, resumidamente temos:

- a) reconhecimento voluntário: que se dá pela declaração de paternidade no assento de nascimento; se os pais não são casados há a necessidade de comparecerem juntos ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais; caso sejam casados, basta que um compareça (CC. art. 1607)
- b) reconhecimento por escritura pública: se processa perante o oficial do Cartório de Notas, quando o homem alega ser o pai e, com anuência da mãe, lavra-se uma escritura que será levada ao Registro Civil para averbação no assento de nascimento;
- c) por testamento;
- d) por sentença judicial (CC. art. 1606) proferida em ação de investigação de paternidade, proposta pelo filho, se capaz ou representado pela mãe e, excepcionalmente, pelo Ministério Público - Lei 8.560/92

7.4. Adoção: CC arts. 1618 a 1629

A adoção é um ato solene pelo qual nasce o chamado vínculo de parentesco civil, onde pessoa originalmente sem qualquer vínculo com o adotante passa a integrar o seio da família daquele de forma definitiva e irrevogável desligando-se o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento.

Controversa é a questão da adoção entre o novo código e o ECA principalmente no que concerne ao limite de idade mínimo para adotar. O novo CC diz que "só a pessoa maior de 18 anos pode adotar" (CC. art. 1618), mas o ECA (Lei 8069/90 arts. 39 a 52) afirma em seu art. 42 que só podem adotar aqueles que forem maiores de 21 !!! Como requisitos, tal qual a lei estipula, há de se observar as condições que determinam quem pode e quem não pode adotar. Primeiro; seria preciso que o pretendente tenha mais de vinte e um anos ou prevaleceria o código civil sobre o ECA ? Maria Helena Diniz¹²² afirma que bastaria ter 18 anos completos para adotar, mas há um confronto de normas aqui que deve merecer maior atenção por parte do aplicador.

Fora isso os outros requisitos para adoção foram praticamente extraídos do ECA. Sendo maiores (de 18 ou 21) podem adotar, independente do estado civil (CC. art. 1618), com as exceções estampadas dos parágrafos 1º ao 5º do art. 42 do estatuto supracitado (pessoas impedidas de adotar certas pessoas) devendo, ainda, haver uma diferença de idade entre adotante e adotado nunca inferior a dezesseis anos (§ 3º, art. 42 do ECA e CC. art. 1619), que precederá, também, de consentimento dos pais ou o representante legal do adotando (CC. art. 1621, § 1º), ou do mesmo, se este for maior de doze anos (§ 2º do art. 45 da Lei 8.069), e contar, na data do pedido, com no máximo 18 anos.

Como cria direitos e deveres recíprocos (art. 227 § 6º da CF/88), trata-se de ato solene que, para gerar seus efeitos, necessita de uma sentença judicial de cunho constitutivo, que será inscrita no Cartório de Registro Civil na forma dos §§ 1º ao 6º do art. 47 do ECA, ou, uma declaração do adotante perante o tabelião, dizendo que tem como filho a pessoa do adotado, mas sempre por instrumento público.

Estabelecendo a adoção um parentesco civil entre adotante e adotado, as demais pessoas da família conservam-se estranhas exceto para efeitos matrimoniais, atribuindo ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios por tratar-se de herdeiro legítimo, desligando-se de qualquer vínculo com pais e parentes, cessando direitos e obrigações oriundos da relação de parentesco do adotado com a família de origem, não havendo aqui o direito sucessório entre o adotado e os parentes do adotante e vice e versa.

A adoção simples e a adoção plena deixara de existir pelo novo código civil. A adoção passa a ser irrestrita.

Dentre os efeitos pessoais da adoção convém notar que se estabelece o vínculo legal de paternidade e filiação (CC. art. 1626); transferindo com isso o poder familiar para o adotante (CC. arts. 1630, 1634 e 1635); havendo liberdade relativa em relação ao nome do adotado (CC. art. 1627).

Na esfera patrimonial, os mais importantes efeitos são os de conferir ao adotante o direito à administração e usufruto dos bens do menor (CC. arts. 1689, 1691 e 1693); dever de sustento enquanto durar o poder familiar (C. art. 1634), direito a alimentos (CC. arts. 1694, 1696, 1697), e reciprocidade dos direitos sucessórios.

A adoção pode ser extinta pela deserção (CC. arts. 1814, 1962 e 1963), pela declaração de indignidade (CC. 1814), pela morte de adotante e/ou adotado ou pelo reconhecimento da paternidade do adotado pelo pai de sangue.

7.5. Poder Familiar: CC arts. 1630 a 1638

O poder familiar, que veio em substituição ao pátrio poder, continua a refletir um conjunto de direitos e obrigações instituídos para a proteção dos filhos. É um munus público de caráter irrenunciável, imprescritível e inalienável centrado numa relação de autoridade dos pais (ambos), que não convive com a tutela, uma vez que essa só é possível exatamente quando não existir o exercício desse poder.

Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores (CC. art. 1630).

Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade (CC. art. 1631). A esse respeito convém notar o art. 21 da Lei 8.069/90 que diz: "*o pátrio poder¹²³ será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência*". A regra do socorro ao judiciário para a solução de controvérsia havida no exercício do poder familiar foi repetido no CC. art. 1631, parágrafo único.

Resta ainda salientar que a Constituição federal, em seu art. 226, § 5º já antecipou: "*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*"

8. Dos alimentos: CC. arts. 1694 a 1710

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros, pedir uns dos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação (CC. art. 1694), devendo ser fixados de acordo com as necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (§ 1º).

São pensões, ordenados, ou quaisquer quantias concedidas, ou dadas à título de provisão, assistência ou manutenção, a uma pessoa por outra que, por força de lei (CC. art. 1595), é obrigada a prover às suas necessidades alimentícias e de habitação. Em regra os alimentos são prestados por soma em dinheiro; mas, excepcionalmente, podem ser prestados *in natura*, isto é, no próprio fornecimento dos gêneros alimentícios e outras utilidades indispensáveis ao alimentado (CC. art. 1701).

A obrigação de prestar alimentos abrange os ascendentes e descendentes conforme o CC. art. 1696 e os colaterais até 2º grau. Mas obrigação semelhante vigora também entre os cônjuges, por força do vínculo matrimonial (CC. art. 1704).

Os alimentos são devidos quando o parente, que os pretende, não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e o de quem se reclamam podem fornece-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (CC. art. 1695). O não cumprimento de obrigação alimentícia sujeita o alimentante a sanções civis e penais. Havendo prova documental do parentesco, ou do vínculo matrimonial, a ação de alimentos terá o rito especial previsto na Lei 5.478/68, com a fixação imediata de uma pensão provisória. Não havendo essa prova documental, a ação terá rito ordinário, sem a fixação dos provisórios.

Convém fazermos, então, uma pequena classificação:

Alimentos Provisionais (CC. art. 1706) são os reclamados pela mulher ao propor, ou antes de propor, a ação de separação judicial ou de nulidade de casamento, ou de divórcio direto, para fazer face ao seu sustento durante a demanda. Chamam-se também provisionais os alimentos fixados na sentença de primeira instância, na ação de investigação de paternidade (CC. art. 1702).

Alimentos provisórios são os fixados imediatamente pelo juiz, à título precário, ao receber a inicial, na ação de rito especial previsto na Lei 5478/68. Os alimentos provisórios, sem prova preconstituída do parentesco, são indevidos.

Alimentos regulares ou definitivos são os fixados de modo definitivo, necessitando outra ação para serem modificados (ação de revisão de alimentos). Competência: CPC art. 100, II.

Os alimentos fixados ou acordados podem ser revistos sempre que sobrevier mudança na situação econômica do alimentado ou do alimentante (CC. art. 1699, Lei 6515/77, art. 22, CPC. arts. 108 e 471, I). A ação revisional terá o mesmo rito da ação de alimentos. Na revisional não cabe a fixação de alimentos provisórios.

A vida em comum sob o mesmo teto não impede a propositura da ação de alimentos, pois, apesar de coabitação, pode haver separação de fato ou descumprimento da obrigação de sustentar.

O direito aos alimentos é irrenunciável¹²⁴ (CC. art. 1707) e personalíssimo, mas obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor (CC. art. 1700). É impenhorável (CC. art. 1707 c/c CPC, art. 649, III), incomensável (CC. art. 373, II) e intransacionável (CC. art. 841).

Prescrição: a ação de alimentos é imprescritível. Mas as parcelas devidas prescrevem em 5 anos (RT 388/206 conf. art. 23 da Lei 5478/68). Mas vale notar o problema gerado pelo § 2º do art. 206 que diz que prescreve em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

9. Do direito assistencial.

9.1. Da Guarda (Lei 8069/90, art. 28, 33, 237 e 249).

A guarda destina-se não só à prestação de assistência material como, também, moral, educacional e psicológica sob pena de multa de 3 a 20 salários mínimos (ECA, art. 249), dando ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (art. 33), consubstanciando uma posse de fato do menor.

Tem por finalidade a proteção da criança do abandono, do abuso cometido pelos pais com ou sem a destituição destes do poder familiar. Trata-se de uma guarda legal concedida judicialmente (ver. ECA, art. 237).

Pode ser deferida liminar ou incidentalmente nos procedimentos de tutela e de adoção, salvo se o pretendente seja estrangeiro (ECA, art. 33, § 1º), ou ainda, excepcionalmente, nos termos do ECA, art. 33, § 2º, onde receberá o nome técnico de "direito de representação".

A competência para a designação da pessoa a quem incumbirá a guarda do menor será da Vara da Infância e da Juventude e, depois de conferida, só poderá ser revogada mediante decisão judicial fundamentada (ECA, arts. 30, 35, 169, parágrafo único)

9.2. Da tutela: (CC. art. 1728 a 1766; ECA arts. 36 a 38)

Tutela é a instituição estabelecida por lei para a proteção dos menores que não possam, por si sós, administrar os seus bens, em virtude do que se lhes dá um assistente, ou representante legal, chamado especificamente de **tutor**.

A *tutela que não se confunde com a curatela*, instituição análoga, mas apropriada aos interditos, ou aos incapazes maiores, resulta na outorga de um *mandato legal*, em que se inscrevem os poderes limitativos dessa representação.

A tutela é imposta por lei aos menores de 18 anos, quando falecem seus pais, ou são declarados ausentes, ou ainda, quando decaírem do poder familiar (CC. art. 1728, I e II).

A doutrina define 4 tipos de tutela:

- a) tutela testamentária: é a nomeação de tutor por ato decorrente de declaração de última vontade, pelo pai ou pela mãe, desde que exerçam à época da elaboração do testamento o poder familiar (CC. art. 1729, § único c/c 1730). Os avós não podem mais nomear tutor ao seu neto em testamento pois o poder familiar é, agora, exclusivo dos pais.
- b) tutela legítima: aquela prevista nos casos do CC. art. 1731, I e II que diz:

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

- c) tutela dativa: é aquela que deriva de decisão judicial nos casos do inciso do CC. art. 1732 (c/c ECA, arts. 34, 90 a 94), que diz:

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:

I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;

II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;

III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

- d) tutela irregular: é característico dessa forma de tutela a inexistência de uma nomeação regular e, portanto, não tem os efeitos jurídicos atingidos na sua plenitude nada mais sendo do que uma mera gestão de negócios.

Não podem exercer esse *munus* público as seguintes pessoas (CC. art. 1735):

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">a) aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens, como os menores de 18 anos, interditos, surdos-mudos que não possam exprimir sua vontade, os pródigos e os falidos;b) aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor, devido a oposição de interesses;c) os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela, por razões de ordem moral;d) os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena (CP. Art. 92, II, § único)e) as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;f) aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela. |
|--|

Fora desses casos podem ainda, escusarem-se de ser tutores a mulher casada, o maior de 60 anos, aqueles que tenham sob sua guarda mais de três filhos, os impossibilitados por enfermidade, os que residirem longe do lugar onde devam exercer a tutela, ou que já a exerçam e, ainda, os militares em serviço (CC. art. 1736). Para escusarem-se, no entanto, deverão essas pessoas observar a forma do CC. arts. 1737, 1738 e 1739.

Em relação ao pupilo a tutela se extingue quando o tutelado atinge a maioridade, ou é emancipado, ou quando cair o menor sob o poder familiar de novo, pelo reconhecimento ou pela adoção, caso em que não mais encontrar-se-á adstrito a essa forma de representação (CC. art. 1763).

Em relação ao tutor as funções da tutela cessam quando expira o prazo para vigência do encargo; ou sobrevindo escusa legítima ou, ainda, pela remoção (CC. art. 1764).

O exercício da tutela na administração dos bens do tutelado até a prestação de contas (CC. arts. 1740 a 1762), traz certas peculiaridades as quais convém salientar a necessidade do tutor oferecer caução fidejussória ou real (CC. art. 1745, § único; CPC. arts. 1190 e 1191) e, ainda, a questão da responsabilidade do magistrado insculpida no art. 1744.

Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será:

I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente;

II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.

9.3. Da curatela: (CC. arts. 1763 a 1783)

Tecnicamente indica o encargo que é conferido a uma pessoa para que, segundo os limites determinados judicialmente, fundados em lei, cuide dos interesses de alguém que não posse lícitamente administrá-los. Há três tipos de curatela:

I - A curatela de adultos incapazes, conforme o art. 1767:

- a) aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- b) aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
- c) os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- d) os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
- e) os pródigos.

Aqui a curatela se defere mediante o processo de interdição ¹²⁶ , requerida por quem tenha autoridade para tanto: pai, mãe, cônjuge ou algum parente próximo, e o Ministério Público, conforme o CC arts. 1769 a 1768.

II - A curatela do nascituro: CC. arts. 2º, 1778 e 1779; CPC. arts. 877 e 878

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

Somente na falta de curador legítimo competirá ao juiz a escolha um.

A curadoria se extingue pela suspensão da interdição, da ausência ou pelo nascimento do nascituro, ou, para o curador designado, quando se efetiva a sua remoção, isto é, ato pelo qual qualquer parente ou o Ministério Público pede e consegue a sua destituição.

A curatela é escusável nos mesmos casos em que o é a tutela. Mas, deve ser a escusa procedida nos dez dias subsequentes á data da intimação ou da que decorrer o justo impedimento.

III - A curatela do ausente: CC. arts. 22 e 39 c/c CPC. arts 1159 a 1169

Ausenta-se aquele que se afasta de seu domicílio sem deixar procurador ou representante do qual se tenha notícias instituindo-se, portanto, a curatela (CC. art. 22). O simples desaparecimento não induz, juridicamente, a ausência; é preciso que tal situação, depois de devidamente comprovada seja reconhecida e declarada oficialmente pelo juiz.

A curatela do ausente se dá em razão de sentença declaratória que necessita ser registrada (CC. Art. 9º, IV) no cartório do domicílio anterior do ausente.

A lei dá á ausência uma solução em três etapas: a etapa do desaparecimento; a etapa da sucessão provisória e a etapa da sucessão definitiva

Na primeira etapa procede-se a arrecadação dos bens (CPC., art. 1160), nomeando-se o cônjuge do ausente - desde que não separados de fato por mais de 2 anos - o legítimo curador (CC., art. 25 e §§ ou as pessoas aqui indicadas), publicando-se editais durante um ano, reproduzidos de dois em dois meses. Um ano após a publicação do primeiro edital (CC. art. 26, c/c CPC art. 1161), se o ausente não aparecer e nem dele se tiver notícia, poderá ser aberta a sucessão provisória (CC. arts. 26 a 36), **segunda etapa**, entrando os herdeiros na posse dos bens, desde que prestem garantia pignoratícia ou hipotecária de devolução integral, em caso de retorno do ausente. Dez anos após a abertura da sucessão provisória (ou em 5 anos das últimas notícias, se o ausente contar 80 anos de idade), podem os interessados requerer a sucessão definitiva, (CC., arts. 37 a 39) **terceira etapa**, com o cancelamento das cauções prestadas.

A sucessão provisória transformar-se-á em definitiva quando houver prova da morte do ausente: quando decorrer 10 anos do trânsito em julgado da sentença da abertura da sucessão provisória; ou quando o ausente contar 80 anos de idade e tiver decorrido 5 anos das suas últimas notícias.

Se o ausente regressar nos 10 anos seguintes á abertura da sucessão definitiva, receberá ele os bens no estado em que se acharem. Depois desse prazo, não terá ele mais direito a nada.

Sendo os pais declarados ausentes, os filhos menores são postos sob tutela.

O casamento agora fica dissolvido pela declaração de ausência, como vimos.

9.4. Medidas de proteção à criança e ao adolescente.

É a Lei 8069/90, o estatuto da criança e do adolescente, que trata das medidas de proteção dos direitos da criança e do adolescente (arts. 98 e seguintes)

VI. DIREITO DAS SUCESSÕES

1. CONCEITO, FUNDAMENTO E CONTEÚDO (art. 5º, XXX, XXXI da CF)

Segundo Clóvis Beviláqua "o direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento".

O direito das sucessões divide-se em quatro grandes partes:

- a) Sucessão em geral;
- b) Sucessão legítima;
- c) Sucessão testamentária;
- d) Inventário e partilha;

- *Em sentido amplo*: quer significar todos os modos derivados de aquisição de domínio, indicando o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam. Trata-se da sucessão *inter vivos*.
- *Em sentido restrito*: quer significar a transferência total ou parcial da herança por morte de alguém. É a sucessão *mortis causa*.

2. ESPÉCIES DE SUCESSÃO (classificação)

- Sucessão testamentária: é aquela oriunda de testamento válido ou declaração de última vontade. Se o testador tiver herdeiros necessários (CC., art. 1845 e 1846) só poderá dispor de metade (CC., art. 1789) dos seus bens, uma vez que a outra metade constitui-se a legítima daqueles herdeiros, a menos que sejam deserdados (CC. art. 1961). A outra parte é a chamada porção disponível, da qual pode livremente dispor o testador com a exceção dos art. 1805 do CC, que estabelece a incapacidade testamentária passiva.
- Sucessão legítima ou ab intestato: resultante de lei nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento (CC., arts. 1786 a 1788), passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo a ordem de vocação hereditária (CC., art. 1829)
- Sucessão a título universal: é aquela em que ocorre a transferência da totalidade da herança para o herdeiro do de cujus que passa a representá-lo sob-rogando-se no ativo e passivo da herança (sob-rogação abstrata)
- Sucessão a título singular: é aquela em que o testador transfere ao beneficiário apenas objetos certos e determinados. Aqui o beneficiário não representa o morto pois não responde pelas dívidas da herança, só a parte que lhe coube (sob-rogação concreta)

Pressupostos para a abertura da sucessão

- Morte do *de cujus* devidamente comprovada: ou pela certidão de óbito ou por uma das formas descritas no art. 212 do CC;
- Com a abertura da sucessão os herdeiros adquirem, de imediato, o domínio e a posse indireta¹²⁷ dos bens do acervo hereditário sem a necessidade de praticar qualquer ato¹²⁸.
- Só se abre a sucessão se o herdeiro sobrevive ao *de cujus*.
- Requer apuração da capacidade sucessória.

3. A TRANSMISSÃO DA HERANÇA:

3.1. Momento da transmissão da herança

Transmite-se a herança aos herdeiros na data da morte do *de cujus*; daí a importância da exata fixação do dia e da hora do óbito, uma vez que uma precedência qualquer, mesmo de segundos, influi na transmissão do acervo hereditário¹²⁹.

3.2. Lugar da abertura do inventário

- a) importância do inventário: o processo de inventário visa descrever e apurar os bens deixados pelo hereditando, a fim de que se proceda à sua partilha entre os sucessores, legalizando, assim, a disponibilidade da herança; esse processo tem por escopo descrever e apurar os bens deixados pelo falecido para ulterior partilha entre seus herdeiros.
- b) foro competente para o inventário: o artigo 1.785 do CC determina que o lugar de abertura é o do último domicílio do de cujus; mas o CPC assinala a existência de foros subsidiários (CPC, art. 96, 1043 e 1044).
- c) inventariante
 - função da inventariança: a inventariança é um *munus* público, submetido à fiscalização judicial; o inventariante, tendo uma função auxiliar da justiça, adquire a posse direta dos bens do espólio para administrá-los, inventariá-los, e oportunamente partilhá-los entre os herdeiros. (CC. art. 1991)
 - critérios para nomeação de inventariante: para a escolha do inventariante dever-se-á obedecer a ordem indicada pelo art. 990 do CPC, salvo casos excepcionais.

3.3. Objeto da sucessão hereditária

- noção de herança: herança é o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários (CC. art. 943), exceto se forem

personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cuius*, como o uso, o usufruto e as obrigações alimentares

- indivisibilidade da herança¹³⁰: a herança é uma universalidade *juris* indivisível até a partilha (CC art. 91); assim, se houver mais de um herdeiro, o direito de cada um, relativo ao domínio e à posse do acervo hereditário, permanecerá indivisível até que se ultime a partilha, havendo um regime de condomínio forçado (CC. arts. 1794 e 1795)

OBS.: A ação de petição de herança é proposta para o efeito de ser o autor declarado herdeiro do falecido, e o réu entregar-lhe toda a coisa (se for o único de sua classe), ou parte da herança (se a pretensão é restrita a ser incluído como sucessor, dentre os demais herdeiros), com os seus rendimentos e acessórios que lhe pertençam desde o óbito. Pode abranger, assim, todos os bens do acervo hereditário (CC art. 1825). A ação de petição de herança é imprescritível e tem sempre cabimento contra aquele que ofende o direito hereditário (possuidor ilegítimo da herança que de boa ou má-fé), mas não pode ser movida contra um possuidor ordinário que detém bens da herança a outro título pois aqui a ação é a reivindicatória. Além do CC. arts. 1.824 a 1.828, veja também os arts. 1214 a 1221

3.4. Capacidade e incapacidade sucessória

a) capacidade para suceder^{131/132}: é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius* no tempo da abertura da sucessão (CC, art. 1.787); para tanto, é preciso haver os seguintes pressupostos:

- morte do *de cuius*;
- sobrevivência do sucessor (ainda que por segundos);
- herdeiro pertencente à espécie humana e
- fundamento ou título jurídico do direito do herdeiro.

Assim temos:

⇒ se capaz o herdeiro por ocasião da feitura do testamento, porém, incapaz ao tempo da morte não poderá suceder o *de cuius*,

⇒ se incapaz ao tempo da feitura do testamento mas capaz ao tempo da morte sucederá o falecido;

⇒ se o testador instituir fideicomisso, com designação alternativa de fideicomissários, serão beneficiários os core já existirem no instante em que se abrir a sucessão do fideicomitente.

b) exclusão do herdeiro ou legatário por indignidade

Conceito de indignidade: é uma pena civil, que priva do direito à herança não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu os atos reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do *de cuius*. As causas de indignidade estão previstas no art. 1814 do CC e cabem para as pessoas que:

- houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar. No caso de homicídio doloso consumado ou tentado contra o autor da herança, não é preciso que haja processo criminal. O homicídio pode ser provado na ação de indignidade.
- acusaram o falecido caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua honra basta a denúncia caluniosa).
- por violência ou fraude, inibiram o falecido de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade.

b¹) declaração jurídica da indignidade:

A indignidade não opera *ipso iure*, mas é pronunciada por sentença proferida em ação ordinária, movida contra o herdeiro por quem tenha legítimo interesse na sucessão (CC, art. 1815;), e deve ser proposta no prazo decadencial de 4 anos (CC. art. 1815, § único).

A sentença procedente da ação de indignidade traz alguns efeitos:

⇒ o indigno é excluído da sucessão: o efeito dessa decisão é, via de regra *ex tunc*, salvo se terceiros de boa fé adquiram bens do quinhão do indigno onde ele responderá por perdas e danos e a sentença se operará com efeitos *ex nunc* porque aos olhos do adquirente ele é o herdeiro aparente, ou seja, verdadeiro e legítimo titular do direito sucessório, embora não o fosse em razão de um erro ou ignorância da existência de um herdeiro mais próximo

⇒ os descendentes do indigno herdam no lugar dele como se ele fosse morto: chamada morte civil (CC art. 1816)

⇒ o indigno não terá direito ao usufruto e à administração dos bens que a seus filhos menores couberem na herança ou à sucessão eventual desses bens (CC, arts. 1.816, § único).

⇒ o excluído da sucessão poderá representar seu pai na sucessão de outro parente.

⇒ o indigno, apurada a obstrução, ocultação ou destruição do testamento por culpa ou dolo, deve responder por perdas e danos.

b²) reabilitação do indigno:

O art. 1.818 do CC possibilita a reabilitação do indigno, permitindo-lhe ser admitido na herança se a pessoa ofendida, cujo herdeiro ele for, assim o resolveu por ato autêntico ou testamento.

c) distinção entre incapacidade sucessória e indignidade

- A incapacidade sucessória impede que nasça o direito à sucessão; a indignidade obsta a conservação da herança.
- A incapacidade é um fato oriundo do enfraquecimento da personalidade do herdeiro, enquanto a indignidade é uma pena civil.
- incapaz não adquire a herança em momento algum; o indigno a adquire quando da abertura da sucessão, vindo a perda com o trânsito em julgado de sentença declaratória de sua indignidade.
- O incapaz, como nunca foi herdeiro, nada transmite a seus sucessores, ao passo que o indigno, ante o caráter personalíssimo da pena, transmite sua parte na herança como se morto fosse, a seus herdeiros.

d) deserdação

Conceito de deserdação: os herdeiros necessários podem ser excluídos da sucessão, através de testamento (exclusão por deserdação). Os motivos da deserdação são os mesmos da indignidade (CC., art. 1814), com o acréscimo dos previstos no art. 1963 do CC, como ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, ou relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta, e desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

A deserdação será nula se não for provada a sua causa (CC.; art. 1965). De acordo com a maioria dos autores, podem os ascendentes do deserdado, herdar por representação, em analogia com o indigno (morte civil). O direito de provar a causa da deserdação caduca em 4 anos a contar da morte do falecido (CC. art. 1965, parágrafo único).

d¹) distinção entre indignidade e deserdação

Exclusão por indignidade e deserdação são institutos semelhantes. Mas diferem em alguns aspectos. A indignidade refere-se a qualquer herdeiro, legítimo ou testamentário, bem como ao legatário. A deserdação só se refere a herdeiros necessários. A exclusão por indignidade é proposta por um interessado, mediante ação ordinária. A deserdação é feita por testamento, pela própria pessoa de cuja sucessão se trata (CC art. 1964).

Assim, temos:

- A indignidade funda-se, exclusivamente, nos casos do CC., art. 1814, enquanto a deserdação repousa na vontade exclusiva do autor da herança, que a impõe ao ofensor no ato de última vontade, desde que fundada em motivo legal (CC, arts. 1.814, 1.962 e 1963).
- A indignidade é própria da sucessão legítima, embora alcance o legatário, ao passo que a deserdação só opera na seara da sucessão testamentária.
- A indignidade priva da herança sucessores legítimos e testamentários, a deserdação é o meio empregado pelo testador para excluir da sucessão os seus herdeiros necessários.

4. ACEITAÇÃO DA HERANÇA

A aceitação vem a ser o ato jurídico unilateral pelo qual o herdeiro, legítimo ou testamentário, manifesta livremente sua vontade de receber a herança que lhe é transmitida (CC. art. 1804)

4.1. Espécies de aceitação da herança: CC. art. 1805.

1. Quanto à forma

a) expressa: se dá por escrito, público ou particular, e é rara de ocorrer pela presunção legal de aceitação que existe (princípio de Saisine) no Código Civil.

b) tácita: ocorre sempre que um herdeiro pratica um ato incompatível com renúncia, ou seja, demonstra que tem intenção de aceitar, contratou advogado, aceitando cargo de inventariante e etc. Não constitui aceitação tácita os atos meramente oficiosos, ou seja, sentimentais ou desinteressados (CC.. arts. 1581, §§ 1º e 2º, e 1572)

c) presumida: deriva do silêncio do herdeiro quando o mesmo é notificado judicialmente para dizer se aceita ou não a herança. Se o mesmo não disser se aceita ou não em trinta (30) dias presume-se aceita (CC. arts. 1807 e 1947).

2. Quanto à pessoa que a manifesta

a) direta: se oriunda do próprio herdeiro

b) indireta: se alguém a faz pelo herdeiro, caso em que se tem aceitação pelos sucessores, no caso do herdeiro falecer antes de dizer se aceita ou não a herança (CC, art. 1809, parágrafo único); pelo tutor ou curador (CC, art. 1748, II); por mandatário ou gestor de negócios; ou ainda pelos credores (CC, art. 1813 e § 1º).

5. RENÚNCIA DA HERANÇA

Se dá quando o herdeiro abre mão de um direito. Assim, só o herdeiro capaz pode renunciar a uma herança. Como a renúncia é um ato solene - não existe renúncia tácita ou presumida - ela será sempre expressa e por dois modos:

- a) por termo nos autos, onde se toma desnecessária a sua homologação,
- b) ou por escritura pública.

Para renunciar é preciso atender certos requisitos: ⇒ capacidade jurídica; ⇒ forma prescrita em lei: CC. art. 1806, ⇒ inadmissibilidade de condição ou termo: CC art. 1808; ⇒ não realização de qualquer ato compatível com a aceitação; ⇒ impossibilidade de repúdio parcial: CC. art. 1808, ⇒ objeto lícito: CC. art. 1813, §§ 1º e 2º, ⇒ abertura da sucessão.

5.1. Efeitos da renúncia

Formalizada, a renúncia, retroage ao tempo da abertura da sucessão e acarreta:

- a) o renunciante é tratado como se nunca tivesse sido chamado á sucessão: CC art. 1804.
- b) na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe, e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente. (CC, art. 1811), ou seja, na sua legítima o quinhão do renunciante vai para os outros herdeiros da mesma classe e não para seus ascendentes ou descendentes pois não há direito de representação na renúncia. Assim o filho do renunciante não herda. Só pode herdar por direito próprio ou em dois casos; se o renunciante era filho único do de cujos, caso em que os seus filhos herdaram como netos, ou ainda, se todos os filhos renunciarem.
- c) na sucessão testamentária a renúncia do herdeiro torna caduca a disposição que o beneficia, a não ser que o testador tenha indicado substituto (CC, art. 1947) ou haja direito de crescer entre os herdeiros (CC, art. 1.943), ou seja, na sucessão testamentária que preveja herdeiros conjuntos e especifique a parte de cada um e um deles renuncia (direito de crescer) a parte do renunciante vai para os herdeiros conjuntos e não para os legais.
- d) o que repudia herança não está impedido de aceitar legado: CC art. 1808, § 1º.
- e) o renunciante não perde o direito à administração e ao usufruto dos bens que, pelo seu repúdio, foram transmitidos aos seus filhos menores.

OBS.: A renúncia é retratável (anulável) se houver erro, dolo ou coação mas dependerá sempre de ação judicial. (CC. art. 1812)

Espécies de renúncia: não mais aceitas

a) pura e simples ou abdicativa: quando o herdeiro desde o início abre mão da herança

b) desistência: retratação da aceitação, ou seja, no início o herdeiro se cala, presumindo-se assim aceita a herança, mas no curso do inventário ele renuncia. A Fazenda Pública de São Paulo acredita que neste caso incide o imposto inter-vivos porque houve transmissão. Não é mais possível.

c) translativa ou imprópria: é a renúncia que se dá em favor de certa pessoa, sendo pacífico que neste caso incide o imposto inter-vivos. Na verdade isto não é uma renúncia, mas sim uma aceitação tácita seguida de cessão de direitos hereditários.

6. CESSÃO DA HERANÇA: CC. art. 1793

A herança é um valor patrimonial, mesmo que os bens que a constituam ainda não esteja individualizados na quota dos herdeiros; daí a possibilidade de sua transmissão por ato *inter vivos*. A cessão da herança, gratuita ou onerosa, consiste na transferência que o herdeiro, legítimo ou testamentário, faz a outrem de todo quinhão hereditário ou de parte dele, que lhe compete após a abertura da sucessão.

7. HERANÇA JACENTE E VACANTE (do Estado)

Herança jacente é aquela em que aparentemente não existem herdeiros, legítimos ou testamentários, ou quando for repudiada pelos herdeiros sucessíveis. Está disposta nos arts. 1819 a 1823 do CC.

A herança jacente não representa nada além de um acervo de bens arrecadados no caso de não haverem herdeiros aparentes. Não constitui pessoa jurídica, é um ente despersonalizado, não representa a pessoa do morto nem dos herdeiros que renunciaram seu quinhão.

Esse acervo de bens está sujeito à administração e representação de um curador, a quem incumbem atos conservatórios (CPC. art. 12, IV) até que apareça sucessor ou seja declarada a herança vacante. Aliás, o Código de Processo Civil estabelece para o caso uma série de providências, como a arrecadação dos bens (CPC, arts. 1142 a 1145, 1149, 1151, 1152 e 1156), a publicação de editais e outras medidas para a localização de possíveis herdeiros, avaliação e etc..

Comparecendo herdeiro, cônjuge ou testamentário, converter-se-á a arrecadação em inventário regular (CPC., art. 1153). Caso contrário, se repudiada pelos herdeiros sucessíveis (CC. art. 1823) e, após a realização de todas as diligências legais não aparecerem herdeiros sucessíveis, decorrido um ano após a publicação do primeiro edital, será a herança declarada *vacante*, passando ao domínio público, após o prazo de 5 anos contados da abertura da sucessão (CC. arts. 1822, 1823; art. 1157 CPC).

Declarada vacante:

- a) cessam os deveres do curador: CC. art 1143,
- b) a herança torna-se de domínio público após transcorridos 5 anos;
- c) os herdeiros podem reclamar os bens vagos antes que se perfaça esse quinquênio;
- d) obrigação do poder público destinar a verba auferida com a herança em fundações destinadas a desenvolver o ensino universitário

8. DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima baseia-se na ordem de vocação hereditária, que é definida como a ordem de chamamento dos herdeiros que sucederão no patrimônio do "de cuius", quando este falece sem testamento ("ab intestato"); ou o testamento deixado é ineficaz, caducou ou ainda, se houver herdeiro necessário, obrigando à redução da disposição testamentária para respeitar a quota reservatória, caso em que incidirão concomitantemente, como vimos, as duas espécies de sucessão: testamentária e legítima.

A ordem de vocação hereditária é o elenco de herdeiros estabelecido pelo ordenamento, de tal forma que os primeiros, progressivamente, excluem os subsequentes. Os herdeiros legítimos concorrem à herança na seguinte ordem (CC, art. 1829):

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares,
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente,
- IV - aos colaterais.

Os que estão, acima, na lista, excluem os que estão abaixo, ou seja, só serão chamados herdeiros de uma classe se faltarem herdeiros da classe precedente. Em cada categoria, os mais próximos excluem os mais remotos.

O consorte supérstite concorre com ascendentes e descendentes e passou a ser um herdeiro necessário. Antes só ascendentes e descendentes eram chamados herdeiros necessários (por isso o cônjuge tinha como proteção o usufruto viual disposto no art 1611 do CC de 16), agora, as três

primeiras classes constituem os herdeiros necessários (CC art. 1845), com isso o cônjuge não pode mais ser excluído da sucessão por testamento dando razão à extinção do usufruto viual.

O cônjuge supérstite tem também - sem prejuízo da parte que lhe caiba na herança e independente do regime de bens - o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

OBS.: o parentesco por afinidade não produz nenhum efeito na sucessão legítima.

Herdeiros legítimos são todos esses contemplados em lei. Testamentários, aqueles contemplados pelo falecido no seu testamento.

Se o *de cuius* deixou testamento, a ordem não prevalece, atendendo-se ao disposto no testamento se podia dispor de todos os seus bens, senão, atribui-se aos contemplados os bens ou quinhões designados no testamento e o restante seguirá essa ordem, porque a legítima dos herdeiros necessários não pode ser afastada. Todavia, pode ser clausulada por testamento, impondo-se a incomunicabilidade, a inalienabilidade, e a impenhorabilidade, se houver justa causa (art. 1848 CC).

Todos os filhos, legítimos, ilegítimos ou adotivos, herdaram em igualdade de condições (art. 227, § 6º da CF; art. 41 L 8069/90).

A ordem do art. 1829 não é absoluta: ver art. 5º, inciso XXXI, da CF.

8.1. Sucessão dos descendentes

Os descendentes do *de cuius* são os herdeiros por excelência pois são chamados em primeiro lugar, adquirindo os bens por direito próprio. Além disso são herdeiros necessários. Sobre eles ver o art. 1835.

Importante notar que o cônjuge concorre com os descendentes. Ele terá direito a um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorre (CC. art. 1832).

Se o *de cuius* deixou convivente, ele participará da sucessão apenas no que atina aos bens adquiridos na vigência da união estável visto que se concorrer:

- a) com filhos comuns, tem direito a uma quota equivalente àquela que por lei for atribuída ao filho; e
- b) com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que coubera cada um daqueles (CC., art. 1790, I e II)

8.2. Sucessão dos ascendentes

Não havendo descendentes mas sobrevivendo ascendentes do morto, estes herdarão em partes iguais mas se só um genitor sobreviver ao morto este herdará a totalidade dos bens.

Na falta de ambos os pais do autor da herança herdarão os avós da linha paterna e materna em partes iguais; na ausência de avós herdaram os bisavós e trisavós, sempre atentando para o fato de que os mais próximos excluem os mais remotos.

O art. 1.837 diz que "concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau".

Se o *de cuius* viver em união estável o companheiro concorrerá, quanto aos bens havidos na vigência da união, com outros parentes sucessíveis e terá direito a um terço da herança (CC. art. 1790, III).

8.3. Sucessão do cônjuge ou do convivente sobrevivente

Na falta de ascendentes e descendentes o cônjuge será o herdeiro qualquer que seja o regime de bens do casamento. O regime de separação de bens ou a existência de cláusula de incomunicabilidade no pacto antenupcial não interferem na ordem da vocação hereditária caso não haja concorrência com descendentes. Mas para que o cônjuge concorra na herança é preciso prova que, ao tempo da morte do outro, não estava separado de fato há mais de dois anos.

Para afastar o cônjuge é imprescindível prova da separação por mais de dois anos bem como a homologação judicial da separação consensual e o trânsito em julgado da sentença, se litigiosa. A separação não produz efeitos irreversíveis podendo estar separados porém, reconciliados, vivendo harmoniosamente sob o mesmo teto, caso em que o cônjuge herdaria.

Se o casamento for putativo o cônjuge de boa fé (CC. art. 1561, § 1º) sucede ao pré-morto se a sentença anulatória for posterior ao falecimento do cônjuge. O de má fé nunca sucederá (CC. art. 1561,

§ 2º). Todavia se o matrimônio for nulo ou anulado em vida dos consortes desaparecerá o direito sucessório.

A ligação concubinária impura não configura nenhum direito sucessório, de sorte que, mais uma vez, o concubino recebeu tratamento diverso da lei, como se vê no art. 1790.

8.4. Sucessão dos colaterais

Na falta de descendente, ascendente, cônjuge ou convivente será deferida a sucessão aos colaterais até o quarto grau - nunca se esquecendo que os mais próximos excluem os mais remotos. Assim, se os irmãos (parentes de 2º grau), forem chamados à sucessão, ficam excluídos tios e sobrinhos (parentes de 3º grau) e assim por diante. Mas não se pode esquecer (CC. art. 1840) que os filhos dos irmão herdaram por representação, assegurando sucessão aos filhos do irmão morto que concorrem com seus tios por estirpe (CC. art. 1853).

Para efeito de herança colateral o art. 1841 faz uma distinção importante: "Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdará".

Se o morto deixa 120 bananas para dois irmãos unilaterais e dois irmãos bilaterais (120 : 6 = 20), aqueles ficarão com 20 cada e estes com 40, cada. No caso, os sobrinhos herdaram por estirpe, respeitando, no caso, o privilégio de duplo sangue em favor dos bilaterais (CC. art. 1843).

8.5. Sucessão do Município Distrito Federal e União

Na falta de qualquer dos parentes acima arrolados ou, tendo todos renunciado à herança, defere-se a sucessão ao poder público que, aliás, não consta mais do rol enumerado pelo art. 1829 porque ele não é herdeiro. Não lhe é reconhecido o direito de *saisine*; para que entre na posse dos bens é necessária a sentença de vacância, e ainda assim, só adquirirá o domínio após 5 anos da abertura da sucessão, isso porque nesse período podem os herdeiros, a qualquer tempo, reclamar judicialmente a herança (CC. art. 1844)

O fundamento da sucessão pelo Estado é político-social, em reconhecimento do fato de a ordem jurídica econômica estatal ter possibilitado o acúmulo patrimonial transmitido. O estado reverte tal patrimônio, em benefício de instituições de ensino universitário.

8.6. Direito de representação

Segundo Washington de Barros Monteiro, o direito de representação consiste na convocação legal para suceder em lugar de outro herdeiro, parente mais próximo do finado, mas anteriormente pré-morto, ausente ou incapaz de suceder, no instante em que se abre a sucessão. Assim, dá-se o direito de representação quando a lei chama certos parentes do falecido a sucederem todos os direitos, em que ele sucederia, se vivesse (art. 1851 do CC).

A representação pode aparecer quando o herdeiro for deserddado ou julgado indigno (CC. art. 1816). Mas o art. 1811 adverte que ninguém pode suceder representando o herdeiro renunciante.

O direito de representação visa corrigir injustiça da rigorosa aplicação do princípio básico da sucessão legítima de que os mais próximos excluem os mais remotos, no caso da pré-morte, ausência ou indignidade de um descendente ou irmão, favorecendo os descendentes daqueles que não puderam herdar por haverem falecido antes do autor da herança. por serem declarados ausentes ou indignos. Assim para haver o direito de representação será preciso:

- haver o representado falecido antes do *de cuius*, salvo nas hipóteses de indignidade e ausência: CC. art. 1816;
- descender o representante do representado: CC. art. 1852, 1829, II;
- ter o representante legitimação para herdar do representado no instante da abertura da sucessão.

Classes de herdeiros possíveis de representação (CC. art. 1852)

O direito de representação dá-se na sucessão legítima, na linha reta descendente, sem limites, mas nunca na ascendente (art. 1852 CC). Na linha colateral, apenas em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmão deste concorrerem.

Exemplo: um velho pai de família tem 5 filhos, um deles porém, já faleceu, mas era casado e tinha dois filhos. Quando o avô falecer, estes dois netos ocuparão o lugar do pai, recebendo a parte da herança que ele receberia se vivo fosse. Assim, no exemplo, cada filho receberá 1/5 da herança, e cada neto 1/10. Diz-se, no caso, que os filhos herdaram por cabeça, ou por direito próprio, ao passo que os netos herdaram por estirpe, ou por direito de representação, como diz o mestre Silvio Rodrigues "herdar por

estirpe é o mesmo que herdar por representação" (Direito Civil, vol. 7, n. 47). Mas nesse exemplo se os 5 filhos já foram pré mortos, concorrendo apenas herdeiros netos, todos do mesmo grau, a sucessão não será mais deferida por estirpe ou representação, mas por cabeça, herdando todos os netos de modo igual.

9. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

É aquela que se opera por disposição de última vontade através de testamento. *Testamento é o ato unilateral e gratuito de natureza solene, essencialmente revogável, pelo qual alguém dispõe dos seus bens para depois de sua morte ou determina a própria vontade sobre a situação dos filhos e outros atos de última vontade.*" (Washington de Barros Monteiro).

Se existem herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade de seus bens, pois a outra metade, chamada de "legítima", pertence a eles de direito (CC. arts. 1727, 1789, 1799, 1845 e 1846).

Condições de validade jurídica do testamento

a) Capacidade testamentária ativa e passiva: não basta que o testador tenha capacidade, para que o testamento produza seus efeitos e preciso que o beneficiário das estipulações também a tenha. Há hipóteses em que o indivíduo tem capacidade para testar mas não tem para receber, como as testemunhas do testamento (C. art. 1801, I), e há, ainda, quem pode adquirir mas não capaz de transmitir, como os menores de 16 anos (CC. art. 1860, parágrafo único), os que não tiverem discernimento (CC. art. 1860) e as pessoas jurídicas (CC. art. 1857) e onde se conclui que a incapacidade testamentária pode ser absoluta ou relativa:

⇒ é absoluta se a norma jurídica impede que alguém disponha de seus bens por ato de última vontade em favor de quem quer que seja¹³³

⇒ é relativa a incapacidade quando houver impedimento legal a que se disponha em favor de certa pessoa

a¹) capacidade ativa: o art. 1860 diz quem não podem testar os menores de 16 anos; os desprovidos de discernimento; os que, ao testar, não gozarem de seu juízo perfeito; e os surdos mudos que não puderem exprimir sua vontade.

OBS.. Idade avançada, falência, analfabetismo (CC art. 1865); cegueira (CC. art. 1867) e enfermidade grave não impedem o indivíduo de testar, visto que "toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte" (CC. art. 1.857)

a²) capacidade passiva: dizem quais não podem receber por exclusão; ou seja, capacidade é regra, incapacidade, exceção, assim não podem receber por testamento todas as pessoas não mencionadas no CC arts. 1798 e 1799.

b) não haver deserção (CC. arts 1961 a 1965): que, como falamos, é o ato pelo qual o *de cujus* exclui da sucessão, mediante testamento com expressa declaração da causa, herdeiro necessário, privando-o de sua legítima, por ter praticado qualquer ato taxativamente enumerado no CC. arts. 1814 e/ou 1962.

c) observância de todas as formalidades legais.

9.1. Formas de testamento

O testamento é ato solene cuja eficácia subordina-se às formas previstas em lei (CC. art. 166. IV) sob pena de nulidade absoluta que pode ser decretada de ofício pelo juiz (CC. art. 168, parágrafo único).

Não basta que a forma interna ou elemento intrínseco do testamento: capacidade ativa e passiva e distribuição dos bens esteja preenchida. É mister, para que o testamento seja válido e, portanto eficaz, que, também, atenda às suas formas externas, que são os meios legais através dos quais o legislador permite que o indivíduo elabore seu testamento.

Existem as formas ordinárias e as formas especiais de testar, mas importa notar que nosso ordenamento proíbe as formas híbridas de testamento, ou seja, é proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo (CC. art. 1863). Essas disposições estão proibidas porque se revelam, na verdade, como modalidades de pacto sucessório, vedado no direito brasileiro. Mas a proibição não alcança testamentos feitos em separado por duas pessoas que, mesmo marido e mulher, se beneficiam mutuamente.

Abolido está o testamento nuncupativo que permitia testamento de viva voz do doente feito perante seis testemunhas que pudessem entender suas disposições de última vontade (e que perdia

sua validade caso se recuperasse o enfermo): essa modalidade só perdura para os militares quando feridos em combate (CC. art. 1896)

9.1.1. Formas ordinárias de testamento:

- a) *testamento público* é aquele escrito por oficial público, em seu livro de notas com o ditado ou as declarações do testador, em presença de 2 testemunhas (antes eram 5): CC, arts. 1864 a 1867; CPC art. 1128 e § único.
- b) *testamento cerrado, secreto ou místico* é aquele escrito pelo próprio testador, ou alguém a seu rogo e entregue, depois, a um tabelião, na presença de 2 testemunhas, para aprovação e devolução ao testador, em invólucro lacrado (arts. 1868 a 1875 CC). Se o testador não souber escrever ou assinar, pode o testamento ser escrito ou assinado por outra pessoa, a rogo. Morto o testador, deve o testamento cerrado ser apresentado ao juiz para as formalidades da abertura (art. 1225 do CPC), e para que o juiz o mande registrar, arquivar e cumprir (art. 1126 do CPC).
- c) *testamento particular ou hológrafo* é aquele escrito e assinado pelo testador e lido perante 3 testemunhas, que também o assinam (arts. 1876 a 1880 CC). Morto o testador, será o testamento publicado em juízo, com a citação dos herdeiros, devendo ser ouvidas pelo menos 3 testemunhas, se as outras 2 faltarem, por morte ou ausência (CPC. arts. 1126, 1130 a 1133)

9.1.2. Formas especiais de testamento:

- a) *testamento marítimo ou aeronáutico*: o código contempla duas modalidades de testamento marítimo. Uma assemelha-se ao testamento público, sendo lavrado pelo comandante ou pelo escrivão de bordo, ante duas testemunhas (art. 1888 CC). A outra forma assemelha-se ao testamento cerrado, sendo escrito pelo testador e apresentado ao comandante ou escrivão de bordo, perante 2 testemunhas, para autenticação (art. 1889 do CC). O testamento marítimo perde a sua validade se o testador não morrer dentro de 3 meses após o desembarque (CC., art. 1891).
- b) *testamento militar*: o Código (CC., art. 1893) nos apresenta três modalidades de testamento militar, realizados em campanha, a serviço do exército. A primeira assemelha-se ao testamento público, sendo escrito pelo comandante ou oficial de saúde (CC., art. 1893, §§ 1º, 2º e 3º). A Segunda assemelha-se ao testamento cerrado, sendo escrito pelo testador e apresentado ao auditor, na presença de 2 testemunhas, para autenticação (CC., art. 1894). A terceira forma de testamento militar é o nuncupativo, no qual basta que a pessoa, em combate ou ferida, confie a sua última vontade a duas testemunhas (CC., art. 1896). O testamento militar perde a sua validade se o testador não morrer na guerra ou em razão do ferimento (ver também CPC art. 1134, III, 1130 a 1133).

9.2. Testemunhas testamentárias

São as pessoas que têm capacidade para atestar a veracidade do ato que se quer provar, subscrevendo-o. Em todas as formas de testamento há intervenção necessária de testemunhas, para tanto, a pessoa deve ser capaz.

São absolutamente incapazes de testemunhar:

- a) menores de 16 anos: CC. art. 228, I;
- b) os que, por enfermidade ou doença mental não tiverem discernimento: CC. art. 228 II;
- c) os surdos e cegos: CC. art. 228, III
- d) os analfabetos, posto que é requisito inafastável que a testemunha assine o instrumento de próprio punho, devendo, para tanto, ter compreensão plena daquilo que atesta;

São relativamente incapazes de testemunhar:

- a) o herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge: CC. art. 228, IV e V, por falta de isenção espiritual;
- b) os legatários e seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge: CC. art. 228, IV e V, por falta de isenção espiritual, também.

9.3. Inexecução do testamento

- a) *revogação*: como já vimos o testamento revela-se como um instrumento revogável por natureza (funda-se no principio da autonomia da vontade), bastando que o próprio testador, por modo legítimo, expresse sua vontade de inutilizar o testamento ou elabore outro cujas disposições sejam incompatível(is) com a(s) anteriores(s), de modo que a revogação pode, então, ser expressa ou tácita, total ou parcial.

Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.

A revogação pode ser:

⇒ expressa: quando o testador declara, tão somente, sem efeito, no todo ou em parte, o testamento por ele feito anteriormente.

⇒ tácita: se dá de três modos:

→ o testador, sem mencionar cláusulas antigas dispõe de modo diverso daquele anteriormente disposto (a incompatibilidade produz a revogação), mas se não houver a incompatibilidade cumprem-se ambos os testamento, ou tantos quanto tiverem (a regra é que o mais novo prevalece ao antigo).

→ quando o testamento cerrado aparecer aberto ou dilacerado pelo próprio testador ou por terceiro a seu mando ou consentimento (CC, 1792)

→ quando o testador alienar, voluntariamente, a coisa legada.

⇒ total: quando o testamento superveniente retira, no todo, a eficácia das disposições de última vontade.

⇒ parcial: quando o testamento posterior abranger uma ou mais disposições do anterior, subsistindo em tudo o que não for contrário ou incompatível ao posterior (CC art. 1970, § único)

OBS.: há um único caso de irrevogabilidade de disposição testamentária: do filho reconhecido fora do matrimônio (1609, III e 1610 do CC)

b) rompimento, ruptura ou revogação legal (ou presumida;) do testamento ocorrerá quando:

⇒ sobrevier descendente sucessível ao testador, que não o tinha, ou não o conhecia, quando testou: CC. art. 1973;

⇒ se o testamento é feito na ignorância de herdeiros necessários: CC 1974. O fundamento da ruptura é a idéia de que o testador não testaria como fez diante dessas circunstâncias.¹³⁴

c) Caduca o testamento quando, embora válido, não possa produzir efeitos em razão de algum fato superveniente, independente da vontade do testador, pelo qual o herdeiro instituído fica impedido de receber a herança ou o legado fica sem objeto, dando lugar á sucessão legítima se abranger todos os herdeiros ou legatários ou caso não tenham substitutos, e seguir-se-á com a sucessão testamentária caso possam ser substituídos ou, não tendo substitutos, fique instituído o direito de crescer entre eles, nesse caso diz-se que a caducidade é parcial, porque o testamento produz efeitos.

d) A nulidade do testamento verificar-se-á quando houver vício de origem ou defeito congênito, não satisfazendo as condições que a lei declara indispensáveis para o seu cumprimento, dando lugar á sucessão legítima. Pode ser alegada por qualquer interessado, ou o MP, quando:

→ for feito por testador incapaz: menor de 16 anos p. ex.

→ não observar as formas da lei;

→ quando o objeto for ilícito ou impossível;

→ quando a lei taxativamente o declarar nulo;

→ quando as disposições contrariarem a lei: CC. art. 1900:

→ se o testamento é viciado por erro, dolo, coação ou fraude: nesse caso caduca em quatro anos a ação para anular o testamento, contado o prazo a partir da data em que o interessado tiver ciência do erro, dolo, ou coação

9.4. Registro, arquivamento e cumprimento do testamento

Após a morte do testador, deve o testamento ser apresentado ao juiz, que o mandará registrar, arquivar e cumprir, se não houver vício externo que o tome suspeito de nulidade ou falsidade (arts. 1225 a 1134 CPC).

No caso de testamento particular, proceder-se-á, primeiramente, á publicação do testamento em juízo, com a citação dos herdeiros e a ouvida das testemunhas (art. 1130 CPC).

No caso de testamento cerrado, proceder-se-á também, primeiramente, às formalidades da abertura do testamento (art. 1125 CC). Depois de efetuado o registro, o mérito das disposições testamentárias será examinado no inventário ou em ação ordinária própria.

9.5. Testamenteiro

A testamentária é função personalíssima, intransmissível e indelegável (CC. art. 1985) onde atribui-se ao testamenteiro a função de executar o testamento. Ao testamenteiro e a quem incumbem as disposições testamentárias e por isso é preciso que seja, claro, capaz.

A nomeação do(s) testamenteiro(s) é feita pelo próprio testador em testamento ou codicilo (CC. art. 1883 e 1976). Na falta de testamenteira a execução testamentária dar-se-á pelo cônjuge supérstite e somente na ausência deste é que o juiz poderá nomear um *testamenteiro dativo* (CC art. 1984; CPC art. 990)

Sendo a testamentária um *munus* privado ninguém pode ser obrigado a exercê-la; por isso é imprescindível a sua aceitação, que pode ser (CPC 1127, § único)

- a) expressa: se o nomeado assim declarar explicitamente;
- b) tácita: se iniciara execução testamentária sem nada pronunciar
- c) presumida: se aceitar legado a ele feito para esse fim

OBS.: A remuneração do testamenteiro chama-se vintena e varia de 1% a 5%, de acordo com arbitramento do juiz, mas pode lhe ser legado bem para esse fim: CC arts. 1987 a 1989, 1796.

10. CODICILO: CC arts. 1881 a 1885

Segundo Carlos Maximiliano, "*codicilo é o ato de última vontade pelo qual o disponente traça diretrizes sobre assuntos pouco importantes despesas e débitos de pequeno valor*".

É também chamado de "pequeno testamento" que se resume num ato de última vontade, sem instituição de herdeiro. Serve apenas para disposições especiais sobre enterro, sufrágios por alma do finado, esmolas de pouca monta ou para legar móveis, roupas ou jóias não muito valiosas de uso pessoal (CC, art. 1.881); sufrágios por intenção da alma do codicilante (CC, art. 1.998). Serve também para nomear ou substituir testamenteiras (CC., art. 1.883); e para perdão de indigno (CC, art. 1.818). Pode ser feito por escrito particular, datado e assinado pelo estipulante (CC., arts. 1881, 1882, 1885 e CPC art. 1.125).

Dá-se a revogação por outro codicilo ou por testamento posterior, que não o confirme ou que o modifique.

11. LEGADO: CC arts. 1912 a 1939

Segundo Maria Helena Diniz "*legado é a disposição testamentária a título singular, pela qual o testador deixa a pessoa estranha ou não à sucessão legítima um ou mais objetos individualizados ou uma certa quantia em dinheiro*". É a disposição em que um testador deixa para um legatário uma coisa especificada.

Não se confunde com herança porque a herança abrange a totalidade dos bens o legado não. Ao contrário do herdeiro, o legatário não sucede a título universal, ou numa quota-parte genérica, mas apenas num determinado bem descrito no testamento, a título singular = só há legado em testamento.

O objeto do legado deve ser lícito, possível, economicamente apreciável e suscetível de alienação, podendo ser presente ou futuro, determinado ou determinável, corpóreo ou incorpóreo, e nada obsta que incida sobre prestação de fazer ou não fazer.

Espécies de legado

- a) legado puro e simples: CC, art. 1.923, § 1º;
- b) legado condicional: CC, arts. 1.900, I;
- c) legado a termo: CC, art. 1.921: limitação temporal positiva ou negativa.
- d) legado modal ou com encargo: CC, arts. 1.938, 533 e 562;
- e) legado subcausa.

Tipos de legado

- a) Legado de coisa alheia: CC, arts. 1912; 1913 e 1915;
- b) Legado de coisa comum: CC, art. 1914;
- c) Legado de coisa singularizada: CC, art. 1.916;
- d) Legado de universalidade;
- e) Legado de coisa, ou quantidade, localizada: CC, art. 1.917;
- f) Legado de crédito: CC, art. 1.918, §§ 1º e 2º;
- g) Legado de quitação de dívida: CC, art. 1.919;
- h) Legado de alimentos: CC, art. 1.920;
- i) Legado de usufruto: CC, art. 1.921,
- j) Legado de imóvel: CC, art. 1.922, § único.

De acordo com o art. 1939 do CC, caduca o legado se:

- I - se, depois do testamento, o testador modificar a coisa legada, ao ponto de já não ter a forma nem lhe caber a denominação que possuía;
- II - se o testador; por qualquer título, alienar no todo ou em parte a coisa legada; nesse caso, caducará até onde ela deixou de pertencer ao testador;
- III - se a coisa perecer ou for evicta, vivo ou morto o testador; sem culpa do herdeiro ou legatário incumbido do seu cumprimento;
- IV - se o legatário for excluído da sucessão, nos termos do art. 1.815;
- V - se o legatário falecer antes do testador.

12. DIREITO DE ACRESCEMTO: CC arts. 1941 a 1946.

Direito de acrescer consiste no direito do co-herdeiro ou co-legatário de receber o quinhão originário de outro co-herdeiro ou co-legatário, que não quis ou não pôde recebê-lo, desde que sejam, pela mesma disposição testamentária, conjuntamente chamados a receber a herança ou o legado em quotas não determinadas.

Direito de acrescer entre os co-herdeiros

- a) nomeação dos herdeiros na mesma cláusula testamentária para receber o acervo hereditário ou porção dele (CC. arts. 1941, 1943 e 1944).
- b) incidência na mesma herança.
- c) ausência de determinação de quotas.

Direito de acrescer entre os co-legatários

- a) nomeação conjunta dos co-legatários.
- b) legado deve recair em uma só coisa, determinada e certa, ou indivisível.
- c) ausência de um dos co-legatários, em razão de premoriência, renúncia, exclusão da sucessão, desde que o testador não tenha nomeado substituto
- d) legado de um só usufruto conjuntamente a duas ou mais pessoas.

Casos em que não há direito de acrescer

- a) distribuição, feita pelo testador, dos bens, designando a cada um dos nomeados a quota que lhe cabe na herança ou no legado, ou declarando que cada qual deverá partilhá-los por igual (CC, art. 1.941).
- b) nomeação de substituto ao herdeiro ou legatário constituído (CC, art. 1.946).
- c) declaração de nulidade ou anulabilidade da cédula testamentária. (CC 1798)

13. SUBSTITUIÇÃO

É a disposição testamentária na qual o testador chama uma pessoa para receber, no todo ou em parte, a herança ou o legado, na falta ou após o herdeiro ou legatário nomeado em primeiro lugar, ou seja, quando a vocação deste ou daquele cessar por qualquer causa.

Princípios

- o substituto deve ser capaz para ser instituído em primeiro lugar.
- podem ser dados substitutos a um só herdeiro ou um único substituto a muitos herdeiros.
- não é permitida a substituição de mais de um grau (CC, art. 1.959).
- a substituição é uma instituição condicional, que pode ser subordinada a outra condição, termo ou encargo.
- o substituto pode ser nomeado no mesmo testamento em que for feita a instituição ou em cédula testamentária posterior.
- o substituto deverá cumprir o encargo ou condição imposta ao substituído, exceto se o testador estabeleceu diferentemente (CC, art. 1.949).

Espécies de substituição

- a) Substituição vulgar (CC, arts. 1.947 e 1.949): a substituição vulgar consiste na indicação da pessoa que deve ocupar o lugar do herdeiro, ou legatário, que não quer ou não pode aceitar a liberalidade. Neste caso o testador pode indicar um substituto ou uma série de substitutos. Se Fulano não aceitar a herança ou o legado, passará ela para Sicrano, Beltrano e aí vai.

Essa substituição, então, pode ser de duas ordens:

- singular: se houver um só substituto ao herdeiro ou legatário instituído;
- plural: se são vários os substitutos convocados simultaneamente.

OBS.: Caduca essa substituição vulgar ou ordinária se houver:

- aceitação da herança ou do legado pelo primeiro instituído.
- falecimento do substituto antes do substituído ou do testador.
- incapacidade do substituto para suceder por testamento.

- renúncia do substituto à herança ou ao legado.
 - inadimplemento de condição suspensiva imposta à substituição.
 - aceitação da liberalidade pelos sucessores do instituído, morto depois de aberta a sucessão, mas antes de se pronunciar sobre ela.
- b) Substituição recíproca (CC, arts. 1.948 e 1.950): substituição recíproca é aquela em que o testador, ao instituir ma pluralidade de herdeiros ou legatários, os declara substitutos uns dos outros.
- c) Substituição fideicomissária (CC, arts. 1.951 a 1.960): A substituição fideicomissária consiste na instituição de herdeiro ou legatário, designado fiduciário, com a obrigação de, por sua morte, a certo tempo ou sob condição preestabelecida, transmitir a uma outra pessoa, chamada fideicomissário, a herança ou o legado.

De outro modo: Na substituição por fideicomisso o testador deixa seus bens para Fulano; com a cláusula de serem transmitidos para Sicrano, depois de certo tempo, ou por morte de Fulano. O primeiro beneficiário é chamado de fiduciário, e o segundo é o fideicomissário.

Requisitos:

- dupla vocação.
- eventualidade da vocação do fideicomissário.
- sucessividade subjetiva nos bens herdados ou legados.
- capacidade testamentária passiva do fiduciário e do fideicomissário.
- obrigação do fiduciário de conservar a coisa fideicomitida para depois restituí-la ao fideicomissário.

d) Substituição compendiosa: é um misto de substituição vulgar e substituição fideicomissária

"A diferença básica entre as duas espécies de substituições é que, na vulgar, somente na ausência do substituído é chamado o substituto, enquanto que na substituição fideicomissária são, necessariamente, chamados na sucessão, tanto o substituto (fiduciário), como o substituto (fideicomissário)" (Arnold Wald, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões, p. 173).

A parte relativa a inventário e partilha não sofre modificações relevantes.

BIBLIOGRAFIA COMPILADA

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990-1991.

BASTOS, Celso Ribeiro - Martins, Ives Gandra - *Comentários à Constituição do Brasil – 7º Volume* - Editora Saraiva – 2ª Edição - 2000

CAHALI, Yussef Said, *Dos Alimentos*. 3., ed., São Paulo, RT. 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva [revista atualizada de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA, e ampliado com estudo sobre comércio eletrônico]

Constituição da República Federativa do Brasil - Editora Atlas -17ª Edição - 2001 - Organizada por Alexandre de Moraes.

DIAS, Maria Berenice e Rodrigo da Cunha Pereira [Coordenadores] *Direito de Família e o Novo Código Civil*. IBDFAM. 1ª ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19ª ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo, Saraiva, 2002.

_____, *Código Civil Anotado*, 8ª. Ed. Atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____, *Conflito de Normas*. São Paulo, Saraiva, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - *Curso de Direito Constitucional* - Editora Saraiva, 20ª edição.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Anotado*. Saraiva: São Paulo. 1ª ed. 5ª tiragem: 2003.

FLAVIO DE OLIVEIRA, AMANDA - *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário* - Editora Forense.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de Direito Civil*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros 1994.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas. Direito Civil - Parte Geral*. Saraiva: 2002

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 3.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 35ª Edição. São Paulo. 13 de janeiro de 2003.

- NERY JÚNIOR** Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante* [2ª Edição Revisada e Ampliada]. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- REALE**, Miguel. Projeto do Novo Código Civil. 2ª Ed. Saraiva: 1999.
- RODRIGUES**, Silvio. *Direito Civil*. vol. 1 a 7. São Paulo: Saraiva, 2002, 25ª ed. Atualizada por Zeno Veloso.
- SILVA**, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993.
- SILVA**, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2000.
- WALD**, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro, Parte Geral, 4ª Edição, São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1.975.
- _____. *Curso de Direito Civil Brasileiro; direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo, Sugestões Literárias, 1969.
- WILLINGTON**, João e **OLIVEIRA**, Jaury N de, *A Nova Lei de Direitos Autorais*. _ª ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.
- WAMBIER**, Luiz Rodrigues et al. *Curso Avançado de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo. RT, 2000, vol. 3.
- VENOSA**, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Volume I a VII*. 3ª Edição. Ed. Atlas. São Paulo. SP. 2003.