

Revista da

**EMERJ** Especial

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



**Parte II**

Julho/2002 a Abril/2003

**EMERJ DEBATE O NOVO CÓDIGO CIVIL**



© 2004, EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**

**Diretor-Geral:** Des. Sergio Cavalieri Filho

**Conselho Consultivo:** Des. Celso Guedes, Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião, Des. Wilson Marques, Des. Sylvio Capanema de Souza, Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes, Des<sup>a</sup>. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

**Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos:** Des. José Joaquim da Fonseca Passos

**Diretor de Estudos e Ensino:** Des. Sidney Hartung Buarque

**Coordenador Administrativo:** Des. Décio Xavier Gama

**Coordenador Geral de Ensino:** Paulo Roberto Targa

**Chefe de Gabinete:** Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil - Parte II

**Conselho Editorial:**

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Min. Luiz Fux; Des. Leticia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

**Coordenação da obra:** Des. Décio Xavier Gama

**Produção Gráfico-Editorial da Divisão de Publicações da EMERJ**

**Editor:** Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Editores:** Wagner Alves e Valéria Monteiro de Andrade;

**Capa:** André Amora; **Revisão ortográfica:** Suely Lima

**Impressão:** Imprinta Express

**Tiragem:** 2.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -  
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -  
ISSN 1415-4951

V.1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ  
Telefones: (21) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

[www.emerj.rj.gov.br](http://www.emerj.rj.gov.br) ♦ [emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br](mailto:emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br)

# Sumário

- 9**            ***Apresentação***  
Décio Xavier Gama  
Coordenador Editorial.
- 11**            ***Direito de Empresa - Visão Panorâmica***  
Paulo de Moraes Penalva Santos  
Procurador do Estado/RJ.
- 32**            ***Títulos de Crédito e o Crédito Civil***  
J. A. Penalva Santos  
Desembargador aposentado do TJ/RJ. Professor da EMERJ.
- 55**            ***A Sociedade Limitada no Código Civil***  
Luiz Alberto Colonna Rosman  
Advogado. Professor de Direito Societário da Escola de Direito da FGV.
- 69**            ***Os Alimentos no Novo Código Civil***  
Francisco José Cahali  
Advogado e consultor jurídico. Professor da PUC/SP.
- 82**            ***A União Estável no Novo Código Civil***  
Álvaro Villaça Azevedo  
Advogado. Professor de Direito Civil da USP, de Direito Romano e Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Faculdade de Direito da FAAP/SP.
- 84**            ***Da Filiação no Novo Código Civil***  
Flávio Lauria  
Procurador do Estado/RJ. Advogado.
- 102**            ***Juizado Especial de Família***  
Fátima Nancy Andrichi  
Ministra do STJ.
- 107**            ***As Relações de Parentesco no Novo Código Civil***  
Heloísa Helena Barboza  
Professora titular da Faculdade de Direito da UERJ e Professora Adjunta do Mestrado da Universidade Estácio de Sá.
- 116**            ***O Estatuto da Criança e do Adolescente e os Desafios do Novo Código Civil***  
Tânia da Silva Pereira  
Professora da UERJ.

- 132** ***O Estatuto da Criança e do Adolescente no Novo Código Civil***  
Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel  
Professora da UERJ.
- 140** ***Direito das Coisas***  
Luiz Edson Fachin  
Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná.
- 145** ***O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície***  
Ricardo César Pereira Lira  
Professor da UERJ. Procurador do Estado/RJ
- 158** ***O Direito de Vizinhança no Novo Código Civil***  
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho  
Professor de Direito Civil da UERJ. Procurador do Estado/RJ.
- 168** ***Os Direitos Reais no Novo Código Civil***  
Gustavo José Mendes Tepedino  
Procurador Regional da República no Rio de Janeiro e Professor de Direito Civil/UERJ.
- 177** ***Do Direito do Promitente Comprador***  
José Osório de Azevedo Junior  
Desembargador aposentado do TJ/SP. Professor de Direito Civil da PUC/SP
- 182** ***Direitos Reais: Da Aquisição da Propriedade Imóvel. Dos Direitos da Vizinhança***  
Fábio Maria De Mattia  
Advogado. Professor titular de Direito Agrário/USP
- 196** ***Sucessão dos Descendentes. Sucessão dos Cônjuges e Sucessão na União Estável***  
Luiz Paulo Vieira de Carvalho  
Defensor Público de classe especial. Professor da EMERJ e do CEPAD.

**207**

***O Direito Sucessório do Não Concebido ao Tempo do Óbito e algumas inovações na Sucessão Testamentária***

Cláudia Nogueira

Defensora Pública/RJ. Professora da EMERJ e UCAM

**221**

***Direitos de Vizinhança e Política Urbana***

José dos Santos Carvalho Filho

Procurador de Justiça/RJ. Professor da UFF e da EMERJ.

**235**

***O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor***

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Ministro do STJ



# **Conferencistas**

Álvaro Villaça Azevedo, 82

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, 158

Cláudia Nogueira, 207

Fábio Maria De Mattia, 182

Fátima Nancy Andrichi, 102

Flávio Lauria, 84

Francisco José Cahali, 69

Gustavo José Mendes Tepedino, 168

Heloísa Helena Barboza, 107

J. A. Penalva Santos, 32

José dos Santos Carvalho Filho, 221

José Osório de Azevedo Junior, 177

Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, 132

Luiz Edson Fachin, 140

Luiz Alberto Colonna Rosman, 55

Luiz Paulo Vieira de Carvalho, 196

Paulo de Moraes Penalva Santos, 11

Ricardo César Pereira Lira, 145

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 235

Tânia da Silva Pereira, 116





# **“EMERJ Debate o Novo Código Civil”**

**DÉCIO XAVIER GAMA**

*Desembargador aposentado - Coordenador Editorial*

Quem já teve em mãos o primeiro volume destes Anais, sem dúvida notou certa demora na prometida edição da sua segunda parte, que conclui o registro de momentosos debates que se travaram, nos anos de 2002 e 2003, a respeito da edição do novo CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. As dificuldades do lançamento de anais daqueles debates foram notadas desde a reprodução das exposições gravadas, sua cuidadosa revisão geral, até o reexame natural pelos respectivos expositores, alguns residentes fora do Rio de Janeiro. A tarefa seria mesmo árdua, em se tratando de seguidas revisões por autores e debatedores. Nada impediu, contudo, que chegássemos ao fim dos trabalhos, desde que era necessário emprestar maior empenho e acelerar os últimos passos para o fim da edição deste segundo volume.

Foi com esforço, pois, que nos dedicamos a concluir esta segunda parte, completando os registros históricos dos DEBATES. Grande foi o incentivo e a expectativa dos que nos indagavam pelo fim desses trabalhos. Maior era, contudo, a nossa expectativa, porque acompanhamos os trabalhos iniciais e pudemos sentir o interesse de muitos em verem registrados, para o futuro, todo o calor daqueles debates e, sobretudo, a cultura jurídica que dali emanava para um público numeroso, que chegou, em certos dias, a 2.000 pessoas, em diversos auditórios providos de telões.

Na Parte 1ª desses Anais, além das palavras iniciais do Desembargador Roldão tivemos a reprodução da EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do Supervisor da COMISSÃO REVISORA E ELABORADORA do Código, Doutor Miguel Reale e da Mensagem N° 160, de 10/6/1975, do Exm° Senhor Presidente da República,

bem como a Exposição de Motivos do Exm° Sr. Ministro de Estado da Justiça Doutor Armando Falcão. Uma VISÃO GERAL DO NOVO CÓDIGO CIVIL nos foi dada, em seguida, pelo próprio membro ilustre da Comissão, o Jurista Miguel Reale.

Basta-nos, pois, remeter à apresentação do primeiro volume, os que nos prestigiaram com suas presenças e os que debateram e compararam as questões mais importantes da legislação advinda do velho e grande jurista CLÓVIS BEVILACQUA com a do Diploma Civil novo que a substituiu em 11 de janeiro de 2003. Ali tivemos o Desembargador LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, cheio de entusiasmo pela matéria e sempre brilhante a nos expor as regras adotadas em Lei nova. Naquele primeiro volume, que corresponde aos trabalhos do primeiro semestre de 2002, houve por bem a EMERJ publicar as EXPOSIÇÕES de Motivos, que acompanharam o então Projeto.

Também na Introdução do Primeiro Volume, expôs-nos com a verve do grande civilista de nossos tempos, o Professor MIGUEL REALE, que esteve conosco desde o primeiro DEBATE travado em de 15 janeiro de 2002, até o último do ano de 2002, em 4 de dezembro do mesmo ano. Acentuou ele:

**“Compreendo o interesse em conhecer a nova Lei Civil, pois, como costume dizer, ela é a ‘constituição do homem comum’, que estabelece as regras de conduta de todos os seres humanos, mesmo antes de nascer, dada a atenção dispensada aos direitos do nascituro, até depois de sua morte, ao fixar o destino a ser dado aos bens deixados pelo falecido, sendo assim, a lei por excelência da sociedade civil”.** (fls. 38,. Parte I)



**EMERJ**

# Direito de Empresa – Visão Panorâmica

**PAULO DE MORAES PENALVA SANTOS**

*Procurador do Estado/RJ*

A preocupação dos Expositores, que discorrem hoje sobre o Direito Empresarial no Novo Código Civil, é a de abordar as questões que em curto prazo serão trazidas a debate no Judiciário. Deste ângulo, três pontos se destacam: (a) os títulos de créditos, regulados nos artigos 887 a 926, cuja importância é óbvia, tendo em vista que eles instruem a maioria das execuções por títulos extrajudiciais; (b) o conceito de empresário, de sociedade simples e a tormentosa definição de elemento de empresa; (c) o novo tratamento dispensado à sociedade limitada. O primeiro tema será objeto da palestra do Desembargador Penalva Santos, e o Professor Luiz Alberto Rosman discorrerá sobre a sociedade limitada, cabendo a mim, além de uma visão panorâmica desse novo sistema, enfrentar as questões ligadas ao empresário, à empresa e à sociedade simples.

## **Visão panorâmica**

O Novo Código Civil deve ser compreendido como uma lei básica, mas não global do Direito Privado, pois não representa a unificação completa do Direito Civil com o Direito Comercial. A unificação ocorreu apenas no âmbito do Direito das Obrigações, agora sem distinção entre obrigações civis e mercantis.

A parte do Novo Código, concernente às atividades negociais ou empresárias, é um desdobramento natural do Direito das Obrigações que trata da atividade enquanto esta se estrutura para o exercício habitual de negócios. E a atividade empresarial é uma das maneiras dessa organização, quando tem por finalidade a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

A razão pela qual se afirma que a unificação do Direito Civil com o Direito Comercial não foi completa é que não se

uniu o sistema da insolvência. A insolvência civil, prevista no Código de Processo Civil, permanece em vigor para as sociedades simples e, de outro lado, a Lei de Falências se aplicará ao empresário e à sociedade empresária, conforme se depreende da leitura dos artigos 1.044 e 2.037 do Novo Código Civil. Esse ponto talvez seja o mais importante, pois o novo conceito de sociedade empresária – que é bem mais amplo do que a antiga sociedade comercial – abrangerá atividades como a de colégios, clínicas, hospitais, que estarão sujeitas ao rigor da impontualidade, prevista no artigo 1º da Lei de Falências.

O Código Comercial continuará em vigor apenas na Parte Segunda, que rege o Comércio Marítimo (artigos 457 e seguintes). A unificação, assim, ocorreu: (a) em relação ao conceito de comerciante, que não existe mais, substituído agora pelo conceito de empresário; (b) as sociedades previstas no Código Comercial são incorporadas ao Novo Código Civil, salvo a sociedade anônima, expressamente ressaltada no artigo 1.089; (c) e também haverá a união dos contratos.

Os contratos mercantis, por exemplo, têm regras próprias, consagradas pela sua informalidade, pela particularidade de dispensar solenidades que existiam na atividade civil. A rapidez das relações comerciais tem claros reflexos contratuais, como é o caso da tradição simbólica que está presente em vários contratos, como, por exemplo, no penhor mercantil (arts. 200 e 274 do Código Comercial). Além disso, existem outras regras próprias, como a da mora (artigo 138), lembrando que o conceito de pagamento não significa apenas obrigação em dinheiro, pois em alguns casos o Código Comercial equipara o pagamento em dinheiro ao pagamento com efeitos comerciais, que são os títulos de crédito.

Essas regras do Código Comercial serão derogadas, mas o que não significa dizer que toda a matéria comercial vai desaparecer, principalmente em sede falimentar.

Veja-se, por exemplo, o artigo 2.037 do Código Civil, na parte das Disposições Finais e Transitórias, que estatui o seguinte:

*“Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.”*

Da mesma forma, o artigo 1.044 refere-se expressamente à falência:

*“Art. 1.044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033, e, **se empresária, também pela declaração da falência.**”*

Esses dispositivos, de uma importância extraordinária, indicam as pessoas que se submetem ao processo falimentar, que são o empresário e a sociedade empresária.

Em síntese, matérias que reclamam disciplina especial, tais como o cheque, a nota promissória e todos os títulos de crédito (art.903), a falência e a concordata (arts. 1.044 e 1.102, VII), o Direito Marítimo, o Direito Aeronáutico exigem tratamento autônomo.

De outro lado, cumpre frisar que o conceito de Direito Empresarial já era uma realidade no Brasil, e não foi introduzido pelo Novo Código Civil, pois vem se desenvolvendo há muitos anos. E a principal característica do Direito Empresarial em relação ao Direito Comercial está no fato de que o Direito Empresarial é por essência multidisciplinar. Há, no sistema brasileiro, normas sobre empresa na Constituição da República, no Direito Administrativo e no Direito Penal Econômico, todas enfatizando esse caráter interdisciplinar. Essa característica do Direito Empresarial tornou-se

ainda mais marcante com a nova lei.

Voltando ao Novo Código, cabe destacar os tópicos mais importantes:

O primeiro, e o mais relevante, trata do empresário e da sociedade empresária, conceitos que vão substituir o de comerciante e de sociedade mercantil. Esse será o principal tema a ser abordado nessa visão panorâmica dos institutos empresariais no Novo Código Civil.

Em seguida, o Código faz uma revisão completa dos tipos tradicionais de sociedade, ou seja, salvo a sociedade anônima, todas as demais serão tratadas no novo Código Civil, que fixa os princípios que vão governar as sociedades. Há um capítulo geral sobre sociedades e há a criação da sociedade simples, que também terá aqui um destaque especial.

### **Sociedade Limitada**

Outro ponto de relevo é o minucioso tratamento dispensado à sociedade limitada. No dia-a-dia do advogado, a questão ligada à sociedade limitada e suas alterações constituem problema importante a ser enfrentado. Isso porque mais de 98% das sociedades constituídas no Brasil têm a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada. A preocupação imediata é, portanto, a necessidade de adaptar os contratos sociais das sociedades por cotas ao novo Código Civil.

A maioria absoluta das sociedades adota a forma de sociedade limitada, por uma vantagem extraordinária que é a ampla liberdade contratual. A liberdade contratual da sociedade limitada justifica que todos, desde o pequeno comerciante, até as maiores empresas de capital estrangeiro, adotem a forma de sociedade limitada. Tome-se como exemplo a IBM do Brasil, a Gillette do Brasil, a Gessy Lever, a Kolynos, a Ford, todas essas grandes empresas de capital estrangeiro utilizam a mesma sociedade que interessa ao pequeno comerciante.

A vantagem, como já dissemos, é a autonomia da vontade das partes na elaboração do contrato social. E a análi-

se de um contrato social dessas empresas multinacionais revela que, por vontade dos sócios, a sociedade se aproxima mais de uma S.A do que das sociedades tradicionais do Código Comercial.

No novo sistema que vigorará a partir de janeiro de 2003, nota-se que a lei aproximou a sociedade limitada da S.A. fechada, mas com uma contradição flagrante: determinou que, salvo disposição contratual em contrário, aplica-se supletivamente a regra geral das sociedades simples (art. 1.053).

Conforme veremos a seguir, o capítulo referente à sociedade simples (arts. 997 a 1.038) é confuso, pois contém normas típicas das sociedades de pessoas do Código Comercial, como a responsabilidade solidária dos sócios e a possibilidade de o sócio ingressar na sociedade sem capital (sócio de indústria), mas que não se aplicam à sociedade limitada.

Por isso, para uma correta aplicação das normas da sociedade simples à sociedade limitada é preciso que o intérprete saiba quais as regras especiais da limitada que afastam a aplicação das normas gerais referentes às sociedades simples.

Ainda sobre a limitada, outra desvantagem evidente foi a criação de inúmeras formalidades que são desnecessárias, tais como quorum elevado para certas deliberações sociais, e necessidade de decisão judicial para excluir o sócio da sociedade. Este último exemplo foi uma solução para um problema que não existia, pois na vigência do Decreto nº 3.708/19 a jurisprudência já admitia a demissão do sócio pela simples alteração do contrato social, sem que isso representasse qualquer inconveniente.

No final deste ano, a Escola da Magistratura realizará um Congresso Internacional Sobre o Novo Código Civil, no qual o Professor Vittorio Santoro, Titular de Direito Comercial da Universidade de Siena, discorrerá sobre a reforma da sociedade de responsabilidade limitada na Itália. Certamente, uma das

questões mais importantes será a autonomia das vontades dos sócios na limitada, que passará a ter enorme importância na nova lei italiana.

Pelo que se percebe da reforma italiana, a nova lei deverá abandonar a rigidez do Código Civil de 1942, para incentivar a autonomia concedida aos sócios, com o objetivo de moldar a limitada aos interesses privados dos sócios. Nesse ponto, o Novo Código Civil Brasileiro está copiando um modelo obsoleto, do qual o legislador italiano pretende se afastar.

Em seguida, o Código Civil cuida, em capítulo próprio, das sociedades coligadas, estabelecendo também normas sobre a liquidação, transformação, incorporação e fusão. Disciplina também as sociedades dependentes de autorização, bem como o estabelecimento, que representa o instrumento ou meio de ação da empresa. E, finalmente, os denominados institutos complementares, que são o registro, o nome e a proposição.

### **Sociedade Dependente de Autorização**

O Código Civil trata das sociedades dependentes de autorização, o que é de pouca relevância prática, porque essa matéria era tratada no artigo 59 na Lei de Sociedades por Ações anterior e, por força da atual lei (Lei 6.404/76), continua em vigor. Essa matéria chegou, num determinado momento, a ser tratada pela Constituição da República. Depois, foi modificada. Parece que a única diferença é que voltou a ter a sede na lei ordinária e não na Constituição.

### **Estabelecimento**

É sabido que a estrutura jurídica do estabelecimento varia de acordo com o ramo da atividade a que se dedica o empresário. O vínculo que une entre si os elementos do estabelecimento é funcional, ou seja, depende da utilização que lhes é dada pelo empresário. O titular pode explorar um estabelecimento sem que os bens sejam de sua propriedade, como ocorre nos contratos de locação ou licença de exploração de in-

vento. Em casos como este, a existência do estabelecimento dependerá da manutenção desses contratos, os quais devem ser protegidos como integrantes do fundo de empresa.

Nos artigos 1.142 a 1.149 é definido o estabelecimento, pela primeira vez em lei:

*“Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”*

A lei protegia sempre de forma indireta o fundo de comércio ou estabelecimento comercial, proibindo a concorrência desleal, ou preservando o seu valor através da venda englobada prevista, por exemplo, na lei falimentar. Mas não havia uma definição de fundo de comércio, que já há muitos anos vinha evoluindo para o conceito de fundo de empresa. Antes da vigência da atual Lei de Locações, a jurisprudência já admitia, por exemplo, a utilização da ação renovatória pelas sociedades que não eram mercantis, como os colégios, hospitais, etc. Isso nada mais era do que o próprio reconhecimento desse instituto ampliado, que seria o fundo de empresa.

Adiante, o Novo Código Civil define os efeitos da alienação, do usufruto ou do arrendamento do estabelecimento, dando grande importância ao registro. É o que estatui o artigo 1.144:

*“Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, **só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.**”*

Então, qualquer negócio jurídico que tenha por objeto o estabelecimento, deve obrigatoriamente ser registrado. E, também, cabe frisar que o artigo 1.147

trata expressamente da concorrência, que agora depende de previsão explícita para que o cedente continue naquela atividade, senão vejamos:

*“Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.”*

*Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.”*

Assim, se por acaso o cedente quiser continuar na mesma atividade, há necessidade de concordância expressa do adquirente.

### **Nome Empresarial**

Em seguida, há um tratamento novo em relação ao nome. O nome tem por finalidade identificar a firma ou a denominação; a firma serve para designar o nome pelo qual o empresário exerce a sua atividade, representando também a sua assinatura.

O sistema já existia e continua em vigor. Algumas atividades só podem ser representadas por firma, como é o caso do empresário individual. E outras só por denominação, que é o exemplo da sociedade por ações. É até razoável concluir que a sociedade anônima não possa ter firma por uma razão muito simples, por causa do anonimato, quer dizer, não deve constar do estatuto os nomes dos sócios.

Gerou uma certa polêmica o artigo 1.164, ao estabelecer que o nome empresarial não pode ser objeto de alienação. Mas essa interpretação deve ser feita em relação ao empresário e não à sociedade empresária, porque o nome empresarial tem um valor patrimonial considerável e, muitas vezes, é uma parcela substancial do próprio ativo. Não faz sentido que a lei possa impedir que uma sociedade empresária aliene o seu nome. Aplica-se, ainda, em relação ao nome, a Lei 8.934/94, que trata do re-

gistro da atividade empresarial, na qual há uma referência expressa aos princípios da veracidade, que proíbe a adoção de um nome que vincule uma informação falsa, e também ao princípio da novidade.

### **Registro**

Ainda nos denominados institutos complementares, a lei trata do registro de empresa, salientando, basicamente, que a sociedade simples tem que ser levada a registro no Cartório Civil de Pessoas Jurídicas e as sociedades empresárias na Junta Comercial.

Em relação à sociedade empresarial, aplica-se também a Lei nº 8.934/94, que trata de todo o sistema de regularidade do registro, das formalidades e da forma de controle. Esse sistema que rege as formalidades encontra-se na Lei de Registro de Atividades Empresariais e não no Novo Código Civil.

### **Preposição**

Adiante, o Novo Código Civil rege, nos artigos 1.169 a 1.178, a atividade do preposto, matéria de pouca relevância.

O preposto, de fato, era uma pessoa que tinha muita importância na vigência do Código Comercial no século retrasado, sob a conceituação de um mero auxiliar no exercício da atividade do comerciante. Ele atuava sob as ordens e orientação do comerciante, e agora sob as ordens do empresário ou da sociedade empresária.

No capítulo referente ao preposto, a lei define o conceito de gerente. E o gerente, a partir de então, não é mais o representante na qualidade de órgão da sociedade por cotas de responsabilidade limitada. O gerente passa a ter apenas a qualificação do preposto mais especializado, ou seja, é o preposto mais graduado dentro do estabelecimento. Não há importância alguma essa alteração que inclui no Código Civil o conceito de preposto: o que se considerava gerente, passa a ser administrador, e o gerente, agora, nada mais é do que um preposto especializado.

### **Sociedade Cooperativa**

A lei trata, no artigos 1.093 a 1.096, da sociedade cooperativa.

A partir da Constituição de 1988 houve um avanço muito grande com relação às sociedades cooperativas, que se libertaram da tutela estatal, que até então era a principal característica dessa atividade.

Surgem, agora com o Novo Código Civil, normas gerais em relação às sociedades cooperativas, cujas principais características são as seguintes:

- 1º) adesão voluntária;
- 2º) número ilimitado de sócios;
- 3º) variabilidade do capital social ou a sua dispensa;
- 4º) cotas transferíveis a terceiros;
- 5º) cada sócio tem apenas um voto, ou seja, na sociedade cooperativa o voto não é proporcional à participação no capital social;
- 6º) a responsabilidade pode, ou não, ser limitada em relação ao sócio.

E a lei definiu como objeto o exercício de atividade econômica de proveito comum, sem fins lucrativos, prevendo ainda, expressamente, que a contribuição dos sócios pode ser feita através de bens ou de serviços.

### **Empresário e empresa**

Chegamos ao ponto central. Discutiremos os conceitos de empresa, empresário e sociedade simples.

Como já dissemos anteriormente, apesar de o Livro II do Código Civil ter a denominação de Direito de Empresa, não há na lei definição de empresa, mas apenas de empresário. Aliás, da leitura da Exposição de Motivos percebe-se que a lei cuida da atividade negocial que se manifesta economicamente na atividade empresarial, de titularidade do empresário e na forma como exerce sua atividade.

Seguindo a linha do Código Civil Italiano, a nova lei brasileira preferiu não dar um conceito jurídico de empresa, pois é um fenômeno preponderantemente econômico, conforme a lição clássica de Alberto Asquini (“*Profili*

*dell'impresa*”, in **Rivista Del Diritto Commerciale**, 1943, v. 41, I).

Empresa seria então o exercício de atividade economicamente organizada para a produção de bens ou serviços para o mercado, e sociedade empresária é a que tem por escopo a empresa.

A melhor definição econômica de empresa nos é dada pelo Professor Bulhões Pedreira, ao afirmar que “empresa é espécie do gênero ‘unidade de produção coletiva’, que se distingue por três características: (a) produz bens econômicos destinados à venda no mercado; (b) seu grupo social é formado por empresário e empregado; e (c) os riscos da sua atividade são assumidos pelo empresário” (in **Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia**, Forense, 1989, p. 269/270).

A dificuldade que se percebe é que o fenômeno econômico da atividade empresarial tem diversos enfoques jurídicos, destacando-se os seguintes: subjetivo, quando a lei trata a empresa a partir da figura do empresário; objetivo, quando a empresa é sinônimo de coisa ou de patrimônio; e, finalmente, quando é referida nem como sujeito nem como objeto, mas como um perfil corporativo ou institucional.

Feita essa distinção, conclui-se que o Novo Código Civil cuida da empresa apenas do ponto de vista do empresário, identificando-a pelo exercício da atividade definida no artigo 966, senão vejamos:

*“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

*Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”*

Adiante, o art. 982 define a sociedade empresária:

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

O conceito de empresário é formado por três elementos: o de atividade econômica referente à circulação de riquezas, bens ou serviços; pela organização dessa atividade econômica; e, finalmente, pela profissionalidade do seu titular, que exerce essa atividade habitualmente e com o intuito de obter lucro ou resultado econômico.

No absoluto rigor técnico, a palavra empresa é ligada à atividade e não à sociedade ou ao seu sócio. O empresário não é o sócio, mas a própria sociedade. A atividade empresarial pode ser explorada pelo empresário individual ou pela sociedade empresária.

### **Elemento de empresa**

A identificação do elemento de empresa depende do perfil da unidade de produção. Um dos critérios de classificação das unidades de produção diz respeito aos recursos humanos nelas utilizados. Segundo essa classificação, a unidade de produção pode ser individual ou coletiva. A unidade individual de produção caracteriza-se pela atividade organizada preponderante pelo trabalho, recursos de capital e naturais próprios. Na unidade de produção individual pode haver colaboradores ou empregados, mas desde que essa atividade auxiliar seja sempre secundária.

Já a unidade coletiva de produção é caracterizada pela existência de um grupo social que organiza fatores de produção, utilizando capital e trabalho de outras pessoas para a produção de bens ou serviços para o mercado.

Somente através do exame de cada caso é que se pode saber se uma pessoa que exerce profissionalmente uma atividade econômica, de produção de bens e serviços, pode ou não ser considerada empresária, especialmente



aquelas referidas no Parágrafo Único do art. 966.

Os elementos que diferenciam a unidade individual de produção da unidade coletiva seriam a existência de um grupo social que exatamente identificasse o elemento de organização dos fatores da produção. Enquanto que na atividade meramente intelectual de um profissional autônomo o elemento de organização dos fatores é meramente acidental, na atividade do empresário essa organização deve ser preponderante e permanente.

O exemplo clássico é do dentista que tem consultório próprio, no qual presta serviços de odontologia, ainda que com o concurso de auxiliares. Nessas condições, essa atividade não é considerada empresarial, pois a organização dos fatores da produção é apenas acessória. Mas, se esse mesmo dentista se organiza, unindo capital e trabalho de outros dentistas, utilizando imóvel e equipamentos com recursos oriundos desse grupo social, aí estará identificada a atividade empresarial. Nesse segundo exemplo, o elemento organização é primordial.

E o registro passa a ser elemento constitutivo para a caracterização da atividade empresarial, salvo quando a lei expressamente o dispensar. Enquanto no direito anterior (na vigência do C. Comercial de 1850) o conceito de comerciante não dependia de qualquer registro, pois se caracterizava pelo exercício habitual da mercancia, agora só será empresário quem estiver regularmente inscrito no Registro de Empresas.

### **Empresário rural**

Aqui, o Novo Código Civil cria uma classe especial de empresário facultativo. O empresário ruralista pode optar pela inscrição no registro de Empresas, caso em que terá o tratamento do empresário definido no artigo 966. Salvo hipótese de uma vantagem tributária, considero pouco provável que o empresário rural queira se submeter ao regime da sociedade empresária, por uma

razão muito simples: ele estará se sujeitando ao rigor da impontualidade previsto na lei falimentar.

Cumprido salientar que a vantagem de se obter o benefício da concordata preventiva não é suficiente para atrair o empresário rural para o regime da sociedade empresária, pois quem tem o direito ao favor legal de impetrar concordata preventiva é quem está sujeito ao rigor da impontualidade e ao sistema do crime falimentar.

Essa distinção cria uma certa confusão, pois o Novo Código Civil estabelece duas classes de empresários: aqueles sujeitos a registro (arts. 966 e 967) e os empresários ruralistas, cujo registro empresarial (art. 967) passa a ser facultativo.

O Anteprojeto de 1972, no art. 1.031, definia o empresário rural como *“o que exerce atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e outras conexas, como a transformação ou alienação dos respectivos produtos, quando pertinentes aos serviços rurais.”* Apesar dessa definição ter sido suprimida, a atividade nela contida serve para identificar o empresário ruralista.

Pelo fato de a lei não definir empresário rural, alguns autores, adotando um critério meramente geográfico, entendem que o minerador é empresário rural.

Com a devida vênia, trata-se de equívoco grave, provavelmente decorrente da confusão entre minerador e garimpeiro. O ato da lavra, que é da essência da atividade do minerador, é mercantil, sendo que o art. 2.037 do Novo Código Civil determina que se apliquem aos empresários e às sociedades empresárias as disposições referentes aos comerciantes. De outro lado, a atividade de garimpagem, regida pela Lei nº 7.805/89 define a garimpagem como atividade individual ou cooperativada, que tem o tratamento de atividade rural. Portanto, apenas o garimpeiro pode ser equiparado ao ruralista.

### **Conceito de Atividade Empresarial**

Na realidade, a utilização do conceito de atividade empresária já vinha

desde a vigência da Lei 8.934/94, regulamentada pelo Decreto 1.800/96, que trata do registro dessa atividade. Logo, o conceito de atividade empresarial, em termos de legislação ordinária, não surgiu agora no Novo Código Civil. A Lei nº 8.934/94 é muito importante, porque, para efeito de registro, já havia adotado o conceito de sociedade empresarial, superando aquela idéia tradicional de sociedade mercantil.

Na vigência do Novo Código Civil, não haverá dúvida de que atividades como as exercidas pelas sociedades prestadoras de serviços, ou aquelas que têm por objeto a compra e venda de imóvel, estabelecimentos de ensino e hospitais serão todas empresariais. E, uma vez que a sociedade se enquadre como empresarial, a consequência séria é a aplicação da Lei de Falências.

### **Sociedade Simples e Insolvência Civil**

De outro lado, se a sociedade for simples (art. 997) não se aplicará a Lei de Falências, mas a insolvência civil. O artigo 955 do Novo Código Civil trata da insolvência civil e estabelece, repetindo a norma do artigo 748 do CPC, que *“a sociedade é considerada insolvente quando as dívidas excedam a importância dos bens do devedor.”* Em seguida, os artigos 956 a 965 tratam da classificação de créditos na insolvência civil. É claro que esse sistema do Código Civil novo já nasceu velho, porque, por força da Constituição, as normas gerais do Direito Tributário são de natureza de Lei Complementar, portanto, o Código Tributário Nacional trata da prioridade do crédito tributário, reconhecendo, apenas, supremacia absoluta do crédito trabalhista, nos termos do artigo 186 do CTN. E esse sistema de classificação de créditos do Código Civil deve ser interpretado de acordo com essas leis que tratam das preferências e privilégios dos créditos trabalhistas e tributários.

### **Formas Societárias**

Quanto às formas societárias, o Novo Código Civil suprimiu apenas a sociedade de capital e indústria, mantendo

do as demais, que são sociedade em conta de participação, em nome coletivo, comandita simples, por cotas de responsabilidade limitada e a comandita por ações. Porém, salvo a limitada, as demais formas societárias caíram em desuso a partir do Decreto nº 3.708/19 e, provavelmente, serão de pouca valia. E por uma razão muito simples, porque não faz sentido alguém constituir uma sociedade em nome coletivo, comandita simples ou comandita por ações na qual pelo menos um dos sócios terá sempre a responsabilidade solidária em relação às obrigações sociais.

### **Sociedade Simples**

O Novo Código Civil dedica um Capítulo inteiro (arts. 997 a 1038) à sociedade simples, reproduzindo, em grande parte, o sistema italiano de 1942, justamente criticado pelos juristas italianos, por ter sido uma sociedade sem história. Segundo Brunetti (*in Trattato Del Diritto delle Società*), a sociedade simples não representava as necessidades do comércio no campo das sociedades, pois foi apenas a adoção do caráter meramente doutrinário do Código de Obrigações suíço.

A dificuldade inicial decorre do fato de que o Novo Código Civil define apenas a sociedade empresária, e não a simples. Vejamos o art. 982:

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

Como a lei diz somente que a sociedade simples é aquela que não é empresária, alguns autores consideram que essas sociedades são as que exercem as atividades listadas no parágrafo único do artigo 966, e, outros, entendem que são aquelas que exploram atividades previstas em leis especiais, como é o caso da Lei nº 8.906/94 que rege o exercício da advocacia.

Sabemos que o Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94) impede expressamente que a sociedade de advogados possa ter forma ou característica mercantil. Vejamos o artigo 16 e seu parágrafo 3º:

*“Art.16. Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem **forma ou características mercantis**, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.*

*“§ 30. **É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais**, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.”*

Quanto ao objeto, é claro que tanto o exemplo das atividades indicadas no parágrafo único do art. 966, quanto o da sociedade de advogados são hipóteses de sociedades simples, mas não são suficientes para conceituar esse novo modelo. Aliás, a sociedade de advogados assemelha-se à sociedade simples somente quanto ao objeto, pois quanto à formalidade do registro haveria um descompasso entre a exigência do artigo 1.150 e o Estatuto da Ordem dos Advogados que não permite o seu registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

O que se percebe, de uma leitura atenta do Novo Código Civil, é que a sociedade simples pode ter dois significados: 1) seria um modelo básico, que poderia ser aplicado a todas as sociedades no caso de lacuna da lei, salvo a sociedade anônima; 2) é um Capítulo destinado a regular um modelo de sociedade de pessoas, porque existem várias normas de responsabilidade solidária (art. 1.024), e até mesmo hipóteses de sócio de indústria (inciso V do art. 997).

Da forma como está disciplinada a sociedade simples, os intérpretes serão chamados, a todo momento, para esclarecer quais as regras das sociedades simples que lhe são específicas e quais as normas gerais que podem ser aplicadas às demais formas societárias. E, sem dúvida, a maior dificuldade sur-

girá quando a sociedade simples adotar a forma da limitada, que não admite sócio prestador de serviço, como o inciso V do art. 997 permite, nem pode o sócio responder com seus bens pessoais na forma do art. 1.024.

Portanto, caberá à jurisprudência e à doutrina resolver esses evidentes conflitos entre as normas gerais previstas na sociedade simples e as normas especiais das várias formas societárias, tarefa esta que será mais difícil quando a própria sociedade simples for uma limitada.

Observado o critério de que a regra especial afasta a aplicação da regra geral, desaparecerá a aparente contradição entre vários dispositivos dessa parte geral das sociedades simples e as normas especiais dos artigos 1.052 a 1.087.

Finalmente, em relação à sociedade simples, destacam-se outras duas questões relevantes.

### **Dissolução Parcial**

A primeira diz respeito ao direito de retirada. Sabemos que a jurisprudência mansa e pacífica do Supremo Tribunal Federal admite a denominada dissolução parcial de sociedades, que significa o direito de o sócio minoritário romper o vínculo societário e apurar os seus haveres pelo critério da dissolução da sociedade. Essa avaliação das cotas era feita com base em balanço de liquidação, avaliando-se os bens pelo valor de mercado. Note-se que a jurisprudência aplicava esse sistema fundamentado no art. 335, inciso V do Código Comercial, o qual permite que qualquer sócio possa pedir a dissolução da sociedade por prazo indeterminado.

Acontece que o Novo Código Civil não reproduziu essa norma do art. 335 do Código de Comércio, deixando a critério das partes estipular a forma de apuração dos haveres do sócio que se afasta da sociedade. Ao contrário, o art. 1.031 deixa claro que o contrato social pode discriminar o critério de avaliação das cotas, inclusive quanto a forma de pagamento dos haveres.

## **Cláusula Restritiva de Gerência**

A outra mudança relevante diz respeito aos atos de administração, especialmente no que diz respeito aos denominados atos restritivos de gerência.

A jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, já vinha adotando há muitos anos o sistema germano-suíço, entendendo que as limitações aos poderes de gerência não produzem efeitos em relação ao terceiro de boa-fé, desde que o ato seja praticado de acordo com o objeto social, e no interesse da sociedade.

Agora, o Código Civil adotou literalmente a regra do artigo 2.298 do Código Civil Italiano, admitindo a validade da cláusula restritiva de gerência em relação ao terceiro de boa-fé, pois o artigo 1.015 do novo Código Civil dispõe que o excesso de poder dos administradores pode ser oposto a terceiros quando ocorrer uma das seguintes hipóteses: 1) se a limitação de poderes estiver inscrita no Registro Empresarial; 2) provando-se que o terceiro tinha ciência dessa limitação; 3) operação evidentemente estranha ao objeto social. Além da oponibilidade aos terceiros dos atos restritivos de gerência, o Novo Código Civil adota expressamente a teoria do ato *ultra vires*, pois os atos praticados em desacordo com o objeto social não obrigam a sociedade, com base no inciso III do art. 1.015.

A partir da vigência do Novo Código Civil, é fundamental verificar os poderes dos administradores, pois essas restrições serão oponíveis aos terceiros de boa-fé, como são exemplos os contratos sociais que proíbem o aval e a fiança em nome da sociedade.

## **Conclusão**

Em síntese, creio que a interpretação das regras das sociedades simples e a ampliação do conceito de sociedade comercial para sociedade empresária serão as questões que em curto prazo virão a debate no Judiciário. Na segunda hipótese, preocupa-nos bastante o fato de que atividades como as exercidas por colégios, hospitais, estarão agora submetidas ao rigor da Lei Falimentar, não

só pelo sistema da impontualidade, mas também pelo crime falimentar. Impõe-se, portanto, uma reflexão sobre essas questões, que passam a ter características peculiares que não existiam até o advento do Novo Código Civil.

## **DEBATES**

### **Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

As perplexidades exibidas pelo Dr. Paulo Penalva Santos a rigor são as nossas perplexidades. Estamos diante de um momento ímpar na evolução social brasileira, porque introduzir alterações ou adaptar um monstro sagrado, como é o Código Civil de 1916, é tarefa hercúlea. Tanto é assim que não foi uma nem duas as comissões que estiveram encarregadas de adaptar as circunstâncias modernas ao novo Código Civil. Estamos diante dele, aqui estamos diante dos operadores do Direito e é obra para todos nós. O Dr. Penalva Santos ressaltou alguns pontos que realmente merecem nossa reflexão.

Em primeiro lugar, esta dicotomia entre sociedades simples e empresarial nos deixa, para dizer no mínimo, curiosos, porque, em termo vernacular, simples é o que não é complexo, o que não é luxuoso, por exemplo, e como é que eu vou classificar uma sociedade empresarial dentro dessa gama de conceitos de antinomia que se opõe ao termo simples? Tenho a impressão de que a dificuldade do intérprete começa pela literalidade porque o que é a sociedade simples em contraposição à empresarial?

O professor deixou bem claro que não entendeu, e parece-me que nenhum de nós também terá entendido, o que é elemento da empresa. Essa parte é importante, porque isso vai definir se estamos diante de uma entidade empresarial ou não. Veio-me à cabeça que a lei lançou aos escaninhos subjetivos a definição de empresa. Temos que tirar da noção de empresário o que é empresa.

Para mim, elemento de empresa é qualquer ato ou qualquer circunstância que se introduza na cadeia entre produção e circulação de bens. Não sei, pos-

so estar errado, mas nesse momento, e aí vem talvez a dúvida maior, quero ressaltar é que estamos diante de dificuldades interpretativas e a interpretação da lei no espaço e no tempo. Note que se formos avaliar um trabalho de mais de trinta anos, pois esse Código Civil é mesmo difícil de ser alterado, porque é um monumento legislativo, não é simples. Agora estamos nos momentos finais, que para nós serão os momentos iniciais. Aí, professor, vem a grande questão: onde está a Lei de Introdução que ninguém diz nada sobre ela? O que aconteceu que não comparece aos debates e não é mencionada?

Quando, a meu ver, neste momento, e para nós que somos operários do direito, a Lei de Introdução se tornou a lei mais importante do nosso sistema. Por que a Lei de Introdução não vem a lume? Certamente ou estarei em algum erro de avaliação ou o legislador está alterando o Código Civil (permita-me dar esse tempo de verbo à *vacatio legis*). “Está alterando” porque pelo menos tenho aqui comigo a notícia de que mais de trezentas emendas estão sendo observadas no Congresso. Mas o legislador achou que não precisaria de regras de interpretação da lei, ou então os debates, os simpósios e os comentários estão a esquecer da Lei de Introdução. Essa é uma curiosidade minha que certamente o Dr. Paulo Moraes Penalva Santos há de escoimar.

O novo Código, além dessa perplexidade quanto à entidade empresarial e à simples, traz outras perplexidades mais graves no meu entender. Por exemplo, o artigo que revoga as disposições em contrário, artigo 2.045 dispõe: “Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850”. Quando o Código Civil entrou em vigor, o seu artigo 1.807 dizia que ficavam revogados as ordenações, alvarás, leis, decretos, resoluções, usos e costumes. Os usos e costumes estão tratados na Parte Geral do Código Comercial, que acabou de ser revogada. Confesso, senho-

res que, até por alguma deficiência intelectual, não sei como se revogam usos e costumes a não ser por uso e costume. Ou é uso e costume ou não o é. Por lei, por decreto, jamais se revoga, porque isso é um fato social, é uma circunstância da evolução da sociedade que não depende de lei, depende da atitude, do comportamento, das reações humanas. Então, professor, fica aí uma questão difícil de ser respondida: como se revogam usos e costumes? Além do mais, como um complicador, temos que a lei que cuida de registro, a Lei das Juntas Comerciais – e o Decreto 1.800 em seu artigo 87 diz isso claramente – continua prevendo o registro de usos e práticas e não está revogada. Como então vou considerar uso e prática, uso e costume perante a nova disposição do Código Civil que não é novo, é apenas adaptado? Evidentemente, que se voltarmos os nossos olhos para a Lei de Introdução, tenho a impressão de que o trabalho estará reduzido em pelo menos 50%, pois sempre haverá dúvidas e problemas. Mas, a Lei de Introdução precisa ser lembrada, precisa ser utilizada.

O Código está montado em princípios genéricos que o próprio Professor Miguel Reale nos lembrava, que são princípios dessa qualidade: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Vejam bem quanto de subjetividade temos aqui. Quando a lei era lacunar, o artigo 4º da Lei de Introdução dizia que o juiz podia usar os usos e costumes, a analogia, os princípios gerais do Direito. Parecia que se engessava ali a figura do magistrado. A equidade, a cujo conceito dificilmente é dada uma definição precisa, só era aplicável também na lacuna da lei. Hoje, os legisladores em geral, assim como os legisladores da nova Lei de Sociedades Anônimas, também usam a boa-fé objetiva como um dos princípios que regem as relações contratuais. Então, o juiz não tem mais a lacuna para aplicar a generalidade do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que aliás curiosamente veio depois do Código, porque ela foi alterada (agora sim, ela pode voltar ao seu lugar, ao seu tópico natural, que

é anteceder o Código Civil). Agora, o legislador resolveu assumir a existência desses princípios intangíveis e eles constam da própria letra da lei, não há mais lacuna. Parece simples, mas não o é. Isso aumenta, no meu entender, a tarefa do magistrado, porque ele vai ter mais do que nunca que se ligar aos aspectos sociais, aos usos e costumes da sociedade para poder ser justo, reto e bom.

Às vezes há uma alteração simples, mas o vocábulo que se introduz em um monumento como o Código Civil Brasileiro transforma a nossa vida de intérprete em um verdadeiro inferno. Vejam bem que a simulação com a qual estávamos tão habituados a tratar como fator de anulabilidade, hoje o Código diz que se trata de nulidade. Mas a teoria diz que há a simulação absoluta e a relativa. Será que a simulação relativa também induz à nulidade? Tenho dúvida e me parece que a lei não fez essa distinção.

Temos problemas de ordem processual que realmente vai aguçar a curiosidade: o caso da liquidação das sociedades. O novo Código discorre largamente, especificadamente sobre liquidação de sociedade e, no final, diz que vai se aplicar o Código de Processo Civil no caso de liquidação. Ele é bem claro. E a dissolução, não poderá mais ser judicial? O artigo quando fala em dissolução começa dizendo “dissolvida a sociedade”, ou seja, já é ponto pacífico. Ao final diz que a liquidação poderá ser judicial. Evidentemente, estamos diante de um belo exemplo de conflito aparente de normas porque ninguém pode subtrair do Judiciário qualquer tipo de conflito e para que a dissolução seja definida, também pode ser matéria judiciária. Evidentemente, temos que adotar aí os nossos critérios de interpretação e volto à minha indagação: e a Lei de Introdução onde está? É ela que diz como é que vamos tratar as leis que vigem paralelamente. Lamentavelmente, não estou vendo a devida importância.

Lord Denin, que foi talvez o maior juiz da História da Judicatura na Inglaterra,

aos oitenta anos de idade escrevia um livro em que dizia que um irmão era almirante, outro era parlamentar, e, de repente, pára de descrever a sua família e diz o seguinte: “Sobre a minha família, falo depois, porque agora preciso voltar aos meus processos. Nada que tiver que ser feito ficará sem ser feito”. Vejam bem que aos oitenta anos de idade, ele inaugura com um livro uma passagem que seria mais ou menos assim: “Qual é o argumento do lado contrário - Apenas que não existe ação em que isso tenha sido tratado antes - O argumento não me seduz nem um pouco. Se nós nunca fizermos alguma coisa que nunca foi feita, não vamos a lugar nenhum. A lei permanece impassível, enquanto o resto do mundo progride e isto não é bom para ninguém”.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Classifiquei aqui as três principais indagações que vou tentar responder da seguinte forma: em relação à Lei de Introdução ao Código Civil, sabemos que não é um Diploma apenas aplicável ao Código Civil, é uma lei que trata da aplicação da norma no tempo e no espaço, coordena as outras normas de direito, trata da vigência, da eficácia da lei. Portanto, todas essas dificuldades que tivemos desde o início, parece-me que seriam objeto específico de um sistema que pudesse ter essa característica de norma coordenadora das demais. Então, tenha ou não essa denominação de Lei de Introdução ao Código Civil, já sabemos que não cuida apenas dele, é de uma importância extraordinária. Outras leis, como a Lei Complementar nº 95/1998, que trata do processo legislativo, têm normas sobre hermenêutica, sobre interpretação que também são de uma importância extraordinária. Ali, há um sistema que resolve uma série de conflitos que é a questão da lei básica, ou seja, quando mais de uma lei trata do mesmo assunto, qual o critério que se tem que identificar para a interpretação? É o critério da lei básica, ou seja, aquela lei seria própria para prever aque-

le instituto. Então, todo esse sistema sempre foi objeto do que se denominou de Lei de Introdução ao Código Civil. Sem dúvida, mais do que nunca, em um momento como esse em que teremos uma legislação com mais de dois mil e quarenta artigos, um sistema eficiente que pudesse coordenar a aplicação, a interpretação e a vigência de todas as normas é mais do que nunca um sistema muito importante.

Quanto aos usos e costumes, isso foi origem do Direito Comercial que nasceu dos usos e costumes dos comerciantes. Apesar de a lei tratar de forma básica e de serem poucos os sistemas em que encontramos a vigência de usos e costumes, mesmo assim continua sendo importante. Sabemos que o Código Comercial, que está em vigor até janeiro do ano que vem, tem uma norma – artigo 291 – que diz que no caso de sociedades, na omissão da lei comercial, antes de ir à lei civil, aplicam-se os usos e costumes. Então, para o sistema comercial, que é origem e será em seguida evolução do sistema do Direito Empresarial, na parte societária, os usos e costumes são tão importantes que eles afastam, em um primeiro momento, a própria aplicação supletiva do Código Civil em relação ao Código Comercial. Encontramos, também, em relação aos contratos, regras importantes em relação aos usos e costumes. Durante muitos anos, o conceito de pagamento à vista era um conceito de usos e costumes. No Rio de Janeiro, principalmente nos portos, até cinco dias era considerado um pagamento à vista. Então são critérios, sistemas que sempre surgiram e foram, de certa forma, desenvolvidos com os usos e costumes. Ao tratar do contrato de comissão o Novo Código Civil dá enorme destaque a essa fonte de direito, pois as principais cláusulas contratuais, e até mesmo a remuneração do comissário, devem ser fixadas segundo os usos correntes no lugar (arts. 695, 699 e 701).

Apesar dessa revogação expressa do artigo final do Código Civil, vejamos,

por exemplo, o artigo 113, que trata do negócio jurídico, o novo Código Civil diz o seguinte: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Então, os usos e costumes continuam ainda em vigor por vários dispositivos do novo Código Civil, é uma norma expressa do referido artigo.

Sabemos que com a unificação do direito das obrigações não haverá mais a distinção entre contratos civis e contratos mercantis, serão todos contratos regidos pelo Código Civil. Essa regra impõe, de forma clara, o critério da boa-fé e do lugar como critério de interpretação dos contratos do novo Código Civil. Portanto, apesar da revogação, creio que ainda serão de muita importância os usos e costumes, principalmente para o nosso Direito Empresarial.

Há uma questão referente à liquidação das sociedades. É certo que existe uma certa contradição, pelo menos aparente, no Código Civil em relação a uma série de aspectos. Um é esse. Sabemos que a liquidação sempre se inicia com um processo de dissolução; então, necessariamente, para liquidar tem que dissolver. Em um primeiro momento, em uma conclusão apressada, eu diria que se for uma dissolução ou uma liquidação judicial, o sistema ainda é o do Código de Processo Civil de 1939. Se for uma dissolução ou uma liquidação extrajudicial, o sistema a ser aplicado é o do novo Código Civil.

#### **Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

Sem dúvida, professor, apenas o artigo 1.102 dispõe: “Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução”. Vejam bem que o artigo 1.103 dispõe: “Constituem deveres do liquidante: ...”. Ele repete e acrescenta as regras da liquidação judicial do artigo 655 do Código de 1939. Diz serem deveres do liquidante averbar e pu-

blicar a ata e aí traz também a sentença. Mas é sentença de quê? No meu entender, só pode ser a de dissolução. E o Capítulo do Código de 1939 fala em dissolução e liquidação. Talvez a impropriedade da construção retórica, aqui, pudesse ocasionar algum problema. O fato é que ela existe, há uma dicotomia que não está de acordo com o melhor vernáculo. Não sei se o senhor concorda.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Concordo e acho que existe aqui uma contradição porque, na realidade, começa falando sobre liquidação e fala de sentença, o pressuposto seria uma liquidação judicial, e nesse caso se aplicaria o Código de Processo Civil. O artigo 1.111 diz expressamente: “No caso de liquidação judicial, será observado o disposto na lei processual”. Considerando que a premissa da liquidação, que é a fase final de um processo de dissolução, apesar da imperfeição dessa norma, concordo com o senhor, ou seja, se for judicial, tanto a liquidação quanto a dissolução, necessariamente se aplicaria a norma do Código de Processo Civil de 1939. A meu ver, seria essa a melhor interpretação dada ao artigo 1.111 do novo Código Civil.

#### **Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

Vejam os senhores que sorte a nossa. Já temos aqui uma interpretação que não vai nos deixar perdidos nos mares das dúvidas. Também penso isso, apenas a interpretação literária – e já temos em desfavor da interpretação literária os próprios vocábulos mal empregados, está aí essa dicotomia entre simples e empresarial, que não consegue descer de forma tranqüila. Então cria uma perplexidade e é bom que saibamos. Não se iluda, meu grande professor, algum advogado inteligente há de trabalhar nesse vácuo, há de dizer que a dissolução não pode mais ser judicial. É claro, e devemos estar prontos para isso, que é apenas um exemplo.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Eu chamaria a atenção para o artigo 1.111 que estabelece claramente

que: “No caso de liquidação judicial, será observado o disposto na lei processual”. Então não há dúvida de que há uma liquidação extrajudicial e uma judicial. E o artigo 1.112 que ainda diz: “No curso de liquidação judicial, o juiz convocará, se necessário, reunião ou assembléia para deliberar sobre os interesses da liquidação, e as presidirá, resolvendo sumariamente as questões suscitadas”. Então não há dúvida que há uma liquidação judicial comandada pelo juiz e aqui se está estabelecendo algo que o juiz poderá fazer para conduzir melhor esta liquidação. O que pensa o Professor?

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Tenho a impressão de que é exatamente isso. Existe aqui uma imperfeição técnica em relação ao novo Código Civil, mas a premissa aqui dessa assembléia – e deve ser a isso que a lei se refere – é que seja uma dissolução ou uma liquidação judicial. Eu gostaria de ouvir o Professor Luiz Alberto Rosman, porque ele vai tratar dessa matéria quando abordar a sociedade limitada.

#### **Prof. Luiz Alberto Rosman**

São duas coisas distintas, sabidas por todos: a liquidação e dissolução. A dissolução é uma forma de se resolver o contrato de sociedade; liquidar é – cessada a sociedade, permanecendo a personalidade jurídica até o término da liquidação – a apuração dos ativos, a sua avaliação, a sua venda ou então a sua divisão entre os sócios, depois de pagas as dívidas sociais. Para que haja a liquidação, primeiro é preciso que haja a dissolução, e o Código Civil, em seu artigo 1.033, trata das hipóteses de dissolução por deliberação dos sócios, e o artigo 1.034, dispõe: “A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: I – anulada a sua constituição; II – exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecutabilidade”. Além de outras causas que o contrato social pode prever. Creio que interpretaria esse dispositivo (que Dr. Antonio Carlos abordou no Ca-



pítulo da liquidação, quando fala em sentença) como uma situação em que houve um processo judicial para determinar a dissolução judicial em uma dessas duas causas: exaurimento do fim social ou anular a sua constituição; porém a liquidação, ou seja, a apuração dos ativos, a sua venda, pagamento das dívidas e distribuição do saldo remanescente para os sócios far-se-ia por forma não judicial. Então, aqui coloco essa interpretação para harmonizar os textos.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

Necessariamente, a liquidação não precisa ser judicial, ainda que a dissolução tenha sido, se os sócios se entenderem.

**Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

Se bem que se houver qualquer movimento judicial, pela letra da lei, do Código de 1939, como é que vai se extrair da decisão judicial a devolução voluntária dos sócios para liquidarem a sociedade, fora daquela ambiência? O Código de 1939 é impositivo, ele junta a dissolução com a liquidação de forma indissociável. Há um ponto que o segundo grau corrige com muita perfeição porque são duas etapas. A etapa dissolutória, em que o juiz define que a sociedade está dissolvida, e a segunda, logo em seguida que é a liquidação. Tenho a impressão de que é evidente que a provocação foi feita para que se destacasse a importância da Lei de Introdução, porque há conflito aparente de normas e estaremos resolvidos. Mas precisamos resolver o conflito com técnica, com disposição vocabular apropriada.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

Prof. Penalva Santos, nos meus poucos conhecimentos de Direito Comercial, faço, hoje, essa distinção: sociedade civil e sociedade comercial. Na realidade, a rigor, não há muita distinção entre a atividade de uma e de outra. A sociedade comercial está registrada na Junta Comercial e a sociedade civil está registrada no Registro de Pessoas Jurídicas, mas muitas vezes a atividade de

ambas praticamente é a mesma. Pelo que estou percebendo, o novo Código vai estabelecer outra distinção: agora é sociedade simples e sociedade empresarial. A sociedade empresarial, tirando do conceito do artigo 966, será aquela que exerce atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Como ficam as sociedades civis registradas no Registro de Pessoas Jurídicas e que exercem, inquestionavelmente, atividade econômica? Como elas serão tratadas a partir de então? Juizes, como nós iremos enfrentar essa distinção? Será uma sociedade empresarial ou uma sociedade civil? Há inúmeras conseqüências. Então, gostaria de ouvir a opinião de Vossa Excelência a esse respeito.

**Dr. Paulo Penalva Santos**

Esse é outro grande problema que todos teremos que enfrentar. A diferença que havia entre a sociedade civil e a comercial, salvo a anônima, era apenas quanto ao objeto social. Por exemplo, a sociedade limitada poderia ser uma sociedade civil ou ser uma sociedade comercial. O objeto social, para essa nova diferença entre sociedade simples e empresarial, continua sendo muito importante porque se o objeto da sociedade for aquele sistema do artigo 966 do Código Civil, que trata da atividade do empresário, agregado ao elemento registro, caracterizará a sociedade como sendo empresária. A dificuldade que vejo é na prática, depois da vigência da Lei 8.934/94, que trata do registro de atividades mercantis e outras consideradas empresariais. Vários autores já vinham defendendo que o artigo 2º dessa Lei 8.934 que dispunha que os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis são levados a registro na Junta Comercial, independentemente (essa expressão seria vista como problemática) do seu objeto, e especificavam-se as atividades consideradas empresariais.

Então, desde 1994, com base no artigo 2º da Lei 8.934, vários autores

defendiam que já não havia mais a diferença entre a sociedade civil e a sociedade comercial, para adotar o sistema de atividade empresarial, com o que eu, particularmente, não concordo. Acho que, naquele momento específico, uma lei que tratava de registros empresariais não poderia revogar todo o sistema, não poderia revogar o Código Civil, o Código Comercial, a Lei de Falências. Creio que a finalidade daquela norma do artigo 2º da Lei 8.934 foi apenas alargar, ampliar as sociedades que eram levadas a registro na Junta Comercial. Mas, agora, criou-se um problema: podemos ter, e provavelmente temos, uma série de atividades que não eram típicas da sociedade mercantil levada a registro na Junta Comercial, e agora podem estar dentro desse conceito de atividade empresarial. O grande perigo, sabemos, é o problema do requerimento da Lei de Falências.

Essa dificuldade surgida com a Lei 8.934, que ampliou a competência da Junta Comercial, na prática vai levar a esse problema, ou seja, temos uma série de atividades que não eram de sociedades tipicamente mercantis, mas, agora, cabendo dentro desse conceito mais largo de sociedade empresarial e caracterizado o registro, acho elas podem ter esse tratamento de sociedade empresarial. Na prática, há aquela dúvida: e a sociedade de prestação de serviços? Agora é empresarial. Então aqueles grandes problemas existentes sobre a sociedade de prestação de serviços, se ela poderia ou não ir à falência, agora considero que podem.

Houve, sensivelmente, um alargamento do conceito de sociedade comercial, agora para a sociedade empresarial. Então atividades como as de colégios, de hospitais – esse exemplo que demos sobre o conceito de elemento de empresa, sem dúvida ele está presente nos colégios, nos hospitais, por exemplo, em determinadas clínicas de dentistas, universidades – agora, qual é o receio? É o problema da lei de falência. O colégio tem um problema seriíssimo,

que há sempre um descompasso na receita registrada na contabilidade, porque ele não pode impedir o aluno de frequentar o estabelecimento, ainda que esteja com a mensalidade atrasada. Um descompasso, um requerimento com base na impontualidade, caracterizado o atraso da escrituração, é crime falimentar. A dificuldade que vejo é submeter, sem muita reflexão, uma série de atividades que agora vão estar sujeitas ao rigor da impontualidade e que não estavam anteriormente. Esse é o grande problema que acho que deve ser verificado com muita cautela. Temo que a partir de janeiro do ano que vem, quando entra em vigor o Código Civil, provavelmente, o grande número de credores se antecipando e requerendo a falência de certas sociedades (que não eram mercantis e que agora poderão ter essa característica de sociedade empresarial) será o grande problema que o Dr. Antonio Carlos, como eminente Juiz da Vara de Falências e Concordatas, enfrentará.

Finalmente, quanto ao registro, a sociedade que era civil e agora passa a ser empresarial deve no prazo de um ano (art. 2.031) se adaptar ao nosso sistema, mudando o registro do Cartório de Pessoas Jurídicas para a Junta Comercial. Se não o fizer, será considerada sociedade irregular, com as conseqüências daí decorrentes. Mas enquanto isso não ocorrer, não creio que, por exemplo, seja possível pedir a falência dessa sociedade, cujo registro não está corretamente feito.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Então, o principal critério distintivo então não será mais o registro lá ou cá, mas sim o conteúdo. As sociedades civis, hoje, que exercem atividade empresarial terão que fazer novo registro ou permanecerão como estão?

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

A nova sociedade empresarial é identificada pelo binômio objeto e registro. Caracterizando-se a atividade empresarial, ela teria que ser levada a registro na Junta Comercial, como determina o art. 2.031.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

E a Lei de Introdução? Já não tem uma existência anterior à nova lei?

**Dr. Paulo Penalva Santos**

Voltando ao enfoque falimentar, imagino o seguinte: a uma sociedade que caiba dentro desse conceito de sociedade empresária, mas o registro é ainda no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas e não na Junta Comercial, faltaria um elemento caracterizador para a sociedade empresária, ou seja, a grande diferença para o comerciante é que o registro nunca foi essencial, o comerciante poderia, descaracterizada a mercancia como atividade profissional e regular, caber naquele conceito. Agora não. Acho que além da atividade do empresário, tem que haver o registro. Essa é a dificuldade.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

Elas serão obrigadas a ter o registro no seu entender ou não?

**Dr. Paulo Penalva Santos**

Essa é a questão, pois deveriam ser, por força do disposto no artigo 2.031, que obriga todas as sociedades a regularizar o registro no prazo de um ano. Na prática, não sei se os advogados aconselharão que sociedades, que cabem dentro desse conceito de atividade empresarial, como colégios e faculdades, passem imediatamente o registro para a Junta Comercial, por causa da falência.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

Como é que nós, juízes, vamos resolver essa pendenga depois? Temos, hoje, quase quatrocentos juízes aqui e todos muito interessados em saber como é que terão que decidir. Quer dar um palpite?

**Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

Salvo equívoco, a Lei 8.934 fala em empresa mercantil, isso é muito importante, o vocábulo já está aí.

**Dr. Paulo Penalva Santos**

Ê, essa questão já havia surgido na vigência da Lei n. 8.934, que deu

margem a essa discussão. Como já disse, embora essas sociedades devessem transferir o registro para Junta Comercial, não creio que isso vá ocorrer imediatamente. O colégio, a faculdade, as clínicas, naturalmente vão tentar protelar a transferência do registro para a Junta Comercial, pois com isso faltaria o segundo elemento (registro) que caracteriza a sociedade empresária. Insisto que o grande receio é a possibilidade de falência.

**Professor Luiz Alberto Rosman**

Não mexo muito com Lei de Falências, tenho alguns conhecimentos, mas fiquei pensando enquanto estava ouvindo esse debate interessantíssimo e realmente de repercussões seriíssimas. A Lei de Falência, que é de quarenta e poucos, foi toda criada em cima do sistema anterior, que tinha uma dicotomia entre comerciantes e os não comerciantes, submetendo os comerciantes ao regime do concurso de credores da Lei de Falências.

Agora houve uma mudança de regime que não é mais entre comerciantes e não comerciantes e sim entre sociedades empresárias e aquelas que não são empresárias, são sociedades simples. Todos que são comerciantes, em um certo sentido, seriam inseríveis no conceito de sociedade empresária, mas nem toda a sociedade empresária, segundo a definição do Código Civil, seria qualificável como comerciante à luz do regime anterior. Acho que como tenho uma lei posterior ao Código Civil, que estabeleceu um regime diferente do anterior àquele com base no qual a Lei de Falências foi feita, que na aplicação da Lei de Falências, eu não deveria entender como igual a comerciante, portanto submetido à Lei de Falência todo e qualquer sociedade empresária. Mas, teria que buscar, dentre aquelas sociedades empresárias, quais as que teriam a característica de comerciante. É só uma complicação maior.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

O artigo 1.015 dispõe: “No silêncio do contrato, os administradores po-

dem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir. Parágrafo único: O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II – provando-se que era conhecida do terceiro; III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”. Estou sempre tentado a intrometer em todos os lugares o Código do Consumidor.

Então, faz-se um contrato social e há uma série de restrições ao administrador, inscreve-se aquele contrato em um lugar em que nenhum consumidor tenha acesso e quando há o dano, o prejuízo, argumenta-se que o Código Civil permite essas restrições, e, *erga omnes*, valendo contra terceiros, desde que esteja devidamente registrado. O consumidor é que deve buscar isso, fazer a pesquisa que bem entender. Não haverá aí um confronto, uma colidência entre os princípios que estão no Código do Consumidor como a transparência e, principalmente, toda confiança com essa disposição? Como é que Vossa Excelência ajustaria os dois Diplomas?

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

A oponibilidade aos terceiros das denominadas restrições aos atos de administração não se aplica nos casos de relação de consumo. Tratando-se de hipótese de aplicação do CDC, naturalmente essa regra do art. 1.015 do Novo Código Civil não se aplica. É absurdo afirmar que o Novo Código Civil revogará o CDC. No exemplo do consumidor, parece claro que ele não é obrigado a verificar o contrato social da outra parte para constatar os poderes de cada administradores. Mas, de outro lado, tratando-se de negócio jurídico entre empresas, a regra do art. 1.015 do Código Civil deverá ser respeitada. Algumas pessoas disseram, no início da vigência do Cód

go de Defesa do Consumidor, que não se aplicava ao contrato comercial porque aquela compra não era feita com o intuito de revenda. Isso não é verdade, pois sempre ficou muito claro que, com relação aos contratos mercantis, o Código do Consumidor poderia ou não ser aplicado, dependendo da atividade. Sendo uma atividade típica, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, não teria nenhuma dúvida em afirmar que essa regra aqui, por força de uma outra norma do Código de Defesa do Consumidor, não se aplicaria. Mas, por exemplo, a um contrato de fornecimento de combustível entre uma determinada distribuidora e uma empresa de transportes, acho que não se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor. Aí se aplica essa regra do artigo 1.015.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Dr. Penalva, tenho dois questionamentos: o primeiro seria com relação aos artigos 2.031 e 2.032 que fazem a previsão para a alteração das sociedades empresárias. Caso a sociedade empresária não respeite a adequação no prazo estabelecido, eu poderia considerá-la como sociedade em comum, irregular?

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

É uma questão complexa, que pode ser dividida em duas hipóteses distintas. O primeiro caso, por exemplo, e o da sociedade que era civil e agora passa a ser empresária. Aqui, não tenho dúvida de que a sociedade tem a obrigação de regularizar o registro, transferindo-o para a Junta Comercial. Outra hipótese é a da necessidade de adaptar os contratos sociais às exigências dos artigos referentes à limitada. Tenho dúvida em relação a esse segundo exemplo, sob o qual já conversei com o Prof. Luiz Alberto, que vai se encarregar disso. Temos uma série de dificuldades. Será que não haveria aí um ato jurídico perfeito, a ser regido pela lei anterior? Confesso que tenho uma dificuldade gigantesca. Por exemplo, um critério de quorum de deliberação, que

foi válido naquele momento, regido naquela lei, será que não haveria algo próximo do que conhecemos como ato jurídico perfeito? Sinceramente, gostaria de ouvir a opinião do Prof. Luiz Alberto, mas é um problema sério. A grande dúvida que está ocorrendo na prática é o seguinte: será que todo mundo precisa alterar os contratos sociais? Esse é o problema. E quem não alterar, em que condições será tratada essa sociedade?

#### **Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

O artigo 2.031 dispõe: “As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de um ano para se adaptarem às disposições deste Código, a partir de sua vigência; igual prazo é concedido aos empresários”.

#### **Prof. Luiz Alberto Rosman**

A rigor, os tipos societários que existiam antes continuam existindo agora, então não mudaria. O que há é uma série de novas regras, por exemplo, a sociedade limitada que era uma lei de dezoito artigos, agora é uma lei de cinquenta, setenta artigos. Então, o que acontecerá, se não houver adaptação, é que aqueles dispositivos cogentes do Código Civil – tenha havido ou não a adaptação dos contratos sociais, dos diversos tipos societários – passarão a ser aplicados não pela forma que os sócios deliberaram dentre aquelas matérias em que eles têm uma autonomia de vontade. Basta aplicar as disposições do Código.

A senhora mencionou a sociedade simples, que não existia antes. A maioria das sociedades existente já tinha um tipo societário definido que foi mantido, a grande maioria das sociedades por quotas continua.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Na verdade, a minha preocupação vai além porque, hoje, até mesmo o objeto social precisa fazer parte do nome empresarial pelo novo Código. Se não o fizer, certamente essa sociedade vai passar a uma posição diferente. Seria tida como uma sociedade irregular ou não?

De acordo com o novo Código, o objeto precisa fazer parte do nome empresarial, portanto a alteração se impõe.

#### **Prof. Luiz Alberto Rosman**

Não necessariamente. Na sociedade limitada, por exemplo, a lei sugere que a denominação social pode conter qual o tipo de atividade, mas não é uma exigência. O que pode acontecer é haver uma irregularidade, mas não que a sociedade seja irregular, quer dizer conseqüências sérias.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Certamente, principalmente na área falimentar. O meu segundo questionamento e bastante objetivo é o seguinte: sabemos que, hoje, de acordo com o novo Código, as cooperativas são tidas como sociedades simples e, portanto, seguindo a legislação pertinente, a lei reitoria da matéria que trata de sociedade cooperativa, ela não pode falir, ela está sujeita à liquidação extrajudicial ou judicial. Seria o caso de pensarmos, em passando o novo projeto de lei falimentar, que ela também poderia estar sujeita, como sociedade simples, à falência? Hoje, já enfrento alguns problemas dessa natureza, requerimentos falimentares de cooperativas, que, na verdade, seriam de insolvência. Volta e meia encontramos discussões abertas com a Curadoria de Massas.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Nada impede que a nova lei unifique o sistema da insolvência, incluindo a cooperativa no sistema falimentar. Mas não sei se isso funcionaria bem. As cooperativas têm características próprias que são incompatíveis com o rigor da lei falimentar, principalmente em relação ao crime falimentar.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Já encontrei alguns posicionamentos divergentes no Tribunal do Rio Grande do Sul. Estou enfrentando esse problema.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Essa é a beleza do direito e a facilidade do advogado, ele pode procurar

um acórdão que vai encontrar, nem que seja do Piauí.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Alguns julgados têm prestigiado a falência de sociedade cooperativa pelo exercício de atividade mercantil.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Gostaria de fazer uma pequena observação: a Lei 8.934/94, nos artigos 59 e 60, dispõe que se a sociedade mercantil não promover a alteração adequada, ou deixar de alterar alguma disposição de seu contrato social no período de 10 anos consecutivos, será considerada uma sociedade em extinção e perderá o nome comercial. Essas são disposições de que poucos se lembram.

#### **Dr<sup>a</sup> Elisabete Aguiar**

A minha pergunta é para o Professor Paulo Penalva Santos, que quando falou em sociedade simples, fez menção àquelas sociedades de advogados. Quero pegar o gancho do Prof. Antonio Carlos Esteves e do Prof. Cavalieri. Em relação à sociedade de advogados, há norma expressa, a Lei 8.906. Na Lei de Arbitragem existem aquelas sociedades de árbitros em que há árbitros contratados e outros avulsos. Poderia essa sociedade de árbitros requerer, por aplicação analógica, as normas da Lei 8.906? A essa sociedade de árbitros se aplicaria o instituto da falência ou o da insolvência?

#### **Prof. Paulo Penalva Santos**

Confesso que não me recordo bem desse dispositivo que trata dessa matéria de arbitragem. Não sei se essa entidade tem a característica de sociedade, e muito menos de sociedade empresarial. Na questão da sociedade de advogados, a lei impede expressamente que ela tenha o tratamento e a forma da sociedade mercantil. Então o problema é esse, uma sociedade de advogados não poderia ser constituída sob a forma de S.A. No sistema da arbitragem, não me lembro se haveria ou não algo semelhante ao Estatuto da Ordem. Agora, em um

primeiro momento, estaria inclinado a dizer que deveria ser uma entidade não empresarial, mais uma associação do que propriamente uma atividade típica do empresário (como a Bolsa de Valores, por exemplo, que é uma sociedade civil).

#### **Dr. Paulo Roberto Fragoso**


Prof. Penalva, veja que citamos muito aqui o artigo 1.015 do novo Código Civil, que afasta, então, a publicidade de que goza o registro do comércio, que afastaria então a teoria da aparência, para vincular a sociedade. Então o artigo 1.053 criou uma norma nova no tocante às sociedades por quotas porque agora, pelo Código novo, os sócios podem optar entre a aplicação supletiva da lei das sociedades simples ou, como diz o parágrafo único do artigo 1.053, a Lei das Sociedades por Ações. O que me causa estranheza é exatamente isso, esse artigo 1.015 está no Capítulo atinente às sociedades simples, esse artigo que afasta a teoria da aparência, que tem como condição a boa-fé. Os sócios poderiam, então, optar, na estruturação de uma sociedade limitada, pela adoção desse regramento ou não. Essa situação me causa tamanha perplexidade porque posso dizer que se aplica a Lei das Sociedades Anônimas supletivamente, ou então dizer que se aplica a Lei de Sociedade Simples incidindo esse artigo 1.015. Nesse caso, a regra poderia ser aplicada ou não, ao alvedrio dos sócios, à escolha deles, porque esse artigo 1.015 constitui um verdadeiro retrocesso pois sempre, em nosso direito, aplica-se a Teoria da Aparência para vincular a sociedade.

Então, gostaria de ouvir a sua opinião, porque, a meu juízo, se tivesse que enfrentar esse tema, continuaria aplicando a mesma regra que sempre existiu, de que a publicidade de que goza o registro de comércio não afastaria a boa-fé. Ao meu juízo, essa regra do artigo 1.015 seria inaplicável a uma relação de consumo porque se uma atividade empresarial implica em circulação de bens e serviços e o Código do Consumidor se limita a qua-

lificar como fornecedor de bens e serviços, o fornecedor vai ser sempre o empresário. E aqui essa regra é específica à sociedade simples, que não é sociedade empresária. Então penso eu que não há risco desse artigo 1.015 ser invocado em relação de consumo. Gostaria de saber sua opinião, de poder excluir ou não a aplicação desse artigo 1.015.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Nesse ponto já há um consenso. Aplicaria o Código de Defesa do Consumidor, ainda que fosse sociedade empresária ou simples. Esse artigo 1.053 é tão problemático, que o próprio relator do Código Civil, Deputado Fiúza, já apresentou um projeto que entre outras coisas revoga, muda essas regras do artigo 1.053. No caso de sociedade empresária, acredito que o parágrafo único do artigo 1.053 permite a inversão dessa regra desde que haja cláusula expressa, admitindo a aplicação supletiva em um primeiro momento da lei de sociedade por ações (da Lei de Sociedade Anônima agora) em

relação ao Código Civil. Mas creio que se for sociedade simples, não. Acho que necessariamente, pelo objeto ser de uma sociedade simples, não seria ao menos coerente a aplicação supletiva de normas de atividades empresariais, que é a sociedade anônima, em relação à sociedade simples. O Professor Antonio Carlos está trazendo aqui a nova redação do artigo 1.053, que é exatamente invertendo essa regra dispondo que, no caso de omissão, aplica-se, no que for compatível com o contrato social (que era a regra do artigo 18 do decreto de quotas) a lei de sociedade por ações. É claro mesmo esclarecida essa questão, vamos ter um outro problema: Mesmo se aplicando a lei das sociedades anônimas, surgirão questões sérias, pois só se aplicariam as normas do anonimato que forem compatíveis com a sistemática da limitada. Exemplo de normas incompatíveis, são as quotas escriturais, custódia de cotas fungíveis, certificado de depósito de cotas, partes beneficiárias, bônus de subscrição etc. 

# Títulos de Crédito e o Crédito Civil

**J. A. PENALVA SANTOS**

*Desembargador aposentado do TJ/RJ. Professor da EMERJ.*

O novo Código Civil editado pela Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 representa verdadeiro Código de Direito Privado por abranger o Direito Civil e o Direito Comercial, na linha do pensamento de Teixeira de Freitas no seu **Código Civil-Esboço**.

O objetivo do projeto de Freitas visou a unificação do Direito Privado, um dos dois fundamentos da futura lei: a classificação dos dispositivos e a unificação do Direito Privado.

Na exposição elaborada por Levi Carneiro em edição da Imprensa Nacional de setembro de 1952, na introdução ao texto do “Esboço” de Teixeira de Freitas, o autor analisou o caráter unificador do Direito Privado.

No mesmo sentido o estudo de João Mangabeira publicado na **Revista Forense** de 1939, p. 29 sobre o assunto.

A primeira manifestação a respeito da unificação dos Códigos Civil e Comercial foi de Cimbali sob o título “Nova Fase no Direito Civil, Unificação do Direito Privado”. Em 1903 em Conferência pronunciada em Milão, Cesare Vivante advogou a elaboração de um código unificado abrangendo o Direito Civil e o Direito Comercial.

Posteriormente arrependido, no seu **Tratato di Diritto Commerciale**, 5º edição p. 1, mostrou a inviabilidade do sistema unificado, ao defender a elaboração de códigos separados.

Na Itália duas Comissões apresentaram Projetos de Código de Comércio: a Comissão presidida por Cesare Vivante em 1919 e a segunda, por Mariano D'Amélio de 1923. Nesse meio tempo a Suíça editou o Código de Obrigações e o Código Civil.

A favor da unificação manifestaram-se Vivante (que depois se retra-

tiu), Percerou, Thaller, Wahl, Endemann e outros. Na Itália, no regime fascista de 1942, editou-se o **Código Civile** no qual foram abrangidos o Direito Civil e o Direito Comercial, com exceção das matérias de Direito Marítimo, Falimentar, Títulos de Crédito e outras, destacadas do diploma civil.

No Brasil publicaram-se os Projetos de Código Civil, de Felício dos Santos, Coelho Rodrigues, Carlos de Carvalho e, recentemente, Orlando Gomes.

Vieram à luz os projetos de Código de Obrigações de 1941 elaborados por Orosimbo Nonato, Hanemann Guimarães e Philadelpho de Azevedo e, em 1964, por uma comissão presidida por Caio Mario da Silva Pereira.

Inglês de Souza apresentou o Projeto de Código Comercial, engavetado no Congresso Nacional. Florêncio de Abreu elaborou o Projeto de Código Comercial de 1949, que também não se converteu em lei.

O novo Código Civil de 2002 seguiu a idéia de Teixeira de Freitas e adotou a orientação do Código Civil Italiano, de unificação do Direito Privado, com exceção do Direito Comercial, das falências, das sociedades por ações e outros institutos.

## **Conseqüências da edição do novo Código Civil no que concerne ao Direito Comercial**

A revogação da Primeira Parte do Código de Comércio, composta de regras sobre sociedades, contratos e títulos de crédito. A Segunda Parte, referente ao Direito Marítimo, não foi revogada, por isso, quanto ao conhecimento de transporte ou carga a legislação pertinente continua em vigor.

## **Títulos de Crédito**

Quanto aos títulos de crédito, o Código Civil editou as normas referi-

Palestra proferida no Seminário realizado em 12/07/2002.



das nos arts. 887 a 926 abrangentes das disposições gerais dos títulos ao portador, títulos à ordem e títulos nominativos. Cuida-se de normas que irão regular a matéria a eles afeta.

#### **Art. 887**

O art. 887 adotou a definição de Cesare Vivante para os títulos de crédito, com o acréscimo da parte final: “quando preencha os requisitos da lei”.

Essa definição já foi superada no que concerne aos títulos escriturais, como veremos posteriormente.

#### **Art. 888**

No art. 888 destacou-se o título de crédito da sua *causa debendi*, ou seja, do negócio jurídico que lhe deu causa, chamado por Ascarelli de relação fundamental.

#### **Art. 889**

Esse artigo indica os três principais requisitos dos títulos de crédito: a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere e a assinatura do emitente, relação incompleta na falta de outros requisitos arrolados no art. 1º da Convenção de Genebra.

#### **Parágrafo primeiro do art. 889**

Esse parágrafo primeiro trata dos títulos à vista, os quais não contêm indicação da data do vencimento e são aqueles que se vencem com a apresentação ao devedor (art. 2º, alínea 2ª da Lei Uniforme de Genebra).

Esses títulos também chamados títulos à apresentação encontram-se no art. 17 da Lei Cambiária de 1908.

Carvalho de Mendonça, no seu Tratado de Direito Comercial, vol. 5º, parte 2º, nº 789, ed., Freitas Bastos, admite uma segunda apresentação do título ao devedor, a fim de lhe dar uma oportunidade para efetuar o seu pagamento.

Acresce o ilustre comercialista que a remessa de aviso ao devedor para pagamento não tem o mesmo efeito que a sua apresentação.

#### **Parágrafo segundo do art. 889**

O parágrafo segundo do art. 889 considera o lugar da emissão e do pagamento quando não indicado no título o domicílio do emitente. Por força do disposto no art. 2º, alínea 3ª da Lei Uniforme de Genebra na falta de indicação especial, consigna o lugar designado ao lado do nome do sacado sendo o lugar do lançamento e ao mesmo tempo o lugar do domicílio.

Na alínea 4ª, o lugar onde foi passada considera-se como tendo sido no lugar designado ao lado do nome do sacador.

#### **TÍTULO ESCRITURAL**

#### **Parágrafo terceiro do art. 889**

Título escritural é aquele emitido a partir dos caracteres criados em computador ou por meio técnico equivalente e que conste da escrituração do emitente, observados os requisitos do art. 889. O referido parágrafo cuida do título escritural.

O que são, na verdade, os títulos escriturais?

São títulos que não têm cártula; nascem e atuam por via de computador, por *e-mail*, por *internet*.

Esses títulos não contêm assinatura usual, mas, segundo Dr. Gustavo Tavares Borba, **Revista de Direito Renovar** nº 14, maio/agosto 1999, p. 85 e ss, na assinatura digital há uma transformação criptográfica da comunicação criada e, com isso surge a cártula eletrônica, o conjunto de dados do título consubstanciado na memória do sistema eletrônico. As figuras virtuais aparecidas na tela do computador, são preservadas na memória do sistema eletrônico.

Por outro lado, é possível a transposição para o papel de um texto proveniente do computador, *v.g.*, o extrato de conta retirado do sistema eletrônico de uma instituição financeira administradora de ações escriturais de uma sociedade anônima, na custódia de ações (arts. 34 e 41 da Lei nº 6.404/76).

Quanto aos contratos eletrônicos, as mensagens eletrônicas por meio de proposta e aceitação, pela troca de dados eletrônicos se realizam através do computador, porém a tradição de bens, por exemplo, na compra e venda, com obrigação de dar verifica-se mediante a entrega física da coisa.

De fato, na tradição de um veículo comprado através da internet, o comprador é obrigado a buscá-lo na agência.

Já as obrigações de fazer podem realizar-se por forma virtual, a exemplo da compra de um programa *pay per view*.

#### **ASSINATURA AUTOGRÁFICA**

A assinatura manuscrita, como se viu, corresponde a um sinal da autoria de uma pessoa aposto em um documento, cujas funções são a) autenticidade daquele que a após revelando a sua identidade, a validade e a veracidade do documento no qual a assinatura foi inserida, com efeito de autenticação, concordância com o seu teor e a segurança da forma que envolve esse documento, nos termos do disposto nos arts. 131 e 135 do Código Civil de 1916. Carnelutti atribui três funções à assinatura: indicativa, declaratória e probatória.

#### **ASSINATURA ELETRÔNICA**

Na obra **Direito e Internet**, RT, coordenada por Marco Aurélio Grecco e Ives Gandra da Silva Martins, 2001, p. 28, a assinatura eletrônica “consiste no uso de um procedimento confiável de identificação da parte e de sua vinculação ao ato praticado”.

A assinatura eletrônica assegura a identidade do signatário e a integridade e conservação do ato por ele praticado, na segurança e confiabilidade das transações eletrônicas realizadas, proteção do segredo das comunicações realizadas com fundamento nessa assinatura e, finalmente no cumprimento dos contratos realizados por essa pessoa.

Se a assinatura digital constitui uma forma de assinatura manuscrita é problema que, em nossos dias, constitui

objeto de polêmica, sendo que para uns nenhuma semelhança com ela apresenta, enquanto para outros, representa uma forma de assinatura autográfica.

O certo é que o vocábulo “assinatura” no âmbito digital, tem uma acepção diferente da assinatura autográfica.

Ao definirmos a assinatura digital, mostraremos as suas características, no que, em muito se diferencia da assinatura manuscrita.

A assinatura digital é uma seqüência de dígitos, computada com base em dados a proteger, o algoritmo da assinatura a ser usado, que é a chave privada utilizada na produção da assinatura digital.

A chave pública é usada para verificar se a assinatura foi efetivamente produzida por utilização de uma chave privada correspondente.

O importante é que o receptor tenha segurança quanto à origem da mensagem.

A segurança do sistema de assinatura digital decorre do seu método e da verificação de que a assinatura foi produzida pela pessoa representada.

Para maior segurança é utilizado um protocolo de autenticação baseado em sistemas de cifragem com chaves públicas, sendo os sistemas de navegação: o Navigator, o Netscape, o Internet Explorer.

A aplicação do algoritmo de cifragem permite a confidencialidade. A autenticação de identidade é essencial para a segurança das transações eletrônicas na medida em que uma autenticação confiável é necessária para que se possam manter controles de acesso, determinar quem está autorizado a aceitar ou modificar informações, imputar responsabilidade e assegurar o “não repúdio”.

Métodos de autenticação pelo algoritmo da cifragem permitem a confidencialidade e o segredo das comunicações eletrônicas, e segundo os autores referidos (*loc. cit*) um algoritmo de cifragem transforma um texto claro em um texto cifrado ilegível (cifragem) e vice-versa (decifragem).

Logo, a assinatura digital representa, para alguns, um método de autenticação de identidade eletrônico e, para outros, designa especificamente a assinatura gerada mediante o uso de criptografia de chave assimétrica.

A assinatura digital tem três funções, segundo os citados autores: a autenticação da identidade da pessoa que assinou a informação; a proteção da integridade da informação, para evitar a modificação da mensagem e, finalmente o não repúdio, a fim de evitar que o que enviou a mensagem ou que a recebeu neguem tal fato.

Em interessante estudo denominado “Assinaturas Eletrônicas e Certificação” da autoria da ilustre jurista Ana Carolina Horta Barretto, no livro **O Direito e a Internet**, coordenado por Valdir de Oliveira Rocha Filho, ed. Forense Universitária, ano 2002, a autora elabora um estudo sobre a assinatura eletrônica, não ser ela imediatamente legível, pois o veículo e o objeto assinado não são fisicamente relacionados da mesma forma física e durável que a assinatura tradicional.

Tanto pelo aspecto visual, quanto pelo formato eletrônico e vinculação à assinatura, tornam-no diferente da assinatura física tradicional.

Quanto aos métodos de assinar documento eletronicamente, as assinaturas variam, desde métodos simples, como inserir uma imagem escaneada de uma assinatura manuscrita em um arquivo do texto a métodos mais avançados: como a criptografia simétrica à mais evoluída criptografia assimétrica das chaves pública e privada mais segura, ao conferir maior segurança dos dados, adotada na maioria dos Países.

Uma das primeiras leis sobre a assinatura digital foi a Lei do Estado de Utah, nos Estados Unidos, seguida por outros Estados da União, na qual a assinatura digital é uma transformação de uma mensagem utilizando um sistema de criptografia assimétrica que permita a uma pessoa que detiver a mensagem inicial e a chave pública do signatário

determinar com precisão: a) se a transformação foi criada utilizando a chave privada que corresponde à chave pública do signatário; b) se a mensagem foi alterada desde que a transformação efetuou-se.

A citada lei estabeleceu a presunção de veracidade das assinaturas digitais, salvo em caso de suspeita de fraude e, finalmente, cuidou das assinaturas com suspeita de fraude.

As Leis Uncitral da ONU e da União Européia nº 36 de 13.12.1999 (Diretiva nº 1999/93/ EC do Parlamento Europeu e Conselho da União Européia, art. 2º) seguiram a esteira da Lei de Utah, como de resto a legislação brasileira.

Observe-se por oportuno que o órgão fiscalizador é representado pelas autoridades certificadoras que emitem certificados.

A Lei federal americana de 01.10.2000 trouxe numerosos subsídios sobre o **E-Sign Electronic Signatures in Global and National Commerce Act**.

Por outro lado, não se pode esquecer de que, entre os processos mais simples na elaboração da assinatura eletrônica podemos encontrar, além das senhas, as técnicas biométricas como o escaneamento das impressões digitais, da retina, da palma da mão, o reconhecimento da escrita ou da voz; e a assinatura manuscrita, vinculada a um veículo, uma folha de papel que fornece os contornos e a estrutura à informação de um formato imediatamente legível. Esse veículo indissociável para a informação, proporcionado pelo veículo e pela assinatura representando os padrões únicos da escrita do emitente, permite ao leitor crer que o objeto provém do indivíduo tido como seu autor, e o atributo da identidade é intrínseco, e não dado ao signatário.

#### **ASSINATURA ELETRÔNICA X TRADICIONAL**

A assinatura eletrônica não é imediatamente legível e a assinatura, o veículo e o objeto assinado não são fisicamente relacionados da mesma forma física e durável que a assinatura tradicional.

A manipulação dos dados não deixa rastros como a manipulação do ambiente tradicional e partes de um objeto de informação assinado podem ser armazenadas em diferentes locais como, por exemplo, um disco rígido ou disquete.

O aspecto visual de uma assinatura tradicional é substituído pela verificação técnica de um objeto de informação assinado, armazenado em um formato legível eletronicamente e vinculado logicamente à assinatura.

Como o caráter que torna a assinatura eletrônica única para o indivíduo é outorgado, e não uma característica inerente ao signatário, o processo de assinatura pode ser realizado por qualquer pessoa que tenha acesso ao segredo e aos procedimentos.

A assinatura manuscrita fornece à informação um sinal fisicamente único de autenticidade – é um exemplar original. Os objetos assinados podem estar em poder de uma pessoa e conseqüentemente constituírem um instrumento de autenticidade (como seria o caso de uma procuração) ou determinado direito (letras de câmbio e outros instrumentos negociáveis).

O aspecto único de um instrumento assinado eletronicamente precisa estar associado a um padrão de dados, que pode ser copiado, tendo a réplica exatamente as mesmas qualidades que o “paradigma”.

Assim sendo, uma vez que a existência única de material eletrônico é construída mediante a transmissão e o armazenamento de conteúdos originais, certas aplicações eletrônicas (como o envio de documentos, por exemplo) exigem alguma espécie de registro (*loc.cit*).

#### **CONCEITO DE ASSINATURA DIGITAL**

Existem diversos métodos para assinar documentos eletronicamente. Essas assinaturas eletrônicas variam de métodos muito simples, como inserir uma imagem escaneada de uma assinatura manuscrita em um arquivo de texto, a métodos muito avançados, como o uso da criptografia assimétrica ou de chave pública é importante instrumen-

to para o comércio eletrônico seguro.

Aplicações da criptografia em um ambiente eletrônico, das quais ressalta duas: encriptação e assinatura digital.

Encriptação e a assinatura digital são seguras, a primeira a confidencialidade, de segurança sem que tenhamos confiado a tal pessoa a chave que permite decodificar a mensagem, enquanto a assinatura digital proporciona autenticação, ou seja a possibilidade de se comprovar que determinada pessoa enviou a mensagem. A criptografia pode também assegurar a integridade de dados, isto é, a certeza de que a informação não sofreu alteração não autorizada em sua forma original e conteúdo, permitindo que o destinatário de um a mensagem enviada por meio de rede aberta assegure-se de que a mensagem não foi alterada em trânsito.

Entre alguns exemplos de títulos escriturais podemos citar, além das ações escriturais, a duplicata virtual, na qual o vendedor saca a duplicata e a envia ao banco por meio magnético, realiza a operação de desconto, ao creditar o valor correspondente ao sacado, expedindo em seguida guia de compensação bancária que, pelo correio, é enviada ao devedor da duplicata virtual para que o sacado, de posse do boleto, proceda ao pagamento em qualquer agência bancária (cf. ROSA JR., Luiz Emygdio F. da **Títulos de Crédito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 725-728).

No mesmo sentido, leia-se em Fábio Ulhoa Coelho (**Curso de Direito Comercial**, I, p. 458).

A duplicata virtual pode ser protestada de forma virtual, no vencimento. Ao receber, por meio magnético, os dados pertinentes à duplicata virtual, o Cartório efetuará o respectivo protesto. O protesto é regulado pela Lei nº 9.492 de 1997, art. 8º, parágrafo único. Nada impede promova o credor a execução por título extrajudicial da duplicata virtual.

#### **Lei nº 9.800 de 1999**

Através da Lei nº 9.800/99, em processo judicial, podem a parte, o repre-

sentante do Ministério Público, o assistente, o litisconsorte apresentar ao juiz suas petições e documentos pela via de fac-símile (fax).

Entendemos ser viável a extensão ao e-mail, ao correio eletrônico ou à internet, na aplicação da Lei nº 9.800/99, desde que o juiz possua os meios necessários à transmissão, devidamente autorizada.

Qualquer documento pode ser transmitido, exceto os atos judiciais relativos à oralidade, pela necessidade da presença do juiz.

#### **Art. 890**

O dispositivo repetiu a capitulação do art. 44 do Decreto nº 2.044/08. A exclusão da cláusula proibitiva da apresentação da letra ao aceite do sacado constante do item III do art. 44 da Lei Cambiária, foi alterada pelo art. 22, item 2º da Convenção de Genebra para Letras de Câmbio e Notas Promissórias, ao admitir a Lei Uniforme a letra sem aceite, salvo se se tratar de uma letra pagável em localidade diferente da do domicílio do sacado, ou de uma letra sacada a termo certo da vista, além da cláusula “sem despesas e sem protesto”.

O art. 44 menciona a expressão “para os efeitos cambiais, retirada do texto do art. 890 do novo Código Civil, sem motivo”.

#### **Art.891**

##### ***Título incompleto-seu preenchimento***

O título incompleto pode ser preenchido pelo portador, para tanto presume-se a existência de mandato a este concedido.

A Lei Cambiária no seu art. 4º estipula que se presume mandato ao portador para inserir a data e o lugar do saque na letra que os não contiver.

Quanto ao valor lançado por algarismos e o que se achar por extenso, capitula o art. 5º da Lei Cambial prevalecerá o segundo e a diferença não prejudicará a letra, porem diversificando as indicações da soma de dinheiro no contexto o título não será letra de câmbio.

Essa redação difere da contida na alínea 1 do art. 6º da Lei Uniforme de Genebra, na qual, a alínea 2 do mesmo artigo estatui que: “Se na letra a indicação a satisfazer se achar feita mais de uma vez, quer por extenso, quer por algarismos, e houver divergências entre as diversas indicações, prevalecerá a que se achar feita pela quantia inferior”. Na letra sem data do pagamento entende-se pagável à vista. (art. 2º al. 2 da Lei Uniforme).

O art. 10 da Lei Uniforme de Genebra estatui que a letra incompleta não pode ser completada se for contrária aos acordos realizados pelo, que não pode ser considerado motivo de oposição ao portador, salvo se este tiver adquirido a letra de má-fé, ou, adquirindo-a tenha cometido falta grave.

Nas **Comptes Rendus**, p.131 consta que, se a letra, depois de ter sido completada, foi adquirida sem má-fé ou culpa grave, as exceções baseadas na inserção da cláusula, não conforme aos acordos, não são oponíveis ao portador de boa fé do título. É uma consequência da idéia mais geral com respeito devido à crença do portador com base na boa-fé. Se o adquirente do título preenchesse a parte em branco, mesmo abusivamente, e, em seguida fosse transmitida a letra de câmbio a terceiro de boa fé, as exceções provenientes da inserção das clausulas abusivas não poderiam ser opostas a este último.

O certo é que, por força do art.3º das Reservas (Anexo II) a redação correta será a do art. 4º do Decreto nº 2.044 de 1908, ainda em vigor.

#### **Parágrafo Único do art. 891**

O dispositivo em exame consta do art.10 da Lei Uniforme, com a exclusão da parte final “ou adquirindo-a tenha cometido uma falta grave”.

Orientação idêntica adotou a Súmula nº 387 do Egrégio Supremo Tribunal Federal com a seguinte redação: “A cambial emitida ou aceita com omissões em branco, pode ser completada pelo credor de boa fé antes da cobrança ou do protesto”.

Pelo que se vê, portanto, a redação do novo texto do Código Civil contém a expressão "...os ajustes previstos neste artigo pelos que deles participaram" não se encontra, nem no art. 4º da Lei Cambiária, e, muito menos, na Súmula nº 387 do S.T.F.

#### **ABUSO NO PREENCHIMENTO DE TÍTULO EM BRANCO**

As principais regras sobre abuso no preenchimento de títulos em branco são as seguintes:

1º) só o legítimo portador pode preencher a letra de câmbio;

2º) na pressuposição de que fê-lo dentro do estipulado nos limites das obrigações cambiárias, sendo o ônus da prova do obrigado cambiário, na ação cambial de preenchimento indevido;

3º) pelo convencionado em pacto abjeto com defesa a cargo do obrigado, em ação específica da causa ou excepcionalmente na ação cambiária.

4º) aos endossatários e portadores com o título já preenchido não podem ser opostas as exceções de abuso no preenchimento do título, exceto, aos de má-fê.

#### **INTENÇÃO DO SUBSCRITOR**

Segundo José Maria Whitaker (op. cit. p. 102/103), indagar da intenção do subscritor é introduzir um elemento subjetivo numa questão de forma a permitir no processo cambiário uma discussão que não interesse ao terceiro de boa fê.

Na opinião de Pedro Barbosa Pereira (*loc.cit*), a letra em branco é um valor patrimonial, expressão incompleta da vontade, a se transformar em título potencial de uma obrigação, que para se tornar perfeita depende apenas de uma cooperação material do portador, sem necessidade de oposição do respectivo subscritor.

Para o direito cambial a letra de câmbio é um valor para efeito de circulação, posto que não seja um valor de execução. A letra em branco pode ser transferida e alienada; é endossável.

Os endossatários que recebem o título na sua fase incompleta não gozam das mesmas vantagens que os que re-

ceberam com a sua forma definitiva, pelo que não têm, como estes, uma posição autônoma, por exercerem, um direito derivado, sujeito a todas as execuções e defesas oponíveis a qualquer de seus predecessores.

#### **Art. 892**

A capitulação deste artigo responsabiliza o mandatário pelos atos por ele praticados sem poderes outorgados pelo mandante ou com excesso desses poderes, tornando-se o mandatário verdadeiro obrigado cambiário, pelo princípio da forma nos títulos de crédito. (Súmula do STJ nº 60)

Essa norma tem a mesma redação que a do art. 8º da Lei Uniforme de Genebra.

#### **Art. 893**

Reza o art. 11, al. 1ª da Convenção de Genebra que, mesmo que não envolva expressamente a cláusula à ordem, a cambial se transmite por via de endosso.

Por essa forma de transferência do título infere-se que se transmitem os direitos correspondentes às obrigações cambiárias, ou seja, apenas, ao valor do título, exceto no caso do aceitante ou do avalista, cuja obrigação pode sofrer limitação.

O dispositivo inspirou-se no art. 1995 do Código Italiano, e também do art. 14 da Lei Uniforme de Genebra.

#### **Art. 894**

Os títulos representativos de mercadoria são aqueles que envolvem a transferência da posse e a propriedade de mercadoria.

Vejamos um exemplo: a posse do conhecimento de depósito é aquela que permite ao seu titular considerar-se proprietário de mercadoria depositada em armazém geral; logo a sua transferência implica a transferência dessa mercadoria.

A exceção pode ser encontrada no caso da emissão do **warrant**, em que a transferência da propriedade da mercadoria referida no conhecimento de de-

pósito está subordinada, no vencimento, ao pagamento do valor do **warrant**, logo, em havendo emissão deste título, para que o titular do conhecimento de depósito possa receber a mercadoria é necessário o pagamento prévio do valor referido no **warrant**.

Logo, quem transfere o conhecimento de depósito transfere **ipso facto** o domínio da mercadoria. O mesmo fenômeno ocorre com a cédula de produto rural.

Por outro lado, é preciso que se entenda que a entrega da mercadoria está condicionada à quitação do **warrant**, caso seja este emitido.

#### **Art. 895**

O título de crédito em circulação pode ser dado em garantia, ou seja, pode ser apenhado (caucionado), ou ser objeto de medida constritiva judicial, mas o direito ou a mercadoria que representa o título não podem sofrer tais restrições ou ônus, independentemente do título. (art. 1458 e ss do novo Código Civil)

O dispositivo deve ser aplicado aos títulos de garantia real.

No caso do conhecimento de depósito não se pode constituir ônus ou impor medida constritiva judicial sobre a mercadoria depositada em armazém geral, se sobre ela emitiu-se o conhecimento de depósito. O mesmo acontece com o conhecimento de transporte.

#### **Art. 896**

Da mesma forma, o título de crédito não pode ser objeto de reivindicação por terceiro, contra o seu legítimo portador, desde que o título tenha sido adquirido de boa fé, também respeitadas as normas que disciplinam a sua circulação (art. 1.994 do Código Civil Italiano e art. 16, 2ª alínea da Convenção de Genebra).

#### **Art. 897**

A disposição que admite a garantia do aval refere-se aos títulos de crédito de pagamento de soma em dinheiro, fato que exclui os títulos representativos de mercadoria.

#### **Parágrafo Único**

A disposição proíbe o aval parcial nesses títulos. Ora, o art. 30 da Lei Uniforme de Genebra permite o aval parcial, o aval dado por terceiro, na letra ou em folha anexa (**alonge**). Por essa razão, na linha de princípio estatuído pelo art. 903 do Código Civil, deve aplicar-se à hipótese a Convenção de Genebra e não o parágrafo único do art. 897 no sentido de se admitir o aval parcial, em que o avalista pode reduzir o valor da sua obrigação.

#### **Art. 898**

O aval pode ser aposto no verso do título, posicionado o avalista na mesma posição do endossador, a ele equiparado para efeito de responsabilidade cambiária.

#### **Parágrafo Primeiro**

No aval aposto no anverso do título, o avalista coloca-se na mesma posição do devedor principal: o aceitante, o sacador da letra de câmbio, o sacador desta na letra não aceitável ou do emitente da nota promissória, dispensada qualquer menção ao avalizado.

#### **Parágrafo 2º**

Considera-se não escrito o aval cancelado.

A Súmula nº 26 do STJ dispõe que o avalista de título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.

#### **Art. 899**

A redação do referido artigo é semelhante à do art. 32 da Convenção de Genebra e, na falta de indicação do nome do avalizado presume-se tenha sido aposto pelo emitente ou pelo devedor final, no caso, o último endossatário, quando há endosso.

Convém lembrar que, na parte final do caput do art. 32 deve substituir-se o vocábulo “afiançado por avalizado”.

#### **Parágrafo 1º**

O referido parágrafo dá ao avalista que pagou o título o direito de regresso

contra o avalizado e demais coobrigados anteriores (os endossadores e endossatários anteriores e seus avalistas). O avalista de coobrigado (endossador ou endossatário) que paga o título também tem direito de regresso contra o obrigado principal.

#### **Parágrafo 2º**

No caso de nulidade da obrigação avalizada, subsiste a responsabilidade do avalista, salvo no caso de nulidade que decorra de vício de forma.

Vício de forma é aquele que atinge o próprio título e gera a sua nulidade que, por sua vez, alcança as obrigações cambiárias.

Essa disposição encontra-se no art. 32, 2ª alínea da Convenção de Genebra.

#### **Art. 900**

O aval posterior ao vencimento do título não o invalida, sendo considerados os mesmos efeitos do anteriormente dado. A disposição em exame assemelha-se à do art. 20 da Convenção genebrina com respeito ao endosso.

Quanto ao endosso, a capitulação do art. 20 da Convenção, na primeira parte, tem a mesma redação, porém o endosso, a nosso ver, aposto depois do protesto, tem o efeito de cessão ordinária de crédito, consoante disposição do art. 1.065 do Código Civil de 1916.

#### **Art. 901**

O devedor que paga ao legítimo portador do título, no vencimento, considera-se quitado, ou seja, desonerado, salvo se agiu de má-fé.

#### **Parágrafo único**

Pago o título, assiste ao devedor o direito de exigir do credor, além da entrega do título, a quitação regular.

#### **Art. 902**

Este artigo informa que o credor não tem obrigação de receber a dívida antes de seu vencimento, sendo o devedor responsável pela validade da obrigação, no caso de pagamento.

#### **Parágrafo 1º**

No vencimento não pode o credor recusar o pagamento.

Observe-se que, ao devedor, assiste o direito de oferecer pagamento de parte da dívida, cabendo ao credor fazer menção a esse fato, no título ou em documento em separado.

Tal pagamento não invalida o título, não se operando a sua tradição, mas o valor da dívida é reduzido ao saldo restante.

Por essa razão, no caso de pagamento parcial, o credor conserva o título em sua posse, sendo, porém, obrigado a dar quitação na cártula, pelo valor pago, consignando a parcela devida.

Também deverá o credor, em documento em separado, a ser entregue ao devedor, consignar a mesma declaração.

Tratamento diferente dá o art. 314 do Código Civil, pelo qual não está o credor obrigado a receber parte da dívida.

#### **Art. 903**

A capitulação em análise tem a maior importância no que concerne aos títulos de crédito, pois o Código Civil deu precedência à legislação regulada em lei especial sobre o texto do novo Código Civil. Então, no conflito entre uma lei extravagante e o Código, prevalece a primeira.

Assim, no conflito entre o art. 897 parágrafo único do Código Civil e o art. 30 da Lei Uniforme de Genebra aplica-se o segundo dispositivo de preferência ao primeiro.

A dúvida é se saber da razão do legislador do Código em inserir dispositivo inútil, a menos que se possam admitir títulos nos quais o endosso seja sempre total.

Outro problema envolve o aval múltiplo omitido (co-aval) no Código e na Lei Uniforme, cuja solução é no sentido de se considerar solidários os co-avalistas (solidariedade regida pela lei civil).

A Súmula nº 189 do S.T.F dispõe que os avais em branco superpostos consideram-se simultâneos e não sucessivos. A regra geral é que está em vigor



toda a legislação extravagante no que toca aos títulos de crédito, sobrepondo-se esta às normas do Código Civil.

#### **TÍTULOS AO PORTADOR**

##### **Art. 904**

Os títulos ao portador são aqueles que se transmitem por tradição, desconhecendo-se-lhes o portador, até o momento da transmissão.

##### **Art. 905**

O requisito essencial é a apresentação do título.

#### **Parágrafo Único**

Este dispositivo decorre da aplicação da teoria da declaração, pela qual, no momento em que o emitente põe a sua assinatura no título, este já existe.

Caso o título seja furtado, se, porventura, o ladrão colocá-lo em circulação, endossando-o, inclusive, caso o endossatário esteja de boa-fé, poderá cobrá-lo do endossador ou endossadores anteriores daquele que o transferiu, estará imune às investidas do subscritor ou emissor do título, salvo diante das defesas com base em nulidade interna ou externa do título, ou em direito pessoal do emissor.

Pela teoria da criação não importa que o seu criador tenha sido injustamente desapossado, passando a circular o título contra a sua vontade; logo, a partir do momento em que a pessoa após a sua assinatura no título formalmente perfeito, mesmo que dele tenha sido desapossado contra a sua vontade, esse título pode circular regularmente, a menos que o endossatário esteja de má-fé.

Esta disposição já se encontrava no art. 1.506 do Código Civil de 1916, cuja fonte foi o § 794 do BGB (Código Civil alemão), com base na teoria de Kuntze, Siegel e Bonelli.

O referido § do Código Civil alemão tem a seguinte redação:

*“O emissor de um título ao portador se acha obrigado ainda que se lhe foi roubado, se lhe foi extraviado, ou, de que qualquer modo foi posto em circulação contra a sua vontade”.*

O criador fica ligado ao título com a sua assinatura e obrigado para com o credor eventual e indeterminado, em considerando tratar-se de declaração unilateral de vontade ao se obrigar o criador do título. A obrigação nasce com o aparecimento desse futuro detentor.

Para Kuntze, com a concepção do escrito, nasce o título e com a entrada em circulação do título nasce a obrigação.

Segundo Pontes de Miranda (**Tra-****tado de Direito Cambiário, v. 1º**), *loc. cit.*, por essa teoria adotada pelo Código Civil alemão, em mãos do subscritor o título já é um valor patrimonial, prestes a se tornar fonte de direito de crédito.

A vontade do devedor já não importa para o efeito obrigacional, completa Pontes, pois o título é o que o produz e que cria a dívida. A única condição que se impõe é a posse pelo primeiro portador, qualquer que seja ele.

Essa teoria foi aceita pelo art. 1.506 do Código Civil de 1916 e pelo novo Código, no art. 905, parágrafo único.

##### **Art. 906**

As exceções suscetíveis de ser opostas pelo devedor ao portador são as fundadas em direito pessoal ou em nulidade do título.

##### **Art. 907**

Diz o texto do art. 907 que, ao menos que tenha sido autorizado por lei especial, é nulo o título de crédito ao portador. A redação encontra a sua matriz no art. 1.511 do Código Civil de 1916. Convém chamar a atenção para o dispositivo do art. 1º da Lei nº 8.021 de 12 de abril de 1990, pelo qual é “vedado o pagamento ou resgate de qualquer título ou aplicação, bem como dos seus rendimentos ou ganhos, a beneficiário não identificado”.

Ora, a referida lei proibiu por completo a emissão de qualquer título ao portador, daí a necessidade de se saber a respeito da revogação da referida lei, atento ao fato de se tratar de norma ligada à política do Governo, visando a impedir a expansão do crédito.

No início da República, já havia lei proibitiva de emissões de títulos dessa natureza e, há alguns anos editaram-se leis com exigência de registro de letras de câmbio e notas promissórias, posteriormente revogadas.

A conclusão, na interpretação do art. 907 é que:

a) só poderão ser criados títulos de crédito mediante lei especial;

b) a vedação de criação de títulos ao portador por força do disposto no art. 1º da Lei nº 8.021/ 90, a nosso ver, continua em vigor, em razão de política governamental.

### **Art. 908**

A disposição é polêmica, por se tratar de questão dependente de prova, tanto assim que o título dilacerado pode, por muitos, ser considerado inutilizado, tanto assim que os bancos normalmente não aceitam cheques com rasuras ou pequenas irregularidades no seu texto, como erros de data e outras quebras do aspecto formal do cheque. Muito pior será a existência de dilaceração de um título.

De qualquer forma o dispositivo merece melhor exame na sua aplicação. No artigo seguinte será examinado o caso do art. 912 do Código de Processo Civil, em menção de destruição parcial de documento.

### **Art. 907 – Código de Processo Civil**

O art. 907 trata de assunto ligado à ação de anulação, de recuperação de título ao portador, quando o proprietário perder ou extraviar título, ou for injustamente desapossado dele.

A origem da ação referida encontra-se no art. 36 do Decreto nº 2.044/1908, de redação mais ampla e adequada à hipótese, que a adotada no Código Civil de 2002.

Porém a lei em vigor é o Código de Processo Civil nos seus artigos 907 a 913, sobre os quais nos pronunciaremos de forma sucinta.

O art. 907 da lei processual cuida de casos de perda ou de injusto desapossamento do título.

Os pedidos são:

a) a reivindicação (petitória, ação real do título contra quem o detiver);

b) a anulação e a substituição por outro título.

Se se tratar de destruição total pode o autor da ação de rito comum, ordinário ou sumário, fazer citar o devedor para *reconfeccionar* novo título. Caso o título esteja em mãos de terceiro o autor pedirá o seu desapossamento e conseqüente devolução ao autor da ação.

Segundo lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Junior, **Código de Processo Civil Comentado**, 5º ed. R.T. p. 1282, entende-se por injusto desapossamento aquele “que decorre de abuso de confiança ou de apropriação indébita. O injusto desapossamento não precisa ser comprovado se a alegação do autor é de extravio ou perda do título. As cédulas de papel moeda equiparam-se a títulos da dívida pública (RF 253/325).

Na hipótese de reivindicação de nota promissória, aduzem os ilustres autores (*loc.cit.*), exigem prova segura, pelo devedor, de ter sido entregue em confiança, e não se tratasse de entrega em quitação, como seria de se presumir (JTA Civ. SP 49/52 e RJCPC, I, 75). Os mesmos autores ainda lembram que o autor não pode se servir da ação para desconstituir relação jurídica de direito material, pelo CPC, 907, II, em que o réu é o detentor do título.

No caso do art. 907, II do C.P.C., segundo o disposto no art. 908 do mesmo diploma legal, apresentada a petição inicial com os requisitos do seu *caput* e citados o detentor e por edital os terceiros interessados para contestarem o pedido, os obrigados cambiais devem também ser cientificados do pedido. O pedido inicial deve requerer a intimação do devedor para depositar em juízo o capital, juros ou dividendos vencidos ou vincendos; intimada, outrossim, a Bolsa de Valores para conhecimento de seus membros - as sociedades corretoras - a fim de não negociarem os valores mobiliários.

Pede-se, também, na inicial que se intime o devedor a não pagar ao detentor até que se resolva a ação de reivindicação ou de anulação, em trâmite.

Depois da intimação, completam os autores referidos (local citado), reputa-se de má-fé o pagamento feito e inválida a quitação (art. 935 C.C.1916), ainda que o título tenha sido entregue ao devedor (art. 945).

Ainda segundo os referidos autores (p. 1283), cabe ao autor, a fim de evitar insegurança no mercado de valores mobiliários ou no mercado financeiro, comprovar, de início, pré-constituir a prova de perda, extravio ou desapossamento do título. Não justificados a perda, o extravio ou o furto do título, o juiz julgará o autor carecedor de ação (TR 649/83).

Conseqüência do julgamento final: o juiz declarará caduco o título reclamado e ordenará ao devedor que lavre outro em substituição dentro do prazo que a sentença lhe assinar (art. 911 C.P.C.).

Esse artigo 911 é incompleto, pois não abrange a ação de reivindicação prevista no art. 907, I, quando determinar que a propriedade do título seja transferida de volta ao autor retirando-a do réu.

É possível que o réu se negue a confeccionar novo título, e, nesse caso, admitimos a possibilidade de o juiz proferir sentença com força executiva, substitutiva do título, valendo a decisão como se fora o próprio título, à semelhança do procedimento dos art. 639/641 do Código de Processo Civil.

#### **CASO DE DESTRUIÇÃO PARCIAL**

O art. 912 do Código de Processo Civil determina que o portador, exibindo o que restar do título, pedirá a citação do devedor para em dez dias, substituí-lo ou contestar a ação.

O parágrafo único estatui que, em não havendo contestação, o juiz proferirá desde logo a sentença ou mandará seguir o rito ordinário. Observam os autores citados que “se estes vestígios não

existirem, o credor não tem como atender a exigência da lei, de exigir os *restos reconhecíveis* do título, na linha do pensamento do ilustre Professor Adroaldo Fabrício, *Coment. n° 239*, p. 274 e de Mercato, *Proced. Esp. n° 93*.

No art. 909, aplica-se aqui a teoria da emissão do título prevista no art. 1.509 do Código Civil de 1916 que trata de injusto desapossamento do título, de sua perda ou extravio.

#### **Art. 909 - Parágrafo Único**

Este artigo admite a possibilidade de o pagamento efetuado pelo devedor ao possuidor do título antes da ciência da ação por aquele exonerá-lo, exceto se ele teve ciência do fato, naquela ocasião.

#### **TÍTULO À ORDEM**

O título à ordem é aquele que se transfere mediante endosso, previsto no art. 11 da Lei Uniforme de Genebra.

#### **Art. 910**

O endosso deve ser lançado no verso do título, em branco ou em preto. No primeiro caso, o título transfere-se por tradição; no segundo, consta o nome do endossatário, o verdadeiro beneficiário do título à ordem.

#### **ENDOSSO A MAIS DE UMA PESSOA**

No entendimento de Whitaker, quanto ao endosso a duas pessoas conjunta ou alternadamente, aquele que legitimamente possuir a letra de câmbio é o credor da obrigação, autorizado a cobrar o título. Segundo anota Waldírio Bulgarelli (*Títulos de Crédito*, 18<sup>a</sup> ed. Atlas 2001), o mestre Carvalho de Mendonça negava a possibilidade de o endosso ser apostado no anverso do título, tese superada segundo o magistério de Pontes de Miranda e João Eunápio Borges *op. cit. n° 80*, p.75 desde que figure expressamente tratar-se de endosso, na face do título; nesse caso, admite a maioria dos autores a existência de endosso apostado na face da cambial.

A nosso ver, na dúvida, prevalece a tese de que o endosso deve ser apostado

no verso. A dúvida reside em se saber qual a posição do endosso em branco inserido no anverso, por se ignorar a data de sua aposição e da possibilidade de ser confundido com o aval pelo devedor principal.

Quanto ao endosso apostado fora do título, em nosso entender, pode sê-lo no alongamento ou anexo, representado por uma folha colada no título, porém temos dúvida sobre a validade do endosso dado em escritura pública, como aceita o nobre Professor Bulgarelli (op. cit. p. 173, nº 3.4.2).

O Código Civil, no art. 910, admitiu o endosso lançado no anverso, mas não explicou em que condições pode ser inserido.

Em nossa interpretação, poderá sê-lo nas condições acima referidas.

#### **Parágrafo Primeiro do art. 910**

Esse parágrafo cuida do endosso em preto, tanto no verso quanto no anverso do título transmitido à ordem.

O endosso em branco, quando não se menciona o nome do endossatário, como se viu, o título é transmitido ao portador.

Há certa confusão na menção à parte final desse parágrafo, quando o legislador refere-se a “e para a validade do endosso dado no verso do título é suficiente a simples assinatura do endossante”, podendo parecer que somente o endosso em branco apostado no verso do título tem validade.

Essa confusão advém da permissão do endosso na face do título.

#### **Parágrafo Segundo do art. 910**

A transmissão do título faz-se mediante dois atos: o endosso, representado pelo aspecto obrigacional sucedido pela transferência da sua posse – aspecto real, representado pela transmissão física da cártula; logo, o endosso do título sem a transferência da posse da cambial não produz eficácia real em relação a terceiros, simplesmente porque esse título é insuscetível de ser objeto de cobrança ou de execução sem a res-

pectiva cártula, exceto nos títulos escriturais, nos quais não existe um documento no sentido usado no direito cambiário tradicional, na forma da Convenção de Genebra, em que a transmissão verifica-se por meio de registro, como no caso das ações nominativas da sociedade anônima.

Anota José Maria Whitaker que o endossatário sucede ao endossante na propriedade do título, mas não na relação jurídica pela qual o endossatário o adquiriu; adquire um valor e não somente um direito a um valor. Em conseqüência, a incapacidade do endossante não terá o efeito de interromper a cadeia de endossos.

#### **Parágrafo Terceiro**

O endosso cancelado considera-se não escrito, norma inscrita no art. 16 da Lei Uniforme de Genebra; a redação do texto deste parágrafo na parte em que diz que se considera não escrito o endosso cancelado “total ou parcialmente” pode suscitar dúvidas, uma vez que se torna difícil aproveitar-se um endosso parcialmente riscado.

#### **PACTO DE NON PETENDO**

Segundo o magistério de Whitaker (op. cit. p. 273), o credor que concedeu prazo a um dos coobrigados, ou mesmo se lhe prometeu nunca o acionar (**pactum de non petendo**), não terá prejudicado, com isso, o direito contra os coobrigados posteriores, nem o destes contra o devedor, quando exerçam o direito de regresso. Qualquer uma destas convenções tem caráter pessoal e não real atingindo com isso, apenas, aqueles que diretamente as estabeleçam. Se o credor recusar o pagamento que lhe for oferecido por um dos coobrigados não poderá mais exigí-lo de um dos coobrigados posteriores, porque tê-lo-ia privado injustificadamente de uma oportunidade de se liberar definitivamente da própria obrigação (cf. Bonelli, op. cit. nº 288).

#### **Art. 911**

A série ininterrupta de endossos do título assegura ao último endossatário

o direito de considerá-lo o seu legítimo credor.

Pelo magistério de Bulgarelli (p. 175, nota 51), do endosso não resulta somente a transferência da propriedade do título, mas, também, a garantia da realização pontual da prestação cambiária e, por força da garantia o endossador assume em face dos endossatários ulteriores a responsabilidade solidária pelo aceite (na letra de câmbio) e pelo pagamento da cambial.

Quanto à solidariedade, não se trata da inserida no Código Civil, pois, nesta, a prestação pode ser exigida por quotas, os credores não têm entre si relações de débito e crédito, a nulidade decretada em favor de um dos devedores aproveita aos outros, ainda que não a tivessem alegado.

No endosso da cambial, ao contrário, a prestação é indivisível, os credores são devedores uns dos outros, na ordem da sucessão dos endossos, e a anulação de qualquer das declarações cambiais, de nenhum modo afeta a validade ou eficácia de qualquer das outras. Mostra o ilustre autor que, na cambial há tantas obrigações de garantia quantos com o único traço comum de se referirem todas ao mesmo objeto. Daí a obrigação de o endossador garantir “a realidade-*veritas* - do título como a realização do valor. *Bonitas* - que ele representa. (Whitaker, nº 75, p. 121-122). Se o último endosso for em branco, a regra aplicável é a mesma, com a diferença de se tratar de um título transferível por tradição, cujo beneficiário é desconhecido.

#### **Parágrafo único do art. 911**

A regra tem o significado de exigir que o beneficiário do título, ou seja, o último endossatário, deva verificar a regularidade da série de endossos, no sentido de se identificar sobretudo o nome dos endossatários em preto, mas não a autenticidade das assinaturas.

Admitamos que Francisco endosse o título a Carlos, e que, em seguida apareça a assinatura de Mario, nesse caso quebrou-se a série ininterrupta de en-

dossos, pois o endossatário deveria ser Carlos e não Mario.

No caso dos endossos em branco, a sua circulação se fará por tradição, ignorando-se por quais pessoas circulou esse título.

Após o endosso em branco, pode o título voltar a circular por meio de endosso em preto, mediante identificação do endossatário (art. 913).

Não cabe ao endossatário saber se alguma das assinaturas do endossadores e endossatários e seus avalistas é falsa.

#### **Art. 912**

O endosso não está sujeito à condição, conforme dispõe a segunda parte do art. 12 da Convenção de Genebra, por ser o endosso a transferência incondicionada da cambial.

#### **Parágrafo único do art. 912**

O endosso parcial é nulo, consoante consta do item segundo do art. 12 da Lei Uniforme de Genebra. No que diz respeito ao art. 10 do Decreto Lei nº 413 de 1969 sobre a Cédula de Crédito Industrial, admite o endosso parcial (art. 10 parágrafo 2º c/c art.13) quando houver amortização da dívida.

O Professor Bulgarelli, em nota 50 da p. 174 da obra referida, assinala que, apesar de nulo o endosso parcial, em relação às partes imediatas, prevalece a restrição, “em relação aos endossadores posteriores – não prejudicada a regularidade da série de endossos - aquela restrição, vedada pela lei, mas, não o necessariamente anulatória do endosso, será considerada não escrita, podendo o possuidor exigir a soma cambial de todos os coobrigados, inclusive do signatário daquele endosso parcial”.

A norma a aplicar será a do art. 44, IV, que considera não escrita para os efeitos cambiais, a cláusula excludente ou restritiva da responsabilidade e qualquer outra, beneficiando o devedor ou o credor, além dos limites fixados por esta lei. Assim, não seria nulo o endosso parcial, apenas ineficaz – considerada cambialmente não escri-

ta – a limitação ou parcelamento da soma constante do referido endosso. João Eunápio Borges, op. cit. n.º. 87, p. 77-78. (cf. Vivante, **Trat. Dir Com.**, III, p.281).

#### **Art. 913**

O endosso em preto - aquele em que o endossador insere o nome do endossatário - pode converter-se em endosso em branco, no qual o endossador apenas apõe o seu nome sem mencionar o nome do endossatário, em que a circulação do título se dá por tradição, no caso em que o nome dos seus possuidores são desconhecidos.

Se o portador do título endossado em branco, fizer inserir o nome do endossatário, o título passa a ser endossado em preto, e assim por diante.

#### **Art. 914**

Capitula o art. 15 da Convenção de Genebra que o endossatário, sem cláusula em contrário, é garante, tanto da aceitação da letra, quanto de seu pagamento. Mesma redação tem o art. 21 da Lei n.º 7.357 de 1985.

Ao contrário, o art. 914 do novo Código Civil dispõe que “ressalvada cláusula expressa em contrário constante do endosso não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título”. Deve, a nosso ver, prevalecer a redação da Convenção de Genebra dos arts. 14 e 15, na forma dos comentários anteriores.

#### **Parágrafo Primeiro**

A capitulação deste parágrafo impõe a necessidade da assunção pelo endossatário da responsabilidade pelo pagamento, tornando-se devedor solidário.

A solidariedade decorre da simples oposição da assinatura do endossatário no título.

#### **Parágrafo Segundo do art. 914**

O dispositivo enunciado permite ao endossatário que pagou o título o exercício do direito de regresso contra os endossadores e endossatários anteriores e seus avalistas e, em ação direta contra o devedor principal.

O dispositivo referido no Código Civil omitiu a ação direta contra o devedor principal, ou seja, o aceitante da letra, o sacador da letra não aceitável seja o emitente da nota promissória, e seu avalista, a ele equiparado.

#### **Art. 915**

O dispositivo trata das exceções pessoais, no sentido de que o devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais contra o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, a falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição e à falta de requisito necessário ao exercício da ação.

Vejamos cada uma dessas exceções.

As relações pessoais diretas entre autor e réu são aquelas que dizem respeito aos efeitos das obrigações como o pagamento, a subrogação, a imputação do pagamento, a dação em pagamento, a novação, a compensação, a transação, o compromisso, a confusão e a remissão de dívida (arts. 930 e seguintes do Código Civil de 1916, arts. 334 e ss do novo diploma civil decorrente do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais.

Incluem-se nessas defesas erro, dolo, fraude, violência, causa ilícita nos títulos causais e simulação.

A forma do título e o seu conteúdo literal referem-se à literalidade da cambial, princípio essencial aos títulos de crédito. (cf. José Maria Whitaker, **Letra de Câmbio**, n.º 199, p. 242).

Com respeito à falsidade da própria assinatura compreende a falsidade documental ou ideológica.

O Professor Bulgarelli analisa com muito discernimento o problema da compatibilidade das exceções cambiárias e extracambiárias (op. cit. p. 242), em que o réu pode, desde logo opor "em exceção aquilo que iria fundamentar aquela ação. Isto é, ao ***solve et repete*** o réu retruca vitoriosamente com o dolo ***petis quod mox restiturus es***, isto é, pedes com dolo aquilo que logo terás de restituir" (Eunápio Borges op, cit. n.º 165, p. 129).

No que concerne à falta de requisito necessário ao direito de ação ressalta Bulgarelli (*loc.cit.*) referir-se à legitimação do autor como credor, à falta de posse da cambial, à falta ou nulidade, à prescrição e a outros. Além desses há, ainda, as defesas específicas do processo (coisa julgada, litispendência, falta de capacidade processual e outras dessa natureza.

#### **Art. 916**

As exceções são pessoais entre o credor e o obrigado cambiário contra quem é proposta a ação; aquelas propostas contra outros endossadores ou endossatários ou avalistas precedentes somente poderão ser opostas ao portador do título, quando este tenha agido de má-fé.

A má-fé, na redação do art.17 da Convenção de Genebra, significa a ciência da ação em detrimento do devedor (*“agi sciement au detriment du rebiteur”*), considerado o momento da aquisição do título (art. 17).

Túlio Ascarelli (**Teoria Geral dos Títulos de Crédito**. 2ª ed. 1969, p. 293/294) alinha várias defesas do réu.

**Comptes Rendus**, 1.133. A conclusão final da Convenção foi no sentido de que o portador deve, não só ter conhecimento das exceções como ter agido coincidentemente em detrimento do devedor, suscetível de incidir na aplicação da regra **“exceptio doli generalis** a ser apreciada por cada Tribunal.

#### **Art. 917**

O endosso-mandato ou procuração é aquele em que o endossador outorga poderes ao mandatário para praticar atos relativos ao direito cambiário, inerentes ao título.

Por força do parágrafo 1º do mesmo artigo, ao mandatário só é permitido o substabelecimento ou o reendosso do título dentro dos limites previstos no mandato.

#### **Parágrafo 2º do art. 917**

Pelo parágrafo 2º a morte ou a incapacidade superveniente do mandante

não invalida o mandato, nem lhe retira a eficácia.

#### **Parágrafo 3º do art. 917**

As exceções opostas pelo devedor ao mandatário ficam restritas às que tiver contra o endossador, dentro, naturalmente, dos poderes outorgados pelo mandante.

#### **Art. 918 e parágrafo 1º**

No caso do endosso-penhor ou endosso pignoratício, o credor somente pode endossar o título na qualidade de procurador, pelo simples fato de não se tratar de endosso pleno, mas de constituição de uma garantia real, como ocorre com o penhor. (art.19 da Lei Uniforme de Genebra).

#### **Parágrafo 2º do art. 918**

Como o endosso pignoratício, o título é dado em caução, dele não há transferência da propriedade, sendo vedado ao devedor opor ao credor, exceções que tinha contra o endossador, dele devedor, exceto se tiver este agido de má-fé .

Na capitulação do art. 798 do Código Civil de 1916, inseriu-se o vocábulo “caução” explicado por Clóvis Beviláqua por ser o mais adequado do que o penhor, por expressar melhor a idéia de que não há transferência de posse, visto tratar-se de crédito de bem incorpóreo.

Aduz Maria Helena Diniz (**Código Civil Anotado**, 4. ed. aum., Saraiva, 1998, p. 610):

*“O objeto da caução de título de crédito é o próprio título em que se documenta o direito.*

*O direito de crédito materializa-se ao incorporar-se no documento, sendo, portanto, seu objeto o documento representativo do crédito (coisa corpórea) e não os respectivos direitos (coisa incorpórea).”*

No novo Código Civil, a redação do art. 1.458 prevê o penhor de título de crédito, mediante instrumento público ou particular ou endosso pignoratício, com a tradição do título ao credor.

No que tange à letra de câmbio e à

nota promissória, o meio próprio é o endosso penhor, previsto no art. 918 do novo diploma legal.

No cheque as coisas se passam de maneira diferente, por não preverem o Decreto nº 2.591 de 1912, a Convenção de Genebra para cheques e a própria Lei nº 7.357 de 1985 o endosso pignoratício do cheque.

Na doutrina, Lorenzo Mossa, citado em nossa obra **Obrigações e Contratos na Falência** (Renovar, 1997, p. 92), já excluía o endosso penhor no cheque.

No Código de Comércio de 1850, no art. 277, admite-se o penhor de títulos de crédito.

A Lei Uniforme de Genebra para Cheques não previu o endosso penhor, situação explicada nas **Comptes Rendus** (p. 98), transcrita no mesmo trecho de nossa obra.

Por essa razão, tanto o texto da Lei Uniforme quanto a Lei nº 7.357 de 1985 não admitem essa forma de endosso.

Quanto ao instituto do penhor de cambial, a nosso ver, é perfeitamente admissível no texto do novo Código Civil, no art. 1.458, além do endosso penhor inserido no art. 918.

Assim entendido, na linha do nosso pensamento a respeito dessa garantia, admitimos a possibilidade de a letra de câmbio e a nota promissória serem endossadas por meio de endosso penhor.

Ao mesmo tempo, de acordo com o capitulado no art. 1.458 do novo Código Civil, não temos dúvida em aceitar o penhor de cambial, de forma diversa do endosso penhor, mediante instrumento extracartular válido, na forma prevista no nosso parecer acima referido, ao passo que, no cheque, é inadmissível o endosso penhor, como se viu acima.

#### **Art. 919**

A disposição do art. 919 não atendeu para os arts. 11, al. 2ª e 15, al. 2ª da Convenção de Genebra, nos quais se estabeleceu, respectivamente, a cláusula “não à ordem” e a cláusula “proibitiva de endosso”. Na primeira, aposta pelo sacador da letra de câmbio

ou pelo emitente da nota promissória, tem a eficácia de cessão ordinária de créditos e a segunda, aposta no curso da cambial, pelo endossador, proibitiva de novo endosso, também com efeito de cessão de crédito, cuja consequência é o fato de não garantir o pagamento às pessoas a quem a letra for posteriormente endossada. Em outras palavras, ambas as cláusulas dão ao endosso a conotação de cessão de crédito regida pelo art. 1.065 e seguintes do Código Civil de 1916 e pelo art. 286 a 298 do novo diploma civil.

No caso de nota promissória **pro solvendo**, ou seja, impropriamente chamada de vinculada a um contrato ou sirva de garantia a uma obrigação, duas consequências podem resultar:

1º) na cobrança da nota promissória tem o devedor a faculdade de invocar as exceções da causa contra o credor, tomando-se como exemplo, na compra de um imóvel, a emissão de certo número de promissórias vinculadas ao negócio jurídico.

Entre essas exceções na cobrança das cambiais pelo credor, existe a aposta pelo devedor - comprador-emitente das cambiais: a **exceptio non adimpleti contractus**, ligada ao descumprimento das obrigações na construção do prédio.

Essa exceção tem cabimento e pode impedir a execução dos títulos pelo construtor, ao cobrar os títulos **pro solvendo** ao devedor, caso fique provado que o construtor deixou a obra inacabada. Nesse caso, se o credor-construtor da obra tiver endossado a promissória **pro solvendo** a terceiro, *v.g.*, a um banco, e este promover a execução do título contra o devedor do título, este não poderá exercer a exceção da causa que dispunha contra o construtor, por serem elas de natureza pessoal, pelo princípio da inoponibilidade das exceções pessoais.

Em duas hipóteses é possível a apresentação dessa exceção que o devedor tinha contra a construtora:

1º) quando a promissória **pro solvendo** contenha a **cláusula não à ordem** do art. 11, alínea 2ª da Convenção de



Genebra, aposta pelo emitente da promissória, pela qual o título já nasce não endossável e a sua transferência tem a eficácia de cessão de crédito;

2º) quando a nota promissória **pro solvendo** contenha **cláusula proibitiva de endosso**, aposta no curso da promissória, pelo endossador, proibitiva de endosso, também com efeito de cessão de crédito, cuja consequência é o fato de não garantir o pagamento às pessoas a quem a promissória for posteriormente endossada.

Em outras palavras, ambas as cláusulas dão ao endosso a conotação de cessão de crédito, regida pelo art. 1.065 e seguintes do Código Civil de 1916 e arts. 286 a 298 do novo diploma civil.

O resultado final é que, por ser a promissória **pro solvendo** vinculada a um contrato, no caso, o contrato de construção do prédio de apartamentos, o comprador-devedor do título pode alegar as exceções da causa contra o banco-endossatário exequente do título com efeito de cessão de crédito, por se comunicarem a este as exceções que o devedor tinha contra o construtor-credor, por força das cláusulas referidas nos arts. 11, al. 2ª e 15, al. 2º da Lei Uniforme, pelas quais se comunicam as exceções levantadas contra o construtor e contra o banco endossatário, em decorrência da cessão de crédito, em que o direito é transmitido a título derivado, e não em caráter autônomo.

#### **FORMAS DE TÍTULOS TRANSMISSÍVEIS COM EFICÁCIA DE CESSÃO DE CRÉDITO**

Sobre as formas de títulos transmissíveis com eficácia de cessão de crédito, admitidas por Carvalho de Mendonça (**Trat. Dir. Com.** v. V. parte II, nº 291), podemos arrolar as seguintes:

1º) a dação em pagamento - **datio in solutum** (art. 997 do Código Civil de 1916) em que a transferência importará em cessão de crédito, devendo ser notificada ao cedido, responsabilizando-se o **solvens**, pela existência do crédito transmitido ao tempo da cessão (Maria Helena Diniz, **Código Civil Anotado**, ed. Saraiva, 1998. p. 735).

Dá-se um título em lugar da prestação devida, coisa diversa da avençada (Diniz, op, cit. p. 734); no caso a dação em pagamento tem fim confirmatório e não novatório.

Não há novação na dação em soluto por não haver substituição de dívida, pois o que se substitui é a prestação ("*aliud pro alio-nomen iuris pro pecunia*").

#### **Casos de datio in solutum:**

a) nota promissória *pro solvendo* (impropriamente chamada vinculada a contrato);

b) substituição de duplicata por promissória dada em pagamento;

c) reforma e amortização de título.

Consequências: o transmitente responde pelo valor do título e pela solvabilidade do antecessor (ou antecessores) no título, no endosso.

#### **Caso da datio in solutum de nota promissória em substituição de duplicata**

Em conhecido Acórdão relatado pelo Ministro Nelson Hungria no Recurso Extraordinário nº 14.065-RJ do STF, julgado em 09/07/1951, publicado em 13/09/1951, o douto Relator esclareceu que o caso envolve, segundo Bonelli, dação de cambial em substituição de duplicata, com função de pagamento condicionado que, no entender de Staub, a antiga relação jurídica não se extingue e a ação correspondente permanece em suspenso, para voltar a ser proponível, se a cambial não é resgatada, passando a ação a ser alternativa da relação causal.

Para Cunha Gonçalves “está hoje cabalmente demonstrada a possibilidade da coexistência de duas **causae debendi**, quando o segundo contrato, ou seja, no presente caso de **pacto de cambiando**.

Há a entrega da coisa “para adimplir”.

#### **CESSÃO A TÍTULO ONEROSO**

Ainda segundo a posição de Pontes de Miranda (*loc. cit.*), o cedente garante a existência e a titularidade do crédito no momento em que efetiva a transferên-

cia, isto é, o cedente é obrigado a restituir o que recebeu se o crédito não lhe pertence quando o cedeu (*veritas nominis*) (cf. Orlando Gomes, *loc. cit.*).

Essa garantia pode, de comum acordo, ser dispensada. Ainda nessa hipótese há de responder, segundo Pontes, pelo fato próprio, enquanto nas cessões a título gratuito, diz a lei, só é responsável se tiver agido de má-fé (art. 1.073, *in fine*, do Código Civil de 1916).

A segunda garantia é a solvência do devedor, pois, para assumir essa responsabilidade é necessário que se tenha obrigado expressamente para garantir a **bonitas nominis**.

Em princípio, não responde o cedente pela solvência do devedor (art. 1.074 do Código Civil de 1916); o cessionário assume esse risco.

#### **Modalidades de cessão de crédito**

Duas são as modalidades de cessão de crédito:

A primeira é a **cessio pro soluto** em que o cedente garante apenas a **veritas nominis** isto é a existência do crédito sem responder, entretanto, pela solvência do devedor (**bonitas nominis**).

Há cessão de direito, aplicando-se o disposto no art. 997 do Código Civil de 1916.

#### **Conseqüências:**

a) o crédito extingue-se imediatamente, pois o credor concordou em receber o crédito em lugar do pagamento;

b) o cedente não responde pela solvabilidade do que lhe transmitiu o título (**bonitas nominis**), isto é, o cedente responde perante o credor cessionário pela existência do crédito ainda que expressamente não o haja declarado (art. 1.073, 1ª parte do diploma de 1916), mas não pela insolvência ou falência do devedor cedido, salvo estipulação em contrário;

c) podem ser opostas ao cessionário as exceções pessoais contra o cedente.

Casos:

- 1) endosso tardio;
- 2) venda de título de crédito;

3) quando em pacto adjeto assim se estipula;

4) quando o endosatário de título endossado por endosso-penhor for à falência, o endossador pode pagar o título à massa, mediante a sua devolução.

Não o fazendo, o síndico o acionará, podendo vender o título em leilão.

Nota: a massa falida não responde pela solvência dos coobrigados no título. Os devedores devem ter ciência da venda (art. 279 do Código Comercial).

5) letra não a ordem (art. 11, al. 2º e proibição de novo endosso (art. 15, al. 2º da Lei Uniforme de Genebra).

A segunda é a **cessio pro solvendo** em que o cedente garante a **bonitas nominis**, ou seja, obriga-se a pagar, se o **debitor cessis** for insolvente; também é possível uma cessão em que o cedente se responsabilize pelo pagamento, caso o devedor não o efetue.

Segundo essa figura o cedente não responde por mais do que recebeu do cessionário, com os juros respectivos.

Deve responder, outrossim, ao reembolso ao cessionário pelas despesas com a cessão e à cobrança da dívida.

Essa garantia contra o risco de insolvência do devedor cessa se a realização do crédito não se der, em consequência da negligência do devedor em iniciar ou prosseguir na execução e a responsabilidade do cedente não pode ser agravada ainda que se dê a sua aquiescência, pois do contrário perderia sentido de garantia (cf. Orlando Gomes op. cit ps. 242/243). Na transferência do crédito por força de lei o credor originário não responde pela realidade da dívida, nem pela solvência do devedor ( Art. 1.076 do diploma civil de 1916).

Diz Pontes que a mesma regra do art. 1.073 aplica-se à dação de cheque com endosso ou pela tradição, se ao portador.

Observe-se que, no que concerne ao cheque de valor acima de R\$ 100,00 é vedada a emissão ao portador.

No caso, extingue-se o título se o credor aceitou recebê-lo em lugar do pagamento, ficando bem claro que a

dação de cheque tem o caráter de dação em soluto e não cessão em soluto, e muito menos a **cessio solvendi causa**.

Esta ocorre no caso de cláusula expressa de assunção de dívida *solvendi causa*.

Se houve cessão, o devedor cedente é responsável ao credor pela existência do crédito ao tempo da cessão, ainda que não haja responsabilidade por isso (art. 1.073, 1ª parte), porém não pela solvência do devedor cedido, salvo estipulação em contrário (1.074).

Quando o cheque é dado com firma alheia, é caso de dação em soluto.

### **Cessio solvendi causa**

É a transferência do título de cobrança (para cobrar); quando alguém cede o crédito ao credor para que cobre e fique, a título de pagamento, com o que foi cobrado. (**Trat. Dir. Cambiário**, IV, 1955, p. 205)

A extinção da dívida só se dá quando se recebe a quantia e na medida em que foi recebido, assumido pelo credor o dever de diligência no cobrar. A entrega de cambial pelo devedor é assunção de dívida (art. 299 do novo Código Civil), em lugar do pagamento e não da dação em pagamento, salvo cláusula expressa.

É uma forma de cessão de direitos com a peculiaridade de a dívida somente se extinguir quando se recebe o seu valor na medida em que for recebido.

Cede-se o crédito para que seja cobrado e fique a título de pagamento com o que for cobrado. Conseqüências: a) há mandato ínsito na transferência do título; b) ocorre quando a cessão envolve pagamento de parte do título.

### **Art. 920**

O endosso posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anterior.

Para o Decreto nº 2.044, art. 8º parágrafo 2º, o endosso posterior ao vencimento tem os mesmos efeitos da cessão de crédito, redação idêntica à da Lei Uniforme de Genebra, na primeira parte.

Nos termos do disposto no mesmo art. 20 da Lei Uniforme de Genebra, o endos-

so posterior ao protesto por falta de pagamento, ou tirado após o prazo para se efetuar o protesto, produz os mesmos efeitos da cessão de crédito.

### **LETRA REFORMADA OU AMORTIZADA**

Letra reformada é aquela que substitui outra de igual montante ou de valor inferior, com idênticas assinaturas, sem que tenha sido pagamento total do numerário.

Tudo se passa como se efetivamente o devedor pagasse a primeira letra, obrigando-se em seguida ao pagamento de prestação cambiária idêntica. Não há novação.

São os seguintes os casos de letra reformada:

a) reconstituição de título perdido ou destruído;

b) para diferir pagamento da obrigação constante da letra renovada com a letra nova amortizou-se a antiga.

c) A relação subjacente é a mesma, a qual não se extinguiu.

d) Se ainda circula a letra antiga, quando renovada, se o portador da letra antiga perdeu o direito de regresso que esta lhe conferia, não pode invocar a subsistência da obrigação cambiária da letra nova, se estranho à operação da reforma. Há continuação da dívida antiga. (Pontes de Miranda, op. cit. ed. Bookseller, ed. 2000, p.157).

### **TÍTULOS DE FAVOR**

As letras de câmbio têm como causa econômica o crédito, logo, a causa será sempre o crédito aberto ou concedido.

Para Carvalho de Mendonça, as letras de favor não têm classificação jurídica, pois o favor consiste no negócio cambial. Na verdade, o favor consiste na inexistência da **causa debendi**.

Ora, todos os títulos de crédito devem ter causa, com a diferença de que, nos títulos abstratos, a causa não é levada em consideração, ao passo que nos títulos causais elas podem e devem ser consideradas.

Os títulos de favor, muitas vezes, envolvem casos de fraude, quando um

comerciante, interessado em conseguir crédito, pede que outro lhe dê uma garantia, ao emitir nota promissória ou avalizando títulos de crédito. No direito falimentar, o abuso de responsabilidade de mero favor constitui crime falimentar (art. 186, IV do Decreto Lei nº 7.661/45); a nosso ver, o delito pode ocorrer na emissão de um título fraudulento, tanto no caso do saque de duplicata fria, quanto na emissão reiterada desses títulos.

#### **TÍTULO NOMINATIVO**

##### **Art. 921**

O título nominativo é o emitido em nome de determinada pessoa e, que, a par disso, a transferência se opera por meio do registro no livro próprio da entidade emissora e só se completa após esse registro.

A circulação do título nominativo não se faz pelo endosso como nos títulos à ordem, nem pela tradição, nos títulos ao portador.

Segundo a mais moderna doutrina, consideram-se nominativos os títulos escriturais, cuja transferência verifica-se mediante registro na entidade emissora.

No que concerne às ações nominativas, elas são valores mobiliários, segundo dispõe o art. 2º da Lei 6.385 de 1976, e a sua transferência ocorre no registro do livro de ações nominativas da sociedade anônima.

As ações escriturais criadas pelo art. 34 da Lei nº 6.404/76, também consideradas valores mobiliários, despidas de certificado (cártula), têm a sua propriedade comprovada através do lançamento efetuado pela instituição depositária em seus livros, a débito da conta de ações do alienante e a crédito da conta de ações do adquirente, à vista da ordem escrita do alienante, ou de autorização ou de ordem judicial, em documento hábil que ficará em poder da instituição ou pela exibição do extrato de conta do depósito das ações escriturais (parágrafo 2º do mesmo artigo).

Os títulos nominativos são verdadeiros títulos de crédito, em virtude da orientação imprimida por Vivante (**Riv.**

**di Diritto Commerciale**, v. XI, 1913, p. 437) e aceita com argumentos definitivos por Tulio Ascarelli.

##### **Art. 922**

O art. 922, exige que, no registro do emitente do título nominativo, seja este assinado pelo proprietário e pelo adquirente do título.

##### **Art. 923**

O dispositivo introduziu o título nominativo endossável, inovação contida no elenco dos títulos de crédito, com alteração da sistemática reinante na legislação sobre esses títulos, designadamente na Lei Uniforme de Genebra.

Restringiu o artigo à hipótese de endosso em preto, no qual figura o nome do endossatário.

##### **Parágrafo Primeiro**

Nos termos do capitulado no art. 13 da Lei Uniforme de Genebra, no título à ordem, a validade do endosso em branco exige apenas a assinatura do endossador, ao passo que no endosso em preto é necessária a menção do nome do endossatário.

No título nominativo, o endosso só produz eficácia perante o emitente depois de feita a averbação no registro próprio.

Admite, ainda, o § 1º do art. 923, a possibilidade de o emitente exigir do endossatário a comprovação da autenticidade da assinatura do endossante.

##### **Parágrafo Segundo**

O § 2º do mesmo artigo impõe uma série de exigências que dificultam sobretudo a circulação do título, em que o endossatário, para lograr a averbação no registro do emitente deve obter: a) a prova da autenticidade das assinaturas de todos os endossantes; b) que o endossatário esteja legitimado por uma série regular e ininterrupta de endossos.

##### **Parágrafo Terceiro**

O § 3º do mesmo artigo permite ao adquirente do título cujo original contenha o nome do primitivo proprietário, o

direito de obter novo título em seu nome, com a exigência de que conste novo registro do emitente nome do primitivo proprietário.

O problema ligado aos títulos nominativos endossáveis apresenta similaridade com as ações nominativas endossáveis, cuja história, segundo o magistério do Professor Modesto Carvalhosa, nos **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, ed. 1997, Sarai-va, p. 168, adveio em nossa legislação do Decreto nº 434 de 1891.

O Decreto Lei nº 2.627 de 1940 aboliu esse tipo de ações, porque, segundo Trajano Miranda Valverde “elas nunca tiveram aceitação entre nós” (**Sociedade por Ações**, v.1, p.173)

A Lei nº 6.404 de 1976 manteve as ações endossáveis, depois abolidas pela Lei nº 8.021 de 1990, a qual alterou o art. 20 da primeira.

Por esta Lei a titularidade das ações endossáveis exigia: a) o endosso e a posse da ação; b) a averbação do nome do acionista no Livro de Registro de Ações Endossáveis e no próprio título.

Daí ter Carvalhosa, na p. 169 assinalado que a simples posse da ação endossada não bastava para legitimá-la em nome do endossatário, pela necessidade atribuir legitimidade ao titular do certificado, a fim de exercer os respectivos direitos perante a sociedade, ou seja: “esta só reconhece como titular dos direitos legais e estatutários do sócio aquele cujo nome estivesse inscrito no livro próprio”.

Ocorre, dessa forma, uma inversão de ordem: não era somente a posse do título mediante endosso regular que conferia legitimação ao possuidor.

A legitimidade dependia também da inscrição nos livros da sociedade, somente daí decorrendo a qualidade do acionista.

A inscrição vale como declaração constitutiva dos direitos de sócio. O endosso somente produzia efeito entre as partes (alienante e adquirente) e não, perante a companhia.

Os direitos reais ou quaisquer ou-

tros ônus que gravassem as ações, deveriam ser averbados, não só nos livros próprios da companhia, mas também nos certificados (art. 39 e 40).

Daí se conclui, pela lição do ilustre comercialista que a introdução das ações endossáveis não encontrou ressonância nos meios jurídicos, em face do entrave causado pela exigência do registro no livro próprio.

O mesmo entrave aconteceu na lei italiana, cujo art. 2.023 do Código Civil exigiu para a transferência da ação, não só o endosso, como o citado registro. Tal faculdade, aduz Carvalhosa, “no entanto, não logra tornar a ação nominativa um título à ordem: continua sendo nominativo, porque a eficácia da cessão perante a companhia e terceiros não só se produz com a tradição do título endossado, mas com o registro no livro próprio” (Brunetti, ci. v. 2, p. 137 e Messineo, **I Titolo di Credito**, cit. nº 395) (p. 170 da obra de Carvalhosa).

Com os títulos nominativos endossáveis previstos no novo Código Civil, **mutatis mutandis** passa-se o mesmo, ou seja, em virtude das dificuldades criadas com a sua circulação, difícil será a aceitação deles nos meios empresariais.

Finalmente, consoante lição contida na obra **Novo Código Civil Comentado**, coordenação de Ricardo Fiúza, ed. Sarai-va, 2002, p. 815, a emissão e a negociação dos títulos nominativos estarão restritas aos empresários e às sociedades empresariais no regime do novo Código Civil.

No que se refere ao § 3º deste artigo, não vê o Dr. Antonio Mercado Junior motivo para a emissão de novo título em nome do adquirente, pois o título original terá sempre o nome do proprietário (Of. Cit. p.132).

#### **Art. 924**

Os títulos nominativos e endossáveis não são aceitos na legislação sobre títulos de crédito em geral e, muito menos a sua transformação em títulos à ordem e ao portador, com as características previstas no novo diploma legal.

### **Art. 925**

De uma leitura do dispositivo poder-se-ia chegar à conclusão de que o endosso dos títulos nominativos endossáveis não tornaria o endossador (em preto) solidariamente responsável pela dívida constante do título, por força de sua desoneração, consoante se depreende da leitura do art. 925.

O problema envolve o fato de se saber se o endosso em tais títulos vincula ou não o endossante, ao contrário do que consta da regra contida no art.15, alínea primeira da Convenção de Genebra.

### **Art. 926**

Este dispositivo está de acordo com os artigos 921 e 922, pela exigência de registro da transferência do título nominativo no registro próprio, como acontece com as ações nominativas, em que a validade e eficácia da transferência de uma ação depende do registro no livro de ações nominativas (art. 31 da Lei nº 6.404/76).

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O capítulo referente aos títulos de crédito no texto do novo Código Civil contém várias imperfeições, já analisadas pelos Drs. Professores Rubens Requião e Fábio Konder Comparato, infelizmente não acolhidas pela Comissão do Congresso Nacional que examinou a matéria.

Em nosso entender, achamos melhor que o Congresso Nacional aguardas-

se, pelo menos, um ano para melhor reexaminar a redação do novo diploma civil, a fim de suprir as notórias deficiências nele encontradas, designadamente na parte referente ao Direito Comercial.

De qualquer forma, cumpre-nos fixar algumas regras na interpretação do texto em exame:

1º) No conflito entre uma norma contida em lei extravagante e o novo Código Civil, nos termos do disposto no art. 903 deste deve prevalecer a primeira;

2º) Continuam em vigor os dispositivos referentes aos títulos de crédito, tratados neste capítulo. Assim, a Lei Uniforme de Genebra, a Lei Cambiária de 1908, a legislação sobre títulos cambiariformes, sobre as cédulas de crédito, de conhecimento de depósito e **warrant**, sobre letra de câmbio imobiliária e cédula de crédito imobiliário e, em resumo, toda a legislação referente aos títulos de crédito.

3º) Nos casos de conflito de leis no tempo e no espaço, tendo em vista o fato de a nova legislação não dispor de Lei de Introdução, teremos de enfrentar sérios problemas em Direito Comercial; contudo, no que concerne aos títulos de crédito, cabe aplicar-se a Lei Uniforme de Genebra, referente ao Direito Internacional Privado, nas Convenções sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória e sobre os cheques, convenção, a nosso ver, não foi revogada, por força do disposto no art. 63 da Lei nº 7.357 de 1985. ☐

# A Sociedade Limitada no Código Civil (Uma Visão Panorâmica)

**LUIZ ALBERTO COLONNA ROSMAN**

*Professor de Direito Societário da Escola de Direito da FGV. Advogado.*

**Regime Jurídico Atual** - A lei básica que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada é o Decreto nº 3.708, de 1919, que, com apenas 18 artigos, não lhe dá uma estrutura própria e completa. Trata-se de tipo societário misto -- sociedade de pessoas ou de capital, conforme o perfil que, em cada caso, lhe der o respectivo contrato social - regulado por normas do Código Comercial de 1850 quanto à sua constituição (arts. 300 a 302), algumas normas do próprio Decreto nº 3.708 e a previsão, em seu dispositivo final (art. 18), de que para os casos omissos no contrato social, utilizar-se-á, no que for aplicável, a lei das sociedades por ações.

O propósito do Projeto do novo Código Civil foi o de dar uma estrutura própria às limitadas, como tem na legislação de outros países. É o que declara a Exposição de Motivos (de 1975) do Prof. Miguel Reale (Supervisor da Comissão Revisor e Elaboradora do Código Civil): "*25.(d) - Minucioso tratamento dispensado à sociedade limitada, destinada a desempenhar função cada vez mais relevante no setor empresarial, sobretudo em virtude de transformações por que vêm passando as sociedades anônimas, a ponto de requererem estas a edição de lei especial, por sua direta vinculação com a política financeira do País. Nessa linha de idéia, foi revista a matéria, prevendo-se a constituição de entidades de maior porte do que as atualmente existentes, facultando-se-lhes a constituição de órgãos complementares de administração, como o Conselho Fiscal, com responsabilidades expressas, sendo fixados com mais amplitude os poderes da assembléia de sócios.*"

**Nota Característica das Limitadas** - Já há dezenas de anos que as sociedades comerciais têm adotado a forma de

companhias ou de limitadas. Esta preferência deve-se, primordialmente, à limitação da responsabilidade dos sócios quanto às dívidas da sociedade. Nas sociedades limitadas a regra (art. 1.052) é a de que "a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social" -- ou seja, nas relações internas da sociedade o sócio responde apenas pelo valor das quotas do capital social que subscrever; mas, nas suas relações externas, enquanto o capital social não estiver totalmente integralizado, todos os sócios respondem solidariamente, perante terceiros, pelo valor que faltar para essa integralização.

Em termos da responsabilidade dos sócios, pode-se fazer uma comparação entre as limitadas e outros tipos societários, começando pelas sociedades anônimas, nas quais o acionista também tem uma limitação de responsabilidade, mas nelas o acionista é responsável exclusivamente pela obrigação de integralizar as ações que subscrever -- não respondendo pela eventual inadimplência dos outros acionistas. Nas sociedades em comandita por ações, os acionistas que forem diretores respondem subsidiária, mas ilimitada e solidariamente, pelas obrigações da sociedade (art. 1.091).

A diferença específica das limitadas para os demais tipos de sociedades regulados no Código Civil é que neles há pelo menos um sócio que responde solidariamente -- e em alguns casos ilimitadamente -- pelas dívidas sociais. Assim, nas sociedades em nome coletivo, todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas dívidas sociais (art. 1.039). Nas em comandita simples,

os sócios comanditados também respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, e os comanditários obrigam-se apenas pelo valor de suas quotas (art. 1.045). Nas sociedades simples, introduzidas no nosso sistema jurídico pelo novo Código Civil, a responsabilidade dos sócios é subsidiária (art. 1.024) e na proporção de que participem das perdas, salvo cláusula de responsabilidade solidária (art. 1.023). Abro aqui um parêntese para ressaltar que a participação nos lucros e perdas não é proporcional necessariamente à participação no capital social, porque o contrato social pode prever o rateio dos lucros e das perdas, entre os sócios, desproporcionalmente à participação de cada um no capital social. Um ponto interessante, e que às vezes passa despercebido, é que essa é a regra geral de responsabilidade do sócio na sociedade simples (que já constava do atual Código relativamente às sociedades civis), mas a lei admite que o contrato social estabeleça que os sócios não respondam pelas dívidas sociais (art. 997, VIII); mas é preciso cláusula expressa neste sentido: se o contrato for omisso, aplica-se o princípio geral de que os sócios respondem subsidiariamente pelas dívidas, caso o patrimônio da sociedade não seja suficiente para solvê-las.

**Normas Supletivas** - O artigo 1.053 dispõe que a sociedade limitada rege-se, nas omissões do Capítulo do Código Civil em que está regulada, pelas normas da sociedade simples, admitindo, no seu parágrafo único, que "o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima". Esse parágrafo único não constava do projeto original, tendo sido introduzido por emenda, no Congresso. Na forma desse artigo caberá ao contrato social definir qual o regime legal supletivo que será aplicado a cada sociedade limitada em particular: se o contrato nada dispuser a respeito, aplicam-se subsidiariamente as regras das sociedades simples; para que a regência supletiva se dê pelas regras da

lei das sociedades anônimas, é preciso dispositivo expresso no contrato social.

Há um Projeto de Lei de Emenda ao Código Civil que propõe modificar a redação deste artigo prevendo que, nas omissões do Capítulo que trata das sociedades limitadas, serão aplicadas supletivamente apenas as normas das sociedades anônimas -- e não mais as das sociedades simples. A justificativa da emenda é a seguinte: *"Art. 1.053: A proposta pretende corrigir aparente contradição no art. 1053 que previa, simultaneamente, a regência supletiva das sociedades limitadas pelas normas das sociedades simples e das sociedades anônimas. É bem mais adequado que as omissões no regramento das limitadas sejam supridas pela lei das sociedades anônimas do que pelas regras da sociedade simples, não só pela maior afinidade entre limitadas e anônimas, como pelo fato de ser esta a tradição do direito brasileiro"*.

**Constituição** - A sociedade se constitui mediante contrato escrito, instrumento particular ou público, que, além das cláusulas estipuladas pelas partes, deve conter obrigatoriamente as seguintes determinações (art. 1.054 c/c 997): I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou denominação social, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II - firma ou denominação social, objeto, sede e prazo da sociedade; III - capital social, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária (nas limitadas não é admitida a contribuição para o capital social em serviços, como o é nas sociedades simples -- art. 997, V); IV - a quota -- ou número de quotas de igual valor -- de cada sócio no capital social e modo de realizá-la; V - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, seus poderes e atribuições; VI - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas, valendo lembrar que, assim como já admitia o Código Comercial (art. 330), o contrato social pode estabelecer regra de distribuição de lucros (e participação nas perdas) desproporcional ao



percentual de cada sócio no capital social -- vedada apenas a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas (art. 1.008).

É importante salientar que a palavra "limitada" não deve ser omitida ao final da denominação social da sociedade limitada, sob pena de daí resultar "a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim utilizarem a firma ou a denominação da sociedade" (art. 1.158, § 3º).

Um outro dispositivo relevante é o parágrafo único do artigo 997, que dispõe o seguinte: "É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato". Chamo a atenção para isso porque na prática comercial de constituição de sociedades limitadas mais sofisticadas é comum, muitas vezes, fazerem-se acordos de quotistas -- por simetria ao que ocorre nas sociedades anônimas (em que há acordos de acionistas, que lá têm um tratamento específico, no artigo 118, e seus parágrafos, da Lei nº 6.404/76). Há discussão na doutrina sobre se é válido ou não o acordo de quotistas -- sendo em maior número as opiniões no sentido de sua validade. O que é importante, e gostaria de frisar aqui, é que qualquer que seja o conteúdo das cláusulas desse acordo de quotistas, para que se pretenda que elas tenham validade perante terceiros, para se ter segurança quanto à exequibilidade de suas disposições relativamente a terceiros, é essencial que tais disposições sejam, tanto quanto possível, inseridas no próprio contrato social.

**Capital Social e Quotas** - A lei brasileira não estabelece valor mínimo ou máximo para o capital social ou para o valor da quota, nem um número máximo de sócios admitidos em função do tipo societário escolhido, como ocorre na legislação de alguns países. Considero boa essa política porque não vejo muito sentido em se querer orientar a constituição de sociedades para um tipo ou outro conforme o seu tamanho (por exemplo,

sociedades anônimas para as grandes empresas e sociedades limitadas ou simples para as organizações menores). Para atingir esse objetivo é comum se limitar o valor máximo do capital social de limitadas ou o valor mínimo exigido para a constituição de uma companhia; ou ainda, como na França, que há um tempo atrás somente admitia o máximo de cinquenta sócios nas limitadas. Na Argentina também é assim. Todos esses mecanismos são utilizados para induzir a escolha de um ou outro tipo societário para organizar a associação entre pessoas. No Brasil, diferentemente, o legislador sempre preferiu não limitar arbitrariamente as opções de tipos societários para a organização de associações, como expressamente declarado na Exposição de Motivos com que o projeto de Lei das S.A. foi encaminhado ao Congresso Nacional: "O Projeto não exige capital mínimo na constituição da companhia porque não pretende reservar o modelo para as grandes empresas. Entende que, embora muitas das pequenas companhias existentes no País pudessem ser organizadas como sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, não há interesse em limitar arbitrariamente a utilização da forma de companhia, que oferece maior proteção ao crédito devido à publicidade dos atos societários e das demonstrações financeiras."

**Formação do Capital Social** - O capital social pode ser formado em dinheiro ou em bens, de qualquer natureza, desde que passíveis de avaliação em dinheiro -- vedada a contribuição que consista em prestação de serviços.

Diferentemente da sociedade anônima -- que exige, no artigo 8º da Lei nº 6.404/76, a avaliação dos bens conferidos na formação do capital social, por peritos nomeados pela assembléia geral, os quais, informando os critérios aplicados na avaliação, devem confirmar que o valor do bem, com o qual o acionista pretende integralizar as ações subscritas, vale ao menos o montante atribuído pelo acionista -- no caso das limita-

das não há exigência legal de avaliação dos bens por terceiros, mas a lei determina a responsabilidade solidária de todos os sócios, pelo prazo de cinco anos, pela "exata estimação dos bens conferidos" (art. 1.055 e §§ 1º e 2º). Essa regra está em linha com a de responsabilidade solidária dos sócios pela integralização do capital social, na medida em que se o capital fosse integralizado com bens por valor acima do econômico, o capital não estaria de fato totalmente integralizado, pelo menos na parcela equivalente ao valor da sobreavaliação dos bens conferidos. O art. 1.005, na mesma linha das regras constantes da Lei das S.A. (art. 10), estabelece a responsabilidade do subscritor pelos bens conferidos nos seguintes termos: (a) na contribuição em bens para formação do capital social, a responsabilidade do subscritor é igual à do vendedor (respondendo pela evicção); (b) quando a entrada consistir em crédito, o subscritor responderá pela solvência do devedor;

**Divisão do Capital em Quotas** - O *caput* do artigo 1.055 diz que "o capital divide-se em quotas iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio". Essa nova redação tem um interesse histórico, porque põe fim a uma divergência que havia entre a letra do Decreto 3.708 e o que era adotado na prática comercial. O Decreto-lei 3.708 dizia que "para todos os efeitos são havidas como quotas distintas a quota primitiva de um sócio e as que posteriormente adquirir". Isso dava a idéia de que na constituição da sociedade cada sócio tinha apenas uma quota, que podia ser de valor diferente da de outro sócio. Por exemplo, um sócio tinha uma quota correspondente a 30% do capital, outro tinha uma quota correspondente a 25%, outro X% até formar os 100%. A prática que se adotou, por simetria com o que funciona nas sociedades anônimas, foi a de dividir o capital social em quotas de valores iguais, tendo cada sócio um número de quotas correspondente ao seu percentual de participação no capital. A

redação do novo Código Civil resolve esse "problema legislativo", porque essa exigência de quota única não era aplicada na prática, e as Juntas Comerciais sempre registraram os contratos sociais com o capital social dividido em quotas de igual valor nominal.

#### **Quotas Preferenciais e Quotas sem Valor Nominal**

- Um tema interessante, em que o Código Civil se omitiu, é sobre a possibilidade de a sociedade limitada ter seu capital social representado por quotas ordinárias e quotas preferenciais, com ou sem direito de voto, e, ainda, não terem as quotas (ordinárias ou preferenciais) valor nominal. Sou da opinião de que, embora não previsto no Código, nada há que impeça o contrato social de estipular que o capital será dividido em quotas de duas espécies, inclusive porque sendo a Lei das Sociedades Anônimas aplicável supletivamente às limitadas (sempre que o respectivo contrato social assim o estabelecer), pode-se entender que o sistema que rege as limitadas admite, indiretamente e como regulado na Lei nº 6.404/76, as quotas preferenciais - com ou sem voto -- e as quotas sem valor nominal. Nada obstante o Decreto nº 3.708 também ser omissivo a esse respeito, há diversas sociedades cujos contratos sociais dispõem sobre a divisão do capital social em quotas ordinárias e preferenciais, sem direito de voto, atribuindo-se às quotas preferenciais prioridade ou vantagem na distribuição dos lucros ou no reembolso de capital, em caso de dissolução da sociedade. Considero as quotas preferenciais sem voto um instrumento muito útil na composição de diferentes interesses que podem existir na organização de uma sociedade, ainda mais agora que o novo Código Civil (como vamos ver mais à frente) estabelece, para uma série de deliberações, um quorum de votação muito apertado. Em muitas *joint ventures* que se organizem sob a forma de uma sociedade por quotas, a única solução possível para contemplar e atender todos os interesses será, muitas vezes, a criação de quotas preferenciais que se

atribuirão a algum sócio, ou a pelo menos parte do seu investimento, com direito a uma vantagem patrimonial em contrapartida da retirada do direito de voto.

Vale salientar que na Lei das S.A. o voto não é um direito essencial do acionista/sócio: o artigo 109 lista os direitos essenciais -- que são, basicamente, os direitos de participar dos lucros; do acervo social, em caso de liquidação; se retirar da companhia nos casos previstos em lei; fiscalizar a gestão dos negócios; preferência na subscrição de ações -- entre os quais não se inclui o de voto, admitindo expressamente o artigo 110 que as ações preferenciais sejam criadas sem o direito de voto.

As quotas sem valor nominal são menos usuais na prática porque, até onde estou informado, não são aceitas por Juntas Comerciais de alguns Estados. Trata-se, todavia -- tal qual as ações sem valor nominal -- de um instrumento extremamente útil, cuja necessidade nem sempre é compreendida. Imagine-se a seguinte situação: uma sociedade criada há vários anos que tem uma atividade lucrativa e madura sendo por ela desenvolvida, e cujo valor patrimonial, constante do balanço, não reflete o valor de mercado de seus ativos e o potencial de rentabilidade que o negócio da sociedade tem. Vamos supor que (a) a sociedade tenha um capital social de R\$ 100.000,00, dividido em 100.000 quotas de R\$ 1,00 cada uma, (b) um patrimônio líquido (capital social mais reservas) de R\$ 200.000,00 e (c) um valor econômico, com base na perspectiva de rentabilidade futura, de R\$ 500.000,00. Caso a sociedade esteja precisando de dinheiro e os antigos sócios se disponham a admitir um novo sócio que subscreva um aumento de capital que lhe assegure 20% da sociedade, seria necessária a criação de novas 25.000 quotas que deveriam ser subscritas por R\$ 100.000,00, isto é 20% do valor econômico (R\$ 500.000,00) da sociedade. Se se tratasse de uma sociedade anônima, com ações sem valor nominal, a solução ju-

rídica seria muito simples: bastaria fixar o preço de emissão das 25.000 ações em R\$ 100.000,00 inteiramente destinados ao capital social. No caso, pelo fato das ações terem valor nominal de R\$ 1,00, o preço de emissão (também de R\$ 100.000,00) seria assim dividido: uma parte (R\$ 25.000,00), correspondente ao valor nominal das novas ações emitidas, seria destinada ao capital social, e a diferença (R\$ 75.000,00), isto é, o ágio, contabilizada como reserva de capital. Isso está regulado na Lei das S.A. com bastante detalhe, tanto no caso de ações com valor nominal, como no caso de ações sem valor nominal.

Não há qualquer razão substancial que impeça que se adote a mesma solução para as sociedades limitadas. Entretanto, se prevalecer o entendimento, equivocado em minha opinião, de que não se admitem quotas sem valor nominal, a situação descrita no exemplo dado somente poderia ser resolvida segundo as soluções antes mencionadas, ou seja, com a criação de novas quotas cujo preço de subscrição seria destinado, parte -- correspondente ao valor nominal das quotas -- para capital social e a diferença, correspondente ao ágio, registrada como reserva de capital. A primeira solução -- de todo valor contribuído pelo subscritor destinar-se ao capital social -- somente é viável se admitidas as quotas sem valor nominal. O problema que surge, na prática -- e que virtualmente inviabiliza a adoção da primeira solução -- é de natureza fiscal, uma vez que a administração do imposto de renda, numa interpretação literal e equivocada do artigo 38 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (que adaptou a legislação do imposto de renda à nova Lei das S.A., de 1976), entende que a norma só se aplica às sociedades anônimas ou companhias, não se estendendo às pessoas jurídicas organizadas sob outros tipos societários. Diz o referido art. 38, e seu inciso I, que "não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia

receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de ..... ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinada à formação de reservas de capital". Dando interpretação literal a este dispositivo, os fiscais do imposto de renda passaram a cobrar imposto das sociedades limitadas que tivessem seu capital social aumentado com ágio -- o que acabou por inviabilizar a adoção desta solução simples em face dos riscos fiscais.

**Cessão de Quotas** - No Decreto nº 3.708 não há qualquer dispositivo sobre a matéria, sendo todavia comum a estipulação de cláusulas nos contratos sociais subordinando a cessão de quota a terceiros à aprovação da maioria dos sócios -- com o que se veda o ingresso de estranhos na sociedade que possam criar qualquer embaraço no funcionamento das atividades sociais -- ou, ainda, estabelecendo o direito de preferência dos demais quotistas no caso de qualquer um deles desejar ceder suas quotas a terceiros. O princípio geral é o de que as restrições à transferência de quotas a terceiros são legítimas desde que não impliquem na sua inaccessibilidade.

No Código Comercial, havia a regra do art. 334 dispondo que "a nenhum sócio é lícito ceder a um terceiro que não seja sócio, a parte que tiver na sociedade, nem fazer-se substituir no exercício das funções que nela exercer sem expresso consentimento de todos os outros sócios; pena de nulidade do contrato ...". No novo Código Civil, o direito de preferência continua a requerer, para sua instituição, cláusula específica no contrato social; entretanto, a cessão de quotas a não-sócios requer -- a menos que haja dispositivo expresso em sentido contrário no contrato social -- que não haja oposição de sócios que representem mais de 25% do capital -- não sendo mais exigida concordância de "todos os outros sócios", como previsto no Código Comercial. Esta regra consta do artigo 1.057: "Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente,

a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social."

A cessão de quotas somente tem efeitos perante a sociedade e terceiros -- inclusive para liberar o cedente da obrigação solidária de integralizar eventual parcela faltante do capital social -- a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes (art. 1.057, parágrafo único). Vale ainda ressaltar que, conforme estatui o art. 1.003, parágrafo único, o cedente responde solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelo prazo de dois anos depois de averbada a modificação do contrato, pelas obrigações que tinha como sócio.

**Penhora de Quotas** - Não há no capítulo que regula as sociedades limitadas qualquer dispositivo específico sobre a matéria, de sorte que continuará válida a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na linha dos acórdãos relatados pelo Ministro Sálvio de Figueiredo, que tem predominado -- pelo menos até onde tenho acompanhado a matéria -- depois de grandes discussões e calorosos debates. Hoje em dia o entendimento predominante é o que admite a penhora das quotas, com respeito às limitações à transferência de quotas estabelecidas no contrato social. Se o contrato social não admitir a livre transferência de quotas, um terceiro não poderá se tornar sócio (ou melhor dizendo, adquirir a posição de sócio, ou estado de sócio, como refere a melhor doutrina) em razão da aquisição de quotas penhoradas, mas nada impede a aquisição dos direitos patrimoniais (não os políticos, como o de votar) inerentes às quotas, seja o de participar nos lucros, quando distribuídos, ou do acervo social que lhe compete em caso de dissolução da sociedade. Vários julgados admitem que o adquirente de quota penhorada possa requerer a dissolução parcial da sociedade como meio de receber a parcela que lhe cabe do patrimônio líquido.

Embora, como já referido, não haja qualquer dispositivo sobre este tema no Capítulo relativo às limitadas, há o artigo 1.026, cuja norma, mesmo situando-se no Capítulo das sociedades simples, seria aplicável às sociedades por quotas (mesmo na hipótese de vir a ser aprovada a emenda que estabeleça a regulação supletiva das sociedades limitadas apenas pela lei das sociedades anônimas). Esse artigo 1.026 estabelece o seguinte: "O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor" (essa é uma limitação legal para aplicação da norma) "fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação". E o seu parágrafo único dispõe que: "Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação". Esse dispositivo vem ao encontro do entendimento adotado pela jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, como antes referido, no sentido de que a penhora de quotas é admissível e se materializa através da garantia ao credor do direito à participação nos lucros distribuídos e o de requerer o pagamento de sua parte no acervo líquido, resolvendo-se a sociedade em relação a ele.

**Administração da Limitada** - A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas, designadas no contrato social ou em ato separado. Se a designação do administrador for em ato separado, é preciso que tal ato seja averbado no registro público das empresas mercantis, ou junta comercial, de maneira que seja dado conhecimento a terceiros, tal como já ocorre hoje no Decreto nº 3.708, através da chamada delegação dos poderes de gerência. A lei também admite que sejam nomeados administradores não-sócios e, nesse caso, a sua designação depende da aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integraliza-

do; e, depois de integralizado, de ao menos 2/3 dos sócios. A investidura no cargo de administrador, sócio ou não, designado em ato separado, dá-se mediante assinatura de termo de posse no livro de atas da administração, devendo esse termo ser firmado em até 30 dias após a designação, sob pena de torná-la sem efeito.

Tal qual nas sociedades anônimas, os administradores de limitadas, mesmo os sócios nomeados no contrato social, são demissíveis a qualquer tempo, por decisão tomada pela maioria exigida em lei ou, se maior, a que for prevista no contrato social. Além de por demissão, o exercício do cargo de administrador também se encerra pelo término do prazo fixado em sua nomeação, se não houver recondução. A redação do Código a esse respeito pode criar um certo embaraço, se entendida literalmente, na hipótese em que haja a nomeação de um administrador com o prazo de mandato de até, digamos, o dia 31 de dezembro de 2002. Chegou-se ao dia 1 de janeiro de 2003 e não houve a nomeação de um novo administrador, nem a recondução do antigo. Se aplicado o art. 1.063 em sua literalidade, daria margem a uma interpretação de que a sociedade ficaria sem administrador, sem representação. Aplica-se, aí, por uma questão de bom senso, mas também por regência supletiva da Lei das S.A., a norma do § 4º do art. 150 da Lei nº 6.404 que estabelece que o prazo de gestão do administrador se estende até a investidura dos novos administradores eleitos.

A forma pela qual a sociedade se obriga, isto é, a sua representação, deve vir regulada no contrato social, sendo privativa dos administradores que, agindo isoladamente ou em conjunto, possuam os poderes necessários. É o contrato social que define se o administrador pode agir isoladamente, ou se deve ter a assinatura de dois administradores, ou, ainda, se a prática de determinado ato depende ou não de prévia autorização da maioria dos sócios.

**Conselho de Administração e Conselho Fiscal** - Embora regule o conselho fiscal, a que vou me referir logo em seguida, o código é omissivo quanto à possibilidade de criação do Conselho de Administração. Existem várias sociedades limitadas, com a estrutura administrativa um pouco mais sofisticada, cujo contrato social regula a criação e o funcionamento de um Conselho de Administração. Isto já era válido antes e continuará válido na vigência do novo Código. Para tanto, bastará que o contrato social preveja e regule seu funcionamento, aplicando-se supletivamente as regras que a esse respeito existem na Lei das S.A..

O Conselho de Administração atua como se fosse uma mini-asmbléia, podendo ser composto por quotistas e/ou seus representantes. Trata-se de órgão colegiado com capacidade para se reunir e tomar decisões -- que não se queira deixar ao arbítrio dos administradores executivos -- muito mais flexível e ágil do que uma assembléia ou reunião de quotistas.

O artigo 1.066 dispõe que o contrato social pode instituir um Conselho Fiscal, que terá no mínimo três membros titulares e suplentes, todos residentes no Brasil, sócios ou não, eleitos pela Assembléia anual de sócios. A lei estabelece uma série de requisitos e impedimentos para as pessoas que podem integrar o Conselho Fiscal. Isso está regulado no § 1º do artigo 1.066, que dispõe: "Não podem fazer parte do conselho fiscal, além dos inelegíveis enumerados no § 1º do art. 1.011, os membros dos demais órgãos da sociedade ou de outra por ela controlada, os empregados de quaisquer delas ou dos respectivos administradores, o cônjuge ou parente destes até o terceiro grau". O artigo 1.011, § 1º, por sua vez, determina que "Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular,

contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação". Este é um requisito geral para qualquer administrador.

Também como previsto na Lei das S.A., é assegurado aos quotistas minoritários que representem ao menos um quinto do capital social (nas S.A. o percentual é menor), o direito de eleger em separado um membro titular e respectivo suplente para o Conselho Fiscal. Nas suas atribuições legais -- além de outras que lhes possam ser cometidas pelo contrato social -- os conselheiros fiscais têm poderes para - agindo individual ou conjuntamente - examinar, ao menos trimestralmente, os livros da sociedade, os documentos e o estado da caixa, podendo exigir dos administradores todas as informações pertinentes. Devem lavrar num livro próprio - trata-se do Livro de Atas do Conselho Fiscal - o resultado dos exames a que procederem, cumprindo-lhes apresentar à assembléia de sócios seu parecer sobre as contas sociais, os negócios e as operações do exercício em que servirem. Compete também ao Conselho Fiscal denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrir, sugerindo providências úteis à sociedade, convocar a assembléia dos sócios nos casos de omissão da Diretoria e exercer suas funções durante o período de liquidação da sociedade.

É importante chamar a atenção para a norma do artigo 1.021, que assegura a qualquer sócio o direito de examinar os livros sociais. Mesmo que não haja Conselho Fiscal -- que, como órgão institucionalizado, tem a função de fiscalizar a administração e zelar para que o contrato social e a lei sejam cumpridos -- os sócios, individualmente, também têm poderes para fiscalizar os livros, o estado do caixa da sociedade e seus negócios, como previsto na regra legal, *in verbis*: "Salvo estipulação que determine época própria, o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e

documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade". O contrato social pode, não impedir ou restringir o exercício deste direito, mas apenas regular as épocas em que a fiscalização pelo sócio pode ser efetivada; o que é bastante razoável uma vez que há de se convir que se for admitido que os sócios, em qualquer dia, a qualquer hora, possam solicitar papéis e informações sobre os negócios da sociedade e suas contas, daí podem resultar sérios embaraços à administração.

**Responsabilidade dos Administradores** - Os administradores -- inclusive os conselheiros fiscais e de administração, quando em funcionamento tais órgãos -- "respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções" (art. 1.016 c/c 1.070). Vale ressaltar que a responsabilidade, em caráter solidário, é de natureza subjetiva e aplica-se apenas aos administradores que tiverem atuado com culpa ou dolo. Com uma dicção um pouco diferente, é o mesmo princípio que consta da Lei das S.A., na qual os administradores não respondem pelas dívidas e obrigações sociais se, agindo dentro de suas atribuições, não ofenderem o estatuto social ou a lei; todavia, se agirem com culpa ou dolo, serão responsáveis mesmo que pratiquem atos dentro de suas atribuições ou poderes. O padrão de conduta do administrador, tradicional na legislação societária e reiterado no art. 1.011 do Código Civil, é o de que ele deve atuar com o "cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios".

**Deliberações dos Sócios** - O princípio geral, que está no artigo 1.010, inserido no capítulo que regula as sociedades simples, mas também aplicável às sociedades limitadas, é o de que as deliberações são tomadas por maioria de votos, simples ou qualificada, conforme previsto na lei ou no contrato social, contados os votos segundo o valor das quotas de cada sócio. O Decreto nº 3.708

não submetia a deliberação de qualquer matéria a maioria qualificada. Assim, o entendimento que acabou prevalecendo foi o de que se o contrato social nada dispusesse sobre o quorum de deliberações, toda e qualquer decisão poderia ser tomada por maioria simples dos sócios, ressalvada a transformação do tipo societário, de limitada em outro qualquer, cuja aprovação somente poderia ser efetivada por decisão unânime dos sócios (ou por maioria, caso o contrato social expressamente o admitisse). Esta regra consta do art. 221 da Lei das S.A. -- parte do Capítulo XVIII, intitulado "Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão"-- que, nessa matéria de reorganização societária, é uma lei geral de sociedades, não regendo apenas as sociedades anônimas.

Entretanto, o novo Código Civil regula expressamente a questão, exigindo quorum qualificado para a deliberação de uma série de matérias nas sociedades limitadas, como a seguir sintetizado: (a) unanimidade dos sócios: (i) designação de administrador que não seja sócio, se o capital social não estiver integralizado (art. 1.061); (ii) dissolução da sociedade por prazo determinado (arts. 1.087 c/c 1.044 c/c 1.033, II); (b) 3/4 do capital social: (i) modificação do contrato social; (ii) incorporação, fusão, cisão (embora omissa o Código), dissolução da sociedade, ou cessação do estado de liquidação (art. 1.076, I) (vale destacar que, quanto à dissolução de sociedades por prazo determinado ou indeterminado, há uma contradição entre as normas dos incisos II e III do art. 1.033, aplicável às limitadas por força do art. 1.087, e a do inciso I do art. 1.076); (c) 2/3 do capital social: (i) designação de administradores não sócios, se o capital social estiver integralizado (art. 1.061) e (ii) destituição de sócio nomeado administrador no contrato social, salvo disposição contratual diversa (art. 1.063, § 1º); (d) mais da metade do capital social: (i) designação e destituição de administradores, quando feita em ato separado; (ii) fixação de sua remuneração,

quando não estabelecida no contrato (se estiver previsto no contrato, será necessário o quorum de 3/4, uma vez que haverá necessidade de modificação do contrato social) e (iii) pedido de concordata (art. 1.076, II); e (e) maioria de votos dos quotistas presentes, nos demais casos, como aprovação das contas dos administradores e do balanço, podendo o contrato estabelecer quorum mais elevado (art. 1.076, III).

Ainda sobre as deliberações de sócios, vale salientar a norma do art. 1.080 -- cujo princípio já constava do Decreto nº 3.708 -- que dispõe: "As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram". Ou, em outras palavras, a lei considera que as deliberações sociais contrárias ao contrato ou à lei constituem atos ilícitos, e aqueles que os tiverem praticado respondem ilimitadamente pelos prejuízos causados.

#### **Assembleia ou Reunião de Sócios -**

No regime do novo Código Civil, as deliberações de sócios nas sociedades limitadas são tomadas em reunião ou em assembleia de sócios. A deliberação em assembleia (ao invés de reunião) é obrigatória nas sociedades maiores, em que o número de sócios for superior a dez. A lei fixa o modo, o prazo e a competência para a convocação das assembleias ou reuniões de sócios. O modo de convocação previsto na lei é por meio de aviso publicado em jornal de grande circulação e no Diário Oficial, por três vezes, com pelo menos oito dias de antecedência -- tal como regulado na Lei das S.A.. Embora o Código seja omissivo a respeito, entendo que nas sociedades limitadas com reduzido número de sócios (menos de dez) o contrato social pode prever a convocação das reuniões de sócios através de carta, telegrama, fax ou e-mail -- ou qualquer outro meio que possa comprovar o envio e recebimento do aviso de convocação -- como alternativa à sua publicação no Diário Oficial e em jornal de grande circulação. É claro que as formalidades de convocação ficam dispen-

sadas se todos os sócios se declararem, por escrito, cientes da hora e do dia em que a assembleia ou reunião vai se realizar (art. 1.072, § 2º). A instalação da reunião ou assembleia exige a presença de sócios representando três quartos do capital, em primeira convocação; e com qualquer número, em segunda convocação (art. 1.074). A principal diferença entre assembleia e reunião de sócios é o maior formalismo das assembleias, como previsto no art. 1.075, que regula aspectos como a nomeação de presidente e secretário da assembleia, e a necessidade de lavratura de ata dos trabalhos e deliberações, em livro próprio. Quanto às reuniões de sócios, o § 6º do art. 1.072 (cuja norma é curiosamente repetida no art. 1.079) prevê que, nos casos omissos no contrato social, são aplicáveis as regras sobre a assembleia de sócios. As decisões tomadas em assembleias e reuniões validamente convocadas, e realizadas na forma da lei, vinculam todos os sócios, mesmo aqueles que votarem contra ou os que não estiverem presentes.

O direito de voto do quotista deve ser exercido no interesse da sociedade, sendo-lhe vedado, conforme estabelece o artigo 1.074, § 2º, votar, por si ou na condição de mandatário, qualquer matéria que lhe diga respeito diretamente. Há outro dispositivo do Código (o art. 1.010, § 3º) que realiza este mesmo princípio, ao dizer que "responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças ao seu voto". Na mesma linha é a norma do § 2º do art. 1.078, que veda aos administradores votar a aprovação do balanço e de suas próprias contas.

**Direito de Retirada** - O artigo 15 do Decreto nº 3.708 já dispunha sobre o direito do sócio de se retirar da sociedade quando divergisse da alteração contratual. O novo Código Civil regula a matéria no mesmo sentido ao dispor, em seu artigo 1.077, que "quando houver modificação do contrato, fusão da socie-



dade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031". Embora o Código seja omissivo quanto ao recesso na hipótese de cisão, a regra é a mesma.

Quanto ao valor de reembolso, é aplicável, em caso de omissão do contrato social, a regra do artigo 1.031 e seus parágrafos, segundo a qual a determinação do valor da quota do sócio dissidente se fará "com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado", devendo o valor assim apurado ser pago "no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário".

Ainda quanto ao regime do direito de retirada nas limitadas, entendo que, mesmo o Código sendo omissivo a este respeito, será aplicável a regra do art. 137, § 3º, da Lei nº 6.404/76, que faculta "aos órgãos da administração convocar a assembléia-geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço de reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa".

**Assembléia Anual** - A lei prevê que tem que haver pelo menos uma assembléia anual dos sócios, dentro dos quatro primeiros meses do exercício, para tomar as contas dos administradores, aprovar o balanço social e o resultado do exercício, deliberar sobre a distribuição de lucros, designar os administradores quando for o caso, ou tratar de qualquer matéria que seja de interesse social. A aprovação do balanço e do resultado do exercício, sem qualquer ressalva, implica na aprovação tácita das contas dos administradores, a menos que haja erro, dolo ou simulação, conforme determina o § 3º do art. 1.078. O Código prevê um prazo prescricional de dois anos para

anular essa deliberação; e, portanto, passados dois anos da aprovação das contas sem qualquer ressalva, os administradores estão liberados de responsabilidade pela sua gestão naqueles exercícios.

**Aumento e Redução do Capital Social** - Após totalmente integralizado, o capital pode ser aumentado por deliberação dos sócios (art. 1.081). Os quotistas têm direito de preferência na proporção das quotas de que sejam titulares, pelo prazo de trinta dias contados da deliberação (§ 1º). A cessão do direito de preferência é regida pelas mesmas regras que a cessão de quotas, isto é, o direito de subscrever quotas em aumento de capital pode ser cedido livremente para qualquer sócio, mas a sua cessão para terceiros subordina-se à não oposição de quotistas titulares de mais de ¼ do capital social. Subscrito todo o aumento de capital -- por sócios ou por terceiros -- o aumento será efetivado em reunião ou assembléia de sócios, que aprovará a correspondente modificação do contrato social.

O Código, tal qual a Lei das S.A., estabelece diferentes regimes para a efetivação da redução de capital, com a conseqüente modificação do contrato social: (a) no caso de compensação de prejuízos (a expressão do Código é "perdas irreparáveis"), já estando integralizado o capital, a redução se dá mediante a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação da ata da assembléia ou da reunião que a tenha aprovado (art. 1.083); (b) no caso de redução do capital por ser excessivo "ao objeto da sociedade" -- hipótese em que há devolução de parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensa das prestações ainda devidas para integralizar o capital, "com diminuição, em ambos os casos, do valor nominal das quotas" -- a efetivação da redução (e averbação da respectiva deliberação) somente pode ocorrer após o transcurso do prazo de noventa dias -- contados da publicação da ata que aprovar a redução -- desde

que não tenha havido oposição de credores quirografários, por título líquido anterior, ou, havendo impugnação, se for provado o pagamento da dívida ou depósito inicial do respectivo montante (art. 1.084).

**Exclusão de Sócio** - O Código prevê as seguintes hipóteses de exclusão de sócio: (a) judicialmente, por iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou por incapacidade superveniente, conforme previsto no art. 1030; (b) no caso de sócio remisso, cujas quotas não sejam integralizadas no prazo devido, determina o art. 1.058 que "os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas"; ou (c) desde que prevista a exclusão no contrato social por justa causa, podem ser excluídos por decisão da maioria, mediante alteração do contrato social. Os sócios minoritários que praticarem atos de inegável gravidade que ponham em risco a continuidade da empresa (art. 1.085). Essa exclusão por justa causa somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa (parágrafo único).

Esses dispositivos mostram a preocupação do legislador em regular equilibradamente a matéria, em atenção ao princípio constitucional do devido processo legal, como ressaltado pelo Prof. Miguel Reale (em "**As Diretrizes Fundamentais do Projeto de Código Civil**"): *"A propósito desse assunto, para mostrar o cuidado que tivemos em atender à Constituição, lembro que a lei atual sobre sociedades por quotas de responsabilidade limitada permite que se expulse um sócio que esteja causando danos à empresa, bastando para tanto mera decisão majoritária. Fui dos primeiros juristas a exigir que se respeitasse*

*o princípio de justa causa, entendendo que a faculdade de expulsar o sócio nocivo devia estar prevista no contrato, sem o que haveria mero predomínio da maioria. Ora, a Constituição atual declara no art. 5º que ninguém pode ser privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal e sem o devido contraditório. Em razão desses dois princípios constitucionais, mantivemos a possibilidade da eliminação do sócio prejudicial, que esteja causando dano à sociedade, locupletando-se às vezes à custa do patrimônio social, mas lhe asseguramos, por outro lado, o direito de defesa, de maneira que o contraditório se estabeleça no seio da sociedade e depois possa continuar por vias judiciais. Está-se vendo, portanto, a ligação íntima que se procurou estabelecer entre as estruturas constitucionais, de um lado, e aquilo que chamamos de legislação infraconstitucional, na qual o Código Civil se situa como o ordenamento fundamental."*

**Apuração de Haveres e Dissolução Parcial** - Na apuração de haveres, a jurisprudência dominante determina a avaliação dos bens com base em um balanço de determinação por seu valor de mercado, incluindo os intangíveis. Um ponto para o qual gostaria de chamar a atenção é o de que está subjacente nessas decisões o princípio, absolutamente correto, de que não deve haver o enriquecimento da sociedade e dos demais quotistas em detrimento do sócio que está se retirando, devendo pagar-se a ele o valor de seus haveres com base em balanço que reflita efetivamente o valor econômico de sua parte. Entretanto, é preciso levar em conta que também não é razoável transferir para a sociedade e os demais sócios, ao determinar-se o valor de mercado do patrimônio a ser restituído ao sócio que se retira, os riscos da realização em dinheiro de uma sobreavaliação dos ativos tangíveis e intangíveis da sociedade.

A dissolução parcial de sociedade resulta de criação doutrinária e jurisprudencial, como sucedâneo do direito de requerer a dissolução total que, nas sociedades por prazo indeterminado, o Código Comercial assegurava a qual-

quer sócio. Em uma conhecida decisão do Supremo Tribunal Federal, da qual foi Relator o Min. Décio Miranda, o caso em julgamento era o de pedido de dissolução total de uma sociedade por quotas, por prazo indeterminado, havendo o Tribunal -- ponderando os direitos dos demais sócios e da sociedade, aos quais interessava a manutenção e continuidade da empresa, e do autor da ação, ao qual a lei garantia o direito de dissolver a sociedade -- chegando a uma decisão salomônica, através da introdução da figura da dissolução parcial, garantindo assim, ao autor o recebimento (integral) de seus haveres, ou seja, de tudo aquilo a que teria direito caso ocorresse a efetiva dissolução total da sociedade. Para esse fim, o patrimônio da sociedade, inclusive os bens intangíveis, seria avaliado a preços de mercado, e com base no valor assim apurado seria paga a participação do sócio requerente da dissolução. Do ponto de vista teórico-jurídico, a solução é brilhante, porém, na prática, é preciso muito cuidado na sua aplicação. A avaliação do patrimônio de uma sociedade, dependendo dos bens (tangíveis e intangíveis) que formem seu ativo, é, em muitas situações, um problema bastante complicado. A experiência mostra que nas avaliações de empresas e de bens com pouca liquidez, por mais eficientes que sejam os avaliadores, há sempre uma carga de subjetivismo no estabelecimento das premissas e parâmetros adotados; e conforme a variação dessas premissas e parâmetros, o resultado dessa avaliação pode apresentar grandes diferenças. A rigor, quando se trata de bens sem grande liquidez no mercado, toda e qualquer avaliação traz o risco ponderável de o bem, ou conjunto de bens avaliados, não ser realizável, numa venda efetiva, pelo valor avaliado. Assim, ao se pagar ao sócio que se retira o valor de avaliação do patrimônio da sociedade, muitas vezes está-se transferindo para a sociedade (e os demais sócios) o risco de os bens não serem realizáveis em dinheiro segundo aquele valor. No caso de

uma dissolução total e efetiva, esse risco não existe, porque os bens vão ser todos avaliados, vendidos (isto é, transformados em dinheiro), pagos os credores e o que se distribui entre os sócios será o saldo em dinheiro. Em uma dissolução parcial -- hipótese em que a sociedade continua existindo -- ao ser calculado e pago, aos sócios que se retiraram, o valor dos bens segundo uma avaliação, se esta for exagerada o princípio de não enriquecimento dos demais sócios em detrimento do que se retira acaba se invertendo: o sócio que se retira acaba se enriquecendo em detrimento dos sócios que ficam.

Este é um problema muito delicado e que deve merecer uma criteriosa atenção dos julgadores. Deve ser evitado tanto o enriquecimento sem causa dos demais sócios, quanto a transferência para a sociedade dos riscos de realização do valor monetário de bens sobrevalorizados. A este respeito é preciosa a lição de Tulio Ascarelli ("*Valorização do Ativo e Morte do Sócio*", publicado em **Ensaio e Pareceres**, 1952, p. 210): "*As valorizações dos bens sociais -- seja qual fôr sua origem: renda ricardiana, desvalorização monetária, incremento natural e assim por diante -- constituem, enquanto não sejam realizadas à vista da alienação dos bens, apenas esperanças de lucros. Com efeito, podem elas, à luz dos fatos, resultar justas ou erradas; pode o movimento do mercado levar a uma diminuição do valor do bem anteriormente valorizado; poderá a valorização não encontrar correspondência no preço de mercado à vista da dificuldade na venda do bem ou dos prazos que seja mister outorgar quanto ao seu pagamento; podem incidências fiscais diminuir o alcance da valorização ou até absorver esta por completo, devendo-se aliás levar em conta as incidências que possam até se verificar no futuro até que o bem não seja vendido. Lucro e perda não podem com efeito ser, a rigor, avaliados enquanto o bem não tenha sido objeto de uma operação em virtude da qual passe a ser realizado seu valor monetário. Isto justamente porque é a moeda a medida dos valores, resultando portanto, o lucro, do valor do bem*

*em moeda, valor que só uma operação de troca possibilitará verificar com certeza."*

Ainda sobre a questão da dissolução parcial das sociedades limitadas, é importante ressaltar que o fundamento das decisões judiciais que criaram essa figura -- como sucedâneo à dissolução total, que o Código Comercial (art. 335, inciso 5º) garantia a qualquer sócio nas sociedades por prazo indeterminado -- não foi mantido pelo Código Civil: o art. 1.033, III, somente admite a dissolução das sociedades por prazo indeterminado mediante deliberação da maioria absoluta dos sócios -- e não mais "por vontade de um dos sócios". É preciso aguardar a manifestação da doutrina e da jurisprudência sobre este ponto, que certamente passará a ser levantado nas ações de dissolução parcial de sociedades limitadas propostas após a entrada em vigor do novo Código Civil.

**Adaptação das Sociedades Limitadas Existentes às Novas Disposições do Código Civil** - O artigo 2.031 determina que as sociedades constituídas na forma das leis anteriores têm o prazo de um ano para se adaptarem às disposições do Código. Este dispositivo deve ser aplicado com muita cautela, tendo em vista o princípio, que vige no direito brasileiro, de proteção constitucional ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Em outros sistemas jurídicos, não há esta proteção com força de norma constitucional. Trata-se de um delicado problema de direito intertemporal. Embora a matéria não seja pacífica -- e certamente vai suscitar muitas discussões -- sou de opinião de que nas sociedades constituídas anteriormente ao novo Código Civil cujos contratos sociais contenham normas regulando direitos políticos ou patrimoniais de sócios de forma eventualmente divergente das regras da nova lei, prevalecerá o contratado. Terão aplicação imediata, independentemente da adaptação do contrato social às disposições do Código, apenas as suas normas de natureza funcional e de organização da sociedade (como as que regulam o modo e prazo de convocação

de reuniões e assembleias de sócios, procedimentos para aumento e redução de capital, requisitos e formalidades para a nomeação de novos administradores, etc.), preservadas, todavia, as regras contratuais (válidas ao tempo de sua estipulação) que regulem direitos patrimoniais e políticos dos sócios. Os contratos sociais de sociedades constituídas na vigência do Decreto nº 3.708, de 1919, constituem atos jurídicos perfeitos, não podendo os direitos e obrigações das partes neles regulados ser alterados por lei nova. Um caso típico, que certamente ocorrerá com alguma freqüência, será o da validade, ou não, das regras de contratos sociais (firmados anteriormente ao novo Código) que estabeleçam que qualquer deliberação social poderá ser tomada com a aprovação de quotistas que representem a maioria absoluta do capital social (mais de 50% das quotas). Entendo que essas cláusulas continuarão válidas, e não serão afetadas pelas novas regras do artigo 1.076 que, como vimos anteriormente, estabelecem um quorum qualificado (superior a 50% do capital) para deliberação de uma série de matérias.

Como reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito abrange os efeitos futuros de contratos firmados na vigência da lei anterior. Cito, como exemplo, o seguinte trecho da Ementa do acórdão proferido no julgamento da ADIN nº 493: "*Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedentes do STF*".

Termino por aqui e agradeço a boa vontade e a paciência de todos. Muito obrigado. ☺

# Os Alimentos no Novo Código Civil

**FRANCISCO JOSÉ CAHALI**

*Advogado e consultor jurídico. Professor da PUC/SP*

As questões relacionadas a alimentos, em São Paulo, e acredito que em todos os outros Estados, sem dúvida, têm sido as que mais congestionam o Poder Judiciário e as que mais provocam litígios quando falamos em Direito de Família.

Quando se discute uma relação familiar, quer seja a separação do casal, a investigação de paternidade ou mesmo a ação de alimentos independente da existência de um vínculo anterior, como, por exemplo, o casamento dos pais, quase sempre há litígio.

Por que há essa característica?

Porque a ação de alimentos está relacionada, primeiro, a uma prestação econômica exposta às contingências da própria modificação econômica do país. Em segundo, ela é uma prestação de natureza continuada diferente da separação judicial, do divórcio e da dissolução da união estável, por exemplo, os quais se referindo ao vínculo pessoal das partes, são processos que encerram com o trânsito em julgado da sentença. Até mesmo a partilha de bens tem um momento que leva à sua extinção, de acordo com o regime de bens. Ocorre que na questão relacionada aos alimentos, a prestação é de natureza continuada, assim, mesmo que o processo tenha seu fim a obrigação se prolonga por muito tempo e por isso permite sua revisão.

Na maioria das vezes, quando há uma condenação, uma fixação imposta pelo Judiciário contra a vontade das partes, não há uma acomodação dos interesses dos litigantes, porque não houve um acordo no que se refere à fixação do valor dos alimentos. E sempre que há essa imposição judicial teremos duas pessoas descontentes, tanto aquela que recebe a pensão (por acreditar que o va-

lor deveria ser maior), como aquela obrigada pelo pagamento da pensão. E existindo esse descontentamento de ambas, evidentemente, na primeira oportunidade que tiverem, vão querer rever esse valor. É aquela insatisfação que continua e que se renova a cada prestação paga ou recebida, assim, na primeira oportunidade, as partes vão procurar essa revisão judicial da pensão, quer para aumentar quer para reduzir o valor dos alimentos.

Por outro lado, existem estimativas no sentido de que, quando há o acordo entre as partes para a fixação do valor da pensão, a perspectiva de revisão, embora sempre possível, é mais remota uma modificação posterior, pois os envolvidos, afinal, concordaram com a acomodação dos interesses através da composição.

O novo Código Civil, por sua vez, também na matéria dos alimentos, antes de solucionar velhos problemas, traz novas questões e dificuldades a serem enfrentadas. Pretendemos agora analisar exatamente esse novo panorama na seara dos alimentos que pela nossa conclusão, em função do texto apresentado gerará um grande número de novas ações envolvendo a matéria.

De uma maneira geral, o novo Código Civil mantém a obrigação alimentar decorrente do parentesco, decorrente da dissolução do casamento e da dissolução da união estável.

No entanto o novo Código concentra todas essas questões em um único Título e em um único subtítulo (arts. 1.694 e seguintes). Assim, ao codificar o tema dos alimentos o Código trouxe no seu regramento de forma concentrada, tanto as questões relacionadas aos alimentos decorrentes do casamento, como da união estável (cada qual antes com legislação própria, Lei do Divórcio, a Lei

8.971/94 e a Lei 9.278/96), e aquelas decorrentes do parentesco, estas últimas até então tratadas exclusivamente pelo Código Civil, e eventualmente, pela legislação especial de investigação de paternidade.

O novo Código Civil concentrou todas as matérias em um único subtítulo. Com isso, acabou trazendo também uma consequência, qual seja: as regras por ele tratadas valem para todas as espécies de alimentos. O que contraria nossa história legislativa e a tendência doutrinária e jurisprudencial, pois até então tínhamos regras próprias aplicadas em função da origem e da natureza dos alimentos.

Esclarecendo melhor: os alimentos decorrentes do parentesco têm origem em um dever de solidariedade familiar, de caridade familiar; já os alimentos decorrentes da dissolução do vínculo conjugal, pelo sistema antigo, tinham natureza indenizatório-punitiva, além, naturalmente, daquele certo prolongamento do dever de assistência de um cônjuge para com o outro. Esse caráter indenizatório-punitivo estava pautado na responsabilidade pela dissolução do vínculo, ou seja, quando o cônjuge ou o companheiro era declarado culpado, ficava obrigado a prestar ao outro a pensão, sempre de acordo com a necessidade e possibilidade. O cônjuge culpado, sobre outro ângulo, não tinha direito à pensão alimentícia.

Ainda em relação ao cônjuge, havia a obrigação de manter o padrão de vida, quando da dissolução do casamento o que diverge um pouco dos alimentos decorrentes do parentesco.

Esse era o nosso quadro tratado pelo artigo 19 da Lei do Divórcio. Os alimentos decorrentes da dissolução da união estável, por sua vez, também estavam vinculados à discussão sobre a culpa, embora houvesse divergência na doutrina, e não na jurisprudência.

O nosso contexto até o advento do Código de 2002 era esse: a natureza dos alimentos determinava as regras a serem aplicadas. O novo Código Civil trata

a obrigação alimentar de forma única, independente da origem da obrigação, contrariando, inclusive, a tendência anterior traçada pela doutrina e jurisprudência, desapertando daí algumas consequências.

A seu turno, fez o código distinção que até então era *virtual*, existia na doutrina e na prática, mas não no texto normativo: identifica expressamente os alimentos civis (também chamados de alimentos cômputos, os destinados à manutenção do padrão de vida das partes, principalmente quando os alimentos decorrem do casamento, por isso encontramos aquelas pensões milionárias, de quarenta, cinquenta mil reais), e os alimentos naturais (aqueles necessários à subsistência).

Os alimentos naturais têm destino à subsistência do alimentado, mas na sua amplitude, ao se fixar o valor, também se verifica a realidade econômica das partes, para se relevar em certa medida o padrão de vida daquela família. Evita-se, nestas condições, o exagero, mas os alimentos continuam sendo fixados com um certo parâmetro na condição econômica e social dos envolvidos. Computa-se na mensuração, por exemplo, o valor de escola particular, de plano de saúde particular, transporte adequado, alimentação, lazer etc.

O novo Código Civil faz expressamente essa distinção entre os alimentos civis e os naturais e por quê? A doutrina, até então, fazia a distinção tendo em vista a origem da obrigação, mas sem grandes repercussões quando os alimentos são decorrentes do parentesco.

O novo Código Civil faz a distinção pois inova a sistemática ao prever determinadas situações em que os alimentos devidos são exclusivamente aqueles destinados à subsistência, ou seja, os chamados alimentos naturais, e, em outras, os alimentos são devidos na sua total abrangência (alimentos civis). Como adiante com mais vagar se verá, havendo culpa de quem busca os alimentos, estes serão fixados apenas no indispensável à sua subsistência.

De um modo geral, são essas as características principais da pensão alimentícia, de acordo com o novo Código Civil.

Vamos enfrentar agora, separadamente, os alimentos decorrentes do parentesco, da dissolução da sociedade conjugal e, por fim, aqueles oriundos da dissolução da união estável.

Em relação ao parentesco, a primeira novidade não está prevista no capítulo de alimentos, mas na Parte Geral do Código: consiste na redução da maioridade para 18 anos. Esta inovação interfere na obrigação alimentar indiretamente, pois sua repercussão é limitada: enquanto menor, o pai deve alimentos ao filho em decorrência da obrigação de sustento inerente ao poder familiar. Então a necessidade é presumida, até porque se o filho tem patrimônio, este é usufruído pelo pai ou mãe, titulares do usufruto destes bens. O menor não terá a renda direta, ela é auferida pelo seu representante legal. Nessas situações, existente a obrigação de sustento, a necessidade é presumida.

Isso significa que a partir de 21 anos (no passado) ou 18, no novo Código, levar-se-á à extinção da obrigação alimentar? Não.

Hoje (falo principalmente por São Paulo) é tranqüila a jurisprudência no sentido de se prolongar essa obrigação além da maioridade, quando o filho estiver estudando em um curso superior com limite em 24 anos, até porque ao completar sua formação, se daria a oportunidade para esse filho atingir a independência econômica.

Utiliza-se um paralelo à dependência especificada no imposto de renda, ou seja, até 24 anos, limite de idade em que o pai pode deduzir as despesas de instrução com o filho. Excepcionalmente, a idade poderá ser de 25 anos.

Aliás, ao se estabelecer expressamente no novo Código que a pensão deve ser fixada “inclusive para atender às necessidades de sua educação” (art. 1.694), fácil será sustentar a subsistência da obrigação mesmo após alcançada a capacidade civil com 18 anos, quando

destinado o valor para manutenção de filho estudante.

Recentemente, tivemos um caso em que o filho, com 25 anos, estudava Medicina e estava no último ano de residência. O Tribunal manteve o pensionamento excepcionando a orientação de romper a obrigação aos 24 anos, ressaltando, dentre outros argumentos, que, não completando sua formação, o filho estaria comprometendo o próprio curso. Apesar de a residência médica ser remunerada, essa não é suficiente para o término dos estudos.

Neste contexto, como inicialmente referido, a obrigação de prestar alimentos ao filho não se encerrará automaticamente aos 18 anos (nova maioridade civil), salvo se tiver alguma previsão expressa em um acordo anterior e devidamente homologado pelo Juiz, e sem prejuízo, nesta hipótese, de vir o filho a buscar a pensão embora com base no parentesco, e não mais na obrigação de sustento.

Aí surge uma dúvida: se a composição firmada em juízo pelas partes fala que a obrigação se encerra com 21 anos ou com a maioridade, independente de cursar ou não a faculdade, agora, com o novo Código, haverá ou não a extinção da pensão aos 18 anos?

Se, o acordo, fala em 21 anos, deve-se aguardar este evento como termo da obrigação; porém, se fala maioridade, temos que refletir cautelosamente se o pensionamento encerraria agora, com 18 anos, até mesmo para aqueles com 20 anos, por exemplo, recebendo regularmente a pensão em janeiro de 2003.

No meu entender, não se deveria aplicar de imediato esse critério da maioridade, mas, sim, se verificar em cada caso qual a necessidade efetiva do alimentado, pois, se não for pelo dever de sustento, ao menos pelo vínculo de parentesco existe a obrigação alimentar. Daí, cancelar uma pensão, para, na seqüência outra ser fixada, com movimentação exagerada da máquina do judiciário para se chegar ao mesmo fim, acaba por arranhar o princípio da economia processual.

A segunda observação que se faz a propósito do novo Código é relacionada ao parágrafo segundo do artigo 1.694, assim redigido: os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Daí se cogitar: como dar rendimento a esse dispositivo que se refere a um *caput* onde se prevê a obrigação alimentar decorrente do parentesco?

Seria o caso, por exemplo, do pai falar ao filho: “Ou vem morar comigo, ou os alimentos serão apenas os necessários à subsistência, porque, afinal, a culpa será sua ao optar em morar com a mãe”.

Essa não é a idéia. Não se pode dar rendimento a esse artigo, no que se refere aos alimentos decorrentes do parentesco, quando estamos diante de um dever de sustento do pai em relação aos filhos. Não se pode, por exemplo, culpar o filho por não morar com o pai.

A responsabilidade que poderia ser discutida aqui - e aí estamos criando algumas situações que se acomodariam nesse dispositivo - é eventualmente de um pai ou de um avô que teve uma situação econômica razoável, mas acaba dilapidando o patrimônio com jogos, farra, viagens, gastando de maneira desproporcional as reservas de toda uma vida, chegando à idade mais avançada com a necessidade de pensão. Nessas situações, se o credor deu causa à situação de necessidade, podemos dar rendimento a esse dispositivo dizendo: “aqui, será reduzida a pensão às necessidades para sobrevivência, nos termos do parágrafo segundo do artigo 1.694”.

Mas, como regra, não se destina o dispositivo à obrigação alimentar decorrente do poder familiar, decorrente da obrigação de sustento. Aí não se teria como imputar ao menor a responsabilidade pela necessidade da pensão alimentícia. Esse parágrafo é mais útil, tem, na verdade, uma repercussão significativa quando tratamos da dissolução do casamento, como adiante será tratado.

No tocante aos alimentos entre pa-

rentes tivemos uma outra novidade, como texto legal e não como princípio - a chamada pensão complementar, suplementar, prevista no artigo 1.698 do novo Código. É uma pensão supletiva.

Quando aquele primeiro obrigado não tem condições de suprir todas as necessidades do alimentado, busca-se um segundo obrigado. É a situação, por exemplo, da conhecida pretensão alimentar em face dos avós, aliás, cada vez mais comum.

O Código anterior, falava que na *falta* de um, buscava-se o outro parente obrigado. A linha ascendente é sempre obrigada a prestar alimentos aos seus descendentes, como a recíproca também é verdadeira. Mas imaginava-se, sempre, na *falta* de um ou outro. A jurisprudência, já com tranqüilidade, acomodava a situação dizendo que pode o neto pretender alimentos contra os avós, também em caráter *suplementar*. O que falta ao pai, para cobrir as necessidades (aqui sob um aspecto um pouco mais restrito, como um plano de saúde, escola etc.), o avô complementar, de acordo com a sua capacidade.

Esse pilar necessidade-possibilidade é da essência da obrigação alimentar. Não posso falar em alimentos sem pensar nesses dois vetores: **necessidade** e **possibilidade**. Então tudo o que falamos pressupõe necessidade e possibilidade. Não se pode impor a alguém que não tenha condições financeiras, o pagamento de uma pensão alimentícia, não é essa a idéia da lei, não é essa a essência da obrigação alimentar. Sempre falamos na necessidade e na possibilidade.

Assim, agora por texto expresso no artigo 1.698, acolheu-se a orientação já consolidada na doutrina e jurisprudência, pela qual se pode pleitear alimentos complementares ao parente de outra classe se o mais próximo não estiver em condições de suportar totalmente o encargo.

Entretanto, e agora contrariando a orientação até então predominante, previu-se a possibilidade de, proposta a ação contra um, serem chamados a integrar a lide todas as pessoas obrigadas.



Não foi feliz o legislador. Aliás, desastrosa a inovação.

Primeiro, faz incursão indevida no direito processual, ao prever causa específica de intervenção de terceiro no processo, e, o que é pior, sem identificar o respectivo instituto processual, requisitos e efeitos desta intervenção. Lembramos processar-se a ação de alimentos pelo rito especial, e, como tal, ser avessa a incidentes processuais desta natureza.

Segundo, contraria o espírito cada vez mais acentuado de se buscar soluções rápidas aos processos, evitando turbulências nos procedimentos, especialmente diante do caráter alimentar da pretensão.

Com ou sem o ingresso dos demais obrigados, a responsabilidade do acionado é sempre quantificada diante de seus recursos, e, tratando-se de pensão complementar, cabe ao próprio alimentando demonstrar a limitação de recursos do primeiro obrigado, e a pertinência de sua opção, diante da restrição econômica ou participação direta de outros, sob pena de não preencher o requisito “necessidade” (pois teria meios diversos para garantir sua subsistência).

Daí se poder afirmar que, no confronto entre prós e contras, ainda melhor teria sido inexistir o artigo 1.698 do novo Código.

Apresentadas estas reflexões a respeito da obrigação alimentar decorrente do parentesco, vamos analisar os alimentos nascidos da dissolução da sociedade conjugal.

Proveitoso avanço normativo encontra-se previsto no novo Código, consistente na previsão de fixação dos alimentos na dissolução litigiosa da sociedade conjugal mesmo em favor do cônjuge responsável pela separação, limitando-se, todavia, à obrigação destinada a suprir o indispensável à subsistência.

Há na moderna doutrina, forte tendência em abolir definitivamente a perquirição da culpa na dissolução do vínculo familiar (casamento ou união

estável). E uma das principais preocupações para quem assim se posiciona é a exagerada punição ao “culpado”, de se ver “condenado” a perder a assistência material, mesmo quando sua responsabilidade tenha se limitado à busca da felicidade sem ferir ou violar as obrigações conjugais. De maneira mais arrojada, a assistência material ao desprovido de recursos seria o aluguel da sua tolerância conjugal, mesmo falido de fato o casamento, e ausente a afeição recíproca.

Existentes outras formas de equilibrar a situação, optou o legislador em manter, como regra, a obrigação alimentar ao cônjuge responsável pela separação, em favor do inocente. Mas expressamente prevê exceção à regra, ao estabelecer a possibilidade daquele considerado culpado reclamar alimentos, comprovando a necessidade, se “não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho” (art. 1.704, parágrafo único), limitado o *quantum* ao “indispensável à sobrevivência”.

Significativa a modificação introduzida no sistema atual, e, sem dúvida, positiva a evolução legislativa. Certamente este novo aspecto será um fator positivo para diminuir a incidência dos processos de separação judicial onde se busca a culpa exclusivamente para se eximir da obrigação alimentar. E não pensando em restabelecer o vínculo conjugal.

Outra questão tratada no novo Código Civil é a renúncia aos alimentos. No quadro anterior ao novo código, encontramos a Súmula nº 379 do Supremo Tribunal Federal dizendo: “No acordo de desquite amigável, não cabe renúncia aos alimentos”. Essa súmula é anterior a 1.977 (Lei do Divórcio) e por ela, ao se adaptar o princípio à lei divorcista, não se admite a renúncia aos alimentos em um acordo de separação judicial.

A matéria – *renúncia à pensão alimentícia na dissolução amigável do casamento* – encontrou fértil campo de discussões. Na doutrina, basta a referência às autorizadas lições de Yussef Cahali, em dedicado estudo a respeito desta polêmica, apontando a sua complexidade e ainda existente divergência.

Na jurisprudência, pela sua relevância, a questão chegou a ser sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, mas recente orientação do Superior Tribunal de Justiça vem rejeitando a aplicação da Súmula, reconhecendo a possibilidade de renúncia à pensão. Entre os Tribunais Estaduais, embora cada qual exercendo a autonomia a consignar entendimento diverso, vem sendo prestigiada, em sua maioria, a tese sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contrariando a tendência doutrinária e pretoriana, o novo Código registra ser irrenunciável o direito a alimentos, sem excepcionar a origem da obrigação, fazendo incidir, pois, esta limitação à pensão decorrente também da dissolução da sociedade conjugal. E vai além: confirmando ser esta a sua intenção, estabelece expressamente a possibilidade do cônjuge separado judicialmente vir a pleitear alimentos do outro, diante de necessidade superveniente.

E, inexistente ressalva expressa na lei, quem na vigência do novo Código possuir o estado de separado judicialmente, poderá reclamar a pensão do ex-cônjuge, mesmo que a dissolução do vínculo tenha se consumado anteriormente à nova regra.

E se o cônjuge, na separação, renunciou, porque ficou com boa parte do patrimônio? Não é uma renúncia pura e simples, mas sim uma disposição do direito em troca, por exemplo, de um imóvel com renda. Mas e se o imóvel passa a não mais trazer frutos, ou acaba sendo vendido, poderá ser resgatada, nesse caso, a pensão alimentícia? A questão é delicada, e a resposta dependerá de uma aprofundada análise fática da situação em exame. Com efeito, se no momento do acordo houve um motivo à renúncia (uma compensação patrimonial), o julgador deverá ter extrema cautela em analisar a causa, para não prestigiar a ociosidade ou dissipação imotivada do patrimônio.

Falamos em separação judicial, e quando há o divórcio, como fica? As pessoas divorciadas podem propor ação de

alimentos depois de uns cinco, seis, sete, dez anos?

Considerando o atual estágio da doutrina e jurisprudência, o encerramento definitivo do vínculo conjugal através do divórcio, e promovendo-se interpretação mais literal do art. 1.704, parece-nos razoável sustentar que a possibilidade de busca dos alimentos no rompimento matrimonial encontra seu limite no divórcio das partes, permitindo-se o exercício da pretensão apenas pelos separados judicialmente (e não divorciados), se não estabelecida anteriormente a obrigação (no acordo ou decisão da separação ou do divórcio).

Os senhores sabem que a lei também deve atender a expectativa da sociedade, e será difícil a sociedade assimilar que, após a renúncia aos alimentos, e concretização do divórcio, venha um dos cônjuges pretender pensão do outro.

Em nosso entender, o modelo ideal é o que hoje existe: enquanto estão se separando, e entre a separação e divórcio que é o momento mais próximo, pode ser revista a cláusula de renúncia, até através de ação de alimentos pela literalidade do novo Código.

Já, no pós-divórcio não se poderia de forma alguma cogitar em ineficácia da renúncia.

O Código Civil fala em seu artigo 1.707: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. Mas quando fala que o credor de alimentos não pode renunciar ao seu respectivo direito, refere-se àqueles alimentos previstos no artigo 1.694; e, por esta regra, existe a obrigação alimentar entre cônjuges, companheiros e parentes.

Assim, parentes não podem renunciar, assim como o cônjuge e os companheiros (quanto a estes últimos, inclusive, a matéria foi objeto de nossa tese de Doutorado, a respeito do contrato de convivência na união estável, firmando-se aí a conclusão de ineficácia da cláusula dizendo que os contratantes renunciavam à obrigação alimentar).

Porém rompido o vínculo pelo divórcio, deixa de existir a previsão legal da obrigação alimentar recíproca, salvo se já prevista ou acordada anteriormente.

Ainda, a lei fala expressamente que o separado judicialmente pode propor ação, mas nada diz em relação ao divorciado.

Assim, até o divórcio ainda há possibilidade de discussão a respeito de alimentos entre os separados judicialmente, porém, após a dissolução do casamento, tendo ocorrido a renúncia ou até mesmo se apenas não exercido o direito, desaparece definitivamente a obrigação alimentar.

Na dissolução da união estável a solução deve ser idêntica ao divórcio, pois estes institutos, neste particular, se aproximam. Assim, não exercidos os alimentos quando do rompimento do vínculo, a pretensão ficará prejudicada. Ex-companheiros não têm obrigação alimentar recíproca, pois não está prevista no artigo 1.694, e se entre eles houver renúncia quando da dissolução (não a renúncia prematura), a disposição será válida e eficaz.

Já existe projeto para a reforma do novo Código Civil, e na proposta em tramitação haverá expressa referência de que a impossibilidade de renúncia atinge apenas a obrigação alimentar decorrente do parentesco, não aquela decorrente da dissolução da união estável e do casamento.

Para aqueles que desconsideram a renúncia mesmo após o divórcio, surgirá uma questão a ser enfrentada: ocorrendo a dissolução do casamento diversas vezes, sempre seguidas de renúncia aos alimentos, vindo o ex-cônjuge a pretender pensão alimentícia, deverá se voltar contra qual dos seus ex-parceiros? Ainda, proposta a ação contra um deles, poderá o outro chamar à lide os demais? São questões que não têm solução. Admitir a ação pós-divórcio tem esse problema.

Poderíamos, aí, talvez pensar no que hoje existe quando a mulher, por exemplo, credora da pensão vem a contrair novas núpcias perdendo o direito aos

alimentos, e, na seqüência, rompe este novo casamento. A orientação atual é no sentido de que ela não resgata a obrigação alimentar do primeiro casamento.

Assim, aquela ex-esposa divorciada diversas vezes, com este raciocínio, só teria pretensão alimentar (para aqueles a admitem após o divórcio) em face do mais recente ex-marido.

Vimos, até então, a questão da culpa e da renúncia, como ela é tratada.

Existe modificação pelo novo Código, também com relação às causas de exoneração dos alimentos. O artigo 1.708 estabelece o seguinte: “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”; e seu parágrafo complementa: “com relação ao cônjuge credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”.

Restrita a Lei do Divórcio (art. 29) à exoneração apenas na hipótese de novo casamento do credor, a jurisprudência, ressaltados raríssimos julgados divergentes, também autorizava a extinção da obrigação se verificada a união estável de quem recebe a pensão.

Quanto à conduta irregular, embora reprovável, superada a fase inicial de nela igualmente se encontrar causa de extinção da pensão, atualmente já não mais se valorava esta situação como apta a ensejar o termo final da obrigação.

Na sistemática proposta, não apenas o concubinato (identificado no novo Código Civil como sendo as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar – art. 1.727), mas até mesmo o *procedimento indigno em relação ao devedor* passa a representar fundamento à exoneração.

No mínimo curiosa a situação, a merecer enorme dose de cautela para evitar a perplexidade: se, por exemplo, adúltera contumaz a mulher na constância do casamento, mas enquadrada naquela situação excepcional de necessidade, pode reclamar alimentos destinados à sua sobrevivência; a seu turno, esta mesma mulher, ao prolongar relações íntimas com terceiros, já isenta da

obrigação de fidelidade após a separação judicial, pode vir a ser excluída da pensão antes fixada, se considerada vivendo em concubinato, ou apenas adotando *procedimento indigno*.

Aguarda-se, neste contexto, seja prudente e razoável o aplicador da norma, para não transformar o conceito vago em perseguição do “ex” diante do ponderado exercício da liberdade afetiva do credor, valendo-se do permissivo legal apenas para evitar abusos, rechaçando, o quanto possível, eventual parasitismo possível de ser criado pelo recebimento da pensão. É uma das possíveis soluções seria também adotar para este efeito, dentre outros, os critérios da indignidade conhecidos para a exclusão de herdeiro.

Para encerrar, temos a questão da união estável, se há mudança ou não pelo novo Código Civil.

Os alimentos decorrentes da união estável foram tratados na Lei 8.971/94, a qual tratou também de sucessão entre conviventes; logo em seguida veio a Lei 9.278 de 1996, destinando um artigo à obrigação alimentar ao regulamentar a união estável; e, agora, em 2002 temos uma única palavra quanto a esta matéria.

Ou seja, a obrigação alimentar entre os conviventes, partiu de uma lei para, na seqüência, vir a ser tratada por um artigo e terminou por ser regradada através de uma palavra no novo Código. A palavra está no artigo 1.694 que dispõe: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Ao contrário do que possa parecer, este contexto foi positivo, pois o novo Código traz a companheira ao *status* do cônjuge quanto à obrigação alimentar.

E, embora o novel legislador tenha deixado passar despercebidas outras disposições que deveriam ter sido reformuladas para contemplar os alimentos devidos entre conviventes, a

exegese neste sentido pode tranqüilamente ser feita.

Assim, extrai-se do novo Código Civil um tratamento igualitário aos cônjuges e companheiros nesta questão de alimentos.

Por exemplo, o artigo 1.709 dispõe: “O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio”. Leia-se esse dispositivo no sentido de que o novo casamento, *ou nova união* do cônjuge, *ou do companheiro* devedor, não extingue a obrigação constante da sentença do divórcio, na separação *ou da dissolução da união estável*.

Cito apenas esse exemplo, com o objetivo de mostrar que as regras destinadas aos cônjuges, para extinguir ou para deferir direitos, também se estendem aos companheiros.

Procuramos abordar os pontos mais importantes, de maior significado, principalmente na rotina dos operadores do direito, mas certamente, várias outras relevantes e palpitantes questões devem existir.

Agradeço mais uma vez o convite a nós formulado, e quero crer que os senhores, quando estiverem aplicando esse novo Código Civil, trarão boas soluções às dúvidas decantadas. A idéia principal, com estas palavras, foi despertar o interesse para uma reflexão a respeito desse assunto.

## DEBATES

### Des. Áurea Pimentel Pereira

Após a esplêndida exposição que acabou de ser feita pelo Professor Francisco José Cahali, pouco teria restado para o debate porque ouvimos as apreciações amplas feitas pelo ilustre professor a respeito da classificação dos alimentos, inclusive, com a denúncia de um certo fascínio de Sua Excelência pela doutrina de Domazio, que empresta aos alimentos aquela característica indenizatória em certos casos. Ouvimos a apreciação da inserção que foi feita no novo Código Civil daqueles alimentos com aspecto novo, que só por construção

jurisprudencial, anteriormente, era admitido. Os alimentos eram só aqueles essenciais à subsistência, agora, eles têm que levar em conta a situação social do credor de alimentos.

Ouvimos apreciações sobre aqueles critérios da condicionalidade, proporcionalidade, os parâmetros que devem ser observados no momento da fixação dos alimentos. O eminente professor falou sobre alimentos no divórcio, a impossibilidade, posteriormente, de quem não foi credor de alimentos reconhecido no processo de divórcio, de vir a pleiteá-los, e as referências feitas àqueles dispositivos do novo Código Civil, que exonera o devedor de alimentos da obrigação de continuar prestá-los quando há procedimento indigno do credor de alimentos. Permito-me acrescentar, com todas as vênias daqueles que possam ter posição em contrário, que indigno deve ser havido sempre o procedimento homossexual de um cônjuge, o que é altamente ofensivo não só ao seu ex-cônjuge, mas também aos princípios éticos do Direito de Família e da própria formação da família brasileira.

Mas, a despeito dessa grande expressão que teve a exposição feita pelo professor, permito-me fazer a colocação de alguns temas para discussão. Para tanto tecerei breves comentários, para chegar ao ponto de destaque que seria exatamente aquele ponto a ser discutido nesse nosso debate.

Como é sabido, nos primórdios das civilizações, os alimentos constituíram apenas um dever moral, com base no direito natural. Eles eram concedidos *pietatis causae*, seria uma regra a discipliná-los. Só com o decorrer dos tempos, com o nascimento do *ius positum*, é que realmente foram estabelecidas as regras para a fixação e a concessão dos alimentos.

No Brasil, a Carta Civil de 1916, inspirou-se, inicialmente, naquela tradição de formação patriarcal da família brasileira. Daí porque o que nele se inseriu inicialmente era o reconhecimento, sempre, da obrigação que tinha o côn-

juge varão de prover não só o sustento da família, mas especificamente e sempre do outro cônjuge. Com o surgimento do Estatuto da Mulher Casada - Lei 4.121/62, e depois da Lei do Divórcio - Lei 6.515/77, tudo mudou de figura e também, depois da própria Carta Política de 1988, com aquela simetria de direitos estabelecida entre o homem e a mulher. Então, essa obrigação de prestar alimentos tornou-se reconhecida como recíproca entre os cônjuges. No nosso novo Código Civil, que vai entrar em vigor em janeiro do ano vindouro, o legislador, nos artigos 1.702 e 1.704, *caput*, estabeleceu como requisitos para que o cônjuge, quando há separação judicial, possa reclamar alimentos em juízo, a sua condição de necessitado, mas ao lado daquele outro requisito de não ter sido considerado culpado na separação. Todavia, no parágrafo único do artigo 1.704, em disposição que, na nossa visão, guardaria, na verdade, uma franca antinomia com as normas do artigo 1.702 o legislador veio a garantir ao cônjuge posto que tenha sido havido culpado na separação, mas que futuramente se revele necessitado, sem aptidão para o trabalho, e sem parentes que possam prover-lhe o sustento, o direito de vir reclamar, posteriormente, alimentos do seu ex-cônjuge. Essa disposição inspirou-se na norma do artigo 2.016, II do Código Civil Português, buscando as suas raízes no princípio da eqüidade. A solução importada, a nosso juízo (não sei se essa seria a opinião do ilustre expositor) não estaria porém a merecer aplausos, na medida em que será capaz de criar situações absolutamente absurdas, imorais e injustas. Dou um exemplo: após a separação judicial, vem o ex-marido (ou a ex-esposa) necessitado, sem aptidão para o trabalho, sem parentes que possam prover-lhe sustento, pedir alimentos ao ex-cônjuge, mas o motivo da decretação da separação foi, por exemplo, tentativa de morte desse cônjuge credor contra o cônjuge devedor. Parece-me que isso criaria uma situação absolutamente insólita, que não deve

ter sido prevista pelo legislador quando deu essa abrangência, essa generalização nesse dispositivo de lei. Em casos tais, parece que não pode haver princípio de equidade que possa justificar tão insólita solução, que ademais, conforme o caso, poderá inclusive fazer letra morta do artigo 1.708, parágrafo único do Código de 2002, forte a proclamar que cessa para o devedor a obrigação de prestar alimentos quando o credor tiver comportamento indigno.

Então, feitas essas considerações, formularia a seguinte discussão: para obviar as insólitas conseqüências, que poderão advir da aplicação, em certos casos, da norma do parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil, não seria o caso de, interpretando *cum grano salis* a referida norma, levando em conta a previsão contida no parágrafo único do artigo 1.708, inadmitir a concessão de pensão em favor desse cônjuge ainda que necessitado, sem aptidão para o trabalho e sem parentes que lhe possam prover o sustento, quando a culpa reconhecida na separação envolver procedimento indigno do cônjuge credor? Esse seria o questionamento que poria em discussão.

#### **Dr. Francisco José Cahali**

Há realmente essa situação de que o culpado pelo rompimento pode receber a pensão alimentícia, mas se a culpa for posterior poderá levar à extinção da obrigação. É contraditório, mas teríamos que temperar esse comando da norma. Espera-se que a jurisprudência venha a fazê-lo.

Quanto a questão em tese (responsabilidade pelo rompimento do vínculo e a obrigação alimentar), ainda faço algumas ressalvas. Acho que, em um primeiro momento, para a separação propriamente dita, não deveria mais ter a discussão da culpa. Hoje, existe a discussão da culpa em função da obrigação alimentar. No futuro, também, queira ou não, do jeito que está sendo proposto, vai ter discussão de culpa em função da obrigação alimentar, mas não concordo com

a necessidade de se discutir culpa para a separação.

Entretanto, a solução que alguns colegas têm proposto é: “vamos acabar com a culpa como causa para a separação”. Mas não discutir a responsabilidade para a imposição da obrigação alimentar é, para nós, um exagero.

Então, quanto à minha posição, considero-a intermediária entre aqueles que querem acabar de todo com a culpa, e o sistema normal. Nesse ponto, acompanho as colocações da Dr<sup>a</sup> Áurea, só com essa ressalva: na separação, não se tem mais sentido discutir culpa, deve-se permitir aos cônjuges a separação pelo desamor, porque não querem mais continuar casados. Ora, posso requerer o divórcio após dois anos separado de fato. Não vou permitir uma separação, só porque eles não se gostam mais, vou ter que exigir, impor um abandono, uma separação, uma situação prolongada, irregular?

Quanto aos alimentos, concordo plenamente com as colocações que foram feitas. Não consigo assimilar obrigação alimentar plena quando há conduta culposa do credor. Muda todo o contexto que está sendo apresentado hoje. Desvincula obrigação alimentar da separação judicial. Separação judicial é uma situação própria, e obrigação alimentar passaria a ser independente da separação, quem sabe até do divórcio.

#### **Des. Áurea Pimentel Pereira**

O segundo tema a respeito do qual gostaria de ouvir a opinião do ilustre expositor, Prof. Francisco José Cahali, é o seguinte: a doutrina já estabeleceu que a obrigação de prestar alimentos é personalíssima, portanto intransmissível. Aliás, foi atenta a essa circunstância que o legislador, no Código Civil de 1916, estabeleceu, peremptoriamente no artigo 402 que a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros. A respeito dessa norma, inclusive que foi lançada em termos peremptórios, a opinião de Pontes de Miranda sempre foi de uma clareza solar. Ele afirmava que, realmente, a obrigação era intransmis-

sível, ativa e passivamente, embora o débito, que pudesse ser deixado em vida do alimentante, evidentemente pudesse ser cobrado dos seus herdeiros.

Quando foi editada a Lei 6.515/77, o artigo 23 declarou que a obrigação de prestar alimentos transmitia-se a seus herdeiros, mas o legislador teve o cuidado de dizer: “na forma do artigo 1.796 do Código Civil”. Havia realmente, e se reconheceu à época, uma certa antinomia estabelecida entre as duas disposições, daí porque alguns doutrinadores sustentaram que o artigo 402 do Código Civil tinha sido revogado pelo artigo 23 da Lei 6.515/77. A despeito de respeitáveis opiniões que se assentaram sobre a matéria, à época, estivemos sempre alinhados dentre aqueles que entendiam que o artigo 402 do Código Civil não havia sido revogado pela norma do artigo 23 da Lei 6.515/77, sobrevivendo antes, para a aplicação, o que podia ser reconhecido desde que se desse a esse artigo 23 adequada interpretação.

Nessa linha de entendimentos, tivemos a oportunidade de nos manifestar na nossa modesta obra **“Dos Alimentos no Direito de Família e no Direito do Companheiro”**, fazendo invocação ao fato de que aquela alusão feita pelo legislador no artigo 23 da Lei 6.515/77 ao artigo 1.796 do Código Civil, parecia deixar claro que o que passava aos herdeiros era realmente a dívida em vida deixada pelo alimentante, e não o próprio encargo alimentar, uma vez que esse, como obrigação personalíssima, não se transmitiria aos herdeiros.

No novo Código Civil, a transmissibilidade passiva da obrigação alimentar foi com todas as letras proclamada no artigo 1.700, mas sem embargo desses termos, aparentemente peremptórios do artigo 1.700 do Código Civil, tendo presente a natureza personalíssima da obrigação alimentar, não seria o caso, (indagamos mais uma vez interpretando *cum grano salis* a norma do artigo 1.700), entender-se que realmente a transmissão passiva que há de se fazer prevista no artigo 1.700, se-

ria do débito alimentar, posto a cargo dos herdeiros do alimentante e não da própria obrigação? Gostaria de ouvir a opinião do eminente professor a respeito dessa indagação.

### **Prof. Francisco José Cahali**

Dr<sup>a</sup> Áurea, sempre que termino a exposição, fico me concentrando, torcendo para ninguém me fazer essa pergunta, pois considero este um dos maiores problemas da atualidade sobre a matéria: a transmissão da obrigação alimentar. Realmente hoje existe esse conflito no novo Código Civil. Infelizmente o legislador não leu a sua obra, também não leu Pontes de Miranda e não imaginou as conseqüências da sua conduta, ao estabelecer que em um direito personalíssimo se transmite. O contrato de trabalho, por exemplo, é uma obrigação que não se transmite, com o falecimento se extingue, assim as obrigações personalíssimas como um todo, e dentre elas, até então, também a obrigação alimentar. Porque era pessoal esse direito e só poderia ser exercido pelo titular em face daquele obrigado.

Mas, constou a transmissibilidade no novo Código e agora vem a dúvida: como se interpretar esse dispositivo? Um herdeiro menor paga alimentos para a ex-companheira do pai? Vai ter a sua herança comprometida e ainda, se passa aos herdeiros a dívida, será de acordo com as forças da herança?; daí três herdeiros menores recebem um imóvel e, ainda terão essa obrigação? É o representante legal que paga? Como solucionar? E se o falecido tiver umas três ou quatro obrigações? Porque, se pensarmos em obrigação para o filho, esta se transmite ao espólio, mas o filho já é herdeiro então ele recebe a herança e a obrigação? Essas propostas de mudança do novo Código Civil até prevêm esse assunto e entendem que se o credor é herdeiro, ele não leva a transmissão da herança: “desde que o credor da pensão alimentícia não seja herdeiro do falecido”.

Enfim, é um transtorno. Gostaria que fosse aplicada a regra na forma apre-

sentada pela Des<sup>a</sup> Áurea, na forma apresentada por Pontes de Miranda: só se transmitem as obrigações vencidas. Assim como todas as dívidas se transmitem, nem precisaria de lei, o espólio responde pelas dívidas da pessoa falecida, dentre elas a dívida decorrente de uma “obrigação alimentar”. Mas, não colocaria essa transmissão do direito de prestar alimentos. Esta obrigação continuaria sendo personalíssima.

#### **Des. Sergio Cavaliere Filho**

Creio que o artigo 1.700 transformou a obrigação alimentar em obrigação previdenciária.

#### **Dr. Ricardo Rodrigues Cardoso**

Quando o Professor Cahali falou sobre o problema da prestação alimentar entre parentes, refleti muito sobre isso e sobre a necessidade, sobre o rito que vamos impor a esse tipo de ação. Como Juiz de Família, defronto-me com esse problema. A obrigação de sustento é extensiva aos pais em relação aos filhos, aos filhos em relação aos pais, aos cônjuges, contudo, entre parentes não existe obrigação de sustento, existe obrigação alimentar.

Nessa ordem de idéia, quando a lei fala em um rito especial, o Juiz é obrigado a fixar, imediatamente, o pensão provisório, que tem característica de irrepetibilidade. Estou trazendo isso porque o senhor falou sobre a questão da intervenção de terceiros, do litisconsórcio e aquela questão toda da impossibilidade de se levantar essa questão em se tratando de rito especial. Como o senhor veria se o rito a ser adotado fosse o procedimento ordinário, nesse caso? Alguém poderia indagar sobre a urgência da prestação alimentar. Teríamos a cautelar, em que se poderia, nesse caso, mediante uma audiência de justificação prévia, aferir rapidamente a necessidade alimentar, e o juiz, então, fixar alimentos provisionais. Aí resolveríamos a questão do litisconsórcio se aplicarmos o procedimento e evitaríamos, com isso, a questão de um avenu-

reio ou aventureira (e esse raciocínio se aplicaria também no caso da união estável) a questão de uma pessoa que não tem necessidade de alimentos, pleitear e o juiz fixar a obrigação, a pensão provisória e ele vai ter que pagar até que aquilo seja definitivamente decidido. Essa questão me deixa muito preocupado. Na Vara de Família, na qual sou titular, tento impor o procedimento ordinário, embora reconheça que não sou maioria. Mas isso me deixa sempre apressado. Trouxe essa discussão apenas em função do que o senhor falou na oportunidade própria.

#### **Dr. Francisco José Cahali**

Eu não veria problema nessa solução, de acordo até com o interesse das partes, pois precisamos acomodar o interesse dos dois; é um valor adequado, mas desde que seja devido. Não veria problema, acredito que vá encontrar uma certa resistência porque seria “contra a lei”, mas em São Paulo, eles têm adotado, por exemplo, na dissolução da união estável, como é minha posição, por rito ordinário. O juiz, de ofício, pode mandar processar a ação de tal forma, não precisaria extinguir o processo ou determinar o aditamento. Não vejo problema que haja um pedido, embora por outro rito, para o juiz apreciar a liminar e falar que a partir de então segue o rito tal.

Em São Paulo, como existe a audiência do 331 e, muitas vezes, a prova é feita com expedição de ofício à Receita Federal, cartão de crédito, contas etc, os juizes, em algumas situações, não adotam o rito especial, mesmo na ação proposta pelo filho em face do pai. Várias têm sido as decisões que marcando primeiro uma audiência de tentativa de conciliação para discutir quais são as provas, para depois dar continuidade ao processo. Não se está adotando o rito especial porque este nem sempre resolve o problema, principalmente em São Paulo, onde temos um contingente enorme de pendências e se deve garantir a defesa ampla nos processos desta natureza. Veja o problema: o juiz marca



audiência pelo rito especial, e todos comparecem, inclusive com as testemunhas, pois a audiência é de tentativa de conciliação e instrução e julgamento, em que se apresenta a defesa; mas se há necessidade de prova de fatos através de ofícios, e a própria defesa tem direito de pedir ofício a bancos, para saber a posição da parte contrária, a audiência é suspensa e não se escuta a testemunha (pois a prova documental deve ser produzida antes da prova oral). A maioria das ações, em que na primeira audiência se leva testemunha, é adiada. As testemunhas perdem tempo e não são ouvidas.

Assim, tem sido comum não se adotar esse procedimento de audiência de instrução e julgamento. Primeiro se faz audiência de tentativa de conciliação e análise das provas a serem produzidas, como expedição de ofícios. Transforma-se essa ação em um “procedimento comum”. É uma maneira de acomodar o processo ao interesse das próprias partes.

#### **Dr. Osvaldo Henrique Feixim**

A sentença de divórcio aludida no artigo 1.709 deve ser entendida como aquela proferida antes do novo Código, já que pelo artigo 1.694, não há obrigação alimentar entre ex-cônjuges?

#### **Prof. Francisco José Cahali**

Já existia, na Lei de Divórcio, essa previsão, mas para a sentença do divór-

cio, leia-se para a sentença de dissolução do vínculo. Pode ser divórcio ou pode ser separação, ou dissolução da união estável. Nesse sentido é esse diploma. Só para lembrar que o fato objetivo de nova união, de novo casamento, de quem presta os alimentos não altera a obrigação estabelecida anteriormente.

Essa é a idéia, mas ao se provar que o novo casamento leva à redução da possibilidade, pode-se rever obrigação alimentar pelo critério de possibilidade-necessidade.

A intenção da lei, aparentemente, foi deixar claro que o novo casamento, nova união como um fato objetivo, não altera por si só o dever de prestar alimentos ou o seu *quantum*, sendo o inverso em relação ao credor, pois se este se casar altera-se a obrigação alimentar que é extinta.

Esse artigo esta sendo revisto na reforma do Código Civil, prevendo o projeto que a constituição superveniente de *família* pelo alimentante não extingue sua obrigação alimentar anterior. É a proposta de nova redação ao artigo 1.709.

Assim, essa é realmente a intenção do legislador que, em nosso entender, mostra-se adequada. Considera-se a constituição de nova família, e tal fato (independentemente do seu modo de constituição) não deve alterar a obrigação anteriormente assumida. ☐

# A União Estável no Novo Código Civil

## **ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO**

*Advogado. Professor Titular de Direito Civil da USP; de Direito Romano e de Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP ; Professor Titular de Direito Romano e Diretor da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP.*

O conceito de união estável, retratado no art. 1.723 do novo Código Civil, corresponde a uma entidade familiar entre homem e mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento. Hoje, é reconhecida quando os companheiros convivem de modo duradouro e com intuito de constituição de família. Na verdade, ela nasce do afeto entre os companheiros, sem prazo certo para existir ou terminar. Porém, a convivência pública não explicita a união familiar, mas somente leva ao conhecimento de todos, já que o casal vive com relacionamento social, apresentando-se como marido e mulher.

De acordo com o art. 1.724 do novo Código, lealdade, respeito e assistência, bem como, quanto aos filhos, sua guarda, sustento e educação, são deveres e direitos que devem existir nessas relações pessoais. Tanto o dever de lealdade quanto o de respeito mútuo, provocam injúrias graves, quando descumpridos. Paralelamente à deslealdade está o adultério, quebrando o direito-dever de fidelidade. É certo que não existe adultério entre companheiros, porém, ambos devem ser leais. O direito-dever de respeito mútuo é descumprido quando um dos companheiros atinge a honra ou a imagem do outro com palavras ofensivas ou gestos indecorosos.

A assistência material abrange o âmbito do patrimônio, principalmente dos alimentos entre conviventes. Nesse passo, a mesquinha e a avareza configuram injúrias de caráter econômico,

No que diz aos filhos comuns, a guarda dos mesmos tem relação com a posse dos pais, em conjunto ou isoladamente. Em caso de separação, essa relação é exercida em decorrência de seu poder-dever familiar (poder familiar), que corresponde ao sustento – alimentos materiais indispensáveis à preservação da subsistência e da saúde, bem como os relativos à indumentária e à educação – alimentos de natureza espiritual, imaterial, incluindo não só o ensinamento escolar, como os cuidados com as lições, aprendizado e de formação moral dos filhos.

Para aproximar o instituto da união estável ao do casamento civil, inseriu-se um capítulo na Lei 9.278/1996 sobre regime de bens na união concubinária pura. Parte dessa idéia passou para o novo Código Civil, mais precisamente no art. 1.725, semelhante ao art. 5º da mesma lei, informa que, não havendo estipulação em contrato escrito, os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente por um ou por ambos os companheiros, no período em que durar a união estável são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos, em condomínio e em partes iguais. Assim, caso os concubinos comprem um imóvel e queiram ressaltar o direito de um maior que do outro, podem mencionar na escritura pública ou no compromisso particular dessa aquisição um percentual diferente, como, por exemplo, 70% ideal do imóvel para um e 30% para outro. Podem também, de modo genérico, fazer contrato, programando toda a sua vida econômico-financeira, conforme possibilita esse

---

Texto elaborado a partir de transcrição fonográfica de palestra proferida na EMERJ em 9/09/2002.

artigo. O novo Código menciona, nesse passo, que se aplica no que couber o regime de comunhão parcial de bens, contudo, trata-se de condomínio, pois o regime de bens do casamento é incompatível com a natureza fática da união estável.


O artigo 1.725 é o único que atende à possibilidade de constante mutação no patrimônio dos companheiros, inclusive com a possibilidade de alienação judicial para extinção do condomínio, o que é impossível em qualquer regime de bens onde exista comunhão, regulada pelo Código Civil. Mesmo que se equivoquem os companheiros na aquisição de quaisquer bens, as regras para negociação por contrato escrito entre os companheiros encontradas nesse artigo, podem ser alteradas, modificando-se, por exemplo, os percentuais ou cotas condominiais entre eles existentes. O mesmo contrato escrito pode ser utilizado pelos companheiros para regular outras situações não patrimoniais, relativas à sua convivência.

No que diz respeito à relação com terceiros, entendo que, em instrumentos firmados nessas circunstâncias, os companheiros devem mencionar a existência da união estável e a titularidade do objeto de negociação. Caso contrário, serão preservados os interesses dos terceiros, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos entre os companheiros e aplicando-se as sanções penais cabíveis.

Para efetuar a conversão da união estável em casamento, o art. 1.726 do novo Código Civil determina que as partes devem requerê-la ao juiz de direito, que, ante as circunstâncias, decretará a conversão. Em caso de deferimento

judicial, é feito o devido assento no Registro Civil, dispensando-se dessa forma o processo de habilitação para o casamento.

Seria mais viável aos companheiros a submissão ao processo de habilitação não para conversão, mas para casar-se. Isso porque a conversão automática é impossível. Jamais poderia a lei mencionar que quem vive em união estável, por tanto tempo ou diante de certas circunstâncias, seja casado. Além disso, o art. 1.727 do novo Código Civil explica que no concubinato existe cometimento de adultério quando há relacionamento de um homem ou de uma mulher casados, com quem não é seu cônjuge. Isso porque as pessoas impedidas de casar-se, por estarem separadas judicialmente ou de fato, estão excluídas dessa situação concubinária impura, pois não mantêm qualquer relacionamento coabitacional com seu cônjuge.

Uma situação bastante questionada é a do casamento de colaterais de terceiro grau (tio com sobrinha e vice-versa), proibida no inciso IV do art. 1.521. Eu sugeri uma futura modificação nesse inciso, de forma a constar, em sua parte final, que os colaterais estarão impedidos de casar-se, não até o terceiro, mas até o segundo grau. Esse inciso, como hoje redigido e vigente, impede a união entre tios e sobrinhas e vice-versa. O Decreto-Lei nº 3.200, de 19-04-1941, que possibilitava o casamento de colaterais do terceiro grau (arts. 1º, 2º e 3º), ficou revogado nesse ponto, o que poderá criar um conflito com as pessoas que se casarem por essa regra. Esses casamento vêm sendo admitidos desde o advento desse decreto-lei, pacificamente. 

# Da Filiação no Novo Código Civil

**FLÁVIO LAURIA**

*Procurador do Estado/RJ. Advogado.*

Começo a exposição dizendo que não vejo como motivo de comemoração nem de satisfação a aprovação do novo Código Civil. Assim como os Professores Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachim e Maria Celina Bodin de Moraes, entendo que o novo Código Civil representa um retrocesso. Os senhores poderiam pensar: será que essa crítica já não é extemporânea, será que ela não deveria cessar já que o projeto foi aprovado, está na *vacatio* e entrará em vigor no ano que vem? Na verdade, essa crítica é atual, porque devemos tomar o maior cuidado para não permitir que na entrada em vigor do novo Código Civil haja retrocesso em terrenos nos quais obtivemos recentes conquistas importantíssimas, sobretudo pelo advento da Constituição de 1988 e também pelos diplomas legais que sucederam a Constituição de 1988, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.009/90.

Além disso, há outras áreas que precisam e clamam por mudanças de perspectiva e de metodologia de trabalho para permitir soluções adequadas ao atual panorama de demanda de tutela jurídica por parte da sociedade. É verdade que o código, em alguns pontos, tem avanços positivos, mas creio que a codificação como metodologia ou como método legislativo não se apresenta de forma suficiente e eficiente para dar conta dos atuais problemas jurídicos que temos que resolver.

A codificação é uma técnica legislativa desenvolvida a partir do Século XIX, tendo como precursor o Código Napoleão, expressão de uma metodologia essencialmente burguesa, utilizada para

consagrar os institutos burgueses, por conta da ascensão da burguesia ao poder e com todas as suas conseqüências. Alguém poderia dizer que vários países socialistas, no século XX, adotaram também a codificação como método e fizeram os seus Códigos Civis. A codificação traduz uma idéia de estabilidade, uma idéia de completude, uma idéia de manutenção das coisas como elas estão. Essa idéia, essa perspectiva é muito complicada em um país que tem tantos compromissos com a transformação. Vivemos em um país onde o Estado e a sociedade estão em débito com os seus próprios membros. O constituinte de 1988 assumiu diversos compromissos sérios de erradicação da pobreza, de construção de um país mais justo e igualitário. A idéia de estabilidade, ou seja, manter as coisas como estão, implica em manter os miseráveis na miséria, em manter os ricos cada vez mais ricos.

A codificação traz também a idéia de que o Direito Civil seria um direito próprio para se trabalhar com tipos. Isso é uma idéia muito forte, que contamina o nosso dia-a-dia. Vejam que quando Larenz diz que a tópica não vai servir a ramos do Direito próprios para se trabalhar com tipos, que seria mais próprio do Direito Público, onde se trabalha com princípios com maior facilidade, está aí expressando uma idéia fundamental: de que os princípios não seriam bem-vindos no Direito Civil, que o Direito Civil é o direito do Código que dá segurança para o juiz porque dá aquela solução *a priori* prevista na moldura do tipo legal, que vem acompanhado da respectiva conseqüência. É essa a mudança de perspectiva que se tem que impor porque a legislação através de tipos não dá conta dos novos problemas da sociedade, que

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 09/08/2002

impõe situações novas, transformações que demandam solução urgente, que o legislador não consegue acompanhar, nem através de medidas provisórias.

Vimos, através da retórica, da necessidade de regulamentação urgente e da morosidade do Congresso, o uso excessivo de medidas provisórias, desde a edição da Constituição de 05/10/88. E nem esse uso excessivo de medidas provisórias, o Executivo legislando, foi capaz de dar conta, de resolver os novos problemas, as novas situações que a toda hora surgem e a toda hora exigem um debate profundo e a utilização dos princípios como instrumento fundamental para aproximar os interesses em conflito dos valores estabelecidos. A partir da posição que esses valores ocupam na hierarquia estabelecida pela Constituição, ter-se-á a possibilidade de encontrar com maior facilidade a solução do caso concreto.

A codificação traz, ainda, uma idéia de completude. O Código Civil nasce com a pretensão de ser absoluto, como o Código Napoleão. O que não está no Código, não existe para o Direito Civil.

Essa é a idéia inicial da codificação e é uma idéia ainda muito forte. Nesse aspecto temos vários problemas, porque quando temos leis especiais que disciplinam institutos de forma detalhada, de forma atualizada, de forma mais compatível com os atuais parâmetros constitucionais, surge o Código com a pretensão de completude, criando áreas de choque que nos vão levar a situações bastante complicadas.

Há pareceres no sentido da inconstitucionalidade de diversos dispositivos, mas o mais importante é ter o cuidado na hora de interpretar as disposições do novo Código Civil, para não se deixar contaminar pelo seu espírito. Um espírito que tem muito mais a ver com o Código de 1916 e com os valores que o Código de 1916 tutelava, do que com os valores consagrados pela Constituição de 5 de outubro de 1988, que como fonte hierarquicamente superior de normas jurídicas, têm prevalência e não pode ser afas-

tada por nenhuma disposição infraconstitucional. Essa crítica pode parecer uma incoerência, pois vim aqui falar sobre o novo Código e começo criticando a própria edição do novo Código, porém a crítica permanece atual por conta dessa advertência que acabei de fazer às senhoras e aos senhores.

É preciso ler o novo Código Civil à luz da Constituição. É preciso interpretar cada um dos seus dispositivos de forma sistemática, de forma a compatibilizá-lo com os postulados constitucionais. Tendo essa preocupação, acredito que conseguiremos evitar os retrocessos, caso contrário, corremos o risco de andarmos para trás em vários setores do direito e da vida privada, que conquistamos e nos quais avançamos nesses últimos quatorze anos.

Uma prova disso é a perspectiva com que o Código Civil trata da família. Sabemos que, no Código de 1916, a família era uma família organizada em torno do casamento. O espírito dessa família monolítica, matrimonializada do Código de 1916, permeou o novo Código. Vemos, por exemplo, que a união estável foi tratada de maneira bastante superficial. A estrutura do Código foi, inicialmente, projetada para a família matrimonializada.

É preciso voltar os olhos para as bases da família que constituiu o Código de 1916 e compará-la com as bases da família constitucionalizada, da família cujos valores estão estabelecidos nos dispositivos da Constituição de 5 de outubro de 1988. Quais eram as características da família que inspirou o Código de 1916? Orlando Gomes se referia à família pré-industrial, uma família que provia o próprio sustento, uma família que se constituía em uma verdadeira unidade de produção.

Nessa perspectiva, o *pater* era o chefe dessa unidade de produção e sob seu império estavam todos os membros da família, não apenas os membros ligados por laços de sangue, mas todas as pessoas que viviam e dependiam da produção doméstica, desde o período da es-

craavidão até o período pré-industrial. É óbvio que com as transformações, com a industrialização, com a urbanização da família, essa família vai mudando o seu papel, a sua função vai sofrendo uma mutação, que vai ter repercussão no plano jurídico. Podemos mencionar, por exemplo, uma mudança de perspectiva quando os membros da família passam a buscar o sustento fora da família, passam a buscar os meios de prover a própria subsistência nas fábricas, nas instituições de estrutura empresarial.

Um outro momento fundamental é a emancipação econômica da mulher. É muito mais fácil dominar quando se tem a sujeição econômica. Na medida em que a mulher vai conquistando a sua independência econômica, ela começa a ter instrumentos fortes para resistir à dominação do marido.

Nada acontece em um estanque. Trata-se de processo longo em que as transformações se verificam e há um conflito de valores permanente.

É interessante ver a função que teve, e falando já de filiação, a classificação legitimidade e ilegitimidade. A disciplina da filiação na família hierarquizada e matrimonializada é uma disciplina que gira essencialmente em torno da filiação legítima, que é aquela que está ligada ao casamento, a um casamento válido. Com isso, criaram-se obstáculos de inegável eficácia à distribuição de riqueza. Houve uma época que o contato entre as classes mais favorecidas e as menos favorecidas era maior, principalmente na família pré-industrial. Na fazenda, onde se produzia tudo o que a família precisava para a sua subsistência, conviviam os escravos, depois ex-escravos, libertos, capatazes, junto com os filhos do dono da terra, do *pater*. Sabemos, e os livros de História registram, que eram freqüentes relações entre os senhores e seus escravos e ex-escravos. (Aliás o problema do assédio até hoje preocupa; hoje, já sancionado diretamente). Na época da escravidão, era inclusive uma das formas ordinárias de se utilizar escravos. Imaginem o

que seria da distribuição de riqueza se cada filho do senhor com escrava ou ex-escrava se tornasse herdeiro da família, se entrasse para a família.

Então, havia o matrimônio e o estatuto de acesso ao matrimônio, ao lado da filiação legítima, como instrumentos fortíssimos que obstaculizavam esse acesso. Era como uma cerca protetora, um campo de força a proteger a família, e protegendo a família, na verdade, estava protegendo os valores das elites dominantes. Com as transformações, isso tudo perde o sentido. Hoje, falar em filiação legítima e ilegítima, independente da Constituição ter estabelecido a igualdade e ter sepultado esse código discriminatório, hoje já não tem mais função, já não tem mais finalidade. Hoje, todos os filhos são filhos e pronto. Filho é filho, tem pai e mãe, independente de qualquer vinculação dessa relação a um casamento pré ou pós-existente. Então, é com essa visão que vejo a família em função da dignidade dos seus membros, como um instrumento de realização existencial de seus membros. É com esses olhos que devemos interpretar, que devemos olhar todos os dispositivos do novo Código Civil.

De acordo com o princípio da interpretação conforme a Constituição, devem-se adaptar sempre que possível os dispositivos do novo Código de forma a não violar os preceitos constitucionais. Começo aqui, em inevitável análise mais detalhada dos artigos, embora tenha me preocupado em selecionar pontos que achei mais importantes, porque talvez não haja tempo de uma análise mais detalhada de artigo por artigo. Muitos artigos do novo Código repetem dispositivos que já estavam no Código anterior ou em legislação esparsa.

Começamos com o artigo 1.596 do novo Código que diz o seguinte: “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”. Essa redação resultou de emenda do Senado. A redação do dis-

positivo no projeto original trazia o mesmo código de discriminação: legitimidade/ ilegitimidade. Tratou-se de emenda para adaptar o texto do novo Código à Constituição. Essas adaptações, todavia, não são capazes de modificar o espírito. Vamos ver, mais à frente que, apesar dessas modificações, em vários pontos há elos que nos conduzem à perspectiva matrimonializada, à perspectiva patrimonialista do Direito Civil Clássico.

Há um outro problema no artigo 1.596. E aí acho que já é um problema de dimensão argumentativa. Esse dispositivo praticamente repete o texto da Constituição. Vamos encontrar um outro problema do Direito Civil Contemporâneo: a extrema dificuldade que se tem, na prática, de se aplicar a Constituição diretamente às relações privadas. Isso ocorre muito por conta do que acostumamos a identificar como Direito Público e Direito Privado e a eficácia argumentativa subliminar dessa distinção.

Imaginem a seguinte situação: estamos em uma Vara de Fazenda Pública; logo, não haverá nenhuma dificuldade em anular, por exemplo, um ato de demissão de um servidor público, caso se tenha verificado que não havia sido observado o contraditório ou ampla defesa no respectivo processo administrativo com base no que está na Constituição, no artigo 5º, inciso LV, independente de existir eventual lei ordinária estabelecendo, para aquele caso, a observância do contraditório e ampla defesa.

Quando transportamos o problema para uma Vara Cível, a dificuldade de aplicar a Constituição diretamente às relações interprivadas é muito grande. Sempre se recorrerá a um dispositivo de conteúdo principiológico, por exemplo o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente ou o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, para resolver uma questão que muitas vezes poderia ser resolvida (por exemplo uma questão de relação de consumo) com base no artigo 170 da Constituição. Enfim, no Direito Privado ainda se resiste a isso porque o Direito Constitucional, como um

ramo do Direito Público, tem lá a sua aplicação restrita. Há certa facilidade de aplicação quando a norma constitucional é expressa, especifica tendo um grau de generalidade menor. Quando a norma constitucional é principiológica, há uma dificuldade flagrante.

A redação do art. 1.596 do Código Civil dá a impressão de que haveria a necessidade da intermediação legislativa para a concretização desse valor constitucional. Tal intermediação é, todavia, desnecessária. A Constituição se aplica diretamente às relações privadas por ser fonte formal de normas jurídicas. Não é preciso recorrer a maiores instrumentos exegéticos para se chegar a essa conclusão. A Constituição é uma fonte formal, hierarquicamente superior a todas as outras, inclusive o que, a princípio, até excluiria a incidência da lei, porque se a Constituição é superior e está alcançando aquela área determinada, qualquer tentativa do legislador infraconstitucional de dispor sobre aquela matéria, seria ineficaz, porque não poderia tocar ali por um problema de hierarquia normativa, fosse para modificar o que o constituinte estabeleceu, fosse para confirmar.

Vejam o artigo 1.597, com o qual temos uma preocupação muito grande. O referido artigo trata da presunção de paternidade. Temos algumas situações previstas que repetem o Código anterior, e alguns dispositivos novos que têm por objetivo disciplinar situações novas, situações geradas pelo avanço tecnológico, sobretudo em matéria de reprodução humana assistida. Aqui o nosso cuidado tem que ser muito grande, porque esse ponto é extremamente complexo. Falar em reprodução humana assistida implica uma profunda discussão sobre os valores fundamentais da ordem jurídica. Todo o avanço científico, todo avanço tecnológico só se legitimam na medida em que seus resultados servem à dignidade da pessoa humana. Em algumas situações é bastante claro, é bastante fácil identificar o que serve e o que não serve. Em outros

casos, só através do debate, só através de uma reflexão mais profunda é possível chegar a uma conclusão a que, na grande maioria das vezes, não encontrará unanimidade.

Dispõe o artigo 1.597:

*“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”.*

A presunção de concepção, aqui, estaria ligada à presunção de legitimidade. Na realidade, quando o Código de 1916 falava em presunção de concepção, “presumem-se concebidas na constância do casamento”, estava fundado na idéia de que a filiação legítima (e esta é a única que importa em uma perspectiva hierarquizada, patrimonialista) estaria ligada ao casamento.

Então, pelo texto do Novo Código, o que importa é saber se houve ou não concepção à época do casamento, quando isso, na realidade, é um ranço dessa perspectiva conservadora.

Quanto aos incisos I e II do artigo 1.597, alguns autores costumam falar no prazo de dez meses, outros falam em seis meses, mas, na verdade o prazo é em dia. É preciso ter atenção porque há diferenças práticas. O prazo em dia se conta dia a dia, o prazo em mês não. Neste se repete o dia do termo *a quo*, e apenas se avança nos meses. Há uma diferença prática porque o *dies ad quem* do prazo vai variar dependendo do prazo ter sido estabelecido em dias ou em meses. Com relação ao inciso I, se o prazo é de cento e oitenta dias e o *dies a quo* é 5 de agosto de 2001, o *dies ad quem* será no dia 1º de fevereiro de 2002. Se a lei estabelecesse o prazo em meses, o termo final seria 5 de fevereiro de 2002. É preciso apenas atenção, porque encontro com alguma frequência alguns autores afirmando que os prazos em questão são

de dez meses, e de seis meses, respectivamente.

Os outros incisos do referido artigo vêm tratando do problema da reprodução humana assistida. Aqui, a nossa atenção tem que ser total. No inciso III, o legislador dispõe o seguinte:

*“III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.*

A fecundação homóloga é aquela onde só entram os gametas do casal interessado na reprodução - o óvulo da mulher e o espermatozóide do homem. Há uma discussão profunda sobre o problema dos limites da reprodução humana. Uma questão que surge, e aqui o legislador está tratando desse problema só no que diz respeito ao casamento, é se haveria legitimidade na realização desse procedimento, por exemplo, em uma mulher que não fosse casada nem companheira? Nesse sentido, está em tramitação no Congresso Nacional, um projeto-de-lei que tem por objetivo regulamentar a reprodução humana assistida. É um projeto que não traz nenhuma disposição sobre Direito de Família. Regulamenta apenas o procedimento - estabelece normas para a sua realização. Esse projeto foi elaborado de acordo com a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Um problema muito bem analisado pelo Prof. Álvaro Villaça, em artigo que eu tive a oportunidade de ler. E o que é que acontece? No projeto, a lei é expressa no sentido de admitir a reprodução assistida em mulher não casada e nem companheira. Sobre o tema, há posições e artigos como o do Prof. José Manuel Soeiro, em que se combate essa possibilidade, afirmando-se que, se a criança tem direito a ter pai e mãe, à mulher solteira não seria recomendável a realização desse empreendimento.

Mas só para se ter idéia de como essa questão é complicada e o debate pode se aprofundar, vamos pensar na mulher que optou por não se casar e tem o desejo de ter filho - o que é, sem sombra de dúvida, uma fonte incrível de re-



alização pessoal, pois tenho duas filhas e posso dizer isso de conhecimento próprio. Então, seria algo trágico, por outro ângulo, adotar uma posição mais radical. Nesse sentido, há uma outra disposição aqui que também merece nosso cuidado porque se fala em “mesmo que falecido marido” e aí vem a pergunta: É possível realizar o procedimento com o pai já falecido do ponto de vista físico? Não me refiro à possibilidade técnica, mas sim à possibilidade do ponto de vista jurídico, de realizar o procedimento com o pai já falecido. Há uma orientação também contrária nesse sentido expressa no artigo do Prof. José Manuel Soeiro.

No projeto de lei não há uma decisão expressa do legislador sobre esse ponto. E há um dispositivo que, interpretado de acordo com a norma do Novo Código, pode até autorizar uma conclusão positiva de que seria possível a realização desse procedimento com o pai falecido, que é a possibilidade (e isso está previsto no Projeto de Lei, que reproduz a resolução do Conselho Federal de Medicina) de que o marido e a mulher estabeleçam, através de um documento escrito, o destino que dariam ao material criopreservado, mesmo após a morte. Logo, pode-se deduzir que haveria a possibilidade citada. Particularmente, não vejo com bons olhos essa solução. Há um caso, narrado no artigo do Professor Álvaro Villaça, ocorrido em São Paulo, no Hospital Albert Einstein: uma noiva queria engravidar usando espermatozóide criopreservado do noivo que havia falecido. A questão foi submetida a exame do Conselho Regional de Medicina, que acabou entendendo que não seria o caso de se autorizar esse procedimento, o qual não foi realizado. Vejam que a questão é bastante complexa. Não vejo com bons olhos e também não há uma decisão clara do legislador aqui, porque a expressão, “*mesmo que falecido o marido*”, pode significar falecido após o procedimento, mas antes do nascimento. De qualquer forma, é o caso de se verificar também a vontade

do marido. O Projeto de Lei, pelo menos, estabelece a obrigatoriedade de uma declaração formal nesse sentido.

Ainda tratando da reprodução humana homóloga, temos aqui o problema do inciso IV do artigo 1.597 do novo Código Civil que dispõe:

*“IV - Havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.*

O que são embriões excedentários? São aqueles que não são utilizados. Como é feito o procedimento? Depois da coleta do material, produzem-se vários oócitos ou pré-embriões que serão depositados na receptora. É possível que nem todos os embriões sejam utilizados. Os que sobrarem são considerados embriões excedentários. Sobre o ponto há uma discussão ampla também, e inclusive, posições no sentido de que os embriões excedentários devam ser evitados, salvo se houver risco para a saúde da mãe, porque ali já haveria o início da geração de um ser humano, sendo os seus interesses dignos de proteção. Entretanto, o projeto de lei, que trata da reprodução assistida, parece ter previsto a possibilidade de embriões excedentários, estabelecendo uma disposição no artigo 11 que, embora não esteja diretamente ligada ao Código Civil novo, diz respeito ao problema dos embriões excedentários e será útil na identificação das soluções dos problemas que virão pela frente. Está assim redigido:

*“Art. 11. As clínicas, centros ou serviços podem criar-preservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões”.*

A criação-preservação consiste na manutenção dos embriões em nitrogênio líquido. Trata-se de processo muito caro, ao qual poucas pessoas têm acesso, mas, podemos concluir que o avanço tecnológico, deve baratear esse procedimento, que pode vir a alcançar, se for popularizado, uma dimensão que hoje não tem, como aconteceu com o computador, por exemplo, que quando foi criado era um privilégio de poucas pessoas porque custava milhões de dólares. E,

hoje, está aí ao acesso de muitos.

O parágrafo 1º, do artigo 11 do projeto dispõe:

*“§ 1º. O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído”.*

Está aí prevista expressamente a possibilidade de embriões excedentários. O legislador, no projeto, está preocupado com a proteção da personalidade desses embriões na medida em que veda a sua destruição ou o seu descarte. E o que fazer, então, com esses embriões excedentários? Eles seriam criopreservados e o casal decidiria o seu destino. Mas o legislador fecha a possibilidade de decisão quando proíbe a sua destruição e o seu descarte e quando estabelece, no parágrafo 2º, o seguinte:

*“§ 2º. No momento da criopreservação os cônjuges ou companheiros devem expressar a sua vontade por escrito quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos e **quando** desejam doá-los”.*

Seria o caso de imaginar a obrigatoriedade da doação e “doá-los” significa utilizá-los em um processo de reprodução humana assistida heteróloga.

Então, aqui, estamos tocando em um ponto delicadíssimo, porque a conservação dos embriões excedentários é caríssima. Imaginem a seguinte situação: vamos supor que o casal tenha estabelecido a criopreservação por um lapso de tempo e não arque com as despesas. Seria lícito imaginar a utilização desses embriões excedentários em outras pessoas? Sem contar com o fato de serem fortes os argumentos dos que defendem a vedação desse procedimento. O Código Civil, nesse ponto está, até em sintonia com o projeto, prevendo implicitamente a possibilidade de embriões excedentários. Acho que essa matéria mereceria um maior aprofundamento

pelas repercussões que tem no plano da dignidade da pessoa humana.

Trataremos agora de um problema maior ainda, o da inseminação artificial heteróloga. Dispõe o inciso V do art. 1.597:

*“V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.*

A própria inseminação artificial heteróloga é objeto de diversas opiniões em contrário. Há quem sustente ser contrária ao direito a própria realização da reprodução assistida heteróloga, aquela que é feita com gametas de outras pessoas, que não os do casal. E aí os problemas são vários. Não há como negar que o direito à identificação é um direito da personalidade. Mas o procedimento, tanto no que diz respeito ao doador como ao receptor, preserva o anonimato de todos. Há a obrigatoriedade de manter-se tanto o doador como o receptor em sigilo. Eu doo, não sei para quem vai e quem está recebendo não sabe de quem veio. Como compatibilizar tal prática com o direito à identificação? E mais, há um problema de relações incestuosas involuntárias. Existe a previsão de limitação de doadores gerando pessoas de sexos diferentes a partir de um determinado número de habitantes por região. Mas isso também não elimina, embora reduza, os riscos dessas relações. É claro que se duas pessoas, um homem e uma mulher foram gerados através de reprodução assistida heteróloga do mesmo doador, são irmãos sem saber, então podem se conhecer e se interessar um pelo outro, iniciando uma relação incestuosa involuntária, com diversos problemas decorrentes. Mas o Código admite, implicitamente, e nesse ponto está também em sintonia com o projeto - a inseminação artificial heteróloga.

Quero aqui tecer três comentários sobre a interpretação do dispositivo, que no meu modo de ver são fundamentais: em primeiro lugar, quando se admite inseminação artificial heteróloga, a solução dada ao problema tinha que ser a adotada pelo Código Civil, não podia ser

outra. Por que? Sem esse dispositivo, qual é a situação do filho gerado por inseminação artificial heteróloga? Ele sabe quem é a mãe, mas não sabe quem é o pai. Se o pai social, se o marido da mãe, registra o filho, não fosse essa disposição, estaria cometendo uma “adoção à brasileira” porque a verdade biológica é diferente do que está lá registrado, o que seria algo absolutamente problemático. Portanto, a se admitir a reprodução heteróloga, o pai tem que ser o marido da mãe e não o doador, em hipótese alguma. Isso, sem entrar na discussão da questão do direito à identificação.

O pai tem que ser o marido da mãe, e por conta disso (segundo comentário), a presunção aqui é absoluta. Obviamente, as presunções estabelecidas nos outros incisos podem ser afastadas, pois levam em consideração a verdade biológica provável. Já no caso do inciso V, o legislador, de antemão, sabe que a solução dada ao problema se distancia da verdade biológica. O legislador sabe muito bem que o pai não é o marido, mas estabelece a paternidade sobre o marido desde que tenha prévia autorização deste. Aqui pode surgir uma indagação: a autorização tem que ser por escrito ou pode ser verbal, tácita etc? Na regulamentação do Conselho Federal de Medicina, assim como no projeto de lei, qualquer procedimento de reprodução humana assistida, pressupõe o consentimento informado por escrito de ambos: marido e mulher ou companheiro e companheira. No caso de a mulher pretender submeter-se ao procedimento por conta própria, se for casada ou companheira, precisa da autorização do companheiro ou do marido por escrito. Mas como o projeto de lei, por enquanto é ainda projeto, há de se levar, aqui, em consideração que o Código não estabeleceu exigência de forma, e não estabelecendo, por qualquer meio poder-se-ia provar esse consentimento.

Uma outra questão: e quanto à união estável? Nesse ponto o projeto de lei sobre reprodução humana assistida é mais avançado que o Novo Código Ci-

vil. Lá há previsão do procedimento por casal casado e por casal que vive em união estável. Já o dispositivo do Código só se aplicaria, numa primeira leitura, ao casamento. Mas vejam, ele tem que ser aplicado também à união estável. E por quê? Não por eventual alegação de equiparação ou de igualdade entre casamento e união estável, pois, como se sabe, são institutos diferentes, mas, sobretudo, pela igualdade entre os filhos, advindos do casamento e da união estável. Porque, caso contrário, a conclusão seria a seguinte: o filho advindo do casamento, é filho do marido da mãe; o filho advindo da união estável, é filho de banco de sêmen, o que criaria uma situação discriminatória, sem qualquer amparo. Dessa forma, em se tratando de reprodução heteróloga - isso é fundamental, porque em uma reprodução homóloga não há problema, pois o pai vai ser sempre o companheiro - , o problema é grave, porque se não se puder chegar a uma conclusão jurídica de que o pai é o companheiro da mãe, a verdade biológica apontará para outro caminho.

E aqui temos um outro problema que exigirá um esforço exegético, que é quando se fala em inseminação artificial heteróloga. Pode se ter a impressão de inseminação em que se está usando o material de outro homem, porém também há possibilidade de usar material de outra mulher. E, aliás, havia me referido, há pouco, à possibilidade de o casal dispor e determinar quando os embriões excedentários seriam doados. Se eles serão doados, o serão para um outro casal e o óvulo, logo, não será da receptora. Então é preciso se interpretar isso para dizer: quem será a mãe? Deve ser considerada mãe a mulher ou acompanhadora, porque seria desrespeitar os princípios constitucionais aplicar esse dispositivo para considerar a presunção aplicável apenas ao marido. Pode-se dizer que aqui temos duas presunções absolutas. E, como se sabe, presunção absoluta, na verdade, não é presunção, apenas é um delimitador da hipótese de incidência da norma jurídica. Na

reprodução humana heteróloga, pai e mãe serão o casal receptor, sempre, em qualquer situação. Mas, claro, desde que haja o consentimento. E aí pode-se perguntar: Mas e o consentimento da mãe? É pouco provável que a mulher se submeta ao procedimento sem o seu consentimento. Creio que seria algo dispensável, para efeito de determinação da maternidade, salvo se provasse que foi forçada. É uma situação um pouco difícil de acontecer, mas de qualquer maneira são questões que ainda desafiam um debate muito mais amplo, um debate que ultrapasse as fronteiras do Conselho Federal de Medicina. Não há dúvida que a opinião médica é de fundamental importância aqui, mas é preciso se ampliar esse debate, é preciso colocar nesse debate os trabalhadores do direito e os demais segmentos da sociedade.

Temos aqui no art. 1.598 uma solução que o legislador deu para um problema que tinha o Código de 1916, que é o problema do conflito de presunções. Quando se estabelece a presunção de paternidade de um filho no momento em que ele nasce a partir de cento e oitenta dias do início da convivência ou até trezentos dias após a extinção, a separação, cria-se a possibilidade de haver um conflito de presunções. Porque imaginem, se a mulher, eventualmente, não respeita aquele prazo dilatatório entre um casamento e outro e vem a ter outro filho que nasce a partir dos cento e oitenta dias do segundo casamento, mas ainda dentro dos trezentos desde a dissolução do primeiro, vamos ter aí duas presunções apontando para pais diferentes. Então o que acontece? O legislador resolveu essa questão, no artigo 1.598:

*“Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597”.*

Na doutrina já se argumentava pela inexistência de presunção, cabendo ao juiz aplicar as provas que resultarem da instrução e isso sempre, pois a presunção é relativa. Mas há quem sustente a presunção em favor do primeiro marido. O Código Alemão coloca a presunção em favor do segundo, mas creio que a nossa solução, do ponto de vista da probabilidade, está mais perto do acerto, pois a gestação normal dura de 30 a 32 semanas, quando o filho é considerado nascido a termo. Antes disso, a probabilidade é menor porque se trata de uma situação excepcional. Então, acho que o legislador, aqui, andou muito bem.

Sendo assim, as questões principais, no meu modo de ver, já foram abordadas, razão pela qual agradeço a atenção de todos e aguardo, ansiosamente, os debates.

## DEBATES

### **Des. Maria Raimunda Teixeira**

Prof. Flávio Lauria ressaltou a importância das normas da Constituição Federal, que vigoram desde de 1988 e realmente elas são de realce, tanto assim que há uma corrente doutrinária que chama de direito constitucional da família, o qual vem sendo aplicado largamente entre nós e o fundamento principal da aplicação dessas normas é o princípio da dignidade humana, aliás que também se espraiou pelos outros setores do Direito Civil e vem sendo aplicado largamente, inclusive no Código de Defesa do Consumidor. O princípio da dignidade humana eu diria que é a síntese da ética, da moral e dos bons costumes. Recentemente, houve uma reunião de juristas mineiros preocupados com esta situação que trouxe o código no ramo do direito de família. Eles se reuniram para estudar a questão da ética e da moral e a prevalência desses valores no âmbito do direito de família. E chegaram à conclusão de que hoje deve prevalecer a ética. Aliás, li um artigo muito importante do Prof. Rodrigo - que, além de advogado, é psicanalista e presidente do Insti-

tuto Brasileiro do Direito de Família - em que ele ponderou que já é hora de ressaltarmos cada vez mais a ética e observarmos que a moral hoje não é o fator preponderante para a aplicação do Direito de Família. Ele até ressaltou a questão - perdoem-me o posicionamento, mas concordo com ele - da orientação que foi dada com relação à guarda do filho da Cássia Eller, entendendo que a questão foi olhada pelo ponto de vista ético e não pelo ponto de vista moral. Se fosse pelo ponto de vista moral, a guarda da criança seria concedida ao avô, mas a ética e considerando o maior interesse do menor, fez com que o juiz concedesse a guarda à companheira da Cassia Eller.

Então ele trouxe ao palco um pensar que é uma realidade. Temos hoje que nos preocupar com os novos horizontes, com a nova realidade que nos apontam os ramos do direito de família e, como operadores da lei, não retroceder no tempo e aplicarmos a lei de acordo com a realidade da sociedade.

Uma questão também muito importante que o professor ressaltou é a questão da igualdade dos filhos. Esta igualdade dos filhos também vem sendo praticada desde o advento da Constituição. Filhos são iguais qualquer que seja a natureza. Às vezes o novo código claudica, como ele próprio ressaltou, esquecendo esta igualdade que já foi preconizada pela Constituição há doze anos atrás e ainda descamba algumas vezes para o lado do patriarcado. Os filhos são iguais qualquer que seja a natureza e tal é o alargamento desta igualdade que hoje também a sociedade se preocupa com os filhos, as crianças marginalizadas. Temos o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é uma lei maravilhosa e que vem ajudando a todos os que labutam na questão da criança marginalizada. Ele deu rumos para que essas crianças pudessem ser assistidas, acolhidas, agasalhadas. Ontem, estive participando de uma mesa, sobre ética no Direito, na aplicação da lei e na família, onde foi abordada uma ques-

tão relevantíssima. É a questão da entidade familiar a ser enfocada de uma forma mais ampla para que nela sejam introduzidas também aquelas situações das mães substitutas, das mães voluntárias, que já constituem uma realidade entre nós, e que não podemos desconhecer. Então, elas também constituem entidades familiares e os filhos destas criaturas que são arranjos sociais, mas que têm validade porque a lei prevê, merecem tanta proteção quanto os demais filhos, quanto os filhos nascidos do matrimônio, quanto os filhos nascidos de uma união estável, quanto os filhos nascidos de um concubinato, enfim, são cidadãos e merecem igual proteção.

Queria, apenas, indagar ao professor uma questão, que me resta dúvida, da imprescritibilidade das ações de estado. As ações de estado, como sabemos, desde o advento da Constituição, vêm sendo consideradas imprescritíveis. Algumas das correntes a favor da imprescritibilidade, entendem que toda e qualquer ação de estado é imprescritível. Como sabemos, a ação negatória de paternidade possuía prazos curtos, pequenos, que aliás, não eram de prescrição, mas sim de decadência, isso em relação ao Código. O prazo para a propositura da ação negatória foi revogado, inicialmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois isso ficou sedimentado entre nós e posteriormente por uma súmula do Supremo Tribunal Federal. Agora o próprio código já faz menção expressa de que a ação negatória de paternidade é imprescritível. Por outro lado, o artigo 1.604 do Código Civil, reproduzindo o artigo 348 do código anterior, prevê a possibilidade de que seja proposta a ação por quem tenha interesse econômico e moral contra o registro de nascimento de qualquer pessoa. Mas ele condiciona a que esta propositura da ação seja dirigida no sentido de que se demonstre o erro ou a falsidade do registro, quer dizer ele já delimita as hipóteses em que isso é possível. A questão que indago ao professor é a seguinte: há esta possibilidade, como o próprio

código prevê e como já viemos praticando no nosso dia-a-dia forense: terceiro ajuíza uma ação pretendendo impugnar a paternidade de alguém uma vez que ele esteja investido de interesse jurídico e moral. Então, considerando que o código se orientou quase que totalmente pelo princípio da paternidade biológica e hoje a orientação é no sentido de que se deve prestigiar cada vez mais a paternidade sócio-afetiva, considerando também a segurança das relações jurídicas e considerando que algumas pessoas ajuízem tais ações por interesses quase que exclusivamente econômicos, indago se não seria a hipótese nesses casos de ajuízações por terceiros, de se estabelecer prazo para esses ajuízamentos de ações.

### **Prof. Flávio Lauria**

A pergunta é muito boa, inclusive acabei não tocando nesse tema porque o tempo foi insuficiente. Mas essas questões da impugnação da paternidade e da investigação da paternidade sofreram uma interessante evolução. O sistema codificado de 1916 era o da limitação da legitimidade, no qual só o marido podia ajuizar a ação de contestação. O prazo curtíssimo e as causas taxativamente previstas. Esse era um sistema terrível. A justificativa era a manutenção do poder do *pater*, só ele podia decidir. E o interessante é que uma das primeiras teorias para justificar a presunção de paternidade era a que explicava a presunção a partir do direito de acessão. O *pater*, dono da mulher, teria direito à paternidade dos filhos por serem estes o fruto da mulher.

Com o tempo houve progressos e a jurisprudência hoje admite tranquilamente a investigação independente da contestação da paternidade. Todavia, no que diz respeito à medida adotada por terceiro, vários são os ângulos sobre os quais a questão tem que ser avaliada. Por exemplo, sob o ângulo da imprescritibilidade. Em primeiro lugar ressalvase que, na verdade, não se trata de prescrição, mas sim de decadência, como

bem lembrou a Desembargadora Maria Raimunda, o que demonstra que neste ponto o legislador cometeu uma incoerência. Na Parte Geral, preocupado com o aspecto técnico, o legislador adotou uma redação diferente daquela usada no Código de 1916. O Código anterior adotava uma perspectiva concretista da ação, ao proclamar que a ação estaria sujeita à prescrição. O legislador atual fez como o Código Alemão de 1896, esclarecendo que o que prescreve é a pretensão, o que hoje também se questiona, pois, na verdade, a pretensão subsiste à consumação da prescrição. A prescrição atinge, na verdade, a eficácia da pretensão. Mas, provavelmente, daqui a cem anos, quando tivermos um código proclamando a prescrição da eficácia da pretensão, já se terá chegado a outra conclusão. É por isso, dentre outros motivos, que a codificação é uma opção bastante questionável. Além disso, o legislador teve o cuidado de, ainda na Parte Geral, distinguir prescrição de decadência, corrigindo outra deficiência técnica da codificação do século passado. Mas, no que tange à impugnação da paternidade, no Livro do Direito de Família, manteve o erro ao mencionar como imprescritível um direito que, em realidade, não estaria sujeito à decadência (considerando que não existe previsão geral de decadência, basta que a lei não estabeleça prazo na hipótese para que tal efeito naturalmente ocorra).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, vem aplicando o prazo de decadência na impugnação da paternidade quando se verificar que uma eventual sentença de procedência do pedido seria prejudicial ao filho, à criança, por conta do princípio do melhor interesse. Vejam como a questão ganha uma outra dimensão. Embora não seja negado o direito a impugnação, não seria aconselhável deixar a criança sem pai. Não foi apenas uma decisão, há vários precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul neste sentido, o que caracteriza uma orientação. Eu acho que essa orientação se aplica à investi-

gação por terceiros. Em primeiro lugar, não pode de maneira nenhuma, deste processo, resultar uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança e, de maneira nenhuma, a solução pode ser orientada a partir de interesses meramente patrimoniais, até porque a Constituição promoveu a despatrimonialização do Direito Civil. Despatrimonialização como a substituição do patrimônio pela dignidade da pessoa humana, como valor central da ordem jurídica. Então, nessa questão, os valores existenciais também têm que estar em primeiro lugar.

Em resumo, temos que trabalhar com princípios, com valores, aproximação e dissociação de valores e adotar a solução para cada caso, de acordo com a hierarquia de valores estabelecida pelo legislador constituinte.

#### **Dr<sup>a</sup> Conceição Mousnier**

Desejo fazer uma dupla provocação, tanto ao Prof. Álvaro Villaça, quanto ao Prof. Flávio Lauria. Ao primeiro, porque já o conheço de longas datas, acompanho as suas manifestações públicas e os seus artigos e sei que ele tem um grande apreço pela família, pela moral da família e ao mesmo tempo um largo entendimento do que seja essa moral, um entendimento inovador, de acordo com os novos postulados modernos, constitucionais e da praxis do mundo moderno e um grande apreço pela mulher. Então, com uma certa preocupação - sem querer ressuscitar a piada portuguesa - no que diz respeito à virgindade (que foi retirada do novo Código Civil a entrar em vigor, como causa de erro essencial passível de anulação do casamento) sabemos que a ideologia do patriarcado, no que tange à educação diferenciada dos gêneros, atingiu o ápice do seu amadurecimento nesse artigo 1.557, que retirou do elenco das causas de erro essencial o fato de não ser virgem a nubente. Mas, ao mesmo tempo, já existem vozes que estão interpretando o artigo 1.557, inciso I, no que diz respeito à identidade da nubente, à sua honra e boa fama,

a situação também de erro essencial sobre pessoa. Sabemos que para certos segmentos sociais, dificilmente a virgindade da mulher será importante para o noivo nos grandes centros urbanos etc. pela revolução dos costumes. Agora, em alguns segmento sociais o interior do Brasil ou em alguns segmentos religiosos - e falo aqui com maior respeito em relação a tudo isso - o fato de não ser virgem a mulher assume relevância; o juiz tem que ser o intérprete para toda a população brasileira. Em muitos segmentos religiosos, o desconhecimento do defloramento da mulher será muito sério porque pregam e seguem a prática de não existir sexo antes do casamento. Então o defloramento da mulher ignorado pelo marido, pertencente, por exemplo, a esse segmento religioso, poderia dar margem a ele a entender insupportável a vida em comum no momento em que descobre o desvirginamento. O novo Código Civil tem inúmeros defeitos, mas também é digno de muitos aplausos em vários aspectos. Entendo que o "grande barato" do Código Civil moderno, que vai entrar em vigor, é o fato de conseguir discernir que a honorabilidade da família não se prende à virgindade da mulher. Uma coisa é a virgindade da mulher, que não está mais contemplada no elenco do art. 1.557 e outra coisa é a moral da família, a respeitabilidade dos cônjuges, a sua honra, a sua boa fama, que continuam sendo prestigiados pelo legislador.

Então gostaria que Vossa Excelência conciliasse essas duas questões. Com relação ao Prof. Lauria, tive o prazer de conhecê-lo fisicamente e acho que Vossa Excelência tem uma grande vantagem, por conciliar a maturidade do plano das idéias à sua extrema jovialidade biológica. Então isso é uma grande vantagem: amadurecido no plano das idéias e muito jovem e com muito tempo e com muito gás ainda para refletir e contribuir para o avanço da ciência jurídica. E consegui apreender a sua sensibilidade com relação à criança quando Vossa Excelência, ao se referir ao pra-

zer, à realização que é vinda dos filhos, não se referiu à maternidade - é muito comum se ouvir falar, e realmente considero que a maternidade é a maior realização da mulher, pois coloco a maternidade acima até da realização profissional, dentro da minha ótica e referindo-se à paternidade. Como é realizador ser pai, trazer filhos, saber consagrada a sua descendência, saber que vai deixar um legado para as próximas gerações.

Então queria saber de Vossa Excelência, dentro dessa sensibilidade, com relação à filiação: o que o senhor me diz quanto ao princípio de igualdade absoluta, sem qualquer possibilidade de discriminação, no que diz respeito à filiação incestuosa - não expressamente contemplado na redação final do Código Civil, apesar de previsto no projeto - o que o senhor entende quanto ao melhor interesse da criança no tocante à filiação incestuosa? Deixo aqui uma indagação: Será do melhor interesse do filho incestuoso ver declarado na sua certidão de nascimento que ele é fruto dessa filiação incestuosa? Será que esse é o melhor interesse da criança? Tenho certeza de que ele merece a filiação, tenho certeza de que não pode haver discriminação, mas a este primado se levanta um talvez ainda maior: o do melhor interesse da criança. Esta é uma dúvida que já está ferindo a situação notarial no Brasil, pois será de responsabilidade do notário colocar ali a filiação incestuosa declarada na certidão de nascimento que poderá trazer pruridos de discriminação muito maiores do que se não constar a filiação incestuosa: pai e mãe deflagrando a filiação incestuosa a público, em um documento público como é a certidão de nascimento. Deixo ao Prof. Lauria essa indagação também.

### **Prof. Álvaro Villaça**

No caso do respeito à família etc., entendo que a pessoa que se casa ou que vive com outra pessoa - vale até para a união homossexual - deve ter um sentimento que é o mais importante e que não deve ser abalado. Não interessa se é em razão de virgindade, de impotência, por

alguma doença ou a falta de algum órgão que possa causar uma situação de desespero à outra parte por exemplo.

Então a idéia é a seguinte: primeiro, foi importante tirar essa situação da virgindade da mulher como sendo um óbice, ou seja, algo que a lei oficializou porque não se fala também da virgindade do homem, que é outro problema. A virgindade do homem pode existir de tal sorte que a sua inexperiência em uma noite de núpcias - há mais de mil casos já - pode colocar em derrocada todo o casamento. Sempre procurei a conciliação e percebi que, às vezes, há motivos que são personalíssimos, então entendo que a dignidade da pessoa deve ser considerada principalmente no âmbito da pessoa. Não adianta vir alguém de fora e dizer: "- você tem que tolerar tal situação". "- Não é porque a mulher já é desvirginada que tem que romper com uma família". É uma questão de suportabilidade. A pessoa tendo em vista isso e conforme a criação que recebeu - pois o ser humano é um animal - se sente um homem traído. A pessoa começa a desenvolver um verdadeiro fantasma que os psicólogos entendem que deva ser dissipado. É melhor jogar com a realidade e dizer: "- Se você não pode viver com fantasma, não adianta ir ao centro espírita, a não ser para fechar o corpo, para tirar o fantasma".

Outro problema: Em uma peça do Garcia Lorca, há um caso em que a mulher chega a matar o marido porque ela tinha a expectativa de conceber uma criança. Ela acaba tendo um amante. Eu ouvi casos no escritório em que a pessoa fala que tem o sonho de ter filhos - é a peça do Garcia Lorca - e não consegue. Isso é um problema que chamo de minhoca na cabeça: a pessoa vai pondo isso na cabeça até que a vida em comum fica insuportável. Eu cheguei a ponto, por exemplo, de em depoimento no escritório, ouvir a mulher dizer que não podia olhar para o marido que sentia coceira. Então perguntei-lhe o porquê e ela respondeu que era porque ele gostava de jazz e ela de música clássica



ca. Tem-se que respeitar essa posição da pessoa.

Então, como o casamento e a união estável são contratos, ninguém pode existir ou persistir na relação contratual sem a *affectio maritales et uxoria*, ou seja, sem afeição do marido e da mulher e sem afeição dos companheiros. De tal sorte que nesse ponto, entendo que foi inteligente a retirada dessa situação da virgindade da mulher. Houve um caso também no escritório em que as pessoas mantinham relações sexuais antes do casamento, uns cinco ou seis casos em quarenta e dois anos de advocacia, é meio raro acontecer. Então qual foi o problema psicológico? A mulher tinha um filho e ocultou a existência desse filho ao nubente, ao seu companheiro, que depois viria a ser o seu esposo. E isso causou um trauma no nubente, ele foi ao psiquiatra, ao psicólogo, quer dizer, a situação é exagerada, mas o Tribunal de São Paulo anulou o casamento por erro de pessoa, dizendo que o que traumatizou o homem foi o fato de a mulher ter mentido para ele ou ter escondido que ela, embora fosse desvirginada, tivesse um filho. Ele queria casar com uma mulher que, embora desvirginada, não tivesse filho. São situações muito subjetivas que têm que ser analisadas pelo juiz. Ele terá que analisar cada uma delas e não adianta decidir. Vai dizer “*vamos permanecer juntos*” e cada um vai para um lado, se separa.

Então, quando não há possibilidade de uma vida harmoniosa, é sempre melhor que exista a separação. Caso contrário, fica um palco de desgraças e de incompreensões dentro da casa, causando uma vibração negativa incompatível com a dignidade humana.

E com relação ao parágrafo 6º, do artigo 227, mencionado pelo Prof. Flávio Lauria, na minha tese do concubinato ao casamento de fato, propugnei para o Bernardo Cabral colocar esse artigo na Constituição e não é invenção minha. Se pegarem o artigo 202, do Código de Família, de Idalgo, que é um dos Estados do México, lá cada estado tem um Código de Direito de Família, é a tradu-

ção exata que fiz deste artigo e que hoje é o parágrafo 6º do artigo 227. Sempre fui a favor dessa completa independência e de que não haja nenhuma restrição com relação à igualdade. Mas, na verdade, a igualdade e as proibições já existiam. O que esse artigo fez foi justamente possibilitar a igualdade dos filhos adotivos. Nenhuma lei anteriormente havia falado nisso, nem a Lei 6.515 e nem a Legislação Específica, que modificou o Código de Registros Públicos, se não me falha a memória, a Lei 6.015/73.

### **Prof. Flávio Lauria**

Quanto ao problema de registro de nascimento dos filhos incestuosos, uma pergunta magnífica e bastante difícil. O pensamento sistemático não a resolve. Então vamos aos tópicos, o que interessa aqui. A relação incestuosa é algo absolutamente abominável na nossa cultura. Isso é tranqüilo, mas nem sempre foi assim, mesmo no mundo ocidental. Como vemos no filme “A Rainha Margot”, estrelado pela brilhante Isabelle Adjani – no qual é retratada a matança da noite de São Bartolomeu, promovida por Catarina de Medici (que depois virou enredo de duas escolas de samba do Rio de Janeiro) a relação dos irmãos entre si, a mãe com filho etc. (e naquela época não havia os recursos anticoncepcionais que temos hoje). Imaginem a confusão.

Então, temos que a relação incestuosa é incompatível com a nossa cultura, é reprovada de forma grave pela nossa cultura. Esse é um ponto. Aí, a primeira pergunta que temos que fazer: Tudo que é reprovável pela nossa cultura merece ser oculto, merece ser combatido (porque a cultura também está em permanente mutação)? Uma filiação incestuosa se percebe na própria certidão de nascimento, não precisa de nenhum outro documento pois pela sua leitura se percebe que, por exemplo, o pai e o avô paterno são a mesma pessoa. E a pessoa gerada dessa relação terá problemas por conta deste rótulo: “filho de uma relação incestuosa”.

Agora, qual é uma das características do estado civil? O estado civil é oponível *erga omnes* e por isso é público, está no registro, todos têm possibilidade de conhecer. Haveria um inegável interesse de terceiros a proteger, e aí entendo que existam outros desdobramentos.

Porque a nossa cultura reprova veementemente o incesto, essa filiação decorre de uma relação, provavelmente, doentia. E aí terão outras repercussões no que diz respeito ao futuro da criança, isso se ela não nascer com sérios problemas de saúde, pois a possibilidade do encontro das recessividades é muito grande e muitas doenças graves decorrem de gens recessivos. E como fica o interesse das outras pessoas de conhecerem ou reconhecerem esse estado de filiação? Porque se o estado é *erga omnes*, tanto ele é oponível, quanto se pode dele conhecer, justamente pela oponibilidade.

Não há dúvida que por mais que a relação seja incestuosa, o pai e a mãe serão os sujeitos da relação incestuosa. A uma primeira vista, estou tendendo a considerar que a informação do registro é relevante, até por uma razão: não posso afirmar aqui, com segurança absoluta, que esconder este fato seja o melhor para aquela criança. E é só isso que me faz chegar à essa conclusão preliminar. O que garante que ocultar este fato da sociedade vai ser melhor para a criança, para aquele futuro indivíduo? O fato ninguém apaga, o fato vai acompanhar a criança para o resto da sua vida, quer queira, quer não. Não sou psicanalista, mas talvez não seria melhor que essa criança desde cedo pudesse trabalhar com isso, desenvolver isso, resolver o problema?

Talvez lidar com isso desde cedo seja melhor. Como vamos saber? Posso dizer o seguinte: tenho essa conclusão preliminar aqui, com base nessa especulação que acabei de apresentar aos senhores de que a princípio, o correto seria constar do registro, contudo acho que o debate precisa ser ampliado, inclusive interdisciplinarmente.

### **Dr<sup>a</sup> Conceição Mousnier**

A lúcida inteligência de Vossa Excelência caminha por uma estrada que é apontada por muitos, mas a psicologia universal entende que o melhor interesse da criança é visto de forma regional. No Brasil, como Vossa Excelência colocou com muita propriedade, é um fato abominável a relação incestuosa. Então, como os curadores terão que opinar, formar seu convencimento e os juízes terão que decidir, já me interessei pela legislação internacional, que dá uma solução parcial para evitar, para atender também ao interesse público no sentido de que não conste da certidão como de um todo, para a escola etc., mas constante no momento, por exemplo, em que esse filho incestuoso pretenda um casamento. Então o nubente saberá que ele é fruto porque será extraído, mas essa é uma situação que no Brasil não foi prevista legalmente, então será um gigantesco esforço da construção pretoriana, mas a legislação espanhola, por exemplo, resolveu isso assim. Mas, de qualquer maneira, fico muito feliz que Vossa Excelência tenha abordado esse interesse público para que não se pense apenas no interesse da criança, pois, no Brasil, apesar de todos saberem do meu carinho pela criança, minha formação toda voltada para a criança, hoje é um “ai, ai, ai” o interesse da criança, e onde fica o interesse público também? Fiquei muito feliz com a resposta.

### **Prof. Flávio Lauria**

Também fiquei muito feliz com os seus comentários e elogios, os quais agradeço, sinceramente. Já tive o prazer de assistir Vossa Excelência palestrando sobre temas ligados à família e posso dizer que o mesmo sentimento me preencheu. E digo que sempre foi um incentivo muito grande para o aprofundamento dos meus estudos na área do Direito de Família esse contato com pessoas que desenvolvem tão bem o tema como Vossa Excelência. Assim como acabou de demonstrar no comentário à minha resposta. Resolveu de for-

ma brilhante a pergunta muito bem elaborada e a qual também agradeço.

### **Dr. Ricardo Cardoso**

Apenas a título de esclarecimento, aquele tal enunciado – ao qual o prof. Álvaro Villaça se refere – a Corregedoria falava em 5 anos para a união estável, e para a sua tranquilidade, ele nunca foi aplicado aqui no Rio, ficou só como enunciado. Pois bem, mas a pergunta não é essa.

Quanto à das inovações do código em relação à união estável, verifico que no artigo 1.723, parágrafo 1º, diz que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 521, os mesmos do casamento. Então, em se tratando de casamento, temos o casamento putativo, que produz efeitos para a prole e para o cônjuge que estiver de boa-fé. Pergunto: na medida em que esse artigo impõe os mesmos impedimentos para a constituição da união estável, que centraliza o instituto da união estável até na figura do casamento, poderíamos falar em união estável putativa (ou seja, imaginemos aquele casal em que o varão esconde de má-fé o fato de ser casado?) E a mulher, na crença de que está se relacionando com um homem solteiro, vive um período longo, duradouro e, em uma determinada localidade, aparentando uma verdadeira família aos olhos da comunidade local. Para ela, que desconhecia esse impedimento, poderíamos falar em produção de efeitos, ou seja, ela teria a aquisição de metade dos bens adquiridos na constância daquela “união”, ou seja, produzindo efeitos como se fosse putativo? Essa pergunta é para o Prof. Álvaro Villaça.

Também gostaria de deixar uma pergunta rápida para o Prof. Flávio Lauria: Em se tratando de investigação e filiação, como o senhor vê uma possível revisão da coisa julgada ante à quase certeza do exame de DNA, atribuindo a filiação a alguém, ou seja, imaginemos um processo de investigação de paternidade definitivamente julgada em uma época em que não se falava em exa-

me de DNA. Hoje temos o exame de DNA, que confere essa quase certeza, mas teríamos o óbice da coisa julgada. Então, pergunto, como o senhor vê essa questão. A sua ótica seria possível rever isso frente a esse novo exame que atesta a filiação de alguém? De ante mão, já agradeço a ambos pelas respostas que conferirão.

### **Prof. Álvaro Villaça**

Agradeço ao juiz, pois é uma hipótese interessantíssima. Certamente, essa questão da putatividade na união estável, entendo que, em tese, existe, quando não houver impedimento para o casamento, mas sim, a ocultação do fato de alguém ser casado. Então, nesse caso, sendo casado, existe a putatividade, aí aplica-se o artigo 1.727. Este fala em relações não eventuais, quer dizer, constantes, entre um homem e uma mulher, impedidos de casar e tais relações constituem concubinato. Ora, quem está impedido de casar? O separado, judicialmente e de fato. Então, quer dizer, toda a base do desquite ficava completamente inibido. Quando vai haver, então, a união estável? Só entre viúvo, divorciado e solteiro. Quem estivesse separado de fato ou juridicamente não iria poder, pois estaria impedido de se casar sem o divórcio. E eu acho que é um desrespeito à dignidade da pessoa humana. Se a pessoa for católico, pode ser contrária ao divórcio, então vai pela separação judicial, que seria a separação temporal do código canônico. Desde o código canônico de 1917 ao atual de 1983, desde o Decreto de Graziana de 1150, a igreja é sempre contrária ao divórcio.

Na verdade, briguei bastante no Congresso para eliminar o efeito desse artigo. A minha posição foi a de acrescentar a esse parágrafo 1º do artigo 1.723 o seguinte: “Não se aplicando a incidência do inciso VI, no caso de a pessoa casada se achar separada de fato.” E parava aqui o texto do projeto. Hoje, já tem mais: “ou judicialmente”. Essa questão, “ou judicialmente”, achei melhor colocá-la nesse parágrafo 1º e eliminar o pa-

rágrafo 3º, que falava que “também não se aplica quando houver separação judicial”. O artigo estava, praticamente, em dissonância com o outro. Então ficou, no 1.521, quem não pode se casar, não pode viver em união estável, a não ser o separado de fato e judicialmente. Então, sobre o concubinato adúltero, que é o do artigo 1.727, acho que aí se aplica a súmula 380. Agora, enfrentando a questão da putatividade, se a pessoa esconde o fato de ser separado, vamos supor que é divorciado, solteiro ou viúvo e vai viver com uma pessoa, e é separado de fato ou judicialmente, a união estável está legitimada, pois o separado judicialmente e de fato podem viver em união estável. Mas essa omissão implicaria, vamos dizer assim, o fato da possibilidade de o outro se separar alegando esse motivo. Então estaria ele de boa-fé, o outro de má-fé, mas no sentido de rescisão do contrato, não chega nem a ser rescisão, seria a quebra da boa-fé objetiva nas tratativas do contrato, porque o fato é anterior à vida em união estável. Aí aplica-se aquele artigo que está na Teoria Geral dos Contratos, que é o 422, que dispõe que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (que é a objetiva). Não é uma boa-fé estado de espírito – “eu, acho que estou agindo corretamente” - mas a objetiva, quer dizer repudia-se o mau comportamento na realização do contrato. Esse mau comportamento seria causa, no casamento, de anulação; no caso da união estável, uma causa de desligamento pleiteando direitos na putatividade. Agora, se houver na situação da pessoa que é casada e que oculta deste fato, aí sim vai haver a putatividade quer dizer a pessoa é casada e vai viver em união estável e diz que é solteira ou é separada judicialmente. Aí, então, cabe a putatividade também na união estável.

### **Prof. Flávio Lauria**

Trata-se de uma questão cuja resposta sabemos, mas é difícil de fundamentar. Antes, não havia prova segura,

hoje tem-se a certeza, tem-se a informação, através do exame de DNA. Por conta disso, todas as partes em que o novo Código ainda se preocupa em vincular valor de prova em matéria de investigação de paternidade, hoje soam até engraçadas por causa do advento do exame de DNA.


Poderia surgir algum problema quando há recusa em se submeter ao exame. Nesse caso, pode-se mencionar a orientação de considerar-se a recusa de fazer o exame como confissão, embora haja posição em contrário da Prof. Maria Celina Bodim de Moraes, no sentido de que os direitos à identificação da filiação e do estabelecimento da certeza da filiação, estão ligados à personalidade e que, no caso de recusa, é melhor proceder-se à coleta do material coercitivamente, através, até, de aparato policial, se for necessário. É claro que tal procedimento vai causar incômodo para o sujeito, mas seria uma violação menor, atingiria um valor menor do que o direito da personalidade do autor de saber quem é seu pai. É claro que uma medida tão dura só se justificaria se houvesse indícios fortes da probabilidade da paternidade.

Mas, no que diz respeito à pergunta, como resolver a questão? Uma análise fria e sistemática do texto da lei, impediria a revisão do julgado, porque o prazo da rescisória já teria se esgotado e não haveria mais o que fazer. Ocorre que neste ponto temos um valor constitucional primário tutelado. Preocupei-me em dizer que é preciso estabelecer uma nova forma de pensar as questões de Direito Privado - e aqui estamos até tratando uma questão de processo civil, ramo do Direito Público. É preciso pensar de uma forma diferente, romper, à princípio, com as soluções apriorísticas, não que se estejam renegando as soluções sistemáticas, do pensamento sistemático (pois sem a segurança que o sistema oferece considero impossível viver em sociedade), mas é preciso nos acostumar a usar o bom senso para decidir.

Qualquer norma jurídica encerra

uma decisão. O legislador quando edita uma norma está decidindo, ele está prestigiando um interesse em detrimento de outro, sempre alguém ganha e alguém perde com uma disposição legal. A norma, como diz o Prof. Tércio Sampaio Ferraz, como ato de comunicação, é uma decisão.

Precisamos, portanto, pensar também do ponto de vista tópico. Estamos tutelando um valor constitucional primário. A segurança da coisa julgada é fundamental também à sociedade. Sem a segurança da coisa julgada, não se consegue organizar minimamente um sistema de composição de conflitos. Sem ela não se pode, a rigor, compor o conflito. Ele permanecerá sempre efetivo, sempre

presente. A segurança da coisa julgada é fundamental. Mas a segurança da coisa julgada também está inserida em um contexto hierarquizado de princípios. Ela tem que realizar valores. Se da aplicação de qualquer norma jurídica, resultar a violação dos valores primários tutelados, deve-se afastar a interpretação que conduza a esta decisão e interpretar-se de forma a harmonizar a decisão com os valores constitucionais primariamente tutelados. Entendo que nesse caso seria possível a revisão por conta desses argumentos. Trata-se de uma questão delicada, porque a letra da lei é clara em sentido contrário. Faz-se necessária, portanto, uma certa flexibilidade. 

# Juizado Especial de Família

**FÁTIMA NANCY ANDRIGHI**

*Ministra do STJ*

A matéria a ser abordada – Juizados Especiais de Família –, é aquela que na verdade desnuda a alma, porque, em tal campo do Direito, somos chamados, como juízes, a participar do desmantelamento da entidade familiar.

Ao analisar esses longos sete anos de vigência da Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais, foi possível observar a determinação e a habilidade dos Tribunais de Justiça Estaduais que, com muita criatividade aperfeiçoaram, e, porque não dizer (e cito como exemplo o Rio de Janeiro), potencializaram o conteúdo da referida Lei.

Sobre rodas itinerantes, de trânsito, do consumidor, do meio ambiente, em barcos, em inóspitas regiões do Amazonas, os Juizados resistem, faça chuva ou sobre o vento. É a criatividade mágica de uma legião silenciosa de juízes que os opera, e que muito têm feito para resgatar a cidadania dos excluídos e, principalmente, a imagem do nosso Poder Judiciário. São atividades que nos fazem transbordar de orgulho, como podemos vislumbrar da experiência exemplar dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, o “expressinho” e tantas providências a que só se devem tecer elogios e mais do que isso: fazer a divulgação desse trabalho.

Sem dúvida alguma que essas atividades nos fazem ufanar de orgulho e nos mostram a tão sonhada face humana do Poder Judiciário. Certamente que os ótimos resultados e as inúmeras vantagens obtidas com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça tradicional foram o marco propulsor que incentivou os legisladores a instituírem os Juizados Especiais Federais da Lei 10.259.

Amealhada à experiência necessária com os Juizados Especiais Cíveis e

Criminais, será dado o passo mais significativo, que é a instituição dos Juizados Especiais de Família. E nesse contexto, é oportuno lançar uma indagação: quantas pessoas em nosso País gostariam de regularizar a sua situação familiar e não têm acesso a uma Vara de Família por várias razões?

Tenho certeza de que é uma nova jornada, e que ela depende de uma verdadeira catequese. No entanto, a nossa maior obrigação não é ver o que está embaçado ou longe, mas o que está bem nítido perto da nossa mão. Por isso, é de se pensar na esperança que surge em cada um de nós quando nos deparamos com exemplos alvissareiros como o por mim vivenciado nas férias de julho do ano passado. Trata-se de experiência auspiciosa do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no Fórum de Recife, na assim denominada, “Vara do Juizado Informal de Família”.

Esse Juizado informal é formado por uma equipe de facilitadores, com visão interdisciplinar, constituída por psicólogos, assistentes sociais, terapeutas familiares, que agilizam a atuação do Judiciário. Tive a oportunidade de participar de uma sessão de sensibilização dirigida por uma psicóloga, em que os juízes das várias Varas de Família marcam audiência para um determinado dia da semana e todos esses casais, em vez de serem encaminhados às Varas de Família, são conduzidos a essa sala especial, chamada de “sala de sensibilização”, preparada para recebê-los, todos no seu mais alto grau de angústia e aflição. São então apresentados ao psicólogo, ao terapeuta e ao assistente social.

O ambiente da sala é adrede preparado, com cores delicadas, iluminação diminuída, ar condicionado e música suave, no intuito de promover o desarmamento dos espíritos que por ali

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 13/09/2002

passam. Nas paredes de ambos os lados, são passadas, quase que de uma forma sublinear, transparências, que são de paisagens repousantes. A palestra se inicia com a participação da psicóloga, que planeia a conscientização do casal no sentido de que os problemas familiares devem ser por eles resolvidos, sem a interferência de outras pessoas.

Ali, eles também recebem informações concernentes à morosidade e à complexidade do processo e são incentivados, de várias formas, à conciliação. É também explorado o aspecto de eles estarem frente a frente e poderem conversar com o auxílio de um mediador ou de um profissional especialmente preparado, que aponte no sentido de que poderão sair dali, naquele dia, com a cópia da sentença da separação.

O terapeuta familiar explora muito o desgaste físico provocado pelo ato de reviver as situações conflituosas, por ocasião da futura audiência, se acontecer, de colheita de provas. Em muitos casos, esses sentimentos são muito mais acirrados quando se dá o embate da prova testemunhal. Esse reviver de todo aquele passado que só faz desgastar o presente estimula os ímpetos de violência e repercute desfavoravelmente, não só no coração de cada um dos cônjuges, mas principalmente, na vida dos filhos, que passam a ser usados como verdadeiras balas de canhão.

Lembro que há pouco tempo, mesmo quebrando todo formalismo e os limites constitucionais do Superior Tribunal de Justiça, e enfrentando até o risco de ser considerada uma Ministra rebelde, fiz uma audiência de conciliação em um processo de guarda de família no meu gabinete. Convoquei a presença dos pais, e cheguei à triste conclusão, e que era a minha primeira sensação quando li o processo, de que a guarda daquela criança não poderia ser dada nem para o pai e muito menos para a mãe. Contudo, só tive essa certeza quando vi os dois frente a frente discutindo.

E sob esse prisma é de relevo ressaltar que, no nosso sistema legal, os

prazos processuais são absolutamente incompatível com os prazos emocionais. Não conseguimos saber quando podemos efetivamente decidir, e se devemos decidir rapidamente, ou se é melhor deixar o processo descansar. Não temos essa sabedoria, e só poderemos ter uma aproximação da decisão ideal se formos auxiliados por outros profissionais que estudam anos e anos e são amplamente treinados nessas questões.

O trabalho técnico desses terapeutas procura demonstrar que os erros e queixas do passado devem ser deixados de lado. O importante, naquele momento em que o casal está se encontrando dentro da Casa da Justiça, é como as partes querem se preparar e se organizar para o futuro. De modo que o estímulo à conciliação passa, necessariamente, pela consciência de que cada um tem que recuar um pouco para ambos avançarem. Nós, juízes, não temos tempo físico, na nossa pauta, para expor tais questões a esses casais.

Com essa modalidade de atendimento terapêutico, o casal é conduzido a priorizar a relação pai e mãe em lugar da relação marido e mulher, com o fito de valorizar o bem-estar dos filhos e garantir-lhes o direito a uma convivência tranqüila com ambos.

Todos nós sabemos que a psique humana ainda mantém compartimentos absolutamente inacessíveis. Existem ressentimentos, frustrações, recalques que explicam o comportamento das partes e que acabam ornando cada processo com características muito particulares. Com efeito, torna-se imprescindível que o juiz tenha disponível informações técnico-científicas, capazes de trazer luzes para que o julgamento seja justo e adequado.

Para isso, torna-se primordial traçar um perfil do novo juiz que lida com conflitos de família e que precisa, necessariamente, ser moldado de forma que ele se conscientize da adequada postura que deve adotar nesses conflitos, a qual, sem dúvida nenhuma, é de pacificador, de serenador de almas, devendo

sempre se despir ao máximo de uma atitude moralista ou crítica diante do processo que está julgando.

Esse intento de modernização, sem dúvida nenhuma, perpassa pelo Judiciário, mas entrecruza-se, necessariamente, com a transdisciplinariedade, isto é, a exigência de se agregar ao conhecimento outras ciências para a melhor aplicação do direito. Assim, o conflito familiar julgado pelo juiz, mas com elementos fornecidos por profissionais na área médica ou psicossocial, atingirá mais a contento a paz da família.

Hoje, sem dúvida nenhuma, o modelo de processo oferecido aos cidadãos que recorrem ao Poder Judiciário é o adversarial, o qual inevitavelmente causa um aumento de sentimentos de derrota, de impotência em face das vidas em contenda. Não esqueçam que aquele que sai perdendo na Justiça só faz crescer a tristeza e a sensação de derrota que é trazida com a sentença, porque o casamento que se desfaz, que se desmantela, é uma empresa mal sucedida.

É inegável que a instituição do Juizado Especial pressupõe uma mudança radical no modelo, o que é perfeitamente preceptível nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Mas, no Juizado Especial de Família, precisamos promover, acima de tudo, a mudança de mentalidade dos profissionais que irão atuar nessas Varas.

O impacto do desmonte da família causa mágoas recíprocas e dores incensuráveis, principalmente nos filhos, que a despeito da vontade dos cônjuges de dissolverem os laços, não querem se separar de nenhum de seus pais. O ato judicial de busca e apreensão de uma criança entenece o coração de todos aqueles que trabalham em uma Vara de Família, tanto para nós juizes que temos que decidir com quem a criança permanecerá, como também para o Oficial de Justiça, por exemplo, que cumpre a ordem, e a quem não se tem prestado, até então, na grande parte desse País, uma orientação técnica especializada, e porque não dizer, até um pre-

paro espiritual que o habilite a auxiliar os contendores e, principalmente, amenizar para si os efeitos da gravidade da diligência, com vistas a diminuir o estresse emocional sofrido pelo desempenho desse trabalho tão delicado.

Nessa mudança de comportamento, precisamos incluir o advogado, figura imprescindível e importantíssima na cena judiciária. Ao refletirmos sobre a sua função no mundo contemporâneo, observa-se que ela não pode mais ser a de beligerância, ou seja, não se pode ter como única solução diante de um relato de um problema jurídico, o imediato ajuizamento de uma ação, e de uma ação que ainda tenha um pedido de liminar. Tanto o juiz quanto o advogado devem manter uma postura de conciliador, de negociador ou mediador, o que vem a contribuir para a humanização do Judiciário, e propiciar um decorrer do processo menos traumático, especialmente nos conflitos de família.

Ao advogado carece, portanto, a tomada de consciência de que seu escritório pode servir de anteparo ou de sala de chegada ao Judiciário. Esse profissional deve investir também na habilidade de solucionar o maior número de conflitos possível, só acionando o Poder Judiciário quando esgotados todos os meios pacíficos de solução.

Por isso, pensa-se que com o Juizado Especial de Família, necessitar-se-á de uma estrutura física e pessoal de forma que as partes, ao chegarem ao Tribunal, sejam recebidas e encaminhadas, em um primeiro momento, a assistentes sociais, de quem receberão um imediato apoio técnico, que possibilite sejam amenizadas as emoções que envolvem aquele momento. O ambiente não pode ser, de forma alguma, aqueles frios corredores do Tribunal, onde as crianças assistem, inevitavelmente, àquela cena de altercação e de pesar que vai ficar gravada indelevelmente em suas almas, deturpando sua imagem de Justiça.

Devemos ter cuidado, pois sabemos que o tratamento da família é que vai evitar a germinação da semente da vio-



lência. Temos que cuidar carinhosamente dessas crianças que são levadas por seus pais ao Judiciário, as quais devem ser recebidas e encaminhadas para que sejam distraídas e recebam até uma orientação técnica do que está acontecendo naquele momento com os seus pais.

O novo Juizado manteria o mesmo sistema judicial de resolver os conflitos de família: processo e procedimento, mas, a sugestão é que se aplicasse o procedimento sumaríssimo, o qual demonstrou grande eficiência quando se obedece rigorosamente aos princípios que norteiam essa lei, que são o da simplicidade, informalidade e oralidade.

Evidentemente, que a adoção do Juizado Especial em um único rito sumaríssimo para todos os conflitos que envolvem as questões de família, como a separação de corpos, regularização de visitas, separação judicial, guarda, busca e apreensão, pátrio poder, facilitaria sobremaneira o trabalho dos profissionais.

Nesse sentido, antevemos um Juizado dotado de instrumentos processuais que assegurem a tutela cautelar e também a tutela antecipada, cuja execução seria inserida no seu bojo, sem jamais olvidarmos que o direito em litígio é o mais importante e representa um dos mais complexos problemas pessoais da vida humana, o mais emocional e o mais romântico de todos os sonhos humanos.

Como sugestão, trago um esboço de projeto de Lei, que pretende acrescer a aplicação por analogia do Código de Processo Civil, mais especificamente do art. 461, sobre aquela ação de cumprimento de obrigação de fazer, que é hoje uma das mais completas ações que temos no Código, porque ela traz dentro dela, mediante simples petição, providências de natureza cautelar e a possibilidade da antecipação de tutela. Obviamente que não teríamos a execução e seria um processo contínuo, como é aquele do art. 461, contudo, nesse Juizado, tenho como de suma importância a presença do advogado de ambas as partes, em razão do tipo do direito que está em litígio.

Necessário seria também estabelecer um limite de valor para que as pesso-

as pudessem ter amplo acesso ao Juizado, o qual deve ser opção da parte, como postula a Lei 9.099, e essa participação do advogado certamente demandaria na exigência de termos uma Defensoria que efetivamente trabalhasse.

O sistema recursal seria mantido, mas teríamos que ter mais um mecanismo, talvez mais um recurso, para impugnar as decisões que versem sobre a antecipação de tutela e sobre as tutelas cautelares que seriam necessárias, como a separação de corpos, busca e apreensão, entre outras.

Importa gizar que, para o início do Terceiro Milênio, devemos dar uma nova feição ao rosto da Justiça, propiciando ao cidadão proteção e acompanhamento adequado na vivência dos seus conflitos, com o mínimo de regras processuais, que devem ser as mais flexíveis, de modo a se adaptarem ao caso concreto, mas sempre despojadas de todo excesso formal.

É de grande relevo que seja meditado a respeito do quanto é difícil duelar com o formalismo. Imaginem se os colegas tivessem nas mãos os limites constitucionais em uma ação de investigação de paternidade, que apresenta condições de ser julgada procedente, mas que, por falta da certidão, da publicação do acórdão, ou por falta de uma cópia de uma procuração, o agravo não pode subir e esse cidadão vai continuar sendo filho de três pontinhos, como ele mesmo me disse: “Por falta desse documento a senhora está dizendo que não vai poder subir o meu recurso e por conta desse documento, que foi por esquecimento do advogado, a culpa não é minha, eu vou continuar sendo filho de três pontinhos”.

Não vim aqui, de forma nenhuma, ensinar nada. Vim aqui, com os colegas, que são mais jovens do que eu, meditar sobre essa questão tão importante, que é a questão da família e que talvez seja o ponto que devemos abordar com mais cuidado e com isso, certamente, vamos amenizar a questão da violência no país.

Para encerrar, vem a propósito a narrativa da história de um rei que se dizia muito democrático, e vivia na luta

por aumento de terras para o seu reino. Ele dizia que era democrático porque oferecia duas opções aos seus prisioneiros, que poderiam morrer por obra dos arqueiros que o rei mantinha em um canto de uma sala, ou optariam em sair por uma porta muito feia, sangrenta, cheia de desenhos de armas, uma porta assustadora.

Durante toda a guerra, nenhum prisioneiro escolheu a saída pela porta, todos preferiram morrer rapidamente com uma flechada. Quando a guerra termi-

nou, um soldado, que era o seu fiel escudeiro, perguntou ao rei o que havia atrás daquela porta, pois ninguém a escolhera para sair. O rei mandou que ele fosse ver. Ele foi abrindo a porta, devagarinho e na medida em que abria a porta, a sala que era escura, iluminava-se com raios de sol. Ele verificou, então, que aquela, nada mais era do que a saída para a liberdade.

Faço, portanto, um convite a todos os colegas para tentarmos abrir essa porta.

Muito obrigada. 📄

# As Relações de Parentesco no Novo Código Civil

**HELOÍSA HELENA BARBOZA**

*Professora Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Professora Adjunta do Mestrado da Universidade Estácio de Sá.*

Falaremos sobre as relações de parentesco, dando especial ênfase à filiação, não só por sua grande importância nas relações familiares, mas, principalmente, porque, sua disciplina na nova lei civil enseja várias dúvidas no que respeita a sua aplicação. Como o tema é muito extenso, abordaremos o que parece mais importante em termos de inovação, e verificaremos que exatamente essas inovações nos trazem, às vezes, muitas dificuldades na interpretação da lei.

Geralmente se indaga como devemos encaminhar as soluções, já que não basta apresentar os problemas. Cada um deverá dar a sua própria interpretação? Tem-se discutido muito como encontrar as soluções, mas o que parece mais razoável é buscá-las nas diretrizes centrais do nosso ordenamento jurídico, que se encontram na Constituição Federal. Em matéria de Direito de Família, a Lei Maior fixou princípios que deverão ser rigorosamente observados, na medida em que traduzem os valores maiores eleitos por nossa sociedade. Nessa medida, toda a interpretação da lei, toda dúvida deverá buscar resposta nos princípios constitucionais.

Quais princípios constitucionais pertinentes especificamente à matéria que ora abordamos? Primeiro o princípio da plena igualdade entre os filhos; esta foi uma das maiores conquistas da nova Constituição - estabelecer a plena igualdade entre os filhos, vedando qualquer forma de discriminação.

O segundo é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que traduz a doutrina da proteção inte-

gral, elevado ao patamar de norma constitucional.

Outro princípio que assume importância, em particular diante de algumas inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, é o princípio da paternidade responsável.

Dúvidas surgem, igualmente, quanto à aplicação desses princípios, visto que, por vezes, a aplicação de um princípio cria uma tensão com um outro princípio. É o que a doutrina tem designado *colisão de interesses*. Há uma colisão entre dois interesses contrapostos. Sabemos (indispensável frisar) que a menção acima feita a alguns princípios não manteve qualquer sentido de ordem ou hierarquia, uma vez que os princípios constitucionais têm (todos) igual força, têm igual valor. A maneira de compor eventuais interesses deverá ser feita através da ponderação entre eles (*ponderação de interesses*), matéria da qual têm se ocupado os constitucionalistas, propondo o adequado equacionamento do problema, em inegável e relevante contribuição para efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados.

Feitas essas considerações iniciais, passemos às relações de parentesco. De acordo com o Professor Caio Mário da Silva Pereira, mestre de todos nós, dentre as variadas espécies de relações humanas, o parentesco é das mais importantes e a mais constante, seja no comércio jurídico, seja na vida social. Qualquer reflexão, por mais rápida que seja, sobre as relações de parentesco nos conduz a ver a procedência dessa afirmativa. Todo direito de família perpassa, necessariamente, pelas relações de parentesco, da mesma maneira que as sucessões, em particular a sucessão legítima, baseada nas relações de paren-

tesco. Bastaria para tanto lembrar que nessas relações está compreendida a filiação, que é estrutural para o Direito de Família.

No novo Código Civil, as relações de parentesco constituem um dos subtítulos (Subtítulo II), do Título dedicado ao Direito Pessoal (Título I), do Livro que disciplina o Direito de Família (Livro IV). Compreendem as relações de parentesco as relações pessoais que podem surgir ao ser constituída uma família, qualquer família, seja oriunda do casamento, da união estável ou da comunidade existente entre um genitor e sua prole, que vem sendo denominada “família monoparental”.

De acordo com a nova lei, o subtítulo “das relações de parentesco” contém cinco capítulos, a saber: “disposições gerais”; “da filiação”; “do reconhecimento dos filhos”; “da adoção” e “do poder familiar”.

Nas disposições gerais, encontramos, como já constava do Código anterior, uma definição do que é o parentesco. Na realidade, de maneira muito sintética, lembrando a tradicional doutrina brasileira (que foi toda construída com base no casamento, mas que ainda se aplica evidentemente no que couber), uma vez constituída a família, por força do casamento (pela união estável ou pelo fato da filiação), surgem entre aqueles que a integram várias espécies de vínculos. Por exemplo, se há um casamento, surge o vínculo conjugal, e em decorrência dele, surge o vínculo da afinidade e a relação de filiação, que é estritamente ligada ao laço sangüíneo, fazendo surgir o parentesco.

A primeira novidade, digamos assim, é que o parentesco, para efeitos jurídicos, passa a ser limitado ao quarto grau. Lembrando que essa limitação ao quarto grau já existia para efeitos sucessórios, mas não para os efeitos gerais de direito. Assim que o Código entrar em vigor, o parentesco, para todos os fins de direito, passará a estar limitado ao quarto grau.

Uma disposição que merece reflexão de todos, e, em particular, a contri-

buição daqueles que vivenciam o “dia-a-dia” do Direito, é aquela que volta (já que disposição similar - artigo 332 do CC de 1916, havia sido revogada pela Lei 8.560/92) a mencionar expressamente as espécies de parentesco. Segundo o artigo 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

Primeira observação: a referência a “outra origem”, não mais limitando o chamado parentesco civil à adoção, indica a preocupação do legislador com a inclusão de dispositivos relativos à filiação resultante da utilização de técnicas de reprodução assistida. Como se sabe, nem sempre a utilização das técnicas de reprodução assistida dará ensejo a um parentesco consangüíneo. Também não lhe tem sido atribuída a natureza de adoção. Parece, assim, que a referência a *outra origem* estaria ligada exatamente à possibilidade de filiação, oriunda de utilização de técnicas de reprodução assistida com doador (*heterólogas*).

De questionar-se, porém, a utilidade prática da distinção. Quais são as implicações jurídicas ou práticas, senão didáticas, da manutenção dessa classificação do parentesco? Observe-se o seguinte: toda a estruturação do parentesco, parte basicamente da relação de filiação. A filiação, qualquer que seja sua origem, consangüínea, adotiva ou oriunda de técnicas de reprodução assistida, não poderá receber juridicamente, por força de norma constitucional, qualquer menção a sua origem, à natureza dessa filiação. O registro civil nada poderá consignar nesse sentido. Por conseguinte, não haverá posteriormente como se identificar se aquele vínculo é originário de uma relação puramente jurídica ou efetivamente genética. Essa a razão do questionamento, aguardando-se contribuições no sentido de saber se, além de uma questão meramente didática, esse dispositivo terá algum outro tipo de aplicação.

A afinidade, por sua vez, traz também uma inovação, ao incluir o companheiro. O vínculo da afinidade é aquele

que se forma, de acordo com o Código de 1916, entre um cônjuge e os parentes do outro e, pela nova lei civil, passa a incluir também os parentes do companheiro. Isso corresponde à antiga afinidade ilegítima que já existia no Código de 1916, apenas para fins de impedimento para casamento. Por conseguinte, o que se deve deixar anotado é que, na medida em que o Código reconhece a afinidade com os parentes do companheiro, tal vínculo constituirá impedimento para o casamento, conforme o artigo 1.521, II: “Não podem casar: II – os afins em linha reta”.

Aqui também peço colaboração para ver como vamos poder aferir isso na prática. Imaginemos que um casal que tenha vivido em união estável se separe, ou um deles venha a falecer e o sobrevivente queira casar com o sogro ou com a sogra. Haverá o vínculo de afinidade, decorrente da união estável. Como é que vai ser fazer essa aferição? A união estável é um fato, não há qualquer registro, nenhum documento. Mas, por força do 1.512, II, haverá impedimento, na medida em que são afins em linha reta. Observe-se que se manteve a regra de que a afinidade na linha reta não cessa com a extinção do vínculo que a originou (art. 1.595, § 2º).

Está estabelecido que a afinidade se limita ao segundo grau (art. 1.595, § 1º). Embora não haja, há rigor, graus no vínculo de afinidade, a doutrina sempre adotou, para efeitos de definição de linhas e de graus, o mesmo critério previsto para o parentesco.

Com relação à filiação, passando para o segundo capítulo das relações de parentesco, temos a grande diretriz constante do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal: o princípio da plena igualdade entre os filhos. Essa disposição foi literalmente repetida no artigo 1.596 do novo Código. Esse princípio é grande orientador em termos de interpretação e de solução de dúvidas que venhamos a enfrentar em matéria de filiação.

O novo Código Civil estabeleceu uma divisão entre os filhos. Temos a disciplina da filiação oriunda do casamen-

to, que é dedicada aos filhos havidos do casamento e a disciplina dos filhos havidos fora do casamento, que dependerão de reconhecimento, na medida em que, como sempre foi, os filhos havidos do casamento são beneficiados pela presunção da paternidade. Temos, ainda, os filhos adotivos. A leitura do parecer que encaminhou a aprovação do projeto do Código Civil aprovado, induz concluir que houve uma tendência do legislador no sentido de sempre procurar estabelecer a paternidade. É uma tendência que já vínhamos verificando na lei brasileira, de que é exemplo a Lei 8.560, que facilitou, e muito, a investigação de paternidade, o estabelecimento desse vínculo.

O que se verifica, depois de uma leitura mais aprofundada dos novos dispositivos, é que não restou nítido o critério adotado pelo legislador para o estabelecimento da paternidade. Sabemos que a doutrina, nos últimos anos, e especialmente depois da Constituição de 1988, refere-se a três critérios para o estabelecimento do vínculo de paternidade. O primeiro é a chamada paternidade jurídica, constante do Código de 1916, construída mediante um jogo de presunções. Por esse critério, o legislador escolhia ou determinava quem era o pai, e muitas vezes impedia até, na letra original do Código de 1916, que se apurasse o verdadeiro vínculo (ou seja, o genético).

Em decorrência da popularização dos exames de DNA, que indicam com alto grau de certeza (99,99%) se existe ou não o vínculo genético entre o filho e o suposto pai, passou a haver uma forte propensão a privilegiar a paternidade que tem sido designada como “paternidade biológica”, que é aquela que se estabelece em função do vínculo genético. O exame das decisões dos nossos Tribunais, principalmente do STJ, revela uma forte tendência a se adotar a paternidade biológica.

O terceiro critério refere-se à denominada paternidade sócio-afetiva, defendida, com propriedade, por muitos doutrinadores. É a paternidade que se

constitui pela própria vida em comum, pelo fato de uma pessoa educar outra, pelo vínculo afetivo que surge entre aquele que exerce o papel de pai e o filho. Em outras palavras, entre aquele que assume o papel de pai, muito embora não o seja, nem jurídica ou biologicamente, e o filho.

Contudo, o exame dos dispositivos da nova lei quanto à filiação não deixa claro, como assinalado, a qual critério o legislador deu preferência. À primeira vista, parece privilegiada a paternidade jurídica, atendendo à referida preocupação de sempre atribuir a paternidade. Mas, em outros momentos, se privilegia a paternidade biológica, às vezes em detrimento de uma paternidade jurídica de longa data estabelecida.

No tocante à presunção de paternidade, prevista no artigo 1.597, constata-se que os dois primeiros incisos, dos cinco que integram o citado dispositivo, retomam a concepção existente no Código de 1916: estabelecer a presunção, tomando por base os prazos normais de gestação, considerados os prazos máximo e mínimo, para estabelecer a data da concepção. Assim se presume: se a criança vem a nascer até no mínimo 180 dias depois de constituída a sociedade conjugal, tudo indica que, embora nascendo prematuramente, ela teria sido concebida já na constância do casamento. Manteve-se o prazo de 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal, considerando o prazo máximo de uma gestação (dez meses), imaginando em tal caso que a concepção possa ter ocorrido no final da convivência conjugal (art. 1.597, I e II).

Com relação aos nascidos após a dissolução da sociedade conjugal, deve-se analisar cautelosamente o artigo 1.598. Observe-se que o Código de 1916 tinha uma estrutura de presunções que incluía algumas hipóteses em que se estendia a presunção, mesmo havendo possibilidade da criança não ter sido concebida na constância da sociedade conjugal (art. 339). Era o caso do homem que se casava sabendo que a mulher

estava grávida ou que assistia a lavratura do termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade. Clóvis Beviláqua, esclarecia a hipótese, dizendo que muitas vezes o homem casa, sabendo que a mulher está grávida, sabe que o filho não é seu, mas assim mesmo assume aquela paternidade. A presunção compreendia, portanto, uma concepção sabidamente ocorrida fora da constância do casamento. Esse artigo não existe mais. O que existe é o artigo 1.598 que tenta compor as dificuldades decorrentes desses nascimentos que se verificam depois de rompida a sociedade conjugal.

Dispõe o referido artigo: “Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do artigo 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597”. É uma redação complexa, pesada, que nos leva a contar os prazos, fazer as remissões para poder entender como é que funciona essa presunção. Observe-se que não se leva em consideração a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal por separação judicial ou divórcio.

Na verdade, a presunção exige um esforço facilmente superável pelo exame do DNA, que afinal resolve todas essas questões, principalmente a se manter a tendência que os Tribunais têm tido de privilegiar a verdade biológica.

Indispensável fazer referência ao Projeto de lei nº 6.960/02 (também de autoria do Deputado Ricardo Fiúza), ora tramitando na Câmara, que altera mais de dez por cento da lei aprovada. Esse projeto modifica algumas das disposições ora em análise.

Para o artigo 1.597, propõe-se a introdução de um parágrafo único, prevenido que cessa a presunção de paternidade, no caso do inciso II, (que se refere ao prazo de 300 dias), se à época da

concepção, os cônjuges estavam separados de fato. Isso é uma circunstância que certamente qualquer julgador tomaria em grande conta. Essa mesma redação também foi proposta como parágrafo único do 1.598.

Ainda com relação aos filhos havidos do casamento, os três incisos finais do 1.597 tratam de hipóteses de reprodução assistida, ou seja, de hipóteses em que foram utilizadas as chamadas técnicas de reprodução humana assistida.

Impõe-se aqui observar que: por mais que se interprete extensivamente o Código, o que verificamos é que a utilização de técnicas de reprodução assistida traz uma gama de questões jurídicas que exigem um tratamento em lei especial. É quase impossível, com se está tentando fazer, inserir três itens em um artigo e disciplinar a reprodução assistida como um todo. São inúmeros os questionamentos e recentemente foi aprovado pela Câmara um projeto de lei que disciplina a reprodução assistida, é o projeto de lei nº 3.638/93, que trata de modo mais amplo da disciplina da reprodução assistida. Esse projeto foi aprovado pela Câmara e já está no Senado.

Na verdade, o mencionado projeto não resolve as questões jurídicas, pois as maiores questões jurídicas relativas à reprodução assistida dizem respeito ao estabelecimento da paternidade e da maternidade. Ele não disciplina essa matéria. Dentre os inúmeros projetos que tramitam no Congresso relativos a essa matéria, o projeto de lei nº 90, de 1999, do Deputado Lúcio Alcântara, parece ser o mais completo.

O projeto de lei nº 3.638/93, como assinalado, não se debruça sobre questões jurídicas, estabelecendo apenas o que é possível ou não fazer, o que é permitido ou não, como por exemplo, o número de embriões (de dias) que se pode conservar *in vitro* etc. A impressão que se tem (e isso é expresso pelo próprio autor do projeto) é que se procurou dar feição jurídica à norma de há muito editada pelo Conselho Federal de Medicina.

Insista-se, porém, que essa matéria está a exigir disciplina própria e

abrangente. Observe-se que, nos moldes em que foi feita essa tentativa de disciplina no Código Civil, já nos surgem, de início, algumas perguntas: pode haver reprodução assistida fora do casamento? As pessoas solteiras podem lançar mão dessas técnicas? E no caso da união estável? Observem que a presunção de paternidade é aquela que já conhecemos, é a que é firmada pelo casamento. O Código novo não estende a presunção aos filhos havidos da união estável. O projeto complementar (PL 6.960/02) é que cuida do assunto, como adiante veremos. Em síntese, a dúvida é essa: será que o legislador limitou juridicamente a aplicação das técnicas de reprodução assistida aos casais casados?

Passando aos dispositivos propriamente ditos, diz o Código em seu artigo 1.597: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III – havidos por fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido”. Sabemos que se denomina *homóloga* a técnica que usa material fecundante, ou seja, gametas, espermatozóides e óvulos do casal, que será futuramente pai da criança assim concebida. Ao mencionar “mesmo que falecido o marido”, o Código admitiu a chamada fertilização *pos mortem*.

Já se cogitou de tal hipótese em nosso cotidiano: são os casos de homens que estão acometidos de doenças que exigem tratamentos que por vezes conduzem à esterilidade, e antes disso, eles congelam o sêmen, na expectativa de que, recuperando a saúde, venham a ter um filho. Acontece que nem sempre esses tratamentos têm o sucesso esperado e o sêmen fica congelado. Há casos famosos na França em que morrendo o marido, a viúva quis usar o material congelado para ter um filho do falecido. Houve enorme discussão, porque a família do falecido se opôs. Quem é que tem o direito de dispor desse material?

O nosso legislador simplesmente referiu que é possível a inseminação “mesmo que falecido o marido” e mais nada. Se tal hipótese se verificar, necessário será um enorme esforço do in-

térprete para a sua adequada solução. Observe-se mais um detalhe: sabemos que pelas normas sucessórias, o herdeiro deve estar pelo menos concebido à época da abertura da sucessão (art. 1.798). Nesse caso, a concepção, o surgimento de uma nova vida pela junção dos dois gametas, pode se dar muito tempo depois de aberta a sucessão ou até mesmo de já ter terminado o inventário. O congelamento desse material (sêmen por exemplo) é por tempo indefinido. Se nasce uma criança dessa maneira, ela não terá que herdar? E o princípio da igualdade dos filhos como fica? Haverá um herdeiro necessário. A questão é bastante intrincada.

O inciso IV estabelece que também se presumem concebidos na constância do casamento os filhos “havidos a qualquer tempo quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”. Os embriões excedentários são os que sobram, quando se utiliza a técnica de fertilização *in vitro*, ou seja, a concepção se dá em laboratório. Em tal caso, a concepção ocorre fora do corpo da mulher. Normalmente, se fazem vários embriões, porque nem sempre a tentativa de implantação do embrião no útero obtém sucesso, resultando em gravidez. É um processo que apresenta aspectos delicados que não podem ser preteridos: a mulher mantém uma expectativa grande, muitas vezes frustrada; o procedimento é caro, além de doloroso para a mulher em termos físicos. Por tais motivos, se fazem vários embriões, pois caso a primeira tentativa falhe, haverá outros embriões para implantar.

A recomendação, em nível internacional, tem sido de serem feitos no máximo quatro embriões, exatamente para evitar essa sobra, esse excesso. O que se entende como embriões excedentários são os embriões que ficam congelados após um procedimento de fertilização *in vitro*. Qual seria a hipótese que poderíamos imaginar? O casal está tentando ter um filho, foram feitos vários embriões, tentou-se a gravidez e não se conseguiu, ficaram alguns embriões em laboratório

e o marido morre. A mulher, após a morte do marido, implanta um desses embriões e vem a ter sucesso na gravidez. Parece-me que aqui retomamos alguns dos mesmos problemas que surgiram na hipótese anterior, não obstante a concepção tenha em geral ocorrido na constância do casamento.

Já o último inciso, que trata da fertilização heteróloga, dispõe que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por inseminação heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Por que essa prévia autorização do marido? Porque, ao contrário da inseminação designada *homóloga*, a inseminação *heteróloga* tem a participação de um terceiro, de um doador, e normalmente o doador do sêmen que vai fertilizar a mulher. É a hipótese do marido que é estéril e concorda com que a mulher utilize material fecundante de um banco de sêmen para obter a gravidez.

Essa prévia autorização do marido também foi tratada de uma maneira simples. Se o marido autoriza a mulher, e pelo procedimento médico, ele deverá dar um consentimento informado, por escrito. Trata-se de consentimento para um procedimento médico, portanto, a transposição da sua eficácia para o mundo jurídico, principalmente no que respeita à constituição do vínculo de filiação, está a exigir melhor disciplina. A pergunta é: pode o marido revogar esse consentimento, como aliás já aconteceu? Há decisões, como na Itália, por exemplo, em que o marido deu autorização, a mulher teve o filho e, depois, quando a criança nasceu ele não quis o filho, propôs uma negatória de paternidade, dizendo que o filho não era dele.

Efetivamente o filho não era dele porque a grande diferença entre as duas primeiras hipóteses, que são de inseminação *homóloga* e esta, que é de heteróloga, é que nos dois primeiros casos o filho é geneticamente do marido, mas no terceiro, não. Isso quer dizer que se o marido resolver realmente contestar a paternidade, e observem, a preva-



lecer o critério biológico, ele realmente não seria o pai.

A possibilidade de revogar ou não a autorização deve levar em conta a época em que ocorre. Deve-se considerar, o que parece razoável, que o marido queira revogar a autorização *antes* de a mulher engravidar, quando ainda em curso o procedimento médico. Deve-se analisar se não seria razoável lhe dar essa permissão.

Quanto à solução desse tipo de problema, dependendo das circunstâncias, evidentemente, nos socorreriam dois princípios constitucionais: primeiro, o do melhor interesse da criança, caso já tenha nascido; segundo, o da paternidade responsável. A Constituição estabelece, em dispositivo que tem sido pouco examinado, o direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7º), ou seja, o direito de ter ou não ter filhos, mas fundamentando tal direito nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. Portanto, nessa linha, aquele que, mesmo sabendo que não será geneticamente seu o filho, autorizou a utilização de uma técnica dessa, deve responsabilizar-se pelos resultados.

No tocante à contestação da paternidade, vemos aqui alguns dispositivos que não estão de acordo ou não acompanham o que temos hoje em termos de recursos biomédicos ou biotecnológicos. Permita-se a insistência: por mais esse motivo, a disciplina jurídica das técnicas de reprodução assistida deveriam sair do Código.

O artigo 1.599 repete regra, similar a do CC de 1916, e assim dispõe: “A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”. Ora, mas o caso que acabamos de analisar, ou seja, da inseminação *heteróloga*, é exatamente, em noventa e nove por cento das vezes, o de homens que não podem gerar. Como se ilidir a presunção quando do emprego de técnicas heterólogas? Era preciso que se excepcionasse a hipótese. Mas isso não ocorreu e, na ausência de uma norma expressa, impõe-se a solução com base nos princípios acima referidos.

O artigo 1.601 dispõe: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. É a conhecida ação negatória ou contestatória da paternidade. Esse dispositivo tem gerado muita discussão. Repete-se a indagação anterior: qual a tendência do legislador, qual o critério adotado para estabelecer a paternidade? Se havia uma preocupação em atribuir a paternidade, mesmo em caso de inseminação heteróloga, dando um pai à criança, ao se permitir a contestação da paternidade presumida, imprescritivelmente, revela-se uma tendência a se abraçar a paternidade biológica, porque toda discussão certamente virá informada pela paternidade genética.

Nesse aspecto o projeto complementar, de nº 6.960/02, propõe inovações importantes para o artigo 1.601, incluindo quatro incisos, a saber: “O direito de contestar a relação de filiação é imprescritível, e cabe, privativamente, às seguintes pessoas: I – ao filho, II – àqueles declarados como pai e mãe no registro de nascimento, III – ao pai e mãe biológicos, IV – a quem demonstrar legítimo interesse”. Será que o doador do sêmen, na eventualidade de saber quem é seu filho, poderia contestar a paternidade estabelecida em favor do marido da mãe? Pela letra do inciso proposto pareceria que sim, visto que ser ele o pai biológico. Isso poderia ocorrer se o doador descobrisse quem imagina ser seu filho, o que é difícil, porque de acordo com a resolução do Conselho Federal de Medicina deve-se preservar o sigilo quanto à identidade do doador.

Contudo, o legislador acautelou-se quanto a essa possibilidade, inserindo um parágrafo (§ 3º), segundo o qual: “O marido não pode contestar a filiação que resultou de inseminação artificial por ele consentida”.

O mesmo parágrafo prevê que o marido não poderá contestar a filiação se declarou no registro que era seu o filho que teve sua mulher, “salvo se provar erro, dolo ou coação”. Retorna-se, de

certo modo, à previsão constante do artigo 339, II, do CC de 1916, antes referida.

Igual ressalva foi feita com relação à filiação oriunda da adoção, que não pode ser contestada, de acordo com o parágrafo § 2º, proposto pelo projeto.

O último dispositivo é muito amplo, ao considerar legitimado para contestar a paternidade: “a quem demonstrar legítimo interesse”. Em tese qualquer pessoa poderá contestar a paternidade presumida.

Há, ainda, um dispositivo que, se entrar em vigor, dará muita margem à discussão. Segundo o parágrafo 4º, proposto para o artigo 1.601, “a recusa injustificada à realização das provas médico-legais acarreta a presunção da existência da relação de filiação”. Parece tratar-se de uma presunção absoluta. Há vários julgados que têm entendido que a recusa à realização dessa prova médico-legal, que é o exame de DNA, faz presumir a paternidade.

Diante de tais dispositivos, o projeto parece inclinar-se no sentido de que deve prevalecer é a verdade biológica.

Passando aos filhos havidos fora do casamento, que não são beneficiados pela presunção, dependerão esses de reconhecimento. De maneira geral, o novo Código incorporou várias disposições da Lei 8.560/92. Algumas, que ficaram faltando, são incluídas pelo projeto complementar 6.960/02, como por exemplo a que diz respeito a investigação oficiosa, promovida pelo Ministério Público. Não há mais indicação das causas, como havia no antigo artigo 363, que autorizam a investigação da paternidade.

O projeto propõe importante alteração do artigo 1.615 aprovado. De acordo com a redação proposta: “Os filhos têm ação contra os pais ou seus herdeiros para demandar o reconhecimento da filiação, sendo esse direito imprescritível”. Foram incluídos nove parágrafos, estabelecendo o parágrafo 5º: “*se a mãe convivia com o suposto pai durante a época da concepção, presume-se a paternidade, salvo prova em contrário*”. Parece que ins-

tituir-se-á a presunção de paternidade para os casos de união estável. Teremos, assim, uma *presunção legal* de paternidade, que beneficiará os filhos de pessoas não casadas que mantenham convivência na época da concepção. Sabemos que essa matéria tem sido arduamente debatida.

Mais uma vez, cabe lembrar que o DNA tem sido a solução de todas as questões relativas à investigação de paternidade. Quanto à impugnação do reconhecimento, o artigo 1.614 repete a disposição do Código de 1916: o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento nos *quatro anos* que se seguirem a maioridade à emancipação. O projeto 6.960/02 retira o mencionado prazo.

Para encerrar algumas breves considerações sobre a adoção. O Código de 2002 incorporou, em matéria de adoção, muitos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente. O projeto complementar 6.960/02 inclui alguns dispositivos do Estatuto que não constam do projeto aprovado. A idade mínima para a adoção é de 18 anos, o maior de 18 anos pode adotar. Prevê-se a dispensa do consentimento dos pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar e a expressa necessidade de concordância do adotando, se ele for maior de 12 anos. O consentimento dos pais é revogável até a sentença constitutiva da adoção. Refere-se, expressamente, à adoção por companheiros.

Resolve-se uma antiga discussão, existente desde o advento do ECA, quanto a se admitir ou não a adoção do maior de 18 anos. Expressamente, o Código Civil novo trata da adoção do maior de 18 anos, que deve se efetivar mediante sentença constitutiva, a teor do projeto aprovado. No projeto complementar, já não se exige mais sentença, mas uma escritura que deve ser levada ao registro civil após a homologação pelo Ministério Público.

Há, como se vê, proposta de mudança. O projeto 6.960/02 altera os artigos que foram aqui citados e, na verdade, traz para o corpo do Código Civil

aprovado alguns dispositivos que tinham ficado no Estatuto da Criança e do Adolescente, e que em boa hora passarão para a integrar a nova Lei Civil.

Registre-se, porém, que, em matéria de adoção de criança a adolescente,

não vamos poder abandonar os princípios que orientam a colocação em família substitua, que estão estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, dando consecução à norma constitucional.

Muito obrigada. 📄

# O Estatuto da Criança e do Adolescente e os Desafios do Novo Código Civil

**TÂNIA DA SILVA PEREIRA**

PROFESSORA DA UERJ

Dando prosseguimento aos temas da tarde, gostaria de esclarecer inicialmente que, pelo fato de termos participado de inúmeros trabalhos juntas e sermos, Dra. Kátia Maciel e eu mesma, professoras do Curso de Pós-Graduação de Direito Especial da Criança e do Adolescente da UERJ, e termos sido contemporâneas na Primeira Vara da Infância e Juventude (ela como Promotora e eu atuando como Coordenadora do PAPI-Posto Avançado Proteção Integral da OAB/RJ), propusemos à organização deste evento que dividíssemos este Painel, ao invés de ela ser debatedora.

Dentro da programação, apresentaremos *aspectos gerais do Direito da Criança em face do novo Código Civil*, a Professora Kátia prosseguirá sobre a *Tutela e Pátrio Poder* (doravante *Poder Familiar*) e encerrarei expondo sobre o instituto da *Adoção*.

O grande desafio será, sem dúvida, compatibilizar da Lei nº 10.406/ 2002 com as demais leis ordinárias e com os textos internacionais ratificados.

É fundamental compreender a estrutura legislativa em nosso país após a entrada em vigor do novo Código Civil; temos de assumir, em primeiro lugar, a Constituição Federal como coordenadora, convencidos de que o Código Civil, como afirma o Prof. Caio Mário da Silva Pereira “*perdeu a sua função de Direito Comum*”.

Seguindo a orientação da mais recente Doutrina Constitucional, devemos reconhecer que os “*princípios gerais de direito*” foram, gradativamente, substituídos pelos princípios constitucionais. As “*Leis Especiais*” são universo já im-

plementado no nosso sistema jurídico abrangendo áreas destinadas a interesses especiais. Seria irresponsabilidade afirmar, de forma genérica, a revogação das mesmas.

Não podemos afastar a vigência de leis fundamentais, não só para a infância-adolescência como no Direito de Família. A título de exemplo, podemos citar a “*Lei de Alimentos*”, bem como, não podemos ignorar a grande discussão que se formou neste país quanto a vigência ou não da “*Lei do Divórcio*”.

Para entendermos o nosso sistema legislativo, parece-nos fundamental reportar-nos ao artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal quando fala que, além dos direitos enumerados nos 77 incisos do artigo 5º, como propõe J.J. Canotilho, existem outros “*Direitos Fundamentais dispersos*” na Constituição Federal com o mesmo grau de importância e eficácia. Não existem direitos fundamentais de segunda categoria.

Devemos reconhecer como *Direitos Fundamentais*, aqueles decorrentes do regime e dos princípios assumidos pela Carta Magna, assim como aqueles indicados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Aqui nos interessa, diretamente, os Documentos Internacionais relativos à infância, porque fica muito claro que a doutrina constitucional, na sua maioria, reconhece, hoje, o princípio da não-tipicidade dos Direitos Fundamentais, de forma a confirmar o não congelamento dos direitos enumerados no art. 5º – CF.

Existem princípios constitucionais que vão nos interessar diretamente. Acrescentaria, além do *planejamento familiar*, a proteção do Estado à comunidade formada por qualquer dos pais e seus

Palestra proferida no Seminário realizado em 13/09/2002

descendentes, reconhecendo-a como entidade familiar. (Art. 226, § 4º, CF); proteção contra o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (Art. 227, § 4º, CF) e a equiparação de filhos e a vedação de designações discriminatórias relativas à filiação (Art. 227, § 6º, CF)

Mas, a grande conquista, sem dúvida (aliás, não é novidade para os constitucionalistas), vincula-se à não exigência de ratificação das convenções e tratados de Direitos Humanos; basta que o Brasil seja signatário para que os seus princípios sejam reconhecidos, como esclarece o Prof. Celso de Albuquerque Melo.

Destacamos, especialmente, os “Direitos Fundamentais dispersos” contidos no artigo 227 da Constituição, ao reconhecer criança e adolescente como titulares de Direitos Fundamentais, como o adulto. É muito importante que nós entendamos que eles não só têm os mesmos direitos dos adultos como a eles são reconhecidos direitos especiais, próprios de pessoas em fase de desenvolvimento.

Nesta identificação de primazias, buscamos entender, em princípio, as “leis gerais” — diga-se o Código Civil — convivem com as “leis especiais” dentro do critério estabelecido pelo art. 2º, § 2º, da *Lei de Introdução ao Código Civil*, que assim dispõe: “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Marco Aurélio Sá Vianna, civilista mineiro, no entanto, adverte: “devemos entender a questão em termos corretos: a generalidade de princípios numa lei geral não cria incompatibilidade com regra de caráter especial. A disposição especial disciplina o caso especial, sem afrontar a norma genérica da lei geral, que, em harmonia, vigorarão simultaneamente. A lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais a par das existentes não revoga ou modifica a lei anterior”.

Neste contexto chamamos a atenção para a Lei Complementar 95/98, com

as modificações introduzidas pela Lei Complementar 107/2001 ao estabelecer que “a cláusula de revogação deverá indicar, expressamente, as leis e disposições legais revogadas”. A regra do artigo 9º da lei complementar referida veio resolver para nós um problema importante ao indicar a necessidade de indicação expressa para a revogação. Com isso, se examinarmos as “disposições transitórias” no final do novo Código Civil, vemos no artigo 2.045: “*Revogam-se a Lei 3.071/16 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho 1850*”.

Na realidade, foram essas as únicas revogações expressas, o que nos autoriza conciliar o novo Código com leis especiais e microssistemas. O Professor Caio Mário, atualmente trabalhando na atualização da sua obra, no Prefácio das novas edições, chama atenção para o fato de que “o Código Civil exerce, hoje, um papel residual diante de uma nova realidade legislativa, no qual os microssistemas e as leis especiais constituem pólos autônomos, dotados de princípios próprios, impondo inovadora técnica administrativa”.

Eu gostaria de lembrar que em obra recente, Paulo Afonso Garrido de Paula chama a atenção para a existência de uma tutela jurisdicional diferenciada para a infância e a juventude, onde pontua aspectos básicos – aos quais tomei a liberdade de acrescentar alguns – para identificarmos questões relevantes que vão interessar, diretamente, no estudo do novo Código Civil.

Realmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina a garantia permanente do acesso à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Da mesma forma, a Constituição Federal indica o advogado como indispensável à administração da justiça. Se em outras jurisdições elas são importantes, aqui ela é permanente. O Ministério Público assume posição relevante e assistimos com satisfação, inclusive, na Justiça da Infância e Juventude, muitas vezes o Ministério Pú-

blico ajuizar ações para defender interesse de uma única criança, como por exemplo, para garantir uma vaga na escola; acho que isso tem sido constante na Primeira Vara da Infância e Juventude da Comarca do Rio de Janeiro, dentro da nossa experiência.

Cabe destacar em efetivo funcionamento há quatro anos, fruto de um convênio da OAB/RJ com a Primeira Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, com o apoio da UERJ (os alunos da UERJ têm trabalhado lá também), onde desenvolvemos no PAPI – *Posto Avançado Proteção Integral* – onde realizamos o mesmo atendimento da Defensoria Pública.

Outra conquista significativa dessa tutela jurisdicional diferenciada é a gratuidade dos serviços judiciários na justiça menorista.

Destaque-se, ainda, a possibilidade do “Juízo de retratação” : o artigo 198, VII do ECA fala da possibilidade de o juiz, antes de remeter a apelação, poder reconsiderar a decisão, inclusive em termos de mérito (é diferente da hipótese do parágrafo único do artigo 518 do Código de Processo Civil, que diz que “apresentada a resposta, é facultado ao juiz o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso”.

Efetivamente, temos aqui princípios finalísticos na tutela jurisdicional diferenciada. O Brasil adotou a Doutrina Jurídica da Proteção Integral: qualquer criança, em qualquer situação, deverá ter prioridade no atendimento; não se resume apenas em ser sujeito de direitos, mas ser respeitado como pessoa em fase peculiar de desenvolvimento, deixando de ser apenas objeto passivo dessa proteção. Sem dúvida já se reconhece à criança e ao adolescente a titularidade de direitos da personalidade.

Para Roberto Senise Lisboa, em se tratando de crianças e jovens, o sofrimento se presume para justificar a indenização por dano material e moral.

Eles devem ser ouvidos naquilo que seja de seus interesses. É importante distinguirmos a hipótese do artigo 405

do Código de Processo Civil, que fala que menores de 16 anos não podem depor. Ao mesmo tempo o Estatuto esclarece que “sempre que for possível, será ouvida a criança”. A eles será dado o direito de esclarecer o que é de seu pessoal interesse.

Quando a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, (ratificada pelo Decreto 99.710/90), no art. 12, assegura “*criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre os assuntos relacionados com ela, considerando a sua idade e maturidade*”, garante-lhe, inclusive, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que lhe afete diretamente, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Portanto, a estrutura do Judiciário deve ser preparada para que possam ser ouvidos.

Uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal esclarece na hipótese de uma criança vítima de maus tratos: “*mesmo sendo ela uma criança de apenas oito anos de idade, há que se lhe dar o devido crédito se a sua narrativa se mostra coerente com os outros elementos de prova*”.

Outro desafio dentro desses princípios finalísticos é responder à seguinte indagação: para nós, operadores de Direito, o que representa a garantia constitucional de “prioridade absoluta” para menores de 18 anos? Parece-nos, inicialmente, um discurso vazio. O Professor Aluizio Azevedo, educador em São Paulo, afirma que a palavra “prioridade” não admite plural; para ele “*priorizar prioridades é contra-senso*”.

O “Estatuto” teve uma preocupação em determinar o que é, em princípio, essa prioridade. O artigo 4º-ECA faz indicações próprias: a preferência em receber proteção e socorro, a precedência do atendimento em serviços públicos, a primazia na formulação das políticas sociais, a destinação dos recursos. Quantas vezes as ações civis públicas são propostas com esse objetivo! Infelizmente, em graus de recurso, prevalece,

quase sempre, a tese da não interferência entre Poderes, o que leva as conquistas judiciais a “morrerem na praia”.

Quando nos referimos ao princípio do *melhor interesse da criança*, reportamos ao instituto inglês do *parens patriae* (Século XIII) que representou a prerrogativa do Rei de proteger aqueles que não poderiam fazê-lo por conta própria. Foi recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth vs. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirmava a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais. No caso em exame, a guarda da criança foi concedida à mãe acusada de adultério, já que este resultado representava o melhor interesse para aquela criança mediante as circunstâncias dadas.

Por sua vez, a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança* de 1989 ampliou a aplicabilidade deste princípio, destacando no art. 3.1: “*todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança*”.

Existe um trabalho publicado por uma autora portuguesa, Marta Santos Paes, em que ela afirma que “na promulgação de uma lei nova, ou na hipótese de revisão de uma lei existente, é essencial indagar se as soluções propostas são as melhores para a criança”. Emílio Garcia Mendes identifica-o como um princípio obrigatório principalmente para as autoridades, reconhecendo que é dirigido, precisamente, contra elas.

Gostaria de salientar um aspecto importante: quando interpretamos uma lei, é necessário revelar o seu sentido apropriado à vida real. Pedro Demo convida interpretar a lei como um dispositivo motivador ao serviço da criatividade.

No que concerne ao princípio da equiparação de filhos, sobre o que a professora Heloisa Barboza expôs com seu habitual brilhantismo, chamo atenção para um aspecto relevante: após a Car-

ta de 88 passou-se a discutir, nesse país, o incesto, no contexto da violência intrafamiliar. É importante destacar como este assunto vem, cada vez mais, chegando ao sistema de Justiça. Apresenta-se como um desafio enfrentar o problema do abuso sexual no âmbito familiar, quando a única testemunha é a própria vítima.

Temos defendido a tese, inclusive junto ao Poder Judiciário, identificando decisões nas quais o objeto da tutela jurisdicional não é o conflito entre os pais, mas a da proteção da criança. Diante de flagrantes indícios de abuso sexual e de situação de risco, há que se sobrepor a proteção da criança e do adolescente aos conflitos entre os pais, impedindo o progenitor de conviver com os filhos, mesmo em regime de visitação.

Daí a competência da Justiça da infância e Juventude. Destacamos aqui a decisão precursora no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tendo como Relator o Desembargador Nagib Slaibi Filho, em decisão unânime junto à 16ª Câmara Cível ao esclarecer que “*a Vara da Infância e Juventude possui competência absoluta em razão da matéria, para processar e julgar o pedido de guarda quando, com base nos aspectos fáticos particulares da hipótese, vislumbra-se a existência de risco ao menor. No caso vertente, a simples existência de indícios de abusos sexuais contra o menor exige a imediata adoção de medida de cautela, até que a questão reste completamente esclarecida.*”

Ontem, recebi uma decisão de Minas Gerais, com a mesma orientação, e fiz um contato com dois juizes em Santa Catarina, constatando que esta também está sendo a orientação no Tribunal daquele Estado.

É da competência da Justiça da Infância e Juventude prevista no art. 98, II- ECA as situações que envolvem a, “*falta, omissão ou abuso dos pais*”, abrangendo vasta Doutrina as situações de abuso de caráter sexual. O parágrafo único, letra d do art. 148 do ECA também prevê a competência deste Juízo Especializado para “*conhecer de pedidos baseados em*

*discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder”.*

Esta divergência, aliada às situações de abuso sexual, autoriza a atuação do Juiz da Infância e Juventude que, diante da denúncia de hipótese que tenha como agente um dos genitores, traz insita a existência de atritos e desentendimentos, implicando na divergência no exercício do Poder Familiar.

Por outro lado, art.1.638 do Código Civil determina a perda do Poder Familiar “*ao pai ou à mãe que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes*”;

Diante da conveniência técnica de, sempre que possível, se especializar os juízos e de se buscar maior agilidade e eficiência à prestação jurisdicional, deverá o Sistema de Justiça reconhecer, em definitivo, a competência da Vara da Infância e Juventude para o julgamento de ações que envolvam a violência sexual nas relações intrafamiliares, inclusive nos procedimentos cautelares que visem o afastamento do agressor da moradia comum, na hipótese de indícios de violência sexual impostos pelos pais ou responsáveis abrangendo as providências que envolvam a suspensão da visitação, tratando-se de pais separados.

Destacamos ainda dois aspectos relevantes indicados pelo Dr. Paulo Afonso Garrido de Paulo na jurisdição diferenciada para a infância: ela é *preventiva*, no sentido de impedir a ação e a omissão violadoras de algum direito lembrando que a Constituição prevê no artigo 5º, XXXV a garantia da prestação jurisdicional em razão da ameaça a um Direito. Por outro lado a tutela da infância tem caráter de *urgência*: a criança não pode esperar. Há necessidade imediata de sua efetivação, de proteção em tempo próprio, senão estaremos conduzindo-a à inocuidade e reduzindo a sua eficácia; o art. 4º- ECA determina a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias.

Devemos lembrar que o “Estatuto” tem procedimentos próprios a exemplo da colocação em família substituta, destituição de o pátrio poder (doravante po-

der familiar) etc. Foi adotado pelo ECA o sistema recursal do Código de Processo Civil, inclusive no caso de aplicação de medidas socioeducativas.

Outro aspecto relevante: os recursos têm efeito meramente devolutivo, com exceção apenas daquelas hipóteses previstas no art. 198-ECA concernente à Adoção Internacional e, quando houver a concessão do efeito devolutivo, possa acarretar dano irreparável. Cabe lembrar, ainda, que, em grau de recurso, tratando-se de processo oriundo da Justiça a Infância e Juventude dispensa-se o revisor.

Paulo Afonso Garrido de Paulo indica em sua obra o fundamento objetivo dessa tutela jurisdicional diferenciada: temos um microsistema disciplinador das relações jurídicas especiais para infância e juventude e uma forma diversificada de distribuição de justiça daquela habitual da codificação em geral.

Fiz questão de apresentar esses aspectos iniciais porque, trabalhando na área da infância, vemos como, muitas vezes, os advogados, os juízes e os promotores, não têm a visão nítida desta jurisdição com características próprias. Considerei relevante, diante de um novo Código Civil a vigorar a partir de 2003, não só identificarmos como será a proteção dos menores de 18 anos neste novo contexto em confronto com leis especiais e com o Estatuto, como também, a possibilidade de identificar a tutela jurisdicional diferenciada para infância e juventude, que para nós é da maior importância, nos seus elementos básicos.

### **Adoção no Novo Código Civil**

Retomando, nesta tarde minhas reflexões, desta feita sobre o instituto da Adoção, cabe esclarecer que, após a entrada em vigor do novo Código, que estaremos tratando do Estatuto da Criança e do Adolescente sempre como um “microsistema” dentro de um contexto de uma tutela jurisdicional diferenciada; sua revogação, mesmo parcial, será catastrófica.



Cabe lembrar que a figura do “Curador especial” sempre esteve presente no Código Civil, no Código de Processo Civil e no Estatuto e nunca se discutiu se seria revogado ou não; assim, considero que a adoção tem que permanecer no Estatuto para atender aos menores de 18 anos. Sua regulamentação em ambos os diplomas legais, quando compatíveis e complementares, não representará qualquer problema para o intérprete e operadores do Direito.

O artigo 1.618 diz que: “*Só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar*” condicionando a capacidade para adotar à maioridade civil. Assim, o adotante poderá ter 18 anos e o adotado deverá ser menor desta idade. Mantém-se, portanto, a competência exclusiva das Varas da Infância e Juventude quando o adotando for menor de 18 anos, na forma do art. 148 inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta mudança representa um efetivo desafio para a equipe interprofissional ao analisar as condições daquela pessoa que está adotando com 18 anos ou mais. O legislador quis ser coerente com a capacidade civil, reduzida para os 18 anos.

Consideramos que mantém em vigor a regra do art. 40-ECA ao determinar que o adotando “deve contar, no máximo, 18 anos à data do pedido, *salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes*”, permanecendo a competência do Juiz da Infância e Juventude para a concessão da medida.

Ao identificar as pessoas que podem adotar cabe ressaltar, salvo eventual restrição eclesiástica, não existe impedimento para um sacerdote ter acesso à medida, inclusive lembrando que, muitas vezes, o indivíduo casado tem filhos, fica viúvo e assume mais tarde a vida eclesiástica. Não existe impedimento algum em relação à adoção.

Quanto aos índios - classificados pela lei 6.001/73 em “*isolados*”, “*em vias de integração*” e “*integrados*” - não se pode afastar a possibilidade da iniciativa da adoção de uma criança índia por pessoa

de outra cultura. Mesmo nestas hipóteses estamos diante da competência exclusiva da Vara da Infância e Juventude. A Constituição fala da competência da Justiça Federal para disputa sobre direitos indígenas; no entanto, estamos falando da Doutrina Jurídica da proteção integral, que conduz à competência do Juiz da infância na hipótese de adoção.

O projeto 6.960/2002 que a Professora Heloisa lembrou, incluiu a proibição da medida através de procuração e prevê a sua irrevogabilidade, atendendo aos princípios estatutários; da mesma forma, o projeto prevê a proibição de adoção por ascendentes e irmão, uma flagrante omissão no Código Civil, que entrará em vigor no próximo ano.

Na realidade, estamos também diante de uma hipótese da qual venho me questionando. O artigo 1.520 do novo Código afirma a antecipação da capacidade civil pelo casamento, para aqueles que ainda não completaram 16 anos para evitar a imposição criminal ou no caso de gravidez. Já que o legislador civil buscou unificar a adoção de maiores e menores, qual será o juízo competente para se adotar esse emancipado pelo casamento? Juízo da Infância e Juventude ou será o Juízo de Família? Desafios como este se nos apresentam impondo a aplicação de princípios diversos das regras legais. Considero que sendo o adotando emancipado pelo casamento deverá ser competente a Vara de Família, sem dispensar a intervenção do Ministério Público e da equipe interdisciplinar.

Manteve o art. 1.619 do novo Código Civil a mesma diferença de 16 anos entre adotante e adotado, assumida, originalmente, pela lei civil e presente no § 3.º do artigo 42 do ECA. Não se pode recusar a concessão da medida mesmo se não existir a diferença indicada em relação a um dos Requerentes. Esta foi, inclusive, a orientação do § 2.º do Estatuto ao admitir a adoção desde que um dos Requerentes tivesse atingido a capacidade civil.

O novo Código acolheu no art. 1.620 a regra do art. 44 -ECA ao exigir do tu-

tor ou curador a prestação de contas de sua administração para adotar o pupilo ou curatelado. Cabe ao Ministério Público, por força do art. 82-II-CPC intervir, obrigatoriamente, nos procedimentos pertinentes, sob pena de nulidade.

O artigo 1.621 vai nos trazer alguns pontos de reflexão. Primeiro, a necessidade de consentimento, o qual é incondicional e não pode ser objeto de transação. O adotando adolescente deve ser obrigatoriamente ouvido; o jovem que vai ser adotado precisa, efetivamente, concordar com a medida.

O artigo 1.622 cometeu uma falta que o Dr. Leonardo Gomes, Juiz auxiliar da Primeira Vara da Infância, já indicou. Na hipótese, os divorciados e judicialmente separados podem adotar, desde que constem do processo de separação as cláusulas de visitação. No entanto, se o casal viveu em união estável e encerrou-a após iniciada a adoção ou deferida a guarda provisória, pela leitura rígida do parágrafo único não será possível a concessão da medida, porque o legislador restringiu-a aos “divorciados e os judicialmente separados...”. Como o Estatuto não fixou condições mínimas para a configuração da união estável para fins de Adoção, limitando-se a exigir que seja comprovada a estabilidade da família (art. 42, § 2º, da lei n.º 8.069/90), deve-se estender aos antigos companheiros o direito de regulamentar a convivência e ressaltar o direito de prosseguir na adoção, mesmo separados. O Código de 2002, no art.1.723, mantém o critério anterior no sentido de exigir a comprovação de uma “convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O artigo 1.623 determinou que a adoção “obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código”, diverso do Estatuto que estabelece procedimentos comuns (arts. 165/170, ECA) para todas as formas de colocação familiar – guarda, tutela e adoção.

Destaque-se, no entanto, o parágrafo único do artigo 1.623 ao indicar

que “a adoção para os maiores de 18 anos dependerá, igualmente, “da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva.” Diante dessa determinação legal, caberá ao Código de Organização Judiciária dos Estados indicar o Juízo competente e promover as adaptações necessárias. Sugerimos a manutenção da competência absoluta da Justiça da Infância e Juventude para os menores de 18 anos e para aqueles indicados no artigo 40-ECA. (Art. 148, caput, da Lei n.º 8.069/90). Caberá à Justiça de Família promover os procedimentos relativos a Adoção dos maiores desta idade.

Destacamos a impropriedade do art. 10.º do novo Código ao prever a averbação em registro público os “atos extrajudiciais de adoção”, uma vez que o novo diploma legal passou a exigir procedimento judicial para a adoção de menores e maiores de idade. Em jurisdição voluntária, não vemos razões para excluir a escritura pública, cabendo ao Magistrado e ao Ministério Público fazer exigências concernentes à assistência de uma equipe técnica, para posterior homologação. Cabe lembrar que o art. 165-I-ECA exige a anuência do cônjuge ou companheiro, o que não foi recepcionado pelo novo Código. Não concordamos, no entanto, com a proposta de mudanças no Código ao exigir dos outros filhos o consentimento para a adoção e, se forem menores, serão representados por curador especial.

O artigo 1.624 é objeto do meu profundo questionamento. Nós sabemos que se as crianças estão abrigadas e os pais não as visitam, o Doutor Siro Darlan, Juiz da 1ª Vara da Infância, tem feito audiências nas instituições de abrigo para forçar os pais a comparecerem, estarem presentes. Se não for dessa forma, por iniciativa do Ministério Público serão promovidas a suspensão e a destituição do pátrio poder (doravante poder familiar) para que essa criança seja colocada numa família substituta. Neste aspecto, há um grande mérito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pelo menos aqui na capital.

A expressão “infante exposto” me lembra a roda dos expostos, extinta desde o Código de Menores de 1927 como forma anônima de abandono; também o Código de 2002 se refere ao “órfão não reclamado por qualquer parente por mais de 1 (um) ano”, se a criança órfã está abrigada e não tem referência dos pais, deverá aguardar um ano numa instituição, até que um parente venha reclamá-la? O que representa um ano no desenvolvimento de uma criança? Nós sabemos os efeitos nefastos da institucionalização; por mais perfeita que seja uma relação de maternagem na instituição, sabemos a falta que faz a identificação com uma determinada pessoa, mesmo que não seja o pai ou mãe biológica. As instituições de abrigo trabalham muitas vezes com regime de trabalho de 12 horas, com folgas de 48 e, às vezes, até com intervalos de 72 horas. Considero que isso foi um retrocesso em nossa lei civil.

O artigo 1.625 determina que a medida deve constituir “efetivo benefício para o adotando”. Mantiveram-se, desta forma, as diretrizes do artigo 43 do ECA ao indicar que a adoção deve “apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. As expressões “*efetivo benefício*” ou “*reais vantagens*” reportam-se ao princípio do “melhor interesse da criança”, presente na Cláusula 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto n.º 99.710/90.

Identificamos o “*melhor interesse da criança*” nos dias de hoje, como uma norma cogente, não só em razão da ratificação da Convenção da ONU (através do Decreto n. 99.710/90), mas, também, porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma.

Omitiu-se a Lei n. 10.406/2002 quanto ao *estágio de convivência*; previu o Projeto de Lei 6.990/2002 o acréscimo do parágrafo único ao art. 1.625, ao determinar que “a adoção será precedida

de estágio de convivência com o adotando, pelo prazo que o juiz fixar, observadas as peculiaridades do caso, podendo ser dispensado somente se o menor tiver menos do que um ano de idade ou se, independentemente de sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para a avaliação dos benefícios da constituição do vínculo”. Pretendeu-se suprir, portanto, flagrante omissão do texto original da Lei 10.406/2002. Trata-se de procedimento essencial à concessão da medida, o qual envolve um período de tempo de adaptação do adotando à nova família.

O artigo 1.626 determina o rompimento do vínculo de filiação com a família de origem, admitindo duas exceções: nas hipóteses de “impedimentos matrimoniais” e quando “um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro”.

Como o art. 41-ECA, o novo texto ressalva os impedimentos matrimoniais, os quais poderão ser invocados a qualquer tempo para vetar o casamento entre pessoas indicadas na lei civil. Prevê o parágrafo único do mesmo artigo 1.626 situação especial também indicada no § 1.º do artigo 41-ECA, ao manter os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes”, se um adota o filho do outro. Conhecida como “adoção unilateral” sua peculiaridade se apresenta quando a substituição se dá apenas na linha paterna ou materna. Na forma do art. 21, ECA, o cônjuge ou companheiro do adotante não perde o poder familiar, exercendo-o em conformidade com o outro.

Considero que houve extremo rigorismo do legislador brasileiro, mesmo no Estatuto, em estabelecer como regra geral o rompimento do vínculo com a família biológica. Poder-se-ia ter sido um pouco flexível deixando ao magistrado identificar situações especiais para dar tratamento diverso; temos assistido na 1ª Vara da Infância, principalmente quando as crianças são adotadas mais velhas, que existe um vínculo familiar com as famílias de origem. Por que não

mantê-la como medida de proteção? Nada impede que uma criança seja adotada e que seja estabelecido um acordo de visitação com a família biológica, o que pressupõe, obviamente, um entendimento entre as partes.

O artigo 1.627 reafirmou o princípio estatutário ao afirmar que o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial e autorizou a inscrição mediante mandado judicial no registro civil com o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes, sem qualquer observação sobre a origem do ato. Esta foi a orientação do artigo 47 e parágrafos do ECA. Admite-se, inclusive, a alteração do prenome, o qual constará da sentença (art. 46, § 5.º, ECA). A sentença constitutiva dá nascimento a um novo estado civil ao adotado. Deve-se alertar aos adotantes quanto às questões que envolvem a sua identificação. Se a criança já atingiu um nível de melhor compreensão deve-se evitar a mudança do prenome.

Como o § 6.º do artigo 47-ECA, o novo Código Civil admite no artigo 1.628 a concessão da medida *pos mortem*, ao indicar seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, “exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito”. Temos aqui uma regra copiada do “Estatuto” ; se o processo se iniciou e o adotante vier a falecer no correr do procedimento, tendo ficado manifestadamente provada a vontade de adotar, essa adoção será concretizada e a sentença será retroativa à data do óbito. A lei menorista declara, ainda, que as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

*Adoção internacional.* O Código Civil, na redação inicialmente aprovada, se reportou à “lei especial”, quer dizer, ao Estatuto e aos Documentos Internacionais ratificados. Mas diante da hipótese de se revogar a adoção do Estatuto, o projeto 6.960/2002 incorporou as regras

dos artigos 51 e 52 para efeito de adoção internacional.

Vivemos uma nova realidade no que concerne às adoções internacionais após a ratificação pelo Brasil da *Convenção Relativa à Proteção e Cooperação Internacional em Matéria de Adoção Internacional* aprovada em maio de 1993 na 17.ª Seção da Conferência de Leis Privadas Internacionais. Através do Decreto n. 3.087/99, o Brasil ratificou-a, implementando-a internamente, impondo-se, a orientação do Ministério da Justiça que passou a exercer as funções da *Autoridade Central* indicada na referida Convenção.

Em princípio, o entendimento consolidado tem sido no sentido de que estrangeiros e brasileiros residentes fora do país devem submeter-se à Comissão Estadual Judiciária de Adoção – C.E.J.A, os documentos para adoção emitidos pela autoridade de seu país; os estrangeiros residentes em território nacional, comprovado o ânimo de permanência, serão tratados como os nacionais, dispensando a apresentação dos documentos previstos no artigo 51-ECA e submetendo aos procedimentos próprios da Justiça da Infância e Juventude.

O *status de residente* outorga, portanto, ao estrangeiro o direito de pleitear a adoção nas mesmas condições dos brasileiros que vivem no Brasil, como determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90).

O que se pretende priorizar é a permanência do adotado no Brasil, sem privá-lo, bruscamente, de conviver com seu idioma, suas tradições, cultura e acarretando o rompimento com suas raízes. A adoção por estrangeiro residente no território brasileiro vai permitir que a criança mantenha seus costumes e adquira os hábitos do adotante, sem bruscas mudanças.

Essas pessoas serão avaliadas em seu cotidiano pela Equipe Interprofissional do Juizado da Infância e Juventude, o que permitirá uma melhor apreciação deste ânimo de permanência no Brasil. Nestas hipóteses devem ser considerados, primordialmente, os docu-

mentos comprobatórios ou outros elementos que indiquem, de forma irrefutável, o *ânimo de permanência* no território nacional.

É obrigatório o Estágio de Convivência cumprido no Território Nacional (mínimo de 15 dias para crianças com idade até 2 anos e um mês para crianças maiores de 2 anos) previstos no art. 46, § 2.º, ECA. Será mantido um registro estadual centralizado de interessados residentes no exterior e um registro de crianças a serem adotadas.

No caso de recurso da sentença que defere a adoção para residentes fora do país, será recebida a apelação com efeito suspensivo uma vez que a decisão estará sujeita à revisão em instância superior. Evita-se, desta forma, a saída da criança ou adolescente do país antes do trânsito em julgado da sentença. Esta questão não está contida no Código Civil de 2002, mas deverá ser adequada à nossa realidade legislativa.

Merece referência especial a orientação assumida pelo Ministério da Justiça na NOTA 2/2 de 2002, ao estabelecer a proibição de Advogados atuarem nas Adoções Internacionais, senão através de Agências.

Esclareça-se que na Convenção de Haia/93 não há referência específica, entre os requisitos processuais, de procedimento especial de habilitação para a Adoção; refere-se a “relatório que contenha informações sobre a identidade, capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar” (art. 15), bem como, “relatório que contenha informações sobre a identidade da criança, sua adotabilidade, seu meio social, sua evolução pessoal e familiar, e ainda, seu histórico médico pessoal e familiar, assim como quaisquer necessidades particulares da criança” (art. 16).

O Art. 51-ECA refere-se aos documentos necessários e o art. 52-ECA menciona o laudo de habilitação. Conclui-se, portanto, tratar-se os procedimentos administrativos probatórios, identificados como “subsídios por escrito, mediante laudos” elaborados pela equipe interprofissional e previstos no Art. 151-ECA.

Sendo de natureza “pericial”, representa um serviço auxiliar do Sistema da Justiça da Infância e Juventude

e, na forma do Art. 151- ECA, está sob a imediata subordinação da autoridade judiciária. O laudo técnico deverá acompanhar a petição inicial. Por outro lado, a CEJA é também qualificada como “judiciária” designando que a Comissão atua naquele espaço de Poder reservado ao Judiciário.

O vínculo da adoção constituído por sentença judicial (art. 1623 do novo Código e no art.47-ECA) e a sua irrevogabilidade prevista no Art. 48-ECA, dão à adoção o seu caráter definitivo. Tanto assim que, o art. 24 da Convenção determina que “uma adoção só poderá ser recusada em um Estado Contratante se for manifestamente contrária à ordem pública”.

Portanto, a atuação de um Advogado não pode ser afastada por um ato administrativo do Ministério da Justiça. Trata-se de flagrante violação à regra constitucional do art. 133 ao declarar o advogado “indispensável à administração da justiça”. Da mesma forma, a Lei nº. 8. 906/94( Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) determina no art. 1º ser atividade privativa do advogado “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário”. Sendo explícita a norma constitucional, ficam afastados entendimentos restritivos.

Mesmo após a ratificação da Convenção não se pode falar em conflito de atribuições entre a CEJA e o Juiz da Infância e Juventude no que concerne à Adoção; aquele órgão exerce atividades subsidiárias à atividade jurisdicional exercida pelo Juiz da Infância e Juventude. Sua natureza complementar não pode afastar a atuação do Advogado.

Eu tenho defendido o critério da “residência habitual” para identificar a adoção como nacional, devendo ser feita a prova da intenção dos adotantes permanecerem no país – não eternamente – mas enquanto estiverem aqui trabalhando, a criança que for adotada por estrangeiro vai ficar um período no Brasil, vai se adaptar à cultura e aos hábitos dos adotantes, sem aquele rompimento no prazo máximo dois meses que

ocorre na adoção internacional - isso às vezes é um pouco drástico na vida da criança. Vivemos o desafio da reconstrução e recomeço com o novo Código que exigirá dos intérpretes e operadores do Direito lucidez e criatividade.

A grande verdade é que a adoção, a cada dia, tem representado uma grande chance de colocação familiar. Eu queria lembrar, inclusive, que pela Lei 10.421/2002, hoje temos a licença-maternidade para adoção, quase nas mesmas condições da medida na hipótese de gestação. Ao crescer à CLT o art. 392-A previu-a “no caso de adoção ou guarda judicial de criança” com prazos diversificados, considerando a idade da criança: até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 dias; a partir de 1 (um) ano até 4 anos de idade, a licença será de 60 dias; crianças com mais de 4 anos até 8 anos de idade, o período de licença será de 30 dias. Exige-se, para isso, a apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardião. Configura-se como “*interrupção do contrato de trabalho sem prejuízo do emprego e do salário*”; não se aplica, em princípio, o aumento dos períodos de repouso, de duas semanas, previsto no § 2.º do art. 392, salvo situações excepcionais vinculadas às condições da criança. O próximo passo será a regulamentação da *licença-paternidade* na adoção e os direitos previdenciários já reconhecidos à adotante, permitindo ao adotante um período de convivência com o adotado.

Eu gostaria, antes de agradecer aos senhores a atenção, lembrar que tenho a honra de representar, no Rio de Janeiro, o IBDFAM – *Instituto Brasileiro de Direito de Família* – e maior é a minha honra de estar trabalhando, permanentemente, com o Fórum Permanente de Direito de Família, sob a coordenação da Des. Maria Raimunda, que tem desenvolvido grande esforço no sentido de promover freqüentes debates sobre temas estratégicos dentro do Direito de família.

O IBDFAM existe em todos os Estados; temos o nosso site, revista trimestral e boletins, e desenvolvemos um tra-

balho muito importante, no sentido de identificar essas questões maiores, principalmente ligadas ao Direito de Família e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

## DEBATES

### **Des. Áurea Pimentel Pereira**

Dando início aos debates, eu indago se o nosso colega, o juiz de família, Dr. Ricardo Cardozo tem alguma pergunta a fazer.

### **Dr. Ricardo Rodrigues Cardozo**

Eu estou satisfeito, Desembargadora, com a exposição. Trata-se, principalmente em relação à filiação, de um tema polêmico; até sugiro que, numa outra oportunidade, nós possamos renovar isso, porque certamente a Professora Heloisa terá muito mais a dizer - eu conheço o seu trabalho, embora só a tenha conhecido pessoalmente hoje. A Professora Tânia, também, fez uma brilhante exposição sobre a adoção e a Dra. Kátia, de quem eu sou um admirador, Curadora de Família da 11ª Vara, da qual eu sou juiz, conheço o seu trabalho, e temos discutido muitos pontos a respeito disso. Eu me dou por satisfeito.

### **Dra. Heloisa Helena Barboza**

Com relação a uma outra participação para discutir o tema de Família, estou inteiramente à disposição. Reitero que é com o maior prazer que eu venho à EMERJ para fazer essas discussões, que só enriquecem esse trabalho de construção, como eu já tive a oportunidade de dizer, de um novo Direito Civil. Eu só queria aproveitar essa oportunidade, já que me deram a palavra, para deixar uma frase de reflexão final, sem nenhuma pretensão. Precisamos ter um pensamento, um pressuposto para análise de todas essas relações - e nesse ponto quem me inspirou foi a Professora Tânia, com a sua brilhante exposição - especialmente das relações de família, em qualquer área do Direito, quer seja na Magistratura, quer seja no Ministé-

rio Público, na Advocacia ou no Magistério: não estamos lidando com um problema jurídico mas, antes de mais nada, estamos lidando com um problema humano. Então, nós temos que buscar nas regras jurídicas a melhor solução para aquele problema humano, especialmente nas relações de filiação. Era só essa reflexão final que eu queria deixar.

### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Confesso que não fiz, ainda, um estudo detalhado com relação ao novo Código Civil no Direito de Família e, por isso, as explicações de hoje me foram muito úteis e, ao mesmo tempo, me causaram certa perplexidade. Eu gostaria até de ouvir o pensamento das ilustres palestrantes. Ao longo do Código Civil, sempre se percebe uma linha, tanto no Direito das Coisas, como no Direito das Obrigações etc. No Direito de Família anterior ao que está no Código, tínhamos também uma certa linha, privilegiando um certo entendimento. Eu sinto que agora as coisas não ficaram assim muito definidas, pelo menos para mim, ou não estão. Eu gostaria de saber o que é que a Professora Heloisa pensa a respeito, e como é que vamos enfrentar essa questão.

### **Dra. Heloisa Helena Barboza**

Desembargador, acho que a sua dúvida é de todo procedente - e foi um dos pontos que eu procurei indicar, depois de um estudo, principalmente da parte de Direito de Família, e em particular da relação de filiação: não se consegue sentir essa linha de orientação do Código. Como eu tentei especificar em matéria de filiação, qual é o critério de paternidade? São três os critérios. É o critério biológico que deve prevalecer, ou é o critério socioafetivo? Lembrando, por exemplo - a prevalecer, bem entendido, o projeto complementar - numa relação de filiação que tenha sido oriunda de uma inseminação heteróloga (quer dizer, o casal tem um filho com um doador), caso se permita a esse doador vir a contestar essa paternidade, dando-se

primazia ao vínculo biológico, ele desfaz uma paternidade já existente, e eu insisto: a figura do pai - e aí nós temos muito o que aprender com os psicólogos - é importantíssima para a formação da personalidade, para a identidade de cada um de nós; é a figura popular da proteção. Portanto, não se pode, de repente, desfazer uma relação de paternidade já existente, às vezes, há mais de uma década, para fazer prevalecer uma relação biológica. Principalmente o julgador, deve ter muita sensibilidade nessa hora para medir, contrabalançar esses valores que estão envolvidos porque, voltando ao início da pergunta do Des. Sergio Cavalieri, realmente o Código nos deixa numa certa instabilidade, ao ponto de que se esse projeto novo vier a ser aprovado, qualquer interessado pode impugnar uma paternidade. Quem é interessado para impugnar uma paternidade? Nós não podemos esquecer que, atrás de muitas discussões sobre paternidade, existem, na verdade, interesses econômicos, porque o estado de filiação está diretamente vinculado a questões patrimoniais graves, como as questões de sucessão.

### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

O Ricardo teve aí o privilégio de ressaltar que a Professora Kátia é Curadora da Vara de Família de que ele é titular. Isso me traz à memória uns tempos bastante felizes: eu era juiz de Fazenda Pública, ainda jovem, e tive o privilégio de ter uma jovem Curadora de Fazenda, que era a Professora Heloisa, e comecei a admirá-la pelos seus pareceres - todos nós juizes sabemos o que é um bom parecer, como ajuda, como contribui, e como não ajuda um mau parecer - e, com o tempo, aquilo que era uma vocação despontante, tornou-se essa realidade que deixa todos nós cheios de orgulho de vê-la atuando, não só no Rio de Janeiro, mas em todo o Brasil. E eu faria a ela, ainda, uma outra indagação: Professora, observa-se ao longo de todo o novo Código Civil o propósito de deixar ao juiz uma grande margem de respon-

sabilidade no julgamento, através das cláusulas abertas, das cláusulas gerais, boa-fé, função social etc. Essa incerteza com relação a uma certa linha a adotar - e ora é essa paternidade, ora aquela - será que não é também um propósito do legislador de deixar essa questão a ser resolvida, caso a caso, pelo juiz?

**Dra. Heloisa Helena Barboza**

A pergunta foi muito bem formulada e há uma tendência, vamos dizer assim, contemporânea, do legislador em usar para disciplinar assuntos controversos e de difícil solução, pela sua multiplicidade de possibilidades fáticas, as chamadas cláusulas gerais ou os conceitos indeterminados. Terá sido essa a intenção do legislador no Código Civil, no que pertence ao Direito de Família? Poderá até ter sido, e vai acabar sendo, como o senhor bem disse, porque na verdade a solução para todas as dúvidas que surgirão, certamente, na aplicação desses dispositivos, nós vamos buscar em conceitos, em cláusulas generalíssimas, digamos assim, que estão na Constituição Federal...

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

A Sra. começou a falar dos princípios, não é?

**Dra. Heloisa Helena Barboza**

Exatamente, são os princípios que estão na Constituição Federal. Como é que o juiz vai decidir o que é melhor, por exemplo, numa determinada situação de estabelecimento de filiação com relação a uma criança? Em última análise, ele tem que sopesar, também, além do direito dos envolvidos, o melhor interesse da criança. Eu tenho até pensado e proposto o seguinte: em determinadas situações, num conflito entre uma paternidade biológica e uma paternidade socioafetiva já existente, como seria o caso (alguém já é pai há muitos anos, e de repente aparece o pai biológico: "olha, eu sou o pai, eu quero essa paternidade"), há de se considerar o que é melhor para a criança, principalmente.

Será que é bom para aquela criança, de repente, ver-se despojada daquela pessoa que foi, a vida inteira, pai para ela? Quer dizer, esses princípios, com certeza, trazem conceitos indeterminados e constituem cláusulas gerais que certamente serão aplicados.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

Eu gostaria, ainda, de fazer uma indagação à Professora Kátia. A Professora Kátia destacou que o novo Código Civil, como o antigo, nada fala sobre o restabelecimento do poder familiar. Mas, na projeção feita, se não me engano, verifiquei que, no caso de destituição de poder familiar, a criança pode ser colocada em família substituta. A colocação em família substituta, não tornaria incompatível a eventual possibilidade de restabelecimento do poder familiar?

**Dra. Kátia Maciel**

Sem dúvida, Desembargador, inclusive, essa premissa da possibilidade do restabelecimento está fulcrada, exatamente, no estabelecimento da relação jurídica continuativa. No caso de haver uma adoção posterior, não existirá mais a relação jurídica com a família biológica. Logo, por ser irrevogável a adoção, não há possibilidade de se restabelecer o poder familiar.

**Dr. Ricardo Rodrigues Cardozo**

Eu até tinha me dado por satisfeito, mas depois das indagações do Desembargador Cavalieri à Professora Heloisa me veio à mente, apenas a título de contribuição, um comentário sobre a parte prática, a vivência do juiz de família, e eu me coloco, nesse aspecto, como juiz de família há quase sete anos: talvez realmente, Professora Heloisa, o melhor seja deixar como essas cláusulas abertas, porque eu me vi, ao longo desse tempo, diante de casos em que eu não tinha o suporte legal e, ainda assim, deferi; já permiti que avô viesse questionando a paternidade de neto, já permiti, já julguei improcedentes pedidos em que eu tinha absoluta certeza



de que o pai biológico era o autor, mas que considerando a paternidade socioafetiva, o aspecto socioafetivo, o melhor para a criança era manter aquela situação. Então, talvez o melhor seja deixar até que o bom-senso do Magistrado possa dirimir isso, porque cada caso é um caso, do que nós ficarmos presos a dispositivos que nos limitam. Então, apenas a título de contribuição, é a experiência de um juiz de família diante de casos concretos. Apenas isso que eu gostaria de colocar.

#### **Dra. Heloisa Helena Barboza**

Se a direção da mesa me permite, eu fico até satisfeita de ter essa contribuição, que considero fundamental, do que é a realidade prática, porque o que nós verificamos, fazendo estudos doutrinários mais aprofundados - e isso já vem da doutrina alemã - é que exatamente o que se superou, hoje, foi a pretensão que houve, de uma época principalmente, digamos, do império do positivismo, de ter uma lei exaustiva, uma lei que fosse apta a disciplinar todas as hipóteses possíveis de serem verificadas, o que realmente era uma ambição muito grande, e as cláusulas gerais vêm permitir ao juiz dar esse real e atual conteúdo da lei.

#### **Des. Áurea Pimentel Pereira**

Antes de transmitir à Professora Heloisa, as perguntas que vieram do auditório, eu quero me permitir ouvir a opinião da Professora Tânia, a respeito de um dispositivo que foi transportado do Estatuto da Criança e do Adolescente para o nosso novo Código Civil, a respeito do qual eu tive sempre uma visão muito intransigente: o parágrafo único do artigo 1.622 repete o parágrafo 4º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, permitindo que divorciados e os judicialmente separados possam adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visita e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado com constância da sociedade conjugal. Todavia, o artigo 1.625 do nosso novo Estatuto Civil é peremptório no sentido de dizer que

somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando. Então, a minha indagação é a seguinte: onde estará o benefício de em um lar desfeito, em uma família desmornada, se permitir uma adoção?

#### **Dra. Tânia da Silva Pereira**

Eu acho que o fato de o casal estar separado, não significa necessariamente que tenha se desfeito esse laço de afetividade que exista com aquelas pessoas. De modo que, em nome do melhor interesse da criança, o fato de estar o casal separado, desde que estejam estabelecidas regras de convivência, seja como guarda compartilhada, ou mesmo num regime de visitação normal, é perfeitamente possível essa convivência. Mesmo que não exista mais uma relação de conjugalidade, mas exista amizade e respeito, e eu considero que o amor pelos filhos, sejam adotivos ou não, não se reduz pelo fato, pura e simplesmente, da separação.

Quando o art. 1.622, *caput*, estabelece que: “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”, quer dizer, se eles tiverem vivido em união estável, mas já estiverem separados, e tiverem um bom relacionamento, embora não previsto legalmente, nada impede que se estabeleça um regime de guarda e de convivência entre essas pessoas no que concerne aos filhos. Eu considero que existe um espaço, efetivamente, em nome da relação de carinho e de amor, para esse casal, mesmo que esteja separado possa prosseguir na adoção.

Eu queria, nessa oportunidade, lembrar que no nosso convênio do IBDFAM com o Fórum Permanente de Direito de Família, no dia 1º de novembro vamos discutir a maternidade no novo Código Civil e a legislação correlata, de modo que aqui na EMERJ vamos ter a honra em receber todos aqueles que tiverem interesse no assunto e queiram participar.

#### **Des. Áurea Pimentel Pereira**

Então, prosseguindo os debates, a primeira pergunta que é dirigida à Pro-

fessora Heloisa Helena, pela debatedora Regina Passos, juíza de São Gonçalo, é a seguinte: não seria uma limitação ao “cheque assinado em branco”, concedido ao marido na desistência da autorização para a inseminação heteróloga do artigo 1.597, a criação de um prazo decadencial curto?

**Dra. Heloisa Helena Barboza**

Olha, a idéia é a seguinte: eu acho que na hora em que o marido consente com a inseminação, ele assume uma responsabilidade; ele está no exercício de um direito constitucionalmente garantido, o direito ao planejamento familiar, no sentido de ter, constituir uma prole. Mas, nós não podemos esquecer que se esse marido – até na linha da pergunta que a Desembargadora formulou e que a Professora Tânia respondeu, como sempre, com muita perspicácia, com muita humanidade, no sentido da relação amorosa que pode ter-se constituído – se arrepende daquele seu ato, poderia se dar um prazo para ele revogá-lo no máximo até que a mulher engravide. Se ela engravidar, ele não poderia mais revogar, porque isso significaria dizer que aquela criança ficaria sem paternidade, inclusive a permanecer a idéia do sigilo com relação ao pai biológico, que efetivamente pai jamais deveria ser, porque o doador de sêmen quer tudo, menos ser pai de alguém – o que ele está fazendo é um ato de solidariedade, de colaboração com a solução de um problema alheio, mas efetivamente não se tem notícia de que algum doador tenha ido buscar o seu filho, embora até a possibilidade exista. Eu não sei se foi essa a pergunta, perdoe-me, mas dever-se-ia colocar uma limitação a essa possibilidade de ele se arrepender, digamos assim.

**Des. Áurea Pimentel Pereira**

A segunda pergunta, também para a Professora Heloisa, é da nossa colega, juíza Elizabete Aguiar, da 3ª Vara de Família de Duque de Caxias, que indaga: O projeto de Lei 6.960, referido pela palestrante, prevê alguma alteração

quanto ao prazo de 4 anos do artigo 1.614 do novo Código Civil, para que o filho possa impugnar a paternidade, considerando que, a nosso ver, houve tratamento desigual quanto à impugnação da paternidade pelo pai, marido, no artigo 1.601 do novo Código Civil?

**Dra. Heloisa Helena Barboza**

Prevê sim, pois ele tira o prazo, ele simplesmente não se refere mais a prazo algum. Ele mantém a redação, suprimindo a parte final, ou seja, o prazo fica em aberto, não há mais prazo. Apenas uma observação: o projeto é muito extenso, são vários artigos, e alguns deles, especificamente dessa parte que nós examinamos aqui rapidamente, são complexos, difíceis, são até, digamos assim, de benefício duvidoso. Mas algumas propostas são interessantes e vieram realmente preencher lacunas que haviam restado da redação original.

**Des. Áurea Pimentel Pereira**

A terceira pergunta: Professora Heloisa, como proceder diante do caso de um pai que trata os filhos da atual companheira com regalias, e diz que só dá uma vida digna para o seu primeiro filho se ele for morar com a nova família do pai, sabendo que todos os filhos têm o mesmo direito e que esse primeiro filho não desfruta de nenhuma dessas regalias?

**Dra. Heloisa Helena Barboza**

Que tratamento dar a esse pai? O princípio básico que orienta todos esses tipos de relação, é o princípio do melhor interesse. Se realmente ele dá essas regalias para os filhos da companheira e não dá para o seu primeiro filho, ele está fazendo chantagem material ou emocional com o primeiro filho. Se essa chantagem, me permitam aí a expressão, for de tal proporção que esteja causando um prejuízo para a criança, eu considero que cabem as medidas que o próprio Estatuto prevê, de chamar o pai. A autoridade para responder essa pergunta é a Dra. Kátia, especialista no


assunto. Mas o meu palpite, como leiga, é no sentido de que, se realmente essa discriminação, que ele está promovendo, está causando um malefício, o Estatuto tem algumas medidas para que se chame esse pai. Dever-se-ia ver se a discriminação é suficiente para motivar um procedimento para a aplicação de sanções administrativas, ou até penais. Eu não sei que tipo de discriminação, que regalia que ele está dando; será que ele está deixando o filho mais velho sem comer? Não sei...

**Des. Áurea Pimentel Pereira**

A seguinte pergunta, professora Heloisa, não está assinada pelo debatedor; ele indaga: o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, prevê que a adoção rompe o vínculo do adotando com a sua família biológica, salvo para impedimentos matrimoniais. Esse dispositivo, além de fundamento moral, tem fundamento na preservação da prole, no aspecto biológico. O novo Código prevê a reprodução assistida heteróloga. Qual a opinião da palestrante a respeito da ausência de previsão legal semelhante ao artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, face ao fundamento biológico do dispositivo com relação à reprodução assistida heteróloga

do material? O anonimato do doador deve ser respeitado sempre?

**Dra. Heloisa Helena Barboza**

Se eu entendi bem a pergunta, ele quer saber se, na ausência de dispositivo expresso, o fato da reprodução heteróloga, por si só, rompe o vínculo biológico, o vínculo de parentesco, com o doador, que seria o pai biológico. Eu entendo o seguinte: a lei cria uma presunção de paternidade. Então, em princípio, o pai é o marido, por força do que está na lei. A sua pergunta, talvez, seja a seguinte: como a proposta de complementação do Código diz que os pais biológicos podem investigar, teoricamente o doador poderia vir investigar, porque efetivamente, não há nenhum dispositivo nesse sentido. Um desses projetos que eu mencionei, que disciplinam em particular a reprodução assistida, em todos os seus efeitos, especialmente jurídico, diz expressamente, na última versão, que é o Projeto de Lei 90, que não surge vínculo de parentesco entre o doador e o filho – quer dizer, assim se resolveria esse problema. Mas, na ausência, e principalmente se passar o projeto, nós vamos ficar com esse risco e que, na prática, vai ser de difícil verificação, mas nunca se sabe o que vai no coração humano ... 

# O Estatuto da Criança e do Adolescente no Novo Código Civil

**KÁTIA REGINA FERREIRA LOBO ANDRADE MACIEL**

*Professora da UERJ*

## **Aspectos ligados ao Poder Familiar, à Guarda e à Tutela**

Os temas que ficaram a nosso encargo são o poder familiar, a guarda e a tutela, estes últimos entendidos como modalidades de colocação em família substituta.

O primeiro exame que faremos das inovações do Código Civil de 2002, referentemente aos institutos relacionados aos direitos da criança e do adolescente, diz respeito ao pátrio poder, que recebeu uma roupagem moderna, uma função mais abrangente e passou a denominar-se “poder familiar”. Muita crítica fez-se à manutenção da expressão “poder” desse complexo de direitos e deveres, uma vez que mantém aceso um resquício ultrapassado da terminologia da longínqua família patriarcal romana. Apesar das inúmeras sugestões doutrinárias no sentido de mudar-se a nomenclatura para “autoridade parental”, ou “autoridade familiar”, o legislador civil manteve a expressão “poder” e acrescentou a qualificação “familiar”. Mesmo inadequada a denominação atual, o que nos interessa focar é o conteúdo, e o que nele mudou.

Com efeito, o exercício compartilhado dos pais apreendido pelo novo Código Civil já estava previsto no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de uma função que deve ser assumida por ambos os genitores, e não somente pelo pai com o auxílio e a colaboração da mãe, o que equivale a dizer que essa correta noção do papel dos genitores vigora desde 1990, com o referido Estatuto, sendo incorporada, como assinalamos, ao novo Código Civil

(*art.1631*). Porém, o conceito tornou-se mais complexo, a partir da Constituição Federal de 1988, como analisaremos a seguir. Compreende-se o instituto como a função compartilhada dos pais, com relação à pessoa e aos bens do filho menor (a maioridade civil foi reduzida para 18 anos), objetivando sempre o melhor interesse desse filho.

No que tange às tradicionais obrigações dos genitores elencadas no Código Civil de 1916, basicamente não há novidades na novel Lei Civil. A propósito, ao lado do dever de bem administrar os bens do filho, de representá-lo ou assisti-lo destacamos os três deveres básicos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (*art. 22*), as quais sejam: o sustento, a guarda e a educação - obrigações primárias dos pais.

Ressaltamos, todavia, uma omissão importante do legislador civil. O direito da personalidade dos mais relevantes, fundamental para a individualização e a vinculação do ser humano a uma determinada família - o nome (*art. 16 do CC*) - não foi expressamente previsto no rol das obrigações legais dos pais com relação ao filho. É o dever primário dos genitores de conferir-se, imediatamente após o nascimento, o nome ao filho recém-nascido, através do devido registro civil, fornecendo os dados completos (maternos e paternos) para a lavratura da certidão.

Quem milita na área da infância e juventude entende o constrangimento de efetuar-se um registro de nascimento com dados de caridade de uma criança cuja origem de filiação é desconhecida. Por outro lado, são muitas as famílias carentes, cujos pais são identificados, que não foram orientados e não se preocupam em registrar o filho. É indispen-

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 13/09/2002

sável que este direito fundamental seja cumprido e, para tanto, os órgãos públicos devem incentivar e facilitar o acesso ao registro civil. O Ministério Público Estadual, notadamente os órgãos com atribuição de Registro Civil e de Família, precisam fiscalizar com mais eficiência os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, quanto ao cumprimento do artigo 2º da Lei nº 8.560 de 29/12/1992 que impõe ao oficial desse Cartório a obrigação de perquirir junto à mãe da criança que está sendo registrada os dados de paternidade para, a partir daí, notificado o suposto pai, haver o reconhecimento voluntário ou a propositura da ação de investigação para a complementação da certidão com todos os dados de ascendência biológica do menor. A defesa deste direito individual indisponível é uma atribuição constitucional do Ministério Público (art. 127). Certamente, com o apoio do Poder Judiciário, de mãos dadas, esse direito fundamental do ser humano será devidamente respeitado pelos pais.

Não podemos esquecer, logicamente, dos direitos fundamentais do filho menor de 18 anos previstos no artigo 227 da Constituição Federal do Brasil de 1988, como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária. Também estes direitos devem ser respeitados não só pela sociedade, pelo poder público, mas principalmente pelos genitores.

Ocorre que, no exercício desse poder familiar, é importante que os pais estejam preparados e imbuídos da responsabilidade de exercer plenamente essa autoridade. Na maioria dos casos, entre pessoas muito jovens, por não haver qualquer planejamento ou orientação inicial a imaturidade frente a nova realidade se transforma em ansiedade, nervosismo e, por vezes, em atitudes violentas e negligentes. Existem outros tantos casos em que os pais querem exercer plenamente o poder familiar, mas a falta de recursos financeiros impede ou dificulta o referido exercício. Em comu-

nidades mais carentes, existem inúmeras famílias que, devido ao desemprego ou ao subemprego dos pais, não conseguem garantir a subsistência própria quanto mais a educação e a assistência material dos filhos. Chamamos a atenção do leitor para o fato de que, apesar da falta de recursos não ensejar a perda do poder familiar (*art. 23 do ECA*), efetivamente, no Brasil, a pobreza impede e dificulta o exercício desse poder, na medida em que os filhos, com muita frequência, são entregues aos cuidados do Poder Público, como por exemplo o encaminhamento a abrigo provisório (*art. 101, VII do ECA*).

A interferência de estranhos no exercício ineficiente do poder familiar pelos pais é um tema que diuturnamente alcança mais e mais discussões. Chamamos a atenção do leitor para a vedação inovadora do artigo 1.513 do novo Código Civil: “*é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*”. Aparentemente, haveria uma limitação ao controle do poder familiar por constituir política pública o respeito à dignidade familiar. Na realidade, a proibição só ocorre à primeira vista porque através de interpretação sistemática daquela norma com o Estatuto da Criança e do Adolescente e, principalmente, com a Constituição Federal, é inevitável concluirmos haver um aumento progressivo da “*socialização dos deveres familiares*” (expressão formulada por Orlando Gomes).

Realmente, é dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (*art. 18 do ECA*). A obrigação, portanto, é conjunta da família, do Poder Público, da sociedade ou de qualquer pessoa salvar o direito prioritário do filho ameaçado pelo atuar impróprio dos pais. Sublinhamos, por exemplo, o artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal quando estabelece que “*o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada*

um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” e o artigo 227 que dispõe ser dever da sociedade e do poder público, juntamente com a família, colocar a salvo crianças e adolescentes “...de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Assim, pode e deve o poder público e toda a sociedade “denunciar” o descumprimento dos direitos fundamentais de crianças e de adolescentes emanado do mau exercício do poder familiar.

Enumeramos uma série de medidas encontradas no Estatuto da Criança e do Adolescente, de cunho protetivo, às vezes punitivo e, principalmente, preventivo, aplicadas pela autoridade competente, dependendo do elemento volitivo dos pais, pelo exercício inapropriado do poder familiar. São elas: a inclusão em programas de auxílio à família (*parágrafo único do art. 23 do ECA*); medidas protetivas à criança ou ao adolescente (*art. 101, I a VIII do ECA*); medidas aplicáveis aos pais (*art. 129, incisos I a X do ECA*); medida cautelar de afastamento do agressor (*art. 130 do ECA*); aplicação de multa por infração administrada em Representação (*art. 249 do ECA*); Destituição do Poder Familiar (*art. 155 a 163 do ECA*); medidas criminais (*art. 232, 233 e 238 do ECA*), dentre outras.

O Estatuto da Criança e do Adolescente limita a aplicação das medidas protetivas específicas do art. 101 a crianças e aos adolescentes que estejam na situação do artigo 98, ou seja, quando *ambos* os genitores sejam omissos ou faltosos. Para a aplicação das outras medidas, a lei não faz restrição, haja vista que o Estatuto visa a proteção de toda e qualquer pessoa em desenvolvimento menor de 18 anos de idade.

Em sede de Família, com lamentável frequência, constatamos a necessidade da pronta intervenção judicial para evitar que os pais utilizem os direitos dos filhos como instrumento de vingança e ódio um para com o outro. Nota-se, nestes casos, a urgência de aplicar-se a medida de advertência aos pais para que

cessem de causar prejuízos emocionais ao filho. Pergunta-se, então: Existe vedação quanto à aplicação do artigo 129 do ECA nas varas de família, como uma medida preventiva em relação aos desvios do exercício do poder familiar? O citado artigo não faz qualquer referência à autoridade competente para aplicá-lo. O art. 136 do ECA elenca dentre as atribuições do Conselho Tutelar, a de atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII. Excluiu-se da relação de atribuições daquele órgão municipal de defesa da criança, as medidas judiciais de perda da guarda, destituição da tutela e suspensão ou destituição do pátrio poder (*art. 129, VIII, IX e X*).

Ora, se o Conselho Tutelar (órgão não jurisdicional) pode aplicar medidas aos pais, não vemos óbices à aplicação daquelas pelos Juizes de Família. Na gradação das medidas aplicáveis aos pais do art. 129 do ECA, têm-se, ainda, os encaminhamentos dos pais a programas de auxílio e a tratamentos diversos, a perda da guarda e a suspensão ou destituição do poder familiar, todas medidas perfeitamente conciliáveis à competência do Juízo de Família. Acreditamos - e vimos agindo assim - que essas medidas podem e devem ser aplicadas também pelas varas de família, e não somente pelas varas de infância e juventude.

Além daquelas previstas no Estatuto, mister salientar a medida de intervenção ao poder familiar consistente na inclusão da família em programas de auxílio (*art. 203 da Constituição Federal/1988*), medidas cautelares de retirada do menor vítima do seio familiar (*artigos 839 e 888, IV e V do Código de Processo Civil*) e sanções penais ligadas ao exercício do poder familiar (*artigos 241 a 249 do Código Penal*).

Assinalamos que a infração administrativa tipificada no art. 249 do ECA mencionada acima, enseja a propositura pelo Ministério Público (*art. 201, X do ECA*) de Representação em face dos pais perante as varas da infância e juventu-

de (art. 194 a 197 do ECA). Para essa medida punitiva, entretanto, há expressa indicação da competência exclusiva da vara menorista (art. 148, VI do ECA).

Visto isso, passemos a comparar o que mudou com relação à extinção do poder familiar. Basicamente, a alteração ocorreu no fato de ter sido acrescida a decisão judicial (de perda do poder familiar) como *causa de extinção*, ou seja, esta passou a ser uma espécie do gênero extinção do poder familiar.

Na relação de causas de extinção do novo Código Civil, além da morte, da emancipação e da maioridade civil, destacariamos a adoção não só como forma de extinção do poder familiar, mas sobretudo de cessação dos vínculos de parentesco com a família biológica. Melhor esclarecendo, a hipótese de extinção é a adoção com sentença transitada em julgado, e não o mero consentimento dos pais biológicos no sentido de que o filho seja colocado em família substituta pela adoção. Essa anuência é um pressuposto para que não haja litígio na ação de adoção, mas não enseja a automática perda do poder familiar. É erro grave interpretar a concordância dos pais prevista no art. 45 do ECA como pressuposto suficiente para transferir o parentesco e sacramentar a adoção. Como vimos, portanto, somente através de *decisão judicial* há a possibilidade da perda do poder familiar.

Quanto à suspensão do poder familiar, as hipóteses continuam sendo aquelas do Código Civil de 1916, a falta aos deveres, a ruína dos bens dos filhos, a condenação dos pais por sentença criminal irrecorrível a mais de dois anos. Ressaltamos que o *artigo 157 do ECA* permanece vigorando, harmonioso que é com às regras do poder familiar do Código Civil de 2002, pois prevê decisão liminar de suspensão do poder familiar, no curso da destituição desse poder. A importância da suspensão, nestes casos, consiste principalmente em resguardar a integridade física e psíquica da criança vítima de seu agressor.

Cabe, então, a pergunta: Perda do

poder familiar, o que mudou? Essencialmente, as três causas enumeradas no Código Civil de 1916 continuam inalteradas: castigo imoderado, abandono, atos contrários à moral e aos bons costumes. Foi agregada a incidência reiterada nas faltas previstas no artigo 1.637 do novo Código Civil nas causas de privação do poder familiar. Ressaltamos, ainda, como causa propulsora da perda do poder familiar o descumprimento dos deveres básicos (aqueles que destacamos no início: a guarda, o sustento e a educação). Todas as vezes que essas obrigações mínimas não forem observadas ou deixarem os pais de cumprirem ou fazerem cumprir determinações judiciais, poderá configurar justa causa para afastamento do poder familiar (art. 24 do ECA)

E o restabelecimento do poder familiar? O Código Civil de 1916 não previa e o atual também silenciou a esse respeito. Diversos Códigos Civis como por exemplo o francês, o italiano, o português e o espanhol, e aqui na América do Sul, o Código Civil argentino e o peruano, prevêm a recuperação do poder familiar quando os motivos que ensejaram a perda ou a destituição estejam superados. Os pais destituídos poderão, através de ação autônoma, reconquistar o poder familiar perdido. Grandes doutrinadores brasileiros vêm sustentando esta tese há bastante tempo. Apenas para citar alguns ilustres civilistas, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues já externavam a viabilidade jurídica desta restauração. Muito embora omissos o Código Civil de 2002, é cabível restabelecer-se o poder familiar com fundamento no artigo 471, I, do *Código de Processo Civil*, uma vez que a relação entre pais e filhos permanece íntegra através dos vínculos de parentesco que os unem - apenas o poder familiar foi suprimido. O mérito a ser apreciado será o desaparecimento da causa motivadora da perda. A questão, todavia, não é tão facilmente enfrentada, porque as conseqüências psicológicas decorrentes daquela medida de perda

por vezes são irreversíveis, enquanto que o afastamento físico dos pais e os filhos acaba por romper sentimentos de afeto e afeição. Por óbvio, se o liame de parentesco entre o filho e os pais destituídos não mais existe, como na hipótese de adoção, não há mais como se recuperar o poder familiar (*artigos 41 e 48 do ECA*).

Com relação ao procedimento e à competência para apreciação da suspensão e da perda do poder familiar, o artigo 2.043 do novo Código Civil expressamente dispõe que as normas de caráter processual estão mantidas em suas leis específicas. Logo as regras procedimentais dos *artigos 155 a 163 do ECA* permaneceram, quais sejam, rito sumário, os mesmos prazos, a mesma cautela e lisura deste processo tão delicado, por suas drásticas conseqüências.

Referentemente à competência para o julgamento das ações de suspensão e de perda do poder familiar, persiste a concorrência entre as varas da infância e da juventude e as varas de família. O fator diferenciador continua sendo o *artigo 98 do ECA*: toda vez que *ambos os pais* forem negligentes, faltosos e omissos, a competência será da infância e da juventude.

Existem, todavia, sugestões abalizadas de militantes da área da infância de tornar exclusivas dos Juizados as questões de violência doméstica, de abuso sexual etc. Contudo, como dissemos anteriormente, melhor será para os jurisdicionados que ambas as varas, isto é, família e infância e juventude estejam aptas para atender e aplicar as normas preventivas, protetivas e punitivas da Lei 8.069/90, dentro de sua esfera de competência.

Asseveramos, no entanto, que para a aplicação das medidas preventivas do artigo 129 do ECA nas varas de família, torna-se indispensável capacitar-se os profissionais atuantes nesta área, incluindo não somente a equipe técnica, mas especialmente Juizes, Promotores e Defensores, de modo que a solução de situações gravíssimas, como de violência do-

méstica, seja, tão ou mais, eficiente e rápida quanto aquela emanada pela vara especializada em infância e juventude.

Nossa experiência em longa atuação nas varas de infância e juventude e também nas varas de família revelou-nos que existe uma discrepância enorme no enfoque que se confere às ações judiciais de proteção à criança vítima de violência. O abuso sexual de uma criança pelos pais, encaminhado ao Juízo Menorista, com bastante freqüência redundando em medidas drásticas como o afastamento imediato do agressor, apresentação e a perda do poder familiar, enquanto que, a violência sexual perpetrada por um só genitor, encaminhada ao juízo de família pelo outro genitor ou familiar, inicia-se e, com assiduidade finaliza-se em mera suspensão de visitação do agressor ou a visitação vigiada deste, com acompanhamento psicológico da vítima fora do âmbito judicial.

Em pesquisa informal junto à Divisão de Distribuição da Capital e do Cartório da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital deparamo-nos com números que comprovam o que acima evidenciamos na prática. Com efeito, no período de 1991 a maio de 2002, do total das ações de destituição do poder familiar 93% tramitaram na 1ª Vara da Infância e Juventude, ou seja, nas 18 varas de família da capital houve apenas 7% de ações desta natureza. Totalizaram-se 146 processos tramitando nas 18 varas de família da Capital e 1987 ações na 1ª Vara da Infância e da Juventude.

Deve-se considerar, por oportuno, que o perfil do jurisdicionado da vara menorista é bem diferente e que a atuação direta do Ministério Público e do Judiciário acarreta, realmente, uma abrangência maior de situações. Ademais, tem-se que acentuar que compete à vara de infância a regularização da situação familiar de menores de 18 anos abrigados que estejam em abandono.

Nas varas de família, por outro lado, notamos a preferência dos familiares da criança vitimada pela busca de soluções *fora* do âmbito do Poder Judici-



ário, como por exemplo a inserção do agressor e da vítima em terapia psicológica ou psiquiátrica. Quando tais auxílios se mostram insuficientes, busca-se a via judicial através de ação de perda da guarda ou ação de suspensão de visitas do agressor, sempre deixando a medida de destituição do poder familiar como um derradeiro instrumento jurídico.

Apuramos, ainda, um percentual significativo de ações de adoções, após ou concomitantemente, o julgamento das ações de destituições do poder familiar: 76% das destituições acarretaram a medida de adoção (1.517 processos). Por seu turno, 24% das destituições restantes apenas regularizaram a situação familiar de crianças abrigadas (470 processos). Essas crianças e adolescentes são cadastradas regularmente, conforme dispõe o art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aguardando a indicação para adoção por pessoa (a) habilitada(s). Essa última estatística corresponde aos processos de destituição do poder familiar que tramitaram na 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital, no período de 1991 a maio de 2002.

Enfocaremos, a seguir, duas das modalidades de colocação em família substituta: a guarda e a tutela. A medida protetiva de colocação em família substituta (*art. 101, VIII do ECA*) se desdobra em três modalidades: a guarda, a tutela e a adoção e, para qualquer delas, são utilizadas as normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste sentido, vale lembrar o disposto no art. 28 do ECA: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei.”

Com relação à tutela, o Estatuto da Criança e do Adolescente destinou apenas três artigos. O primeiro deles (*art. 36*) remete toda a matéria de tutela para a lei civil, e é exatamente assim que procederemos: examinaremos primeiramente as principais alterações do novo Código Civil no que tange a esse instituto.

Fundamentalmente, o instituto

não sofreu transformações em sua finalidade principal: conferir uma família substituta para o menor de 18 anos que não a possui. Assim, depende-se da perda do poder familiar ou da morte dos pais para que seja cabível a tutela (*parágrafo único do art. 36 do ECA*). A roupagem jurídica, portanto, é a mesma. A diferença primordial repousa na ênfase à proteção da criança e do adolescente e à garantia do seu direito a uma convivência familiar. O importante a ser enfatizado na análise da tutela do novo Código é a apreensão da doutrina do melhor interesse do menor e princípios estatutários já sedimentados.

A primeira alteração foi a nomeação do tutor pelos pais em conjunto (*art. 1.729 do CC*). Tornou-se necessário que os pais em testamento, façam a *nomeação conjunta* (não se prevê mais a hipótese do avô nomear, mas somente os pais). Em segundo lugar, não é mais preciso estar o juiz vinculado à ordem de parentes próximos para a nomeação na tutela legítima. O magistrado nomeará como tutor a pessoa que lhe afigurar mais apta ao exercício do múnus (*art. 1.731 do CC*). A terceira mudança é o fato de a mulher casada poder eximir-se de exercer a tutela (*art. 1.736 do CC*). Na quarta alteração, de ordem processual, o prazo legal para escusa do tutor foi ampliado, revogando a norma do Código de Processo Civil a respeito do assunto (serão dez dias a partir da sua designação e não da sua intimação para o ato) (*art. 1.738 do CC*). A opinião da criança ou do adolescente – regra vigente no parágrafo 1º do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente – deve ser considerada e sempre que razoável se procederá à sua oitiva. Essa é a quinta novidade: em se tratando de pupilo adolescente sempre será ouvida a sua opinião acerca da medida (*art. 1.740, III do CC*).

Novas figuras foram incluídas no âmbito da tutela: o pró-tutor e o co-tutor. Prevista nos Códigos Civis portugueses e italiano, o pró-tutor representa um *longa manus* do juiz - é uma pessoa da confiança do magistrado, que acompa-

nha e fiscaliza de perto a administração da pessoa e dos bens do tutelado. Essa nomeação consiste em uma faculdade do juiz (*art. 1742 do CC*). Igualmente estabeleceu-se a figura do co-tutor, que não tem precedente legislativo no Brasil e no exterior. Assenta-se em uma delegação parcial de função do próprio tutor a uma pessoa física ou jurídica, quando os bens do tutelado demandarem conhecimento específico ou administração mais minuciosa, mas sempre dependerá da aprovação do juiz para essa delegação (*art. 1.743 do CC*).

Por fim, foi excluída a obrigatoriedade da hipoteca legal (*art. 1.745 do CC*), seguindo a orientação do art. 37 e parágrafo único do ECA que restaram derogados.

As três primeiras novidades do instituto da tutela mencionadas acima - nomeação pelos pais, tutela legítima e escusa da mulher casada - certamente sofrerão brevemente novas reformulações. A escusa da mulher casada não mais persistirá, por se cuidar de dispositivo evidentemente inconstitucional. Esta regra estabelece diferenciação inadmissível entre homem e mulher, entre a mulher casada e a mulher solteira e, portanto, agride o artigo 5º da Constituição Federal. A tutela legítima e a nomeação pelos pais também sofrerão alterações. O Projeto de Lei 6.960, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, pretende que o juiz não fique adstrito, para a nomeação do tutor legítimo, às pessoas da família do pupilo, podendo escolher qualquer outra sem vínculo familiar com o órfão para exercer a tutela deste. E, mais, o citado Projeto possibilitará a nomeação do tutor pelos pais em separado.

Com relação ao procedimento da tutela permanecem os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente (*art. 165 a 170*) e do Código de Processo Civil (*art. 1.194 a 1.198*). Já referentemente à destituição do tutor, seguir-se-ão as normas do art. 1.194 a 1.198 do Código de Processo Civil.

No tocante à competência, existe concorrência entre a vara da infância, a vara de família, e a vara de órfãos e su-

cessões. Depende, mais uma vez, para a fixação da competência, da prévia verificação da situação jurídica da criança e do adolescente. Se a criança estiver na situação do artigo 98 do ECA, será competente o juiz da infância e da juventude (*art. 148, parágrafo único, a do ECA*). Contudo, sendo os pais falecidos e deixando patrimônio, competente será a justiça orfanológica (*art. 98, II, b do COD-JERJ*). No entanto, se algum parente do menor requerer a tutela daquele juntamente com pedido de destituição do poder familiar dos pais, a competência será da vara de família (*art. 85, I, C do COD-JERJ*).

Para finalizar, passemos à análise da guarda. Excluimos, por evidente, as alterações do novo Código Civil no que concerne à disputa dos pais pela guarda natural dos filhos, por se tratar de matéria diversa da guarda estatutária, entendida esta última como medida de colocação em família substituta.

A guarda estatutária, portanto, é sempre deferida a terceiros. Pode essa guarda se revestir de instrumento de proteção quando destinada a crianças e adolescentes nas hipóteses do artigo 98 do ECA (*art. 101, VIII do ECA*). Neste caso, o(a) requerente, normalmente é pessoa fora do âmbito familiar. Ressalve-se, no entanto, a possibilidade de postulação de guarda estatutária, como medida protetiva, por um parente da criança abrigada pelo fato desta não poder retornar ao convívio dos pais. É evidente que, *in casu*, os pedidos serão apreciados pelo Juízo da Infância ao qual estiver vinculada a criança abrigada ou sob a hipótese do art. 98 do ECA.

Estende-se, igualmente, a guarda estatutária ao dirigente do abrigo que, por sua função, mesmo que provisória, protege e guarda a criança abrigada, representando-a enquanto ela estiver nesta condição (*parágrafo único do art. 92 do ECA*). Em qualquer caso, como dissemos, a guarda permanece sendo regida pela Lei 8.069/90.

Todavia, a guarda como modalidade de colocação em família substituta, como

bem frisado anteriormente, *independe da situação da criança ou do adolescente (art. 28 do ECA)*. Desta maneira, *casos existem fora do art. 98 do ECA*, nos quais faz-se indispensável à transferência da guarda dos pais para terceiros (dentro ou fora do eixo familiar).

Nesta trilha, o Código Civil de 2002, inova no parágrafo único do artigo 1.584: “*Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica*”. A primeira questão que se apresenta é a da competência, tendo em vista que a norma atual amplia a transferência da guarda para *terceiros não familiares*, diversamente do que rezava o parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 6.515/77.

Parece-nos que a norma em tela, a princípio, trata de disputa pela guarda do filho em vara de família. Dúvidas não há de que anuindo os pais à entrega do filho em guarda para terceira pessoa, desde que lícita a motivação, o deferimento caberá ao Juiz de Família. Se terceira pessoa postula a guarda de criança que está sob os cuidados dos pais ou vice e versa a vara de família permanece competente. Em qualquer caso, sempre que possível, será resguardado aos pais o direito de visitarem o filho colocado sob a guarda de terceiros (*art. 1.589 do CC*), evitando-se o desfazimento dos laços de afetividade parental.

A questão torna-se tormentosa, entretanto, quando no trâmite de processo de guarda ou mesmo de dissolução de sociedade conjugal ou de união estável perante a Justiça de Família, ficar evi-

denciado que *ambos* os pais são faltosos, negligentes, omissos ou violentos, ou seja, a criança estiver na hipótese do artigo 98 do ECA. Poderá o Juiz de Família apreciar a questão da guarda, apesar de ser o juiz menorista a autoridade competente? Como regularizar a situação da criança observando o melhor interesse desta? Desmembrar o processo e encaminhar a solução da guarda da criança para a Vara da Infância? Deferir-se a guarda provisória, até que a situação seja regularizada pelo juízo competente? Decretar a perda da guarda (*art. 129, VIII do ECA*)? Pode o direito indisponível e prioritário do filho à convivência familiar (*art. 227 da CF/88 c/c art. 4º do ECA*) aguardar a discussão, muitas vezes, demorada da dissolução do vínculo afetivo dos pais?

Indubitavelmente, a aplicação do parágrafo único do art. 1.584 do CC merece reflexão apurada do leitor. Acreditamos, porém, que, em se tratando de medida de natureza urgente, mesmo incompetente, o Juiz de Família, de ofício, deverá regularizar a guarda desta criança conferindo o múnus provisoriamente à pessoa com quem esta possua afeição e afinidade, preferencialmente aos familiares. Prevê o art. 1.586 do CC que o juiz, em qualquer caso, havendo motivos graves, poderá a bem dos filhos, regular de maneira diferente a situação deles para com os pais.

Por derradeiro, continua regida a guarda como modalidade de colocação em família substituta pelo procedimento disposto no Estatuto, *nos artigos 165 a 170*, e a competência, como já havíamos assinalado, é concorrente entre a vara de família (*art. 85, I, e do CODJERJ*) e a vara da infância (*art. 148, parágrafo único, a do ECA*). ☐

# Direito das Coisas\*

**LUIZ EDSON FACHIN**

*Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná*

Do Código Civil Brasileiro nasce a tarefa de uma apreciação crítica desse texto legislativo, tarefa essa que não se pode afastar de uma consideração basililar, a de que um Código em verdade não nasce Código, mas se faz como um processo contínuo de construção.

O estatuto jurídico concernente aos Direitos Reais trata de uma das circunstâncias essenciais contida tanto na base desse governo jurídico, como na base da própria formulação político-jurídica inserida em uma dada sociedade. É por esta razão que tratar desse tema significa, antes de tudo, procurar inferir quais foram as diretrizes que governaram a formulação da nova codificação sobre esse assunto.

Recentemente, o Ministro Sálvio de Figueiredo, ao comentar a nova codificação, resumiu o que ele chamou de diretrizes de trabalho da comissão presidida pelo Professor Miguel Reale, que respondeu pela formulação, pela revisão e pelo acompanhamento da codificação até a sanção presidencial. Segundo o Ministro Sálvio, as diretrizes foram as seguintes: “Preservar, sempre que possível, o Código de 1916; não se limitar à revisão (do Código de Bevilacqua); aproveitar os trabalhos até então elaborados (ele se referia, evidentemente, desde o projeto de 43 - da tentativa de unificação das obrigações - até os projetos da década de 70, passando pelo Professor Caio Mário, Professor Orlando Gomes e todas as formulações ali inseridas); unificar o direito das obrigações e não o direito privado; dar nova estrutura ao Código; somente inserir no Código matéri-

as já consolidadas ou com elevado grau de relevância crítica, dotadas de plausível certeza e segurança e, por último priorizar princípios essenciais e valores da pessoa humana”.

Embora cada uma das diretrizes mencionadas demande uma explicitação, cabe destacar essa última, que versa sobre os princípios essenciais e fundamentais atinentes à pessoa humana. Uma questão introdutória se coloca nessa nova codificação no intuito de saber se o novo Código mantém a denominação de código patrimonial imobiliário. Com os olhos guiados por essa mirada direcionada à estrutura da nova codificação, pode-se dizer que ela, se de um lado apresenta indícios dessa preocupação na parte geral (por exemplo, com o capítulo atinente aos direitos da personalidade), na parte relativa aos direitos reais, por outro lado, afora alguns capítulos indiciários que tratam da função social da propriedade e que versam, também, sobre uma modalidade de desapropriação atípica por interesse social, a estrutura da nova codificação mantém, ao nascer do século XXI, as suas preocupações fundamentais assentadas no conceito de posse e de propriedade do século XX.

Nesse sentido, portanto, nasce a primeira tarefa hermenêutica, animada por aquela dimensão construtiva a que já se fez menção, a atualização. Por isso julga-se fundamental o papel criativo da jurisprudência, para que dentro do sistema jurídico, sem dele sair - porque o sistema jurídico e o direito não se confinam à expressão legislada dentro do primeiro - dê respostas coerentes com a realidade contemporânea dos fatos, atualizando essa nova codificação, fazendo com que surja desta prerrogativa da arte uma preocupação central com a pessoa,

\* O texto mantém por completo a estrutura da exposição oral (e é coerente com essa opção metodológica de coloquialidade), com ajustes feitos pelo autor, algumas exclusões e outras inclusões.

Palestra proferida no Seminário realizado em 11/10/2002

como, por exemplo, na defesa do patrimônio mínimo, que é uma das nossas preocupações recentemente vertidas em um livro.

De modo que, em matéria de diretriz, portanto, já aparece uma preocupação de atualização do ponto de vista da principiologia filosófica, para que não se tenha, no século XXI, de novo, um Código Patrimonial Imobiliário; para que a tutela do patrimônio reconheça antes a proteção à pessoa e a seus valores fundamentais - do que é exemplo a proteção ao patrimônio mínimo - e que isto seja uma diretriz informadora, se possível, da aplicação concreta e da densidade real e efetiva que esse Código terá no cotidiano das atividades dos juizes, dos advogados, do Ministério Público e dos operadores do Direito em geral.

Dito isso, cabe discorrer acerca das alterações e permanências que a futura codificação traz em matéria de posse e propriedade, de modo que ao lado de uma reflexão principiológica esteja outra, munida de uma intenção de aprofundar na dimensão informativa apenas os mencionados aspectos atinentes à nova codificação, já que o universo jurídico legal que se apresenta é composto por dois mil e quarenta e quatro artigos, cuja análise comparativa de sua totalidade, mesmo que facilitada pela publicação da EMERJ, seria tarefa extensa em demasia para as breves linhas que ora são traçadas. Nada obstante, no recorte analítico feito procede-se a exames das diferenças entre o texto legislativo atual e o vindouro, o qual a partir dessas semelhanças ou dissimilhanças, constrói a hermenêutica já referendada. Apresenta-se a análise, doravante, em dois momentos, sendo que no primeiro serão abordadas as modificações trazidas pelo novo texto legal, e, por fim, suas permanências.

Tem-se presente, primeiramente, significativa alteração, colocada em tela no início do texto legislativo codificado, onde se lê o Capítulo atinente à propriedade, e dele se extrai a referência às finalidades econômicas e sociais do exercício da propriedade, destacando a tutela da flora, fauna, do equilíbrio ecológi-

co, do patrimônio histórico e artístico, da qualidade do ar e das águas. Diante disso, pode-se dizer que um conjunto de interesses sociais “não-proprietários”, para usar a expressão do Prof. Gustavo Tepedino, foi elevado à categoria jurídica de proteção ao lado da tutela que está no Código, a do direito de propriedade. Isso significa, portanto, que ao mesmo tempo em que se protege e tutela o direito e seu respectivo exercício, há um condicionamento nesse exercício aos chamados “interesses sociais” ou “interesses não-proprietários”.

O parágrafo 4º do artigo 1.228 cria uma modalidade de desapropriação, que, à falta de uma expressão melhor, tem sido designada de “desapropriação judicial”. A lei prevê que, em uma área extensa, havendo posse de boa-fé, tendo decorrido lapso temporal de cinco anos, e com considerável número de pessoas, o juiz poderá, em uma determinada demanda, quer seja possessória ou petítoria, manter nessa área esse considerável número de pessoas e decretar a indenização ao titular, ao proprietário desse bem. Esse é um dos parágrafos que o Professor Miguel Reale acentuou como uma inovação na nova codificação, em função do binômio que ele designou de posse-trabalho.

O desafio que se apresenta ao Judiciário é o do entendimento acerca dos limites e das possibilidades desse dispositivo, porque se de um lado dúvida não há em um país como o Brasil, das tarefas do Poder Executivo, para que leve adiante e de fato realize uma redistribuição da malha fundiária, que não seja compatível com a fenomenal e inadmissível concentração de terra e de renda que temos, de outro, parece que exigir do Judiciário a realização dessa tarefa... Esse dispositivo, ainda, não se refere diretamente a quem irá realizar a indenização: certamente não será o Judiciário e sim uma das três instâncias do Poder Público Federal, Estadual ou Municipal. Em uma hermenêutica construtiva, provavelmente, pode-se dizer que em se tratando de áreas rurais, a atribuição do pagamento indenizatório se-

ria da União, e das áreas urbanas, dos Municípios ou eventualmente dos Estados onde os imóveis estariam inseridos. Desse modo, já se vê as diferenças e controvérsias desta inovação, que de certa maneira traduz um problema social e, de outra, um desafio para a jurisprudência.

Destaca-se, também, que o futuro Código reduz, de um modo geral, todos os prazos de usucapião; basta ver o que dispõem os artigos 1.238 e 1.239, em matéria de imóveis. Soma-se a introdução no futuro código da usucapião que, originariamente, começou com o Estatuto da Terra de 1964, em seu artigo 98 e que com a Constituição de 1988 passou a ser designada de usucapião constitucional que, aliás, também tem origem na usucapião especial da Lei nº 6.969 de 1981, admitindo usucapião quinquenal até cinquenta hectares e em duzentos e cinquenta metros quadrados.

Ademais, uma outra inovação que está na futura codificação advém do disposto no artigo 1.197, que do ponto de vista técnico, nos parece mais apurada ao menos do ponto de vista redacional - a expressão que atualmente se situa no Código de 1917. Esse artigo explicita a bipartição entre posse direta e indireta, mencionando a defesa do possuidor direto em face do possuidor indireto, e elimina os exemplos que atualmente estão expressos no artigo 486, onde havia menção ao usufrutuário, ao comodatário e assim por diante. Não se trata de nenhuma inovação substancial, apenas reconhece o que a jurisprudência já reconhecia, que a tutela possessória do possuidor direto se dirige em face de todos, inclusive do possuidor indireto se houver turbação ou, em hipóteses mais ofensivas, até mesmo esbulho. Mas, isto, de algum modo, está agora na legislação e é curioso que esse dispositivo se refira a titular de direito pessoal ou real o que, de algum modo, introduz alguns gravetos a mais na fogueira doutrinária que acende o debate sobre a natureza jurídica da posse e a inserção, nesse dispositivo, de circunstâncias que estão nos direitos reais - usufrutuário, por

exemplo - e circunstâncias que estão nos direitos obrigacionais - o locatário. Ter-se-á, nessa seara também, alguma esgrima do ponto de vista da configuração jurídica, mas, do ponto de vista prático, a alteração que se dá é, na verdade, uma adequação até onde foi à jurisprudência.

Outra alteração digna de nota está no artigo 1.198, no qual a nova codificação procura definir o que é detenção, e cria também uma presunção de detenção. É, de algum modo, uma tentativa de avanço em relação à atual codificação que, em diversos momentos, não explicitou bem os lindes dos conceitos, do ponto de vista da dogmática jurídica, entre a posse precária, a posse propriamente dita e a detenção.

Também a matéria de aquisição de posse foi alterada na codificação vindoura. Enquanto o Novo Código Civil, no artigo 1.204 estabelece que somente a partir do momento em que se torna possível o exercício de qualquer dos poderes inerente à propriedade, em nome próprio, ter-se-á sua aquisição, a codificação anterior, no artigo 493 mencionava a apreensão da coisa, fatos ou qualquer dos modos de aquisição. Trocou-se, portanto, uma disposição genérica pela introdução do exercício em nome próprio. Ver-se-ão em numerosos casos concretos a repercussão dessa distinção, a qual não merece aplauso, porque a equação anterior, genérica e aberta, era certamente mais adequada.

Do mesmo modo, sobre a perda da posse, há uma substituição no artigo 1.223, do que está no artigo 520 do Código atual, de maneira que este se refere a hipóteses específicas como o abandono, tradição e até mesmo constituto possessório, e o Novo Código Civil traça uma regra geral falando que a perda é a do poder que se exerce sobre uma determinada coisa. Aliás, a futura codificação não faz referência específica a diversas figuras importantes nos direitos reais, tal como o constituto possessório, que tem uma função relevante em muitas hipóteses, quer de direito real, quer de direito obrigacional - basta citar as diversas modalidades do leasing como

exemplo. Logo, o fato de não estar na codificação, não significa que não esteja no mundo jurídico. Mesma circunstância se deu em algumas outras figuras na área das obrigações, tal como o pacto comissório. De modo que o fato de certas figuras jurídicas não estarem inseridas na nova codificação, não quer dizer que efetivamente tenham sido excluídas, *ipso facto*, pela circunstância de não terem previsão expressa - e o constituto possessório é uma dessas figuras.

Outra circunstância é a prevista no artigo 1.210, com uma referência específica ao seu final, no tocante ao cabimento do interdito proibitório. É claro que, a rigor, não há inovação maior alguma, mas apenas o compasso com uma das diretrizes a que se fez referência, e uma delas, ditas pelo Ministro Sálvio, era a de incluir, segundo a comissão formuladora e revisora do Código, matérias pacificadas. Não há dúvida alguma em incluir o interdito proibitório no conjunto dos interditos, especialmente quando não se consumou nem a turbação e por óbvio muito menos o esbulho. Como é de conhecimento, pela fungibilidade dos interditos possessórios ou proibitórios, consumando-se a turbação e o esbulho, isso significará uma possibilidade de conversão com as seqüelas daí decorrentes. Assim, o que está aqui nesse artigo, a rigor já estava na jurisprudência e na doutrina, mas, de qualquer modo, o que estava na jurisprudência e na doutrina passa a ter vida explícita na futura codificação.

Merece ainda referência a inclusão de novos direitos reais. No atual rol expresso no artigo 674 não se encontra o direito real de superfície, tampouco o direito real derivado do compromisso irrevogável e irretroatável de compra e venda. O futuro Código introduz esses novos direitos, que suscitam já estudos específicos, como o do Professor Ricardo César Pereira Lira, expresso no cotejo entre a nova codificação e o Estatuto da Cidade, bem como num exame do resultado desses dois conjuntos de dispositivos a partir de janeiro de 2003.

No tocante ao direito do promiten-

te comprador, a matéria está regulada nos artigos 1.417 e 1.418, depois de ter sido mencionada no artigo 1.225, e aquilo que a jurisprudência já reconhecia como um direito real e a doutrina também, passa agora a ter vida explícita no âmbito da futura codificação. No rol do artigo 1.225, do futuro código, não está a enfiteuse e também não estão as rendas expressamente constituídas sobre imóveis. No tocante às rendas, a exclusão tem completo sentido, que já foi dado pela prática excludente dessa figura, mas no que se refere à enfiteuse, não é possível esquecer um dispositivo que está no ato das disposições constitucionais transitórias e que a Constituição de 1988, de certo modo, recolocou o instituto jurídico da enfiteuse para as diversas conseqüências ali de fato previstas. Isso significa, portanto, que o fato do rol do artigo 1.225 não conter referência explícita à enfiteuse, não quer dizer que o instituto jurídico tenha desaparecido do cenário, ao contrário, os problemas derivados do pagamento de foros, laudêmios e todas as circunstâncias atinentes, inclusive as remissões, continuarão sendo objetos de análise jurídica.

Ademais, duas outras novidades estão na futura codificação: a introdução do condomínio em edificações a partir do artigo 1.331 e seguintes. Até esse momento era a lei especial do condomínio sobre incorporações e edifícios urbanos, Lei 4.591/64, suas alterações legislativas posteriores, os ajustes jurisprudenciais e construções doutrinárias que governavam essa matéria. A partir de janeiro do próximo ano, esse tema estará na futura codificação gerando descompassos, pois há diversos dispositivos da futura codificação que vão de encontro, não apenas com a lei especial, mas também com alguns entendimentos jurisprudenciais. Também gerará problemas outra hipótese de direito intertemporal, que versa acerca de testamento.

Uma última novidade é a introdução da propriedade fiduciária nos artigos 1.361 e seguintes. Essa questão, de

algum modo, suscitará também bons debates e desafiará a construção jurisprudencial, porque nela há um conjunto de diretivas sobre alienação fiduciária em garantia e o tema polêmico da qualificação jurídica da situação em que está o depositário é assumido pela nova codificação (na perspectiva dele estar na condição de depositário) o que tem repercussões imensas em matéria de prisão civil em face de inadimplemento.

Fez-se referência não a todos, mas a um conjunto de aspectos que mereciam atenção nessa perspectiva. Cabe, doravante, elencar algumas circunstâncias que não se modificam.

A partir de um exame do Código como um todo, e desta parte, pode-se afirmar que a estrutura da arquitetura jurídica encartada na futura codificação não se altera. Não obstante as mudanças referidas e algumas outras, as quais foram citadas muito rapidamente, e outras que sequer foram mencionadas, a estrutura como um todo se mantém na dicotomia da propriedade e da posse, nos mecanismos de aquisição e perda da posse e da propriedade, nos direitos reais limitados, excluídos os já mencionados e previstos os demais com algumas variações, inclusive com relação ao penhor.

Do ponto de vista da base, tem-se um Código que efetivamente realizou uma compilação com o sentido de atualização e nem sempre com o intento realizado em relação aos institutos que foram vivenciados ao longo do século XX. Aliás, sua própria denominação, direito das coisas, já é dessa idéia representativa; parece óbvio que a denominação atualmente empregada já superou essa antiga expressão “direitos das coisas”, “direitos reais” ou “direitos sobre as coisas”, mas até isso, de algum modo, efetivamente se mantém, como perdura também o conceito de posse. Da crítica à atual codificação não se poderia deixar de reproduzi-la para a vindoura, já que esta reproduz a dimensão subordinada da posse ao direito real de propriedade como se vê no atual artigo 485 e no futuro artigo 1.196.

Aspectos que também não foram alterados: o regime jurídico da composesse, que está no artigo 1.199 e se mantém enquanto tal; o conceito de posse justa e injusta, no futuro artigo 1.200; o regime jurídico da retenção por benfeitorias, como sabemos hoje, é o do artigo 516, que admite, no tocante às benfeitorias úteis e necessárias, o exercício do direito de retenção, estando o possuidor demandado de boa-fé, e seu regime jurídico não sofre alterações em face do futuro artigo 1.219. Não se trata evidentemente disso, mas sim de uma compreensão diferenciada sobre o fenômeno jurídico possessório. Mas enfim, essas e outras circunstâncias destacam-se como matérias que aguardam discussão em sede de direitos reais.

Como conclusão, retoma-se a um texto já mencionado do Ministro Sálvio, no qual disserta acerca do futuro Código: “Além de um sem número de inovações, muitas das quais de grande relevo para a ciência jurídica e para a sociedade brasileira dos nossos dias, e sem embargo das múltiplas deficiências que o texto contém e que todos esperamos sejam corrigidas legislativamente, ainda antes da sua entrada em vigência, certo é que estamos a ingressar em uma nova etapa do Direito Privado Brasileiro, com novas regras e a correção de muitas carências acumuladas ao longo do tempo, com a renovação de conceitos e princípios e a esperança de dias melhores, nos quais tenham maior proteção os direitos do cidadão e da pessoa humana”.

Talvez teremos, por essa senda, a oportunidade de construir o Código, na sua concretude diária, quando poderá ser transformado o Código de 2002 no Código do Século XXI. A instabilidade e a incerteza devem ser fenômenos insitos à própria riqueza do Direito, e é isso que faz a condição humana ineliminável, nas possibilidades que o Direito apresenta para algum mínimo de felicidade pessoal, e algum necessário mínimo de realização e felicidade coletiva. Muito obrigado. ☐



# O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície

**RICARDO CÉSAR PEREIRA LIRA**

*Professor da UERJ. Procurador do Estado/RJ*

Farei uma reflexão conjuntamente com os eminentes componentes dessa seleta Assembléia sobre o tema que me é proposto, relativo ao Código Civil e ao Estatuto da Cidade, com uma preocupação direta de endereçar-se à questão do Direito de Superfície.

Antes de propriamente entrar na análise de cada qual desses dois diplomas legais, realmente importantes pela sua própria substância - o nosso Código Civil a entrar em vigor no próximo dia 11 de janeiro de 2003 e o Estatuto da Cidade, a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001 e efetivamente já em vigor - eu me permitiria fazer um panorama geral do que é o instituto do Direito de Superfície, abordar a Teoria Geral do Direito de Superfície, que é deveras interessante à luz do direito alienígena. Não tratarei de direito comparado, pois minha proposta não é um trabalho de “comparatista”, mas simplesmente respigando, aqui e acolá, algumas disposições interessantes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Para chegarmos com precisão dogmática à definição, ao delineamento dos contornos fundamentais do Direito de Superfície, devemos partir do trabalho de conceituar o que seria a acessão. Como nós sabemos, a acessão é a união física entre duas coisas, formando de maneira indissolúvel um conjunto, em que uma das partes, embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo e seguindo-lhe o destino jurídico. Todos nós sabemos que a acessão pode ser discreta ou contínua. A discreta é aquela que resulta endogenamente de um desenvolvimen-

to natural da própria coisa, como acontece com a cria dos animais, como acontece com os frutos das árvores.

De outra parte, a acessão contínua é a caracterizada por uma união exógena das coisas, fim de um processo de fora para dentro, como ocorre na construção, na plantação, sendo que, a rigor, a plantação pode talvez constituir um caso de acessão mista em que há uma fusão orgânica resultante de uma ação mecânica, que é a *seminatio*. O fenômeno da edificação ou da plantação, da *inedificatio* ou da *plantatio*, entre nós é dominado por um princípio que todos nós conhecemos que é *superficies solo cedit*, no sentido de que pertence ao dono do solo tudo aquilo que adere permanentemente ao solo, por maior valor que tenha esse incremento, que permanentemente adere ao solo; a propriedade desse incremento será sempre a da titularidade do dono do solo, em princípio. Hoje, já temos, *de lege lata*, no Estatuto da Cidade, o direito de superfície com os limites e as características que veremos.

Então, prevalece ainda em nosso Direito o princípio *superficies solo cedit*, em princípio, salvo se houver exatamente uma pactuação, que é a do direito de superfície, que vai interromper os efeitos da acessão, utilizo a expressão no sentido científico ou jurídico da palavra, no sentido de que há realmente o não desdobramento, daí por diante, dos efeitos da acessão, então teremos uma superfície perpétua, que não é uma superfície constante nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, salvo no Código Civil Português de 1966 - ou, então, teremos por essa pactuação uma suspensão, a dos efeitos da acessão, quando teremos,

Palestra proferida no Seminário realizado em 11/10/2002. Texto não revisto pelo autor.

não uma interrupção, mas uma suspensão e estaremos diante, portanto, de uma superfície temporânea ou temporária.

Temos que, em face dessas noções preambulares, em que partimos da noção de acessão, para exatamente chegar à noção da superfície ou do direito de superfície, conceituar o direito de superfície como o direito real sobre a coisa alheia, autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer uma construção ou plantação sobre ou sob o solo alheio, ficando a construção ou plantação da propriedade de quem constrói ou planta, bem como é o direito de manter essa propriedade sobre o solo alheio.

Sendo assim, vou me permitir dissecar, em algumas palavras, essa conceituação de direito de superfície. É um direito real autônomo, porque é um direito que, digamos, na linha dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, se diferencia, se distingue, dos demais direitos reais sobre a coisa alheia. Ele, evidentemente, é adverso da enfiteuse. Embora na velha Roma tivéssemos simultaneamente o instituto da superfície e o instituto da enfiteuse (quer dizer o instituto da superfície não exclui o instituto da enfiteuse e vice-versa), este último, abstraída aquela noção que evidentemente traz os seus pecados dogmáticos, em que se teria a enfiteuse como considerando dois domínios divididos - um domínio direto e um domínio útil - o que é evidentemente uma imprecisão, pois nesse domínio útil não há domínio algum. O que acontece na enfiteuse é aquela forma mais intensa da penetração no conteúdo econômico da propriedade em que esse enfiteuta tem o direito de usar, gozar e até mesmo de dispor, através do pagamento de um *canon* enfiteutico e através de um pagamento de um *laudêmio* no caso de transferência desse domínio útil. Então não encontramos nada disso na enfiteuse. A enfiteuse é um instituto bem mais simples.

Embora digam alguns adversários do direito de superfície que este direito seria nada mais nada a menos do que

uma intenção daqueles que querem destruir a propriedade nos seus contornos clássicos, pois criar uma propriedade dentro de outra é nada mais do que incentivar e incrementar uma sementeira de litígios. Há aqueles que não compreendem realmente que o direito de superfície é até mesmo um instrumento capitalista, pois ele abre um leque de alternativas para novas possibilidades de uso do direito de propriedade. Quer dizer, não há nenhuma intenção de destruir-se o instituto clássico do direito de propriedade, mas, ao contrário, de aumentar-se o leque de possibilidades da utilização da propriedade capitalista.

É evidente também que, por ser ele um direito real autônomo, também se distancia, na sua dogmática, do usufruto, em que temos um nu-proprietário, que defere ao usufrutuário o uso e gozo da coisa, havendo, então, aquele desdobramento da senhoria, do aspecto interno da propriedade, que também não ocorre no direito de superfície. Não há também como aproximarmos o direito de superfície da servidão, porque nós não conseguimos identificar, no direito de superfície, um imóvel dominante e um imóvel serviente, embora o Código Civil Suíço parta da noção de servidão para definir o que seja o direito de superfície.

Existe um instituto que foi criado entre nós pelo Decreto-lei 271 de 28 de fevereiro de 1967 - instituto muito importante, para nós que ficamos preocupados com o problema da legitimação dos assentamentos fundiários, pois temos que resolver esses problemas desses assentamentos iníquos irregulares em grandes centros urbanos brasileiros, com todos esses problemas sociais imensos que temos visto e até com o desfalecimento da autoridade pública, o que é nosso cotidiano.

O Decreto-lei 271 de 28 de fevereiro de 1967 instituiu a concessão de um direito real de uso. Ele tinha, originariamente, a intenção do governo de que se fizesse um código no direito urbanístico, mas essa intenção não foi levada a diante. Essa tarefa havia sido entregue

ao saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles, contudo terminou não vingando. Ali encontramos algumas disposições hoje superadas, evidentemente, pela lei de parcelamento, mais algumas definições sobre parcelamento, desdobramento, loteamento. E lá no artigo 7º encontramos exatamente a concessão do direito real de uso, de terrenos públicos, em que temos a entrega dos titulares de terrenos particulares ou públicos para a utilização desse terreno em determinadas atividades que o Mestre Caio Tácito, o nosso eminente administrativista, meu mestre de sempre, meu professor na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, onde há aquelas utilizações qualificadas daquele determinado terreno como matéria de edificação e matérias que podem ser utilizadas no Direito Urbanístico com grande utilidade.

Mas se olharmos bem o parágrafo 4º, desse artigo 7º, veremos que o concessionário tem o direito de usar e gozar aquele bem, que é objeto da concessão. Mas não há nesse parágrafo 4º do artigo 7º nem uma palavra de onde posamos com tranqüilidade inferir que ocorra o princípio da suspensão ou da interrupção dos efeitos da acessão. De modo que tudo aquilo que se construa ou venha a plantar-se, no terreno que é objeto da concessão do direito real de uso, sofre os efeitos da acessão. Sendo assim, não se cria aquela suspensão ou interrupção dos efeitos da acessão, gerando-se aquilo que exatamente é, digamos, a nota contemporânea do Direito de Superfície.

A grande concepção moderna e contemporânea do Direito de Superfície, que entende que quando plantamos ou construímos sob o terreno alheio, através de uma concessão *ad plantandum* ou *ad edificandum*, não incidem os efeitos da acessão e esse incremento, essa construção ou plantação constitui uma propriedade separada superficiária distinta da propriedade do dono do solo. Então podemos distinguir a propriedade do dono do solo e a propriedade, o incremento, que é o bem superficiário.

Como cheguei a dizer aos senhores, o Direito de Superfície havia na velha Roma. Tem um grande momento em que descreve-se essa evolução do Direito de Superfície na velha Roma, quando se diz que os romanos, apesar de sua imensa criatividade, pois todos sabemos que os romanos eram absolutamente criativos e se interessavam mais pelos resultados pragmáticos da incidência do Direito no corpo social, eles jamais chegaram (segundo a maioria dos romanistas) a essa concepção de uma propriedade separada superficiária. Para eles, o direito de superfície sempre foi um direito real sobre a coisa alheia, em que o titular da propriedade superficiária entendia os seus direitos sobre o solo no qual a sua propriedade se assentava, mas jamais se chegava a essa noção de uma propriedade do bem superficiário separada da propriedade do dono do solo, o que é fundamental do ponto de vista da concepção moderna e contemporânea do direito de superfície, porque é partindo dela que vamos poder chegar à hipotecabilidade do direito de superfície.

O Código Alemão, que, ao meu ver, está ao lado do Código Civil Italiano, de 1942, é um dos monumentos científicos que ornaram o pensamento jurídico universal. Com o primeiro conflito mundial, houve a necessidade de se alterar o Direito de Superfície, que aparecia como deficiente para o atendimento das necessidades que resultaram daquela guerra mundial, houve uma crise habitacional na Alemanha. Em 1919, modificaram-se exatamente as regras do BGB sobre o direito de superfície exatamente para tornar expressa essa concepção da propriedade separada sob o bem superficiário e, sobretudo, para estabelecer a hipotecabilidade sobre o bem superficiário, através da qual o titular deste bem poderia hipotecá-lo para aumentar, estender, por exemplo, os cômodos da sua habitação da qual ele era hipotecário, em nome de um direito de superfície.

Ainda dentro dessa concepção geral e nesse panorama que estou me per-

mitindo e tendo a ousadia de traçar para os senhores, digo que a estrutura do direito de superfície era compósita. Vamos imaginar a primeira modalidade de constituição do direito de superfície, que é a concessão *ad plantandum* ou *ad edificandum*. Vamos ficar na *ad edificandum* apenas para facilitar o raciocínio da exposição. Se temos um determinado trato de terra, uma determinada gleba, sobre a qual foi constituído um direito de superfície, e portanto, eu, como titular daquele determinado lote, fiz uma concessão e o outro me outorgou o direito de construir sobre a terra que é de sua propriedade, de tal maneira que eu construindo sobre aquela propriedade alheia, vou ser o proprietário do resultado dessa minha atividade construtiva. Mas enquanto não existe essa construção, enquanto essa concessão não se convolou em termos de realidade em um incremento, em um determinado bem superficiário, temos um bem incorpóreo - concessão *ad edificandum*.

Esse bem incorpóreo, evidentemente, se considerarmos a relação entre o concedente e o concessionário, é pura e simplesmente um direito real sobre a coisa alheia, consubstanciado na prerrogativa de construir sobre o solo de outrem, tornando-se proprietário dessa construção. Nesse primeiro momento é um direito real incorpóreo sobre a coisa alheia. Quando essa concessão se convola em algo concreto e completo, corporificando o bem superficiário, temos que aí ainda existe um direito real sobre a coisa alheia que estava lá inserido no conceito que tive a ousadia de transmitir, que é o direito real de manter aquele bem superficiário sobre a coisa alheia. Portanto, temos ainda um segundo momento, o direito de superfície considerado um direito real sobre a coisa alheia. Mas já se considerarmos (não diria a relação, pois modernamente não podemos hoje admitir a relação evidentemente entre uma pessoa e um bem) esse vínculo que liga o concedente ao bem superficiário um direito de propriedade em todos os seus aspectos e em tudo

aquilo que seja compatível com a sua existência sobre uma propriedade alheia. É evidente que esse fato, que de *per si*, gera essa circunstância complexa de um bem superficiário estar assentado, e é preciso que ele esteja assentado permanentemente, pois se assentarmos um circo sobre a propriedade alheia, a inserção dessa lona de circo não é definitiva. Não estamos, evidentemente, diante do direito de superfície, pois é preciso que essa integração seja total, ou seja, haja penetração desse bem superficiário no uso do solo. Então, teremos, ao lado dessas duas modalidades de direito real sobre a coisa alheia, um direito real de propriedade do concedente sobre o bem superficiário, que é um direito real como qualquer outro. Creio que podemos admitir, embora eu pessoalmente entenda que os dois conjuntos de dispositivos existentes sobre o direito de superfície (tanto no Estatuto da Cidade como no Direito Civil, que entrará em vigor em janeiro de 2003) são pobres e um tanto deficientes, como veremos, porque faltaram algumas disposições que seriam fundamentais, como, por exemplo, tornar expressa a existência do bem superficiário e tornar expressa a hipotecabilidade e outros aspectos desse bem que veremos.

É evidente que temos aí aspectos subjetivos, objetivos a considerar, a relação superficiária, a figura do concedente, a figura do concessionário, que é o superficiário, o *solarium* ou *canum superficiarium*, que a rigor, de acordo com a solução que prevalece no direito alienígena, no direito estrangeiro, temos que, para que esse *solarium* exista é preciso que ele seja expresso, da mesma maneira que é preciso que ele expresse, em princípio, salvo alguns dispositivos, como, por exemplo, na Lei Civil Espanhola de 1956 é preciso esteja previsto expressamente o direito de indenização que na chamada reversão quando na superfície temporária, que é aquela mais adotada e mais presente no direito alienígena. Caso contrário, a impropriamente dita reversão, pois a rigor ela jamais

esteve em princípio no patrimônio do concedente, foi construída pelo concessionário e com a extinção da superfície temporária, ela vai ingressar no patrimônio do concedente. Mas em todos os textos do direito e da doutrina estrangeiros vocês encontram a expressão reversão, a qual, normalmente, se dá graciosamente, a não ser que exista uma disposição expressa prevendo uma indenização, salvo em ordenamentos que estabeleçam expressamente o contrário, como, por exemplo, na Lei do solo espanhol de 1956, onde se diz que, na reversão, o superficiário receberá uma importância cônica que reflita algo que evite um enriquecimento indevido pela entrada daquele bem no patrimônio do concedente.

Ao lado dessa constituição da superfície pela concessão, *ad edificandum* ou *ad plantandum*, temos a chamada superfície por cisão - ponto que falta aos nossos dois diplomas. Quando o relator do Código Civil era o nosso eminente mestre, uma figura de jurista e de parlamentar excepcional, o eminente Josafá Marinho, estive em Brasília, onde fizemos uma conferência e depois conversamos muito e até cheguei a sugerir alguns pontos que ele poderia introduzir aperfeiçoando a fórmula do direito de superfície, mas ele disse: “é melhor deixarmos a coisa mais simples”, porque ele teve raciocínio político. O Prof. Josafá Marinho, eminente Senador recentemente falecido, era um homem de um espírito público extraordinário, contudo era mais publicista.

Outro dia em programa de televisão, promovido pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, disse algo que não deveria ter dito naquele momento, no Parlamento, se vocês pensarem bem, antes, tanto na primeira comissão de reforma do Código Civil, quando basicamente a reforma esteve entregue ao meu mestre, cujo nome pronunciei com muito respeito mas que era um grande adversário. Ele me examinou na titularidade do Direito Civil na UERJ e tivemos um debate imenso sobre Direito de Su-

perficie. Ele entendia que o Direito de Superfície era uma sementeira de litígios, que ele não via nenhuma utilidade do Direito de Superfície. Então, tivemos sobre esse problema uma discussão enorme, que foi muito útil e proveitosa. Em um primeiro momento de reforma, foi o professor Caio Mário, que, aliás, se sentiu muito constrangido e muito triste quando o governo retirando aquele primeiro movimento, aquela primeira fórmula, onde nós de alguma maneira nos aproximávamos da solução suíça, porque o Prof. Caio Mário ficou incumbido de redigir, e assim o fez, o anteprojeto do Código de Obrigações. O falecido e eminente jurista Prof. Orlando Gomes redigiu a parte do anteprojeto de Direito das Obrigações.

No segundo momento de reforma do Código Civil, já agora entregue a quem, a meu ver, é um dos maiores juristas brasileiros, o Prof. Miguel Reale, a solução que se adotou foi diversa, incorporou o Direito de Obrigações, já sobre o color de um Direito Empresarial se incorporando ao Código Civil em uma solução semelhante, não tão extensa como aquela que acontece no Código Italiano de 1942, em que até a relação de direito entre o capital e o trabalho está dentro do Código Civil de 1942.

Hoje se adotou de alguma forma, sob o color do Direito Empresarial, a unificação naquilo em que seja possível a redução das obrigações a uma codificação única, mas temos lá, a nossa espera, para uma reflexão mais madura o Direito Empresarial. Ao lado dessa primeira forma de constituição, que é a única que está prevista tanto no Estatuto da Cidade como no Código Civil expressamente, temos a possibilidade da constituição da superfície por cisão. Na superfície por cisão, como é que ela ocorre? Ela não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro tal como ficou *de lege lata*, no Estatuto da Cidade e *de lege ferenda*, no futuro Código Civil. Temos, vamos admitir, um imóvel, uma *surface* sobre a qual se tem realizado um incremento de uma construção em que se ope-

raram pesadamente todos os efeitos da acessão, mas pretendo constituir, juntamente com, por exemplo, uma superfície por cisão. Sendo assim, faço um contrato em que alieno a construção e retenho o trato de terra, retenho o lote sobre o qual eu fiz aquela construção. Mas cedo, transfiro a outra pessoa essa construção, então temos o direito daquela pessoa em manter aquela construção que adquiriu sobre a minha coisa. Admito, embora isso não seja muito presente no direito estrangeiro, a possibilidade contrária de haver a alienação do solo e eu retenho a construção. É outra forma também de constituição de superfície sob a via da cisão, que volto a repetir, não está prevista expressamente no Código Civil.

A terceira forma de constituição do direito de superfície, que aliás está expressamente prevista no Código Português de 1966 que disciplina longa e exaustivamente o Direito de Superfície, foi outro ponto que discuti imensamente naquele tempo com o Prof. Caio Mário, pois eu tinha sobre essa matéria um determinado ponto de vista a propósito do qual continuo raciocinando e pensando, que é a questão da possibilidade da constituição de um direito de superfície por usucapião. Na tese que desenvolvi, quando fiz a titularidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o princípio que dominou o meu raciocínio naquele momento era o de que se eu tivesse a posse de uma determinada construção sobre o solo de outrem e que essa posse fosse uma posse com *animus domini*, com ânimo de tornar-me dono daquela propriedade, construção, edificação, é evidente que como efeitos da posse *ad usucapionem* sobre aquela coisa construída, esses efeitos necessariamente haveriam de se desdobrar também sobre o trato de terra no qual estava assentada aquela construção.

Então, quando houvesse o usucapião, este seria global, abrangendo o dito bem superficiário e também o trato de terra sobre o qual esse bem assenta ou assentaria. Sendo assim, não haveria

direito de superfície, pois eu teria uma edificação, que adquiri como efeito do usucapião, mas também adquiri o trato de terra sobre o qual assenta esse usucapião. Então não haveria uma distinção entre a propriedade e um bem superficiário e a propriedade do trato de terra sobre o qual esse bem estaria assentado. O Prof. Caio Mário entendeu que há a possibilidade de um determinado indivíduo imaginar que na realidade exista um direito de superfície e o titular da propriedade dessa construção fique pagando o cânon superficiário e de alguma forma reconheça o domínio do titular daquele trato de terra sobre o qual assenta aquela construção.

Entendo que isso talvez seja possível, mas de acordo com aquilo que normalmente acontece no comércio jurídico, na mercancia jurídica, no sentido das relações jurídicas que se processam entre as pessoas e os entes que podem ser equiparados às pessoas, essa hipótese é muito rara, mas, de toda forma, talvez se possa admitir a possibilidade, que não será muito freqüente, da aquisição da superfície por usucapião, que está prevista expressamente no Código Português. Então teríamos três formas de possibilidade de constituição da superfície: pela concessão *ad plantandum* ou *ad edificandum*, pela cisão e pelo usucapião por aqueles que possam entender que isso possa acontecer.

Apenas para que essa matéria não fique de fora, vamos focar alguns aspectos relativos ao exercício do direito de superfície. O primeiro deles, muito importante a meu ver urbanisticamente, está expressamente previsto no conjunto de disposições que estão no Código Italiano de 1942. Há, aparentemente, uma *contraditio interminis* nessa possibilidade, mas é a questão da constituição do direito de superfície do subsolo. O que, a meu ver, do ponto de vista da superfície urbanística é fundamental, porque uma municipalidade, por exemplo, pode tomar um bem e não sei se será preciso que ela desafete esse determinado bem a uma praça pública,

por exemplo. Vamos admitir que haja a necessidade da desafetação administrativa desse bem, mas com relação ele, a municipalidade, por exemplo, concede a **A** a possibilidade da utilização desse subsolo como um estacionamento e concede a **B** a possibilidade da construção de um asilo, de uma creche, de um hospital nesse espaço aéreo assentado sobre o solo, havendo, portanto, na realidade, três proprietários: 1) O proprietário a quem é concedida a matéria que está alcançando o espaço aéreo; 2) O proprietário da superfície, que seria a municipalidade; 3) O proprietário da superfície do subsolo, que seriam todos aqueles equipamentos necessários a um estabelecimento desse determinado parqueamento ou estacionamento.

Acho que a situação ficou um pouco ambígua, não no Estatuto da Cidade, mas no Código Civil. Então será preciso que o Poder Judiciário traga a sua palavra no sentido de definir essa possibilidade da constituição da superfície no subsolo. É, ao meu ver, uma modalidade muito importante com que a superfície pode apresentar-se, nesse concerto de instrumentos jurídicos podem ser utilizados.

A segunda forma interessante de exercício do Direito de Superfície é a chamada sobrelevação, que está expressamente prevista no Código Civil Suíço, que é a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária. Sendo assim, teríamos o solo, um bem superficiário e um segundo bem superficiário resultado dessa segunda concessão. É evidente que eu estaria aqui dizendo o óbvio se dissesse que isso nada tem a ver com o problema do condomínio em um edifício de apartamentos. No condomínio tem, dentro da nossa concepção, necessariamente, a divisão do solo em frações ideais correspondente a cada qual das propriedades exclusivas. O que não acontece no direito de superfície em que o solo é de um, o bem superficiário é de outro e a segunda superfície é de um segundo concessionário.

O interessante quanto à sobrelevação, é que em certas formações favelares no Brasil, sobretudo na Rocinha, encontramos um instituto da sobrelevação (concebido pelos juizes suíços) valendo entre os moradores de favelas como a da Rocinha, onde há o direito de laje. O que caracteriza a propriedade é o assentamento da moradia sobre uma posse injusta, porque se a moradia estiver assentada sobre uma posse justa e houver problemas urbanos de deterioração, o problema é de cortiço, do qual São Paulo, aliás, é uma vítima permanente. Nesse caso não se trata de favela, mas de cortiços. O que caracteriza a favela é o assentamento da moradia sobre uma área que está injustamente possuída, uma posse injusta. Hoje, na Rocinha, é freqüente o problema do direito de laje, em que aquele morador cede a um terceiro o direito de utilizar a sua laje para estabelecer ali uma moradia. Apenas, ultimamente, como fui informado, os traficantes impõem que sobre a segunda laje não haja qualquer obstáculo que possa obstruir a fuga deles.

Estabelecidas essas premissas, gostaria de abordar os direitos do superficiário. É evidente que, no caso da concessão *ad edificandum* ou *ad plantandum*, ele tem o direito de imitar-se na posse do terreno para construir ou plantar. Ele tem a posse direta da área objeto da concessão, incluindo o acesso ao entorno necessário ao exercício do direito de construir ou plantar. Essa superfície pode ser até permanentemente mais abrangente, ou seja, abrangendo áreas laterais do bem superficiário para possibilitar um uso mais cômodo e mais útil a esse superficiário. Se prevista no título, tem o superficiário direito à indenização do valor do bem superficiário quando da extinção da superfície, quando o dito bem ingressa no patrimônio do concedente, o que se chama impropriamente de reversão. E dizemos impropriamente porque o bem jamais esteve no patrimônio do concedente. Ele tem, evidentemente, o domínio sobre o bem superficiário e, portanto, pode instituir re-

lativamente a esse bem superficiário não só o direito hipotecário, mas também todos os outros direitos reais compatíveis com aquela situação fático-jurídica que se estabeleça naquela determinada área. Por isso, seria muito importante que esses textos sobre o Estatuto da Cidade e sobre o Código Civil estabelecessem a questão do nascimento e do fim dos direitos reais de garantia e de uso e gozo estabelecidos sobre o bem superficiário e quanto ao bem sobre o qual assenta o bem superficiário. E não há uma palavra no nosso Código Civil e nem nosso Estatuto da Cidade sobre isso.

O outro aspecto é que o superficiário tem o direito de reconstruir ou replantar, se ocorrer a perda do bem superficiário dentro do prazo da concessão, salvo disposição contrária. Quais seriam as obrigações do superficiário? Realizar a construção ou plantação dentro do prazo assinalado no título, sob pena de caducidade do direito, pagar o *solarium* quando a superfície for remunerada; pagar os tributos incidentes sobre o bem superficiário na forma que a legislação fiscal aplicável venha determinar. (A meu ver, é preciso, inclusive, que haja uma alteração do Código Municipal para que se estabeleça a forma de solução dessa obrigação tributária.) Há também, digamos, o dever de conceder preferência ao concedente no caso de alienação da superfície e a todos esses direitos e obrigações do superficiário, existem os direitos correspondentes também ao concedente da superfície.

Entendo que com relação aos usos e vantagens do Direito de Superfície podemos admitir que esse direito (ao contrário de ser aquilo que meu mestre Caio Mário dizia, que na realidade talvez era uma tentativa até de destruição do próprio sentido clássico de Direito de propriedade), abre um leque maior de possibilidades de utilização do direito de propriedade. É um instrumento, a meu ver, nitidamente capitalista. Não é um instrumento destinado a fazer desaparecer o direito de propriedade, ao contrário, ele aumenta a possibilidade de utiliza-

ção desse direito. E sob o aspecto da modalidade urbanística, vamos ter um problema: Estive recentemente em Angra, onde realizou-se um evento promovido pelo CEDES, em que participei de um determinado grupo do Direito das Coisas em que estabelecemos algumas discussões sobre direito de superfície e eu entendia e entendo ainda que quando, depois da *vacatio*, sobrevier a vigência do Código Civil nós teremos perfeitamente “de pé” o direito de superfície tal como disciplinado no Estatuto da Cidade, que tem uma finalidade tipicamente urbanística.

Temos o direito de superfície em vários sistemas de Direito Civil estrangeiro. Na França, o direito de superfície não está regulamentado expressamente. Ele existe por uma presunção contrária ao artigo 553 do Código Civil Francês, que difere do nosso artigo 545 do Código Civil.

Art. 553 “*Todas as construções, plantações e obras em um terreno ou sobre ele presumem-se ter sido feitas às custas do proprietário e pertencem-lhe, se não se prova ao contrário*”.

Então, no artigo 553 do Código Civil Francês há a possibilidade de estabelecer-se a prova contrária de que aquela construção sobre o terreno não pertence ao proprietário. Portanto, há um direito de superfície que não está expressamente previsto. O artigo 545 do Código Civil Brasileiro ainda em vigor é diferente, não há essa presunção que existe no artigo 553 do Código Civil Francês. Observem o artigo 545 do Código Civil Brasileiro: “Toda construção ou plantação existente em um terreno, se presume feita pelo proprietário e à sua custa, até que o contrário se prove”. Então, não existe a forma da possibilidade de termos uma propriedade pela prova contrária como existe no artigo 553 do Código Civil Francês. Os outros códigos estrangeiros, inclusive o próprio Código Alemão que disciplinou imensamente o direito de superfície e, sobretudo, depois da Primeira Guerra de 1918, o Código Civil Italiano, de 1942, que é um



código moderno a propósito do direito de superfície, não admitem a superfície vegetal. Temos o Código Austriaco e vários outros códigos estrangeiros. Para o Código Suíço a superfície tem a modalidade de uma servidão. O código português de 1966 disciplina imensamente, através de vários dispositivos, inclusive tratando de vários problemas que não foram tratados por nós.

Entendo que a superfície entre nós, tanto a urbanística como a do Código Civil, teve um tratamento muito simples. Poderíamos ter desenvolvido muito mais, contudo acho que esse é um problema que devemos deixar para depois e esperar os resultados dessa aplicação no nosso Código Civil para, em princípio, termos a possibilidade de uma nova formulação do direito de superfície e de outros institutos. Devemos experimentar o nosso Código Civil. A minha opinião é no sentido de que no momento não era essencial termos um novo Código Civil. Entendo que o Código Civil de 1916 estava perfeitamente suplementado pela legislação que o completa de maneira praticamente definitiva, mas resolveu-se fazer um novo código, o qual, estando aí, temos que trabalhar com ele.

Depois dessas considerações gerais sobre a teoria geral do direito de superfície, quero me referir à reforma do Código Civil. É sabido que ela teve dois momentos: um, dos anos 60, em que foi seu grande coordenador o Prof. Caio Mário da Silva Pereira e ao lado dele, o Prof. Orlando Gomes e o Prof. Orozimbo Nonato. O texto inicial dos direitos reais no Código Civil foi elaborado pelo grande mestre, hoje saudoso, Prof. Orlando Gomes, que era um defensor do direito de superfície. Ele achava que este deveria estar previsto no Código Civil. Ficou vencido dentro da própria comissão e os Professores Caio Mário e Orozimbo Nonato, na fórmula final, resolveram não adotar o direito de superfície. No Anteprojeto de Código Civil, sugerido pelo Prof. Orlando Gomes, praticamente não havia nada de novo, senão realmente aspectos que faltariam para uma re-

gulação completa do direito de superfície. Contudo, havia de interessante a possibilidade do direito de superfície sob modalidades específicas, que só vamos encontrar na fórmula final. A sugestão do Prof. Orlando Gomes terminou não prevalecendo e, como vocês sabem, esse projeto foi mandado ao Congresso e depois, para uma profunda tristeza do Prof. Caio Mário, tivemos, então, o segundo movimento do Código Civil, que começou com a coordenação do Prof. Miguel Reale, grande coordenador do novo Código Civil, com o Prof. Moreira Alves e outros tantos que já faleceram e que, independentemente de outros tantos que ainda vivem, como o Prof. Erbert Chamon foi incumbido da parte do Direito das Coisas e não previu o direito de superfície, que veio a ser estabelecido em uma fase posterior quando o Prof. Miguel Reale alvitrou ao Ministro Moreira Alves exatamente a existência e acusou a presença da concessão do direito real de uso e o Prof. Moreira Alves resolveu estabelecer o direito de superfície no Projeto de Código Civil, que, como se sabe, emitido ao Congresso terminou prevalecendo na fórmula final do direito de superfície que está aqui no nosso Código Civil. As duas mudanças de substância que foram sofridas pelo texto remetido à Câmara dos Deputados e que terminaram prevalecendo, foram sobre a questão do direito de superfície no subsolo.

O artigo 1.369 do Novo Código Civil acrescentou um parágrafo único vedando obras no subsolo, salvo quando inerentes ao objeto da concessão, estando aludido o parágrafo único assim concebido. Então o art. 1.369, parágrafo único do Novo Código Civil, tem a seguinte formulação: “O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo quando for inerente ao objeto da concessão”. Este dispositivo não prima pela clareza. Parece proibir a concessão da superfície do subsolo, mas na realidade ele interdita a realização de obras no subsolo se elas não são o objeto da própria conces-

são. Entendo, portanto que, apesar dessas disposições, o Código Civil terminou admitindo o direito de superfície no subsolo. Mas esse é um ponto que vai ser objeto de muita controvérsia.

A segunda novidade que o Código Civil, a entrar em vigor em janeiro de 2003, estabeleceu em função do projeto 634 de 1975 da Câmara de Deputados é a matéria que se contém no artigo 1.376 do Novo Código, em que se estipula o seguinte: “No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um”. Quer dizer, se é desapropriado um bem que contém o direito de superfície, a desapropriação será: uma relativa ao solo e outra ao direito de superfície. Nós estaríamos, de alguma forma, pecando por omissão, se não nos referíssemos ao direito de superfície como ele está contemplado no Estatuto da Cidade. Tenho o ponto de vista, de que o advento do Código Civil em janeiro de 2003 não vai revogar o direito de superfície como ele está previsto no Estatuto da Cidade. Isso porque o direito de superfície previsto no Estatuto da Cidade é urbanístico e o direito de superfície que está previsto no Código Civil nitidamente não tem as finalidades urbanísticas que se encontram no Estatuto da Cidade, de modo que, a meu ver, prevalecerá o direito de superfície tal como previsto no Estatuto da Cidade com o advento do nosso Código Civil.

Entendo que deveríamos aperfeiçoar o direito de superfície tal como está estabelecido no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil Brasileiro. Mas entendo que já que não se adotaram aquelas disposições que completariam o quadro do direito de superfície, o mais prudente é aguardarmos a evolução da aplicação durante um certo tempo do direito de superfície e posteriormente tratarmos do aperfeiçoamento desse instituto, tanto no Estatuto da Cidade quanto no Código Civil.

Essas eram as observações que gostaria de fazer, desculpando-me pela falta de um preparo mais acurado da matéria, mas fico à disposição para qualquer esclarecimento que se torne necessário.

## DEBATES

### **Dr. Marcos Alcindo de Azevedo Torres**

O artigo 1.369 diz que o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. O Código nada falou e o Estatuto também não fala a respeito da possibilidade de um legado do direito de superfície. Então, gostaria de saber se é admissível, na sistemática como está colocada, alguém, por testamento, instituir um direito de superfície em favor de outrem, de forma em que ele seria legatário da superfície, por exemplo.

### **Prof. Ricardo César Pereira Lira**

A meu ver, não há impedimento jurídico algum em que se fizesse essa constituição por mero legado. Inclusive, termino nesse trabalho que escrevi, propondo uma nova formulação, inclusive estabelecendo, digamos, essas disposições testamentárias do direito de superfície. De modo que entendo que, em uma construção positiva, seria possível estabelecermos essa forma da superfície mediante legado. Acho que não há princípio de ordem pública algum que impeça essa constituição. Não feriria a ordem pública, estaria dentro dos interesses particulares.

### **Dr. Marcos Alcindo de Azevedo Torres**

Gostaria de dar um exemplo do Prof. Motta Pinto a respeito da questão do usucapião. E aí para, mais ou menos dentro do que o senhor tinha analisado, enquadrar a aquisição e a constituição da superfície de usucapião. Pode perfeitamente um indivíduo exercer atos de posse sobre uma casa que está constru-

ída e exercê-lo com um *animus*, não pleno de proprietário, mas superficiário, porque, por exemplo, lhe foi vendida por ato nulo a casa separada do solo. Foi constituído por escritura um direito de superfície sobre a casa separada do solo, mas com título nulo. Ele não adquiriu a superfície, mas passou a possuir a casa nesses termos e com respectivo *animus*. Ao fim de um determinado número de anos, adquire por usucapião direito de superfície e adquiriu um direito sobre aquela casa separada da propriedade do solo. Evidentemente que no Direito Português há previsão expressa, mas me parece que não haveria dificuldades já que uma vez o direito positivo admitindo o direito de superfície, alguém *non dominus* ou coisa semelhante, transfira para outrem a superfície, a casa construída, e aquele lá está na consciência de que está exercendo um direito de superfície. Seria talvez a superfície com usucapião por justo título, não sei se haveria essa possibilidade.

#### **Prof. Ricardo César Pereira Lira**

Acredito que talvez possa acontecer, contudo não de ocorrência muito frequente, mas não nego essa possibilidade.

Acho que temos que ser inteiramente abertos para ceder posições anteriores que tínhamos. Fui muito radical contra a admissibilidade da constituição. Inclusive discuti muito com o Prof. Caio Mário na defesa de tese em que tive a possibilidade de ferir essa questão do direito de superfície. Mas hoje tendemos a pensar e raciocinar, não nos interessa impor o nosso ponto de vista. Venho tendendo a admitir a possibilidade por usucapião em hipóteses como essa mencionada. Agora, acho muito difícil a ocorrência disso na prática, mas é possível.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Qual o aspecto prático e social, vamos dizer assim, do direito de superfície?

#### **Prof. Ricardo César Pereira Lira**

Meu querido Mestre, nós, homens do direito, temos vários momentos. Já

fui encantado pelo direito de superfície como um instrumento de regularização fundiária de terras públicas. Quando comecei a pensar no direito de superfície, imaginava usá-lo como instrumento de regularização fundiária. Depois comecei a achar que iria ser muito complexo e que não iria resolver. Então caminhei para uma outra solução que era a concessão do direito real de uso, o Decreto-lei 271 de 1967 com uma opção de compra pelo concessionário.

Certa ocasião, ajudei muito ao Cardeal Dom Eugênio e todo sábado, nós nos reuníamos com os favelados e com os advogados de campo para discutir muito esse problema. Eles diziam que não queriam a posse, mas sim a propriedade, assim como eu tinha a propriedade de meu apartamento – aquelas pessoas queriam a propriedade e não meramente a posse. Sendo assim, a concessão do direito real de uso só concedia a posse. E pensando muito em certos problemas, fui depois tratar dos contratos de dois conjuntos favelizados que existiam ao lado da Fundação Roberto Marinho. Lá tive uma idéia, pois me deram a concessão do direito real de uso, então acabou prevalecendo no penúltimo artigo a opção de compra, pois o favelizado quer a propriedade como nós temos a propriedade, que é um “fetiche”, mas é um fetiche importante. No final da concessão do direito real de uso, onde se entrega a posse, se estabelece, no penúltimo artigo, uma opção de compra para que ele possa ter a propriedade também. Nesse caso, é feita a concessão do Decreto-lei 271 de 1967 e só depois, ao final de mais ou menos quarenta ou cinquenta anos, faz-se a opção de compra. Agora, entendendo que o direito de superfície tem vantagens urbanísticas interessantíssimas. Por exemplo: Se você desafeta uma praça pública ou um bem público de uso comum para construir embaixo um estacionamento, por cima um hospital ou uma escola pública, acho que urbanisticamente ele tem a sua valia. Agora, do que me despreendi um pouco foi da verdade que eu imaginava que existisse no sentido

de que a superfície pudesse ser utilizada como regularização de áreas favelizadas.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

Professor, fiz as alegações exatamente em face do artigo 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar no seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Contudo, registrar no Cartório de Registro de Imóveis um direito de laje é uma dificuldade. É um problema. Quando a propriedade está regularizada, tudo bem, é só registrar. Agora, a da Rocinha, por exemplo, é um problema.

**Prof. Ricardo César Pereira Lira**

O direito de laje é um problema que tem que ser resolvido de outra maneira, pois é sério. Acho, realmente, que o direito de superfície não tem toda aquela extensão de finalidades positivas para o social que eu imaginei que tivesse, por isso voltei atrás naquilo em que acreditava.

**Dr. Magno Alves Assunção**

Gostaria que comentasse, se possível, como tratar a questão do direito de propriedade e do direito de superfície, à luz do Registro Geral de Imóveis compatibilizando as regras do Estatuto da Cidade, do Novo Código Civil e da Lei Registros Públicos.

**Prof. Ricardo César Pereira Lira**

Já houve um passo inicial, mas entendo que é preciso trazermos as normas, que alterem a Lei de Registros Públicos, para possibilitar o assentamento da propriedade superficiária, que é uma grande conquista da superfície moderna e da contemporânea, o que não existia no Direito Romano. No Direito Romano, segundo a maioria dos romanistas, aonde se chegou mais longe foi no Direito Real sobre a coisa alheia. Agora, a concepção do direito de propriedade sobre o bem superficiário, a isso não se chegou. Nós vamos ter que imaginar

isso. Agora, vamos fazer uma matrícula nova para o bem superficiário? Já deveriam ter legislado sobre isso, pois isso irá criar dificuldades. Agora, eu que pensei que o direito de superfície pudesse ter uma extensão social muito grande, voltei um pouco atrás. O direito de superfície é um direito meio aristocrático, lamentavelmente. Ele não é a solução para o problema da regularização fundiária. Hoje estou convencido de que a regularização superficiária e a regularização fundiária precisam ser regulamentadas enquanto é tempo, pois as favelas já estão tomadas pelos traficantes.

Parece-me que o direito de superfície não é a grande solução social. Creio que o direito de superfície do Estatuto da Cidade é interessante, acho que você pode criar até triplamente a possibilidade da utilização da linha do solo e do subsolo e da superfície, criando um estacionamento no subsolo e acima um hospital. Ela tem a sua utilidade, contudo, tem que se completar com a matéria do Registro de Imóveis, e o interessante é que ninguém pensa nisso.

**Des. Áurea Pimentel Pereira**

Prof. Pereira Lira, gostaria de lhe submeter a um questionamento, depois de ter ouvido a sua opinião, com a qual, aliás, concordo plenamente, de que o novo Código Civil, ao disciplinar o direito de superfície, absolutamente não revogou o Estatuto da Cidade, até porque esse estatuto tem uma diretriz que é a execução urbanística, tem uma natureza eminentemente urbanística.

Gostaria de ouvir a sua opinião sobre o seguinte questionamento: Nós sabemos que o artigo 1.369, no seu parágrafo único, do Código de 2002, dispõe que o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão; enquanto que o parágrafo 1º, do artigo 21, do Estatuto da Cidade, tem uma maior abrangência. Ele diz que o direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na for-

ma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. Não lhe quer parecer que, evidentemente não todo o Estatuto da Cidade, mas, especificamente, esse parágrafo 1º do artigo 21, que teve uma nova visão dada pelo parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil, será derogado quando entrar em vigor o nosso novo Código Civil? Seria essa a sua opinião?

**Prof. Ricardo César Pereira Lira**

Entendo, Desembargadora, que o direito de superfície fica inteiro porque ele é urbanístico, tal como ele foi previsto no Estatuto da Cidade. Agora, no parágrafo 1º do artigo 21, o direito de superfície abrange o direito de “utilizar o solo, o subsolo” (quer dizer, o Estatuto da Cidade prevê expressamente a superfície no subsolo) e mais, “ou o espaço aéreo relativo ao terreno”.

Outro dia dei um parecer interessantíssimo em que havia o direito de su-

perfície em um espaço aéreo que não tocava o solo. Em matéria de vernáculo, o direito de superfície no subsolo já é uma *contradictio in terminus*. Agora, o direito de superfície no espaço aéreo, já é outra *contradictio in terminus*, mas, enfim, de *contradictio in contradictio* nós vamos caminhando para a frente do ponto de vista social, que é o que importa. É um problema interessante e confesso que entramos em perplexidade. E por que não confessar? Acho que a sinceridade é absoluta. E depois, nada é pior do que a certeza, pois só a dúvida constrói para a grandeza da ciência. A certeza destrói e estagna.

Agora, estou de acordo com Vossa Excelência, e confesso que hoje entendo, que o Código Civil não impede o direito de superfície no subsolo. Acho que aquele dispositivo que a senhora leu permite a construção da possibilidade da superfície no subsolo. Mas confesso que tenho dúvidas e penso que temos que tentar construir. ☰

# O Direito de Vizinhança no Novo Código Civil

**CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO**

*Professor de Direito Civil da UERJ. Procurador do Estado/RJ*

## 1. Introdução

O direito de vizinhança é o ramo do direito civil que se ocupa dos conflitos de interesses causados pelas recíprocas interferências entre propriedades imóveis próximas. Não há necessidade, como se sabe, de serem as propriedades imóveis contíguas; basta serem próximas para que possa ter lugar a interferência, que será, então, coibida pelas normas protetoras dos direitos de vizinhança.

Portanto, trata-se de normas que tendem a compor, a satisfazer os conflitos entre propriedades opostas com o objetivo de tentar definir regras básicas da situação de vizinhança. Busca-se, como disse, a satisfação de interesses de proprietários opostos.

## 2. Características do direito de vizinhança

São características dos direitos de vizinhança, em primeiro lugar, regular situações entre proprietários, estabelecendo, nesse sentido, limitações, restrições ao uso da propriedade, ou seja, trata-se aqui de deveres criados pela lei.

Uma outra característica do direito de vizinhança é que nesse tema não se busca criar vantagens para os proprietários, para qualquer prédio, ao contrário, visa-se tão-somente a evitar prejuízos. Daí essas restrições serem denominadas pela doutrina *restrições defensivas*. As restrições, no direito civil, podem decorrer também da autonomia privada. Como exemplo de restrição negocial, nós temos as servidões que, ao contrário do direito de vizinhança, visam a conferir justamente maiores

vantagens para os proprietários, para os prédios dominantes. A servidão, portanto, se distingue do direito de vizinhança, seja pela fonte, seja pela finalidade. Pela fonte, porque as servidões têm sempre fonte convencional ou contratual; e pela finalidade, porque as servidões visam à criação de vantagem para a propriedade dominante, enquanto que a vizinhança surge sempre da lei, por meio de normas imperativas que visam a evitar prejuízos.

Mais uma característica do direito de vizinhança: procura-se, mediante as normas que compõem as relações de vizinhança, coibir as interferências indevidas nos imóveis vizinhos. Hoje em dia é adotado pela doutrina o termo *interferência*, que substituiu o termo anterior - imissão - por se entender que este último possui um significado algo material, concreto, palpável. Por isso, com a evolução do direito de vizinhança, o termo técnico que significa o incômodo, o distúrbio indesejado passou a ser *interferência*, para se ampliar a possibilidade de defesa do proprietário diante das ingerências não corpóreas, não palpáveis.

Por outro lado, essas interferências devem ser sempre indiretas ou mediatas, decorrentes, portanto, da própria utilização do imóvel vizinho, das proximidades. Nunca deverá ser uma interferência direta ou com esse fim; caso contrário, não se está em sede de direito de vizinhança, mas sim de ato ilícito. Se, por exemplo, o particular atira uma pedra em imóvel vizinho, esta situação independe das regras de vizinhança para a sua composição, pois se trata mesmo de ato ilícito e será sancionado como tal. Por outro lado, noutro exemplo, se em exploração de uma pedreira, voam fragmentos para a propriedade próxima, aí

Texto elaborado a partir da transcrição fonográfica de palestra proferida na EMERJ em 11 de outubro de 2002.

sim, inserem-se as normas do direito de vizinhança.

O tema liga-se diretamente à função social da propriedade, de índole constitucional, que permeia toda a estrutura do direito de propriedade.

Hoje em dia, já é quase pacífico que a propriedade tem – ao lado do seu *aspecto estrutural*, formado por seus elementos econômico e jurídico (elemento econômico, ou interno, é a senhoria, a possibilidade de usar, fruir e dispor e o elemento jurídico, ou externo, é a possibilidade de repelir as ingerências alheias) – um *aspecto funcional*, por força de ditame constitucional, que deve permear os aspectos econômicos e jurídicos do instituto.

O fenômeno da urbanização, do desenvolvimento das cidades, torna também mais e mais vasto o campo de incidência dos conflitos de vizinhança, sobretudo em edifícios de apartamentos, os condomínios regulamentados pela Lei 4.591/64 e pelo novo Código Civil. A esse propósito, aliás, o Código de 2002, em passagem que ainda não mereceu maior atenção da doutrina, erigiu como dever do condômino “dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes” (artigo 1.336, IV).

### **3. Parte geral do direito de vizinhança**

Vamos abordar aqui, em primeiro lugar, o que se denomina de parte geral dos direitos de vizinhança, que são as normas que vão definir a possibilidade de uso da propriedade, os limites a esse uso e quais as interferências que serão coibidas.

Nesse primeiro momento, vamos procurar definir quais sejam essas interferências que devem ser tolhidas, reprimidas, dentro desse aspecto geral, demarcando a diferença para com as atividades que são toleradas, admitidas, para depois, em um segundo momento, ingressarmos nas regras especiais dos direitos de vizinhança, destacando, desde já, que o novo Código consagrou, em

grandes proporções, o que vem sendo desenvolvido pela jurisprudência e também a tese do Prof. San Tiago Dantas, que é a origem e o melhor trabalho de vizinhança em nosso território, em nossa literatura jurídica e que ganhou larga aplicação, pacificando verdadeiramente os tribunais.

Costuma-se dizer que interferências sempre haverá; o simples fato do convívio entre propriedades próximas já é, por si só, um motivo de acirramento de ânimos e, portanto, costuma-se até definir a relação de vizinhança como uma relação de confronto e não de cooperação, onde a satisfação do interesse de um proprietário implica restrições ao interesse do proprietário vizinho. Então, se interferências sempre haverá, o que resta é distinguir quais são as consideradas lícitas e que poderão ser praticadas, daquelas que, ao contrário, não têm esse caráter e devem ser sancionadas, reprimidas pelo ordenamento jurídico.

San Tiago Dantas já afirmava, na sua tese de cátedra, que o direito de vizinhança não tolera soluções unilaterais, sob pena de se aniquilar o direito de uma das partes - ou se tolhe a atividade e se priva o titular da propriedade de seu uso, da sua utilização, que consiste em elemento integrante da senhoria, do conteúdo econômico da propriedade, ou, por outro lado, caso se permita esse uso, pode-se estar afetando diretamente a propriedade próxima, que terá, já por sua vez, a sua utilização comprometida pela interferência do vizinho. Logo, em tema de direito de vizinhança, a solução deve ser, preferencialmente, uma solução bilateral.

Voltando à questão central: quais interferências devem ser coibidas? Esse aspecto da parte geral do direito de vizinhança estava previsto no art. 554 do Código Civil de 1916, dispositivo que se constitui em uma das poucas cláusulas gerais do antigo Código Civil. Esse artigo, de fato, fixa verdadeira cláusula geral cujo conteúdo, como se sabe, amolda-se a permitir a evolução do direito e a construção de critérios seguros em

cada etapa da evolução sócio-econômica que se apresenta em nosso país. Dita cláusula geral, de certa forma, é preservada na sua essência, no novo Código Civil, mas ela é desdobrada em três dispositivos: vale dizer, o artigo 554 do Código de 1916 desdobra-se, portanto, nos artigos 1277, 1278 e 1279 do Código de 2002 e, nesse sentido, na busca de se distinguir quais são as interferências que devam ser coibidas daquelas que devem ser permitidas e toleradas, é que foram historicamente surgindo as teorias do direito de vizinhança. Vejamos as principais delas.

### 3.1 – Principais teorias do direito de vizinhança

A primeira teoria que se propôs a cuidar da questão foi a teoria de Spangenberg, romanista alemão que em 1826, com base na experiência do Direito Romano, sustentava a vedação das chamadas *imissões corpóreas*, as que eram palpáveis, portanto. Permitia-se ao proprietário vizinho qualquer atividade, contanto que o incômodo não fosse causado por algo de material, e nessa teoria, como proibição à imissão corpórea, se inseriam a água, a fumaça e a poeira, consideradas interferências corpóreas e nocivas à propriedade.

A essa teoria opôs-se a crítica de que, por apenas alcançar as imissões corpóreas, excluía os rumores, os barulhos e os maus cheiros, que freqüentemente interferem na propriedade vizinha. Essa tese da imissão material acabou sendo completamente refutada, já no século XIX, pela falta de um critério seguro para se estabelecer a distinção entre as imissões corpóreas e as incorpóreas.

A segunda teoria que se propôs a solucionar a questão foi a *teoria do uso normal*, de Ihering, em 1862. Ihering procurava diferenciar os casos em que a interferência devesse ser suportada, daqueles nos quais ela devesse ser repelida. Para isso propôs, então, um *standard* do uso normal da propriedade, e para se aferir esse uso normal era

necessário perquirir os aspectos ativo e passivo do uso da propriedade.

Sob o aspecto ativo, é necessário saber se a utilização da propriedade está dentro dos parâmetros já consagrados em determinada região. Por outro lado, sob o aspecto passivo, cabe avaliar a receptividade abstrata do homem normal, do homem médio, o que Ihering denominou de *grau médio de tolerabilidade*, naquela determinada época e localidade, no sentido de que esses *standards* são sempre relativos, flexíveis.

Tal teoria, consagrada pelo Código Civil Alemão (BGB), tem maior relevo entre nós, porque aplicada em nosso ordenamento desde o Código de 1916 (que, no particular, se inspirou no BGB), sendo mantida pelo Código de 2002. Aliás, importa salientar que o novo Código, ainda sob a influência da teoria em comento, alterou a denominação da seção destinada aos direitos de vizinhança, abandonando a expressão *uso nocivo da propriedade* para adotar a expressão *uso anormal da propriedade*.

Como desdobramento dessa teoria de Ihering, surge a *subteoria do desequilíbrio*, de Ripert, em 1902, que se assemelhava, por seu turno, à *subteoria da pré-ocupação*, de Demolombe. Para Ripert, o conflito de vizinhança estaria baseado em uma ruptura do equilíbrio que vigorasse em uma dada região. Esse rompimento seria causado pelo proprietário ou possuidor que iniciasse uma atividade não ajustada aos parâmetros das atividades normalmente desenvolvidas naquela localidade. Sobre ele, então, que rompia aquele equilíbrio, pesava a correspondente responsabilidade e, para se saber quando isto acontecia, Georges Ripert lançava mão do *standard* do uso normal, e a pré-ocupação é que definia o grau de normalidade. O que era normal? Normal era a utilização que se fazia naquela região, naquela localidade, naquela vizinhança. Essa teoria se constituiu em verdadeira arma da propriedade doméstica contra o surto de industrialização daquele momento, na medida em que as fábricas, naquelas circuns-



tâncias, possuíam um alto grau de interferência nas propriedades vizinhas.

A terceira teoria que surge é a *teoria da necessidade*, de Bonfante. Ela surge justamente em contraposição à *teoria do uso normal*. O romanista italiano afirmava não ser correto concluir que o uso anormal deveria ser sempre coibido, pois há interesse social no desenvolvimento das indústrias, no progresso crescente. Daí essa teoria, que nasce em contraposição à do uso normal, ter sido considerada a defesa da propriedade industrial, numa época de industrialização crescente. Uma fábrica, mesmo que causasse, com sua enorme quantidade de fumaça, interferência indevida nas propriedades vizinhas, poderia ter a manutenção da sua atividade garantida por força do que Bonfante denominava *necessidade geral do povo*, e com base nessa necessidade, o juiz deveria manter essas atividades. Diferente do que ocorreria, por exemplo, com uma lareira, pois se essa provocasse uma fumaça anormal, como ali só se estaria diante de uma situação de interesses particulares, a atividade deveria cessar.

Finalmente, entre nós, quem melhor sistematizou o assunto foi o Professor San Tiago Dantas. A sua tese de cátedra, apresentada à Faculdade Nacional de Direito em 1939, denominada “O Conflito de Vizinhança e Sua Composição”, é uma obra clássica, do conhecimento de todos. Este grande civilista, em sua teoria que depois denominou de *teoria mista*, propôs uma espécie de aliança, de combinação entre os principais subsídios das teorias de Ihering e de Bonfante.

A *teoria mista* de San Tiago, portanto, se baseia em dois princípios fundamentais. O primeiro é o da *coexistência dos direitos*, e se destina à situação onde vigore o interesse particular, ou seja, a orientar a vizinhança comum. O outro princípio é o da *supremacia do interesse público*. Esse segundo princípio governará a vizinhança industrial. Na hipótese de conflito, como deve atuar o magistrado na investigação de uso nocivo? Deve,

em primeiro lugar, perquirir se o uso daquela propriedade que está em jogo é normal ou não. Se o uso for normal, a partir dos *standards* de Ihering, dos aspectos passivo e ativo do uso normal, ele produz interferências lícitas e o ato é considerado lícito e, como tal, deve continuar. Se o uso, no entanto, é considerado anormal dentro daqueles *standards* a gerar, então, incômodos por demais excessivos, deve-se pesquisar para se saber se tal atividade é necessária socialmente ou se é, ao contrário, desnecessária. Se a supremacia do interesse público legitimar esse uso excepcional, o juiz manterá os incômodos inevitáveis, ordenando, no entanto, que se faça cabal indenização ao prejudicado, correspondente, aqui, a uma espécie de expropriação de direito privado.

O juiz deve também, já dizia San Tiago, na medida do possível, buscar compatibilizar os interesses, ou seja, sempre que possível, o magistrado deveria (com base nas técnicas que vão se desenvolvendo para contornar os distúrbios causados por uma dada atividade) coibir aquela interferência mediante o emprego de filtros, de vedações acústicas, de equipamentos cada vez mais modernos que a impeçam. Esse deve ser o caminho prioritário a ser tomado. Se tal não for possível, todavia, passa-se à permissão da atividade com a indenização cabal; ou, se o interesse público não legitimar o uso excepcional da propriedade naquela região, é de mau uso que se trata e o juiz, então, irá mandar cessar a atividade.

### **3.2- A disciplina no Código de 2002: inovações e o conteúdo da cláusula geral**

Essa teoria foi amplamente consagrada, seja em doutrina, seja pela jurisprudência de maneira geral, e agora foi incorporada expressamente no novo Código Civil, ganhando esse reconhecimento na redação do eminente mestre Prof. Ebert Chamoun, que foi o relator do anteprojeto nesse tema de direitos reais e vizinhança.

A leitura dos artigos 1.277 e 1.278

revela a adoção dos ensinamentos do Mestre San Tiago Dantas:

*“Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.*

*Parágrafo único: Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”.*

*“Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal”.*

A leitura atenta desses dois dispositivos parece revelar que o artigo 1.277 regula aquilo que San Tiago denominou de interesse privado, interesse particular, ou seja, de *estatuto da vizinhança comum*, estando nitidamente presente em seu teor a *teoria do uso normal*, de Ihering. Por seu turno, o artigo 1.278 cuida da vizinhança industrial, em que prevalece o interesse público, com base na *teoria da necessidade*, de Bonfante.

Também o artigo 1.279 (cujo teor, no entanto, se deve muito mais ao trabalho da jurisprudência) tem a sua origem na obra de San Tiago Dantas. O referido dispositivo legal dispõe: “Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis”. Note-se que, em sendo possível, sempre devem ser tomadas as medidas necessárias para reduzir ou mesmo eliminar as interferências. Se, quando a questão vier colocada, for possível ao magistrado lançar mão desses artificios, isso deve ser feito. Se não, sem embargo da determinação para que as interferências prevaleçam, se, em um momento futuro

for possível, pelo desenvolvimento tecnológico, o emprego dessas técnicas, aí sim, não obstante aquela determinação judicial, o proprietário, ou possuidor, terá direito à aplicação desses mecanismos de redução.

Cumpra destacar, outrossim, um outro aspecto que me parece fundamental: o conteúdo da cláusula geral de vizinhança, à luz do texto do artigo 1.277 do novo Código. Como bem destacado pelo Professor Gustavo Tepedino, o preenchimento desse conteúdo há de ser feito sob os ditames da carga axiológica constitucional. De fato, o magistrado deverá perquirir a função social, o atendimento ao meio ambiente, a dignidade da pessoa humana, enfim todos os valores que são carreados pela Constituição, para que verifique se, naquele determinado caso, o exercício é nocivo, se provoca interferências, melhor dizendo, que devam ser coibidas. Já o parágrafo único contém em seu teor diretrizes para dar algum conteúdo à cláusula geral, como visto. Louvável a orientação. Porém, a integração somente se completa mediante o recurso à fonte constitucional.

Para finalizar a abordagem acerca da parte geral da vizinhança, ponham-se em destaque as inovações desse conjunto de artigos, quando comparados com o Código anterior. Os artigos 1.278 e 1.279 do Código Civil de 2002, já vistos, não encontram correspondentes no Código Civil de 1916, e quando do cotejo do artigo 1.277 com o artigo 554 do Código de 1916, seu correspondente no Direito anterior, merecem ser destacadas três alterações, além da novidade trazida no parágrafo único.

Em primeiro lugar, a substituição de “inquilino” por “possuidor”. O Código anterior afirmava “o *proprietário* ou *inquilino* de um prédio tem direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha(...)”. Em redação bastante melhorada, contempla-se agora, também como gênero, o “possuidor”, porque o que importa é a posse, a relação direta com o imóvel, seja proprietário, usufrutuário, locatário, comodatário, o que for. Esta

novidade reflete a exegese que já vigorava em relação ao alcance do artigo 554 do Código de 1916.

A segunda alteração de destaque é a utilização do termo “interferências”. O texto fala em “fazer cessar as interferências prejudiciais à saúde, à segurança, ao sossego”, o que reflete a orientação mais técnica da doutrina e da jurisprudência, como visto anteriormente.

O terceiro aspecto que merece menção está contido na parte final do *caput* do artigo 1.277. É a afirmação de que tais interferências devem ser “provocadas pela utilização de propriedade vizinha”. Quer dizer, trata-se da interferência mediata, a qual, como já averbamos ao tratar das características do direito de vizinhança, não se confunde com eventuais interferências diretas, dolosas, deliberadamente praticadas, sem relação com a utilização da propriedade vizinha. Repita-se o exemplo da pedra que é intencionalmente lançada no imóvel vizinho, quebrando uma vidraça. Isto é um ato ilícito, e o dano dele resultante será tratado como tal.

Assim terminamos essas considerações iniciais sobre a parte geral do direito de vizinhança.

#### **4. Parte especial do direito de vizinhança**

Vamos adentrar agora nas observações acerca da parte especial do direito de vizinhança, composto por regras específicas que no Código Civil de 2002 dizem respeito aos seguintes temas: árvores limítrofes, passagem forçada, passagem de cabos e tubulações (que é uma novidade do Código), águas comuns, linha divisória e direito de tapagem, direito de construir e auxílio mútuo.

##### **4.1. Árvores limítrofes**

Deste tema tratam os artigos 1.282 a 1.284 do Código de 2002. O novo Código em praticamente nada alterou a disciplina anterior, ou seja, continua valendo a presunção relativa, *iuris tantum*, de co-propriedade ou condomínio das árvores cujos troncos se encontrem nos limites de dois imóveis.

Além disso, as duas regras clássicas em termos de árvores limítrofes continuam contempladas, tanto a de cortar os ramos e raízes que invadem a propriedade vizinha, como a relativa à titularidade, a propriedade dos frutos daquelas árvores. Nesse sentido se afirma nos artigos 1.283 e 1.284 que os ramos pertencem ao dono, porém, o proprietário ou possuidor do imóvel vizinho, onde se deitam ramos ou raízes, pode podar ou cortar a árvore. É claro que essa poda observará também, necessariamente, as normas ambientais e administrativas aplicáveis à espécie.

Em relação aos frutos, enquanto na árvore estiverem, pertencerão ao proprietário onde ela deite raízes; porém, se caírem naturalmente, pertencerão ao proprietário do solo onde caírem. Se o proprietário ou possuidor do imóvel vizinho de alguma forma interferir para que os frutos caiam, e essa queda se consumir de forma não natural, ele não tem direito a esses frutos. Aqui, não há qualquer observação de relevância a ser feita nesse tema.

##### **4.2. Passagem forçada**

O segundo instituto que merece a nossa atenção é o da passagem forçada, prevista no Código de 2002 em um único artigo, o 1.285. O novo Código reproduz, nesse tema, a regra que permite ao proprietário encravado pela propriedade vizinha o acesso às vias públicas de maneira a preservar os contornos desse instituto. Essa passagem forçada constitui, como assinalam Caio Mário da Silva Pereira e o saudoso Darci Bessone, uma verdadeira desapropriação de direito privado.

Há vários aspectos dignos de nota, quanto à passagem forçada.

Em primeiro lugar, ela não se confunde com a servidão de passagem, que como se sabe, é resultante de consenso entre as partes – portanto, tem sua fonte em convenção e existe para melhorar o acesso, para se criar uma vantagem, um benefício para o imóvel, para o prédio dominante. Enquanto que a passa-

gem forçada é matéria de direito de vizinhança, com fonte na lei e para evitar prejuízo, como foi dito anteriormente, com fundamento no princípio da solidariedade social.

O artigo 1.285, logo no *caput*, fixa um requisito importantíssimo ao instituto da passagem forçada: “O dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto...”. Portanto, trata-se do imóvel encravado, sem saída. Há um amplo debate nos tribunais pátrios, a fim de se apurar qual a solução correta em hipóteses muito próximas à do encravamento, quando há alguma passagem, mas essa é precária, difícil, quase inacessível, se nessas hipóteses se considera ou não viável a utilização da passagem forçada. Majoritariamente, doutrina e jurisprudência se inclinaram pela resposta negativa, considerando que a passagem forçada impõe uma restrição à propriedade privada do vizinho, somente na medida em que o prédio não encontre qualquer possibilidade de saída é que ele terá direito a essa passagem. Só, portanto, quando literalmente encravada é que terá direito à passagem forçada, é o entendimento que prevalece. O juiz, então, diante dessa hipótese, vai fixar o rumo da passagem, de maneira a tentar minimizar o sofrimento e o ônus do prédio que tem de suportar a passagem do vizinho; e, assim que cessar essa situação de encravado, seja pela abertura de novas vias, seja pela aquisição de novas terras, cessa para o vizinho o dever de franquear a passagem.

O artigo 1.285, além disso, prevê uma indenização cabal, ou seja, trata-se de direito de vizinhança oneroso. A onerosidade se faz presente na indenização cabal.

Dentre as novidades trazidas no bojo do art. 1.285, destaca-se a do § 1º, que cuida da hipótese onde o imóvel encravado possa alcançar a via pública por várias propriedades confinantes – há várias possibilidades de acesso à via pública. Então, a regra é que sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel

mais natural e facilmente se prestar à passagem. Como se vê, o novo Código estabelece regra de importância prática para a definição de qual será o imóvel que suportará a passagem forçada. Mas vale lembrar que este já era o entendimento consolidado da jurisprudência nesse assunto. As inovações contidas nos demais parágrafos do art. 1.285 não oferecem qualquer dificuldade para o intérprete, razão pela qual nos absteremos de as analisar nesta sede.

Finalizando este tópico, para não extrapolar o tempo que me foi concedido, importa registrar que alguns dispositivos que eram controversos no Código Civil de 1916 não encontraram paralelo no Código Civil de 2002, como os antigos artigos 561 e 562, que se dizia estarem erradamente posicionados, insertos entre as disposições referentes à passagem forçada quando, na verdade, se tratava de servidão.

#### **4.3. Passagem de cabos e tubulações**

Chegamos, então, ao terceiro instituto específico, que é a passagem de cabos e tubulações. Cuida-se, aqui, de uma novidade, uma inovação do Código de 2002. São dois artigos que procuram estabelecer normas diante das novas necessidades sociais da população, normas essas que se assemelham, na maioria dos seus contornos, ao instituto da passagem forçada, que acabamos de ver. Teremos brevíssimas considerações acerca de sua disciplina legal.

Em primeiro lugar, trata-se de direito de vizinhança oneroso, também. O próprio *caput* do artigo 1.286 do Código se inicia estabelecendo a onerosidade, pela fórmula “mediante recebimento de indenização que atenda também à desvalorização da área remanescente”.

Em segundo, pode-se concluir que terá lugar a passagem de cabos e tubulações somente quando indispensável. É o que se depreende da parte final do *caput* desse mesmo artigo 1.286, que dispõe o seguinte: “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*” (grifou-se).

Além disso, vai-se procurar estabelecer a passagem de forma menos gravosa à propriedade prejudicada, nos termos do parágrafo único do 1.286, que guarda coerência com a linha traçada pelo Código em todas as passagens acerca da situação de vizinhança: o enfrentamento bilateral dos problemas, a que nos referimos anteriormente. Por fim, se houver riscos potenciais, ou seja, se a passagem dos cabos ou tubulações trouxer riscos (como é o caso das tubulações de gás e dos cabos de energia elétrica), pode-se exigir, a teor do artigo 1.287, que também é novidade, a realização de obras de segurança.

#### **4.4. Águas comuns**

O Código, em seqüência, passa a disciplinar o instituto das águas comuns, e o faz entre os artigos 1.288 e 1.296. São muitas regras que o novo Código enuncia. Vamos tentar simplificá-las. A rigor, essas regras correspondem às contidas nos artigos 563 a 568 do Código Civil de 1916, os quais, no entendimento que prevalecia, haviam sido revogados pelo Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 1934), que fixava a disciplina das águas comuns sem maiores alterações em comparação com o texto do Código de 1916.

Aqui, uma vez mais, a matéria não muda substancialmente o estado anterior do direito. O que há são algumas novidades, como ocorre sobretudo na regulamentação do aqueduto, nos artigos 1.293 a 1.296, e nas modificações trazidas nas regras gerais dos artigos 1.288 e 1.289.

A parte final do artigo 1.288 traz uma novidade, seguindo a *ratio* de buscar um tratamento bilateral dos direitos de vizinhança. Desde o regramento anterior já se dispunha que o dono do

prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente para o seu imóvel. Noutras palavras, o proprietário a jusante é obrigado a receber as águas que correm do proprietário a montante, de maneira natural. Acrescentou-se, ao final do artigo 1.288, que, assim como a propriedade inferior é obrigada a receber as águas que naturalmente correm da superior, o proprietário, ou o possuidor – como bem destaca o Código de 2002 –, do prédio superior, por seu turno, não pode agravar, mediante a execução de obras, a condição natural e anterior do prédio inferior.

O artigo 1.289 garante o direito de receber indenização pelas águas que correrem do prédio a montante quando nele cheguem artificialmente, ou quando aí forem colhidas. Aqui, a regra é diferente porque se trata de nascentes artificiais, então se fixa aqui a onerosidade, ou seja, aquele que é obrigado a suportar essas águas tem o direito à indenização, sempre que o outro não puder desviá-las. O parágrafo único afirma que, quanto à essa indenização, vai se abater o eventual benefício que aquela água venha por eventualidade a conceder ao prédio inferior.

#### **4.5. Linha divisória e direito de tapagem**

O tema é extenso e controverso; vamos tentar suscitar suas diretrizes básicas.

Se há dúvida quanto ao delineamento da linha divisória, faz-se a busca de títulos de propriedade para determinar os lindes, os limites entre os prédios. Se não for possível, com base nesses títulos de propriedade, fixar-se a linha divisória, demarcando-se as fronteiras entre os dois prédios, como prevê o art. 1.297, lança-se mão dos critérios previstos no artigo 1.298.

O primeiro critério é o da comprovação da posse justa, que, de mais a mais, já era consagrada no sistema anterior. Não provada a posse de nenhum dos dois disputantes quanto aos limites ou, ao contrário, provada a composesse, ou

seja, não sendo possível se definir a questão com base na posse, lança-se mão de um segundo critério que é a novidade: a repartição em partes iguais. O Código anterior falava em repartição proporcional, o que suscitava os maiores problemas em encontrar-se o mensurador desta proporcionalidade. Seria proporcional às respectivas áreas dos imóveis? Proporcional ao número de vizinhos que estão interessados naquele pedaço de terra? Então, diante dessa ampla controvérsia que vigorava nessa matéria, vem o novo Código e simplifica, ou tenta simplificar, estabelecendo a divisão em partes iguais, restaurando enfim o que já constava do próprio Projeto de Clóvis Beviláqua, que deu origem ao Código de 1916.

O terceiro critério, também já consagrado, é aplicado na hipótese de não ser viável essa divisão em partes iguais, por não ser cômoda. Se assim for, o juiz irá determinar a adjudicação da propriedade a um dos imóveis – e é dada liberdade a ele para escolher, a lei não define parâmetros a tal determinação, indenizando assim o proprietário vizinho.

#### 4.6. Direito de construir

O direito de construir fixa, no artigo 1.299, como regra geral, a possibilidade de o proprietário levantar a construção que lhe aprouver. Em princípio, ele constrói como quiser, desde que respeitadas as normas do direito de vizinhança e também os regulamentos administrativos, normalmente emitidos pelo Poder Público Municipal no controle de zoneamento e de definição de utilização daquela propriedade imóvel.

Além dessa liberdade de construir, tolhida por esses dois aspectos, seja pela vizinhança, seja pelo Direito Administrativo, pelas normas sobretudo municipais atinentes a gabaritos, a recuos etc, há algumas regras específicas, também no Código Civil. A primeira delas é a das *distâncias legais*. O novo Código aumentou a distância mínima para a construção de edificações em relação aos limites entre imóveis rurais - era de um

metro e meio no Código de 1916 e passou a ser de três metros no Código de 2002 (artigo 1.303). Portanto, hoje são três metros até o limite do terreno para erguer a construção rural.

A *contrario sensu*, como já se interpretava, o proprietário pode construir no seu imóvel urbano até o limite da divisória, mas a lei impede a abertura de janelas a menos de um metro e meio de terreno vizinho. Isso se mantém no novo Código, expressamente (artigo 1.301); eis outra regra específica.

Os parágrafos do artigo 1.301, por seu turno, veiculam grandes novidades.

Dispõe o parágrafo primeiro: “As janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros”. Diminui-se pela metade a disposição do *caput*. Isso é uma novidade, contrariando até um entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, que não distingue a vista oblíqua da direta, na abertura de janelas ou afins, naquela proibição de um metro e meio.

O parágrafo segundo também apresenta uma outra novidade de monta, que é estabelecer-se para as aberturas menores, que não são tecnicamente consideradas janelas (ou seja, medem menos de dez por vinte centímetros), que a permissão para a sua abertura está condicionada a que estas aberturas estejam a mais de dois metros de altura, para se evitar que se devesse o prédio vizinho, que se rompa a privacidade. No sistema anterior não havia esse requisito de altura, que, aliás, foi de inspiração do Código Civil Italiano.

Concluindo, o artigo 1.300 aduz outra regra específica, no sentido de que não se pode despejar águas diretamente sobre o vizinho. É uma fórmula mais genérica, melhorando-se a redação da disposição legal em relação à anterior correspondente. A depender das circunstâncias, poderá ser necessário o uso de calhas ou de qualquer mecanismo congêneres a fim de evitar tal transtorno.

#### **4.7. Auxílio mútuo**

Por fim, cabe breve referência ao instituto do auxílio mútuo ou direito de ingresso na propriedade alheia que está previsto no artigo 1.313 do novo Código, apresentando os requisitos seguintes: deve ser temporário; deve se dar mediante prévio aviso; e deve ser indispensável o ingresso na propriedade vizinha.

Obviamente, se esse ingresso gerar dano ao vizinho, há que se fazer acompanhar da devida reparação. Essas eram as considerações que pude fazer dentro do limite do tempo que me foi designado. Agradeço a atenção de todos e me coloco à disposição para eventual debate. Muito obrigado. 📄

# Os Direitos Reais no Novo Código Civil

**GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO**

*Professor de Direito Civil da UERJ. Procurador Regional da República/RJ*

## **1. Questões Preliminares ao Estudo do Novo Código Civil e das Principais Inovações no Âmbito dos Direitos Reais**

A chegada de um Código novo gera idiossincrasias e ufanismos. Daí a necessidade de sublinhar, preliminarmente ao estudo do Código Civil de 2002, a postura que se deve adotar diante da nova codificação. Pessoalmente, por honestidade científica, devo dizer que fui um dos mais rigorosos críticos do novo Código. O Texto me pareceu inoportuno, redigido substancialmente antes da Constituição, não absorvendo a recente história jurisprudencial brasileira – importantíssima para o direito privado, sobretudo a partir da criação do Superior Tribunal de Justiça.

Pretendeu-se realizar uma atualização meramente técnica, uma espécie de purificação legislativa; na vã ilusão de que o Direito está apartado dos fatos sociais e de que, portanto, a partir das modificações experimentadas pela sociedade, bastaria vir o legislador e, com regas mais atuais, restaurar o tecido envelhecido, mantendo-se a mesma racionalidade do passado. O equívoco maior do Código, portanto, não está na sua omissão no que concerne às novas matérias e novas tecnologias mas na sua própria concepção, fundada em tábua axiológica excessivamente voltada para a lógica patrimonialista e proprietária.

Tendo sido o Código promulgado, contudo, haveremos de *construí-lo interpretativamente*, com paixão e criatividade, no sentido de buscar a sua máxima eficácia social, harmonizando-o com o sistema normativo civil-constitucional.

Um novo tempo não se realiza com a produção de leis novas, desconhecen-

do-se a identidade cultural da sociedade. É preciso que se ofereça aos profissionais do Direito, com esforço e inteligência, a interpretação mais compatível com a Constituição da República - com os valores da sociedade, com a experiência do Direito vivo, cunhado, em grande parte, pelos magistrados. Assim verificaremos criticamente os aspectos que poderiam estar melhor redigidos, ou que poderiam estar regulados de outra maneira, procurando, de todo modo, esgotar as possibilidades hermenêuticas *de lege lata*.

Neste contexto, causa uma imensa insegurança o fato de termos 180 emendas ao Novo Código, em regime de urgência, tramitando no Congresso Nacional. Tais propostas de reforma não guardam coerência interna, atendendo a solicitações as mais variadas. Expressam sentimentos individuais de colaboradores, o que impede uma análise sistemática das alterações propostas. Por isso, o mais prudente, neste momento, é desconsiderar as reformas e dedicar nossa atenção às normas em vigor, na tentativa de extrair a melhor interpretação possível.

A segunda questão importante, também preliminar, diz respeito à crise de fontes normativas do momento presente. No Séc. XIX, com as Ordenações ainda em vigor no Brasil, havia uma pluralidade de fontes normativas que confundia a aplicação do direito pelos magistrados. A codificação àquela altura expressou uma identidade cultural em torno dos valores liberais da revolução burguesa, absorvidos pelas elites rurais brasileiras. Liberdade para o contratante e para o proprietário, que poderiam, sem entraves, adquirir e acumular riqueza, eis a aspiração patrimonialista reconhecida pelo Código de 1916.

Texto elaborado a partir de transcrição fonográfica de palestra proferida na EMERJ, em 8/11/2002.



Tais valores logo se mostrariam insuficientes, no começo do Séc. XX, para regular nosso incipiente mercado e nossas relações jurídicas privadas, obrigando a uma intervenção crescente do legislador. A intervenção se faria imprescindível já nos anos 30, em vista da necessidade de reequilíbrio das relações privadas, que se mostrava urgente ao aperfeiçoamento do próprio capitalismo, uma vez que as diferenças sociais já se agravam no Brasil. Nessa época surgiram a Lei da Usura, as primeiras leis locatícias, em particular o decreto relativo à renovação compulsória, e assim por diante.

O longo processo de intervenção legislativa, durante todo o séc. XX, que ensejou o chamado dirigismo contratual, foi intensamente auxiliado pela Magistratura, delineando-se cenário de afirmação de direitos sociais paulatinamente consagrados, processo histórico que tem o seu estuário na Constituição de 5 de outubro de 1988.

Com a Constituição de 5 de outubro, verifica-se, por um lado, a perda de importância do Código Civil e, por outro, a necessidade de se conviver com uma pluralidade de fontes normativas – as leis especiais, os chamados grandes estatutos. Os maiores exemplos destes estatutos são o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulam inteiros setores do ordenamento, não somente em matéria de direito substantivo, mas também de direito adjetivo, além de criarem tipos penais, regras de interpretação, dispendo sobre questões de direito administrativo etc.

Esse conjunto de fontes normativas ainda é acrescido pelas normas consagradas em tratados internacionais, cujos princípios podem até ser incorporados no rol dos princípios fundamentais, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição da República.

Tal conjunto de fontes normativas há de ser, de alguma maneira, harmonizado pelo intérprete, exigindo-se um esforço redobrado da magistratura, sobretudo diante da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Não é mais possível imaginar que o Novo Código Civil irá

restaurar aquela unidade orgânica das codificações do Séc. XIX, com perfil de verdadeira *Constituição do Direito Privado*. A complexidade da vida contemporânea afasta esta pretensão e descarta a velha dicotomia do direito público e do direito privado, ramos cada vez mais sobrepostos, diante das atuais demandas problemas da sociedade.

Essa visão oitocentista do Código Civil como Constituição do Direito Privado deixa de ser verdadeira no momento em que se tem uma pluralidade de fontes normativas e o surgimento de novos institutos e interesses insuscetíveis de enquadramento no Direito Público ou no Direito Privado. Especialmente quando a Constituição da República, reunificando todos esses subsistemas legislativos, elege a pessoa humana, a sua dignidade, como o valor central de todo o ordenamento, permeando as relações jurídicas de direito público e de direito privado.

Significa dizer que os princípios informadores do sistema hão de ser os fixados pela Constituição. E, à medida que a Constituição instrumentaliza as situações jurídicas patrimoniais (empresa, propriedade) aos valores existenciais (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial), a busca do significado funcional do institutos de direito civil há de nortear a atividade do intérprete mais do que a discussão casuística de um ou outro problema suscitado pelo Novo Código.

Examinem-se tais princípios fundantes no nosso sistema jurídico. Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inc. III. O segundo é o valor social da livre iniciativa e do trabalho, funcionalizando a autonomia privada e, portanto, também a transferência de bens móveis e imóveis aos valores sociais daí decorrentes. Quanto à solidariedade social, esta justifica a vulnerabilidade tutelada pelo Código do Consumidor, a pluralidade da concepção familiar, a capacidade contributiva norteadora do Direito Tributário etc. Finalmente, o princípio da igualdade

de substancial, de que trata o art. 3º, III, e que, ao lado do art. 5º, segundo o qual todos são iguais perante a lei, estipula o dever de diminuição das desigualdades sociais e regionais.

Até bem pouco tempo, tais princípios eram considerados vinculantes apenas para o legislador, já que o Código Civil era a Constituição do Direito Privado. Os princípios constitucionais eram considerados, no máximo, como princípios gerais de Direito, aplicados como norma de integração no âmbito do direito civil. Há quem ainda pense assim.

Entretanto, enquanto os princípios constitucionais encontram-se no vértice da hierarquia legal, verdadeiras pontes normativas entre os valores, como grandes opções do ordenamento, e as regras jurídicas, os princípios gerais de direito, ao contrário, nada mais são do que mecanismos de integração subsidiários do Juiz, aos quais, segundo a Lei de Introdução do Código Civil, só se recorre na inexistência de analogia possível ou de costume reconhecido. Daí a imprescindibilidade de se separarem os dois conceitos.

Tais premissas devem servir de balizas para o exame de todos os livros do Código Civil, sendo-nos dado agora enfrentar as principais inovações no campo do direito das coisas.

## **2. Os Direitos Reais no Novo Código Civil. Principais Inovações**

O Livro dedicado ao Direito das Coisas foi redigido pelo meu grande e querido mestre, Prof. Ebert Chamoun. É um jurista de grande cultura e rigor técnico, qualidades que transparecem em relação à posse a diversas soluções aventadas no âmbito dos direitos reais.

Destaco dois aperfeiçoamentos técnicos, quanto à posse. Em primeiro lugar, no que toca à sua própria concepção. Passando ao largo da discussão secular acerca de sua natureza jurídica, na busca de sua definição como *fato* ou como *direito*, a posse é definida como um *exercício de fato*. Independentemente, pois, de título, o simples exercício de uma

das faculdades inerentes ao domínio já se constitui em posse, um direito autônomo, com ações próprias, independente em relação à propriedade.

Ihering concebeu a proteção da posse a partir da propriedade. A posse era considerada uma espécie de vanguarda avançada da propriedade, que tinha tanta importância ideológica para o sistema que o seu mero exercício, por si só, já recebia tratamento autônomo, a fim de se proteger a simples aparência de proprietário.

Essa visualização do domínio, contudo, no âmbito e a partir da evolução legislativa e jurisprudencial, torna-se uma proteção autônoma; a vanguarda avançada da propriedade mostra-se assim reconhecida independentemente da presença do título dominical, até mesmo sem o domínio, ou, em alguns casos, contra o domínio. Essa vanguarda avançada, escapando dos limites entrevistos pela construção de Ihering, passa a ter bases axiológicas constitucionais. Os valores sociais da moradia, do trabalho, da dignidade da pessoa humana fazem com que a estrutura normativa de defesa do exercício da propriedade seja assegurada independentemente do domínio. A justificativa da posse encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar.

Essa concepção da posse se manifesta no Código Civil e deve ser construída pelo intérprete à luz da Constituição. No Código de 1916, a aquisição e a perda da posse, ou seja, os antigos arts. 493 e 520, eram reguladas por preceitos infelizes. Dizia o primeiro: “Adquire-se a posse pela apreensão da coisa ou pelo exercício do direito”. Ao que objetava o Prof. Chamoun: “Nada mais impreciso, porque a rigor basta o exercício do direito para se verificar a posse”. Segundo inciso: “Pelo fato de se dispor da coisa ou do direito”. Replicava o Prof. Chamoun: “Quando disponho de alguma coisa, eu

me despeço dela, eu deixo de ser possuidor, não adquiro”. Terceiro inciso: “Por qualquer dos modos de aquisição em geral”; rematava o Prof. Chamoun: “Qual a razão dos incisos I e II, se em seguida o inciso III faz referência a qualquer dos modos de aquisição em geral?”.

Não era realmente feliz esse dispositivo. O Novo Código Civil é bem mais preciso. Determina o 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”. Trata-se de uma situação fática, mas que se separa da propriedade e que tem sua autonomia reconhecida pelo ordenamento.

Quanto à perda da posse, no atual art. 1.223, temos a mesma revisão conceitual. Afirma o preceito: “Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem ao qual se refere”. Vê-se que posse, no Novo Código, está posta como mero exercício de fato de alguma das faculdades inerentes ao domínio, independentemente do domínio, sem o domínio e mesmo contra o domínio.

O segundo aspecto - agora não conceitual, mas prático -, atinente à funcionalização da posse aos valores constitucionais, dá-se, em particular, no que tange à forma de aquisição da usucapião. Aqui, o Código absorveu as duas modalidades que já conhecíamos do Código Civil, diminuindo os prazos de 20 e 10 anos para 15 e 10 anos, respectivamente, dependendo da presença do justo título. O Código Civil também absorveu as duas modalidades constitucionais dos arts. 183 e 186, ou seja, 5 anos para a usucapião no caso de imóvel rural de até 50 hectares, e, no caso de imóvel urbano, de até 250 m<sup>2</sup>, o que reflete a preocupação com a moradia.

Quanto ao usucapião urbano, aqui no Rio de Janeiro há tendência de se aplicar esse instituto também a apartamentos, e não só a terrenos, quando se tratar de comunidades pobres, rompendo-se com a interpretação estritamente literal. Instrumentaliza-se o instituto à

moradia, ao trabalho, independentemente da estrutura física do imóvel. Ao lado disso, temos a proteção na usucapião de 5 anos, que foi uma novidade, para a hipótese de problemas registrais. Essa nova modalidade resolve problemas gravíssimos. É o caso do Rio de Janeiro, onde, em torno da Barra da Tijuca, do Recreio dos Bandeirantes, moram dois milhões de pessoas numa cidade *sub judice*, devido a problemas registrais que vêm desde as Capitânias Hereditárias. O parágrafo único do art. 1.242 pretende resolver esses problemas em muitas cidades ao rezar: “Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante de cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”. É uma maneira de colocar-se um ponto-final, no prazo de cinco anos, à insegurança quanto à propriedade do bem imóvel adquirido por alguém que confiou no registro imobiliário.

Com relação à função social da posse, não é preciso que ela esteja prevista na Constituição, expressamente como está a da propriedade, para que seja exigível. No caso da posse, sendo um exercício de fato, já existe, *de per se*, a sua justificativa de acordo com a sua finalidade. A função social da posse, segundo recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, prevalece em face da propriedade, mesmo quando a propriedade tiver sua finalidade econômica atendida, mas não atenda corretamente a sua função social. Então é uma proteção autônoma que se dá à posse. O Código aperfeiçoou isso do ponto de vista técnico e há de ser interpretado à luz da Constituição.

No que tange à propriedade, o art. 1.228 absorve, no §1º, ao lado do *caput*, que trata dos poderes do proprietário, sua função social. Até pouco tempo atrás, os juristas entendiam que função social da propriedade era uma questão filosófica, política ou teológica – Santo Tomás

considerava que a terra, no fundo, era uma propriedade coletiva e que, portanto, estávamos aqui só por empréstimo. Mas, o fato de a função social da propriedade ter-se inserido na Constituição da República e, em particular, agora, no Código Civil, reclama uma definição objetiva de seu conteúdo jurídico

Como se sabe, a estrutura do direito de propriedade, prevista no Código Civil anterior e repetida no atual, é formada por um aspecto econômico e por um aspecto jurídico. O aspecto econômico é a senhoria: faculdade de usar, fruir e dispor; e é econômico porque manifesta a possibilidade de utilização econômica do bem. Já o aspecto jurídico propriamente dito é a possibilidade de utilizar-se das vias judiciais para repelir a ingerência alheia, para reaver a propriedade com a ação reivindicatória e protegê-la por meio das ações postas à disposição do proprietário.

Ao lado deste aspecto estrutural do domínio (que indica a estrutura de poderes do proprietário), é de se considerar o aspecto funcional, considerando-se a função social como elemento interno, e não como mera restrição externamente imposta pelo Estado.

Como elemento interno do domínio, a função social é responsável pelo controle de legitimidade funcional do direito de propriedade, impondo ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não-proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical.

A propriedade privada, pois, como direito subjetivo, tem o aspecto estrutural e o funcional. Se a propriedade, por exemplo, não preserva o meio ambiente, o direito de propriedade começa a perder a sua legitimidade funcional porque, segundo o art. 186 da Constituição, a função social só é atendida quando – e agora o Código Civil o prevê expressamente – se respeita o meio ambiente.

A função social da propriedade confere, portanto, ao titular da propriedade, um duplo dever: o de deixar de praticar o ilícito, como colocar fogo numa floresta, e o de promover o meio ambiente, sob

pena de perder a legitimidade constitucional. O Judiciário não poderia admitir a tutela de um direito de propriedade que despreza a sua função social.

Veja-se, no Código Civil, o §1º do art. 1.228: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados,” – aqui está o conteúdo objetivo – “de conformidade como estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Tais interesses, expressamente indicados pelo codificador, devem ser preservados pelo titular do domínio para que o seu direito subjetivo seja assegurado.

O § 2º do mesmo art. 1.228 foi menos feliz: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Os atos emulativos, úteis no passado para se construir a doutrina do abuso do direito, tornam-se totalmente desnecessários no sistema atual, sendo a função social um elemento interno do domínio, um pressuposto de legitimidade. Muito antes do ato emulativo, a propriedade tem de se submeter a um controle social da utilização positiva na promoção dos valores sociais e constitucionais.

Com relação à propriedade, há ainda uma inovação muito importante, prevista no § 4º do art. 1.228: “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”.

É o problema dos núcleos irregulares. Se for dada uma interpretação literal ao dispositivo, será difícil caracterizar a boa-fé subjetiva, ou seja, o desconhecimento do vício possessório, nas situações ali descritas. A interpretação há

de ser, aqui, evolutiva, expandindo-se a noção de boa-fé e ampliando-se a legitimidade dos títulos para este efeito.

Em seguida, o § 5º diz: “No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário”. Isso pode também nunca ser aplicado, e vai-se passar a vida discutindo quem paga. Se for o Estado, seria uma forma de desapropriação, sendo necessária a previsão orçamentária e regulamentação própria do direito administrativo. Se forem os próprios possuidores, seria uma espécie de usucapião oneroso, uma modalidade nova. E como definir o justo valor para uma propriedade que se desvaloriza justamente pela forma de ocupação irregular? Tais aspectos hão de ser ainda debatidos e amadurecidos.

Uma curiosidade digna de nota diz respeito ao art. 1.233, em tema de invenção. Invenção vem de *in venire*: achar, encontrar; então, na verdade, não é um modo de aquisição da propriedade. Pois bem, o novo codificador, preocupado com esta acepção não vulgar de invenção, cuidando-se de noção técnica, substituiu-a por descoberta. A emenda ficou pior do que o soneto, porque invenção existe em todos os Códigos da família romano-germânica, é noção vinda do latim *inventare*, é um termo técnico. Já descoberta nem sempre é sinônimo de inventar. Ocorreu um desrespeito à tradição cultural do vernáculo das línguas neolatinas, a meu ver.

Há também duas novidades que resolveram problemas do direito de vizinhança: uma no que tange à construção em terreno alheio e outra no que concerne à servidão de janela.

Na construção de terreno alheio, havia dúvidas na solução do problema do proprietário que, invadindo uma nesga do terreno vizinho, construía um prédio de grandes proporções. Era um problema grave porque, teoricamente, pela acessão, a construção iria aderir ao proprietário do imóvel vizinho, que era um terreno baldio, por exemplo. E não seria razoável mandar demolir um prédio de 50 andares.

Agora o legislador regulou no art. 1.258, como já alguns Juizes vinham fazendo. Quanto à construção em terreno alheio, *se com boa-fé* e não superior a 1/20 do terreno, adquire a propriedade aquele que construiu, se o valor da construção exceder ao do terreno indenizado evidentemente, pagando o valor do terreno mais o da desvalorização do imóvel. Se o valor não exceder ao do terreno não adquire, mas isso normalmente não ocorre. Se superior a invasão a 1/20, adquire com o pagamento de indenização, que leve em conta também a valorização do terreno, o valor da faixa de imóvel perdida e a desvalorização do imóvel.

E se a invasão e construção se deu com má-fé? Mesmo com má-fé, é dramática a situação, porque a má-fé se torna menos importante se existem, por exemplo, duas mil pessoas morando no imóvel. Em homenagem à função econômica da apropriação dos bens, se a invasão exceder a 1/20 do imóvel, seria necessária a demolição, com perdas e danos. Mas, normalmente, é de menos de 1/20 a invasão, e, neste caso, mesmo tendo agido com má-fé, vai-se adquirir a propriedade, com uma indenização que é do décuplo da avaliação que foi feita para a construção, indenização que seria cabal. Assim os arts. 1.258 e 1.259 disciplinam esse tormentoso problema.

Um outro problema grave era o da janela construída a menos de metro e meio do vizinho. Agora, pelo novo Código, art. 1.301, § 1º, a referência é a distância de 75 cm. Não se pode abrir janelas tão próximas, evitando-se a bisbilhotice alheia.

Antigamente, se alguém estivesse construindo uma janela a menos de um metro da linha limítrofe, 75 cm a partir do Novo Código, o vizinho poderia propor ação de nunciação de obra nova. Concluída a obra, facultava-lhe ingressar com ação demolitória no prazo de ano e dia. Expirado o prazo da demolitória, o que fazer? Alguns, inclusive o Prof. Chammoun, entendiam que se criava uma servidão de janela, devendo-se respeitar a distância legal em relação à jane-

la aberta e cujo fechamento não fora pedido a tempo pelo vizinho. O ponto de vista era minoritário, contudo. Tal solução foi finalmente consagrada pelo Novo Código.

Temos, agora, art. 1.301, § 1º, segundo o qual não se pode abrir janelas a menos de 75 cm do limite do terreno vizinho; mas, caso isso ocorra e não tenha sido proposta ação de nunciação ou ação demolitória, o vizinho prejudicado não pode pura e simplesmente vedar a janela ali aberta, levantando um contra-muro. Embora prejudicado, terá que respeitar os 75 cm para nova construção. Ou seja, criou-se, agora, a servidão de janela pela inoperância do vizinho no exercício da ação demolitória.

No que tange aos direitos de vizinhança em geral, o Código absorveu a construção jurisprudencial com seus arts. 1.278 e 1.279, adotando precisamente os critérios que, desenvolvidos pela doutrina, especialmente por San Tiago Dantas, foram absorvidos ao longo do tempo pela jurisprudência brasileira, tal qual agora aparecem disciplinados.

Hoje, o mundo assiste a uma recodificação, não como a nossa, mas uma recodificação por meio de cláusulas gerais, como são os Códigos de Québec, da Louisiana, da Holanda, e o nosso Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente. Ou seja, na impossibilidade de regular todas as questões, as cláusulas gerais oferecem aos Juízes valores, descritos analiticamente pelo próprio legislador, por meio de normas especificamente concebidas para este fim.

No caso do Novo Código, a ausência de uma definição clara, analítica, descritiva, do significado das cláusulas gerais provoca insegurança quanto à excessiva discricionariedade que tais normas, de baixa concretude, poderiam oferecer aos magistrados. À míngua de uma solução técnica do próprio codificador, o intérprete deve buscar na Constituição da República tais parâmetros ou critérios axiológicos, evitando subjetividade e vacilações na aplicação dos novos dispo-

sitivos, especialmente quando se tratar de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais.

E para os que julgam a magistratura não suficientemente preparada para tal desafio, basta lembrar, em termos de direitos de vizinhança, a velhíssima cláusula geral do art. 554, do Código de 1916, com base na qual a jurisprudência criou, com bases seguras, toda a dogmática relacionada à matéria.

A Magistratura desenvolveu com perfeição aqueles critérios que todos conhecem; definiu-se o uso normal da propriedade e o grau de tolerância admissível, levando-se em conta a região e a destinação. Não havendo interesse público, o Juiz manda cessar a atividade ilícita, a imissão indevida, considerando-a intolerável; havendo interesse público, ao revés, em zonas industriais, por exemplo, mantêm-se as imissões, mas indeniza-se o vizinho prejudicado. E, enfim, em muitas hipóteses, a Magistratura tem resolvido o conflito impondo medidas de segurança ou de proteção, em favor dos vizinhos. Evita-se a solução mais drástica que seria a indenização cabal ou a peremptória cessação da atividade. E tal solução foi também prevista nos arts. 1.278 e 1.279.

Tal construção hermenêutica, repita-se ainda uma vez, demonstra que nossa Magistratura sabe perfeitamente como dar densidade normativa à cláusula geral, aplicando-a com equilíbrio, e buscando na solução interpretativa um certo consenso social.

Com relação, finalmente, ao condomínio, há alguns problemas. Penso que a Lei de Condomínio de 1964 merece todas as homenagens. Temos, no Brasil, estruturas monumentais de condomínio, empreendimentos que abrigam, em seu bojo, a um só tempo, *shopping centers*, *apart-hotéis*, hotéis em sistema de *time-sharing*, prédios residenciais, prédios comerciais, tudo a partir da convenção entre os condôminos, expressão da autonomia privada. Isso demonstra o amadurecimento dos advogados, que criaram essas operações imobiliárias, e da

Magistratura, que soube absorver essa realidade.

Mas, a nova lei trouxe alguns problemas. Alguns deles pontuais, como, por exemplo, o art. 1.334, que, ao fixar o que deve constar na convenção, não faz previsão de fundo de reserva. Essa é uma questão, que, na prática, dá muita briga, porque, se não há previsão, o sujeito não quer gastar dinheiro e é contra o fundo de reserva. Só que o fundo de reserva, às vezes, é essencial para a manutenção do patrimônio econômico e social dos condôminos. Nos novos condomínios, se não houver previsão de fundo de reserva, parece-me que a assembléia tenha competência para deliberar, constituindo-o. Evidentemente, não se pode aceitar fundo de reserva abusivo. Este deve ser compatível com o patrimônio imobiliário. A admissão de sua constituição pela Assembléia evitará a deterioração de grande parte do acervo imobiliário.

A outra questão diz respeito ao art. 1.335, segundo o qual só pode votar na assembléia - e votar é manifestação da faculdade inerente ao domínio, porque é forma de utilização do imóvel - quem estiver em dia com o condomínio. Poder-se-ia discutir a constitucionalidade do dispositivo. Aquele condômino inadimplente, mal ou bem, tem o direito de propriedade. A proibição de votar, pura e simplesmente, por não estar em dia com o condomínio, é muito drástica em termos da expressão da propriedade, até porque o inadimplente pode ter tido motivos razoáveis, como estar em discussão com a administradora. Creio que o dispositivo útil e constitucional se lhe for dada uma interpretação razoável, assegurando-se o direito a ampla defesa e sempre que a proibição atingir as deliberações concernentes à manutenção do imóvel e às benfeitorias. Parece-me de constitucionalidade duvidosa a vedação do direito de deliberar quanto à alienação de parte comum ou à extinção do condomínio.

Para concluir, dois aspectos a serem destacados muito rapidamente. Em primeiro lugar, o direito real do promi-

tente comprador. O art. 1.417 vem a consagrá-lo. Mais importante do que a regulamentação de um novo direito real, a rigor já previsto em lei especial, parece-me a tendência, no Direito Obrigacional, de execução específica das obrigações. Sempre aprendemos, desde o Direito Romano, que o normal, no Direito Civil, era a indenização para o caso de inadimplimento das obrigações. Só excepcionalmente haveria execução específica. O art. 1.088 do Código Civil de 1916 - segundo o qual, quando um contrato exige forma especial e a promessa não se revestir da mesma forma, a recusa à sua celebração ensejaria perdas e danos - não foi mantido pelo novo Código.

Ou seja, ao lado do direito real do promitente comprador, que lhe garante a oponibilidade da promessa de compra e venda *erga omnes*, ressalta-se a tendência jurisprudencial e legislativa a se autorizar a execução específica e, em particular, a adjudicação compulsória sempre que possível, para se dar maior efetividade aos contratos preliminares em geral, mesmo em se tratando de documento particular.

Por fim, o direito de superfície. Ele era uma exigência já de há muito tempo como forma de reorganização urbana e de utilização melhor do patrimônio imobiliário, possibilitando a separação do solo e de suas diversas possíveis superfícies, tantas quantas forem as formas possíveis e autônomas de aproveitamento econômico (cogita-se de superfície de espaço aéreo, e dos diversos planos de uma construção). Em algumas comunidades carentes, tal separação entre o solo e a superfície já se pratica há muitos anos, na figura do direito de laje: constrói-se no plano inferior, vende-se o direito de laje para outro construir, tudo isso de maneira espontânea.

O problema jurídico para os senhores magistrados aqui presentes é que o Estatuto da Cidade acaba de ser aprovado, com outra disciplina para o direito de superfície. Surge, pois, a dúvida quanto à convivência dos dois diplomas. A interpretação que parece estar prevalecen-

do entre os especialistas - em particular, é o que pensa o Prof. Ricardo César Pereira Lira, que é um especialista no assunto - é no sentido de que estarão em vigor as duas normativas. O direito de superfície inserido no Plano Diretor ou no projeto urbanístico, capitaneado pela Prefeitura, avocará a disciplina do Estatuto da Cidade. E o direito de superfície feito por um particular atrairia a disciplina dos arts. 1.369 e seguintes do Código Civil. Na prática, parece-me que a disciplina do Estatuto da Cidade, por ser mais abrangente e flexível, acabará por absorver toda a matéria.

Eis aí apenas algumas considerações que me parecem interessantes para o início dos debates, chamando a atenção para o fato de que o Novo Código não é uma obra acabada. Não sou pessimista e, embora com o espírito crítico, penso que o Novo Código será o Código que formos capazes de criar interpretativamente. Cabe, portanto, a nós, aos profissionais do Direito, em particular aos magistrados, aos jovens estudantes, que terão de reescrever o Direito Civil, criar um Direito vivo e, assim, um Código Civil vivo também em matéria de direitos reais. 📄



# Do Direito do Promitente Comprador

**JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JUNIOR**

*Desembargador aposentado do TJ/SP. Professor de Direito Civil da PUC/SP*

O tema que me foi dado abordar é o compromisso de compra e venda, o direito do promitente comprador, que aparece no Código com essa denominação, integrando os direitos reais. A rigor, esse direito real já estava em nossa legislação, como um direito real autêntico, mas estava fora do Código. Agora, aparece em dois artigos, - 1.417 e 1.418, - como direito real do promitente comprador.

Na parte de contratos, não aparece nada. Então, fica-se em dúvida e dificuldades e vou adiantando já o rumo da minha exposição, que é mais de ordem crítica ao Código nesse ponto. Falo isso com muita tranquilidade porque tenho elogiado muito o novo Código Civil, principalmente quando notamos ali a consagração de princípios tão relevantes, como os que prestigiam a boa-fé, a equidade e o poder que está sendo dado ao juiz.

Parece-me que estamos ingressando em um novo e rico período do estudo e da prática do Direito Civil, como se vê aqui pelo interesse de um público seletivo como este.

Mas, nesse tema, que é objeto de nosso estudo de hoje, lamentavelmente não posso dizer que está tudo bem. Por quê?

Primeiro porque o Código foi avaro nesse ponto, é muito pouco o que está presente no Código, apenas dois artigos sobre o direito do promitente comprador.

É um dos contratos mais polêmicos, que mais gera controvérsias. Vocês vejam aí qualquer compêndio de jurisprudência e vão notar que o verbete compromisso de compra e venda é mais extenso do que o da própria compra e venda.

Vocês sabem que é um contrato popularíssimo. É rara uma negociação imobiliária que não tenha começado por um compromisso. Ninguém vai diretamente ao Cartório assinar uma escritura. É algo muito vivo, ainda mais quando se lembra da grande quantidade de loteamentos, nem sempre conduzidos de forma regular do ponto de vista jurídico e urbanístico. Nesses casos, a segurança de quem adquiriu o imóvel, - que muitas vezes é o único de sua vida - está apoiada nesse contrato simples, pequeno, informal.

Era de se esperar, então, um tratamento jurídico mais abrangente, mais sólido, porque o interesse social, no caso, é muito amplo, muito intenso.

Mas o Código não foi feliz.

Manteve os pontos fundamentais que foram trazidos pelo Decreto-lei nº 58/37, incorporados na Lei 6.766/79, e na legislação posterior.

Esses pontos fundamentais são: o direito real; o direito à adjudicação compulsória, e conseqüente proibição de arrendimento; e a facilidade de forma para o contrato. Mas um desses pontos - o direito à adjudicação compulsória - ficou muito limitado pelo novo Código, que impôs o registro do contrato como requisito para o exercício daquele direito.

Para o surgimento do direito real, é evidente a necessidade do registro, não podia ser de outra forma. Mas, para o exercício do direito à adjudicação compulsória, na verdade não é, como adiante se verá.

Mas, por que será que o Código foi tão acanhado no tratamento do caso?

Explica-se: Na Parte Geral dos Contratos, o Código inovou e dedicou toda

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 8/11/2002

uma seção - a VIII - ao contrato preliminar, matéria inteiramente ausente do código anterior. É bom lembrar que isso não quer dizer que não existisse o contrato preliminar no sistema anterior, não só por causa da legislação especial, mas porque o contrato preliminar não era proibido, e, sendo assim, era permitido, como é regra do direito privado. E realmente utilizava-se muito o contrato preliminar, mesmo na sua figura anterior ao Decreto-lei nº 58. Só que no contrato preliminar do sistema anterior, estava ele submetido ao disposto no artigo 1.088 e que dizia o seguinte: “Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097”. Foi essa consagração do direito de arrependimento que causava um dano terrível aos adquirentes por contrato preliminar. Daí o surgimento da legislação paralela sobre o compromisso.

Então o Código novo tem essa modernidade, no sentido de haver tratado do contrato preliminar de uma forma genérica.

O contrato preliminar ganhou uma dimensão imensa no Século XX, em todos os países. Em grande parte pelas dificuldades burocráticas que surgiram, com a complexidade da vida econômica e jurídica, havendo inúmeras dificuldades para se fazer o contrato definitivo. A criatividade dos advogados e dos empresários fez surgir e difundir enormemente o contrato preliminar. Se é impossível, praticamente, celebrar o contrato definitivo, celebra-se o preliminar, e o negócio está realizado.

No Brasil, o contrato preliminar vicejou enormemente, pois houve épocas em que a carga tributária nas transações imobiliárias definitivas era ainda maior que a de hoje.

O Código novo trata do contrato preliminar genericamente, como já foi dito, permitindo, em princípio, que qualquer contrato possa ser precedido de um pre-

liminar, desde que a natureza da obrigação não o impeça e desde que estejam presentes os requisitos do definitivo, com exceção da forma. O que se compreende porque, se fosse exigida a mesma forma, o contrato preliminar não teria razão de existir.

A falha, a meu ver, foi impor, como regra, a obrigatoriedade do registro de todo contrato preliminar – art. 463, § único.

Vejam que pode existir contrato preliminar de quase todo tipo, como de locação, de prestação de fiança, de aval, de partilha, e não só de compra e venda. Para que registrar tudo isso? Essa crítica é feita respeitosamente ao Código porque parece que às vezes ele foi tomado de uma certa volúpia registral.

O registro é necessário para fazer valer o contrato perante terceiros, mas para valer entre as partes; entre os contratantes, não há necessidade do registro e a exigência deste só vai servir para enfraquecer o contrato porque o contratante que quiser sair do vínculo vai buscar mais essa desculpa para não cumprir suas obrigações. O brasileiro é meio displicente, tem pouca disponibilidade financeira, o sistema de registro é rigoroso e dispendioso. A maior parte dos contratos não é levada a registro.

Em suma, o abordagem do código ao contrato preliminar em geral e ao direito real do promitente comprador é muito insatisfatório e está longe de contribuir para a solução de dificuldades novas, que não param de surgir em torno do tema.

Convém lembrar que a exigência do registro para o exercício do direito à adjudicação compulsória, constitui tema que já foi debatido *ad nauseam* no Direito Brasileiro.

Os tribunais estaduais concluíram, com jurisprudência firme, no sentido de se dispensar o registro para a obtenção da escritura. Sob qual fundamento?

O fundamento está na natureza dos dois tipos de direito subjetivo que estão presentes na hipótese: o direito real decorrente do registro, que opera

contra terceiros; e o direito pessoal, exigível contra o contratante.

O direito à adjudicação compulsória tem natureza pessoal, é um direito do promitente comprador contra o promitente vendedor. É só entre eles que se estabelece o vínculo; independentemente de estar registrado ou não o contrato, a obrigação de dar escritura deve ser cumprida, da forma como foi combinada. Nesse sentido, formou-se fortíssima corrente com apoio em grandes nomes, como Pontes de Miranda e Darci Bessone, corrente essa que se firmou nos tribunais estaduais.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, com apoio em interpretação literal de leis especiais, caminhou em um sentido oposto e exigia o registro, o que, evidentemente, estava enfraquecendo a corrente oposta, embora houvesse muitos Desembargadores e Juizes de Alçada que, em respeitosa rebeldia, dispensavam a exigência.

Aí, surge um fato importantíssimo na vida jurídica brasileira que foi a nova Constituição e a criação de um novo tribunal, que é o competente para julgar essa matéria. O que aconteceu? O Superior Tribunal de Justiça não aceitou a orientação do Supremo, a discussão voltou, predominando a tese oposta, a ponto de ser editada a Súmula nº 239, a saber: *“O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.”*

Agora, vem o Código novo e desconsidera tudo isso.

Independentemente de uma tese ser mais conveniente do que outra, - o que é sempre discutível - a verdade é que, com enorme sacrifício, a sociedade, os advogados, as partes, os juizes, sofreram muito até a questão ser pacificada. Nada justifica voltar-se ao clima de vinte anos atrás.

Percebe-se o que aconteceu. O Projeto é de 1974 e levou em conta, como não podia deixar de ser, a jurisprudência então dominante no STF. Ficou esquecido por quinze anos nas prateleiras do Con-

gresso e acabou sendo aprovado sem maiores discussões e atualizações, pelo menos nesse campo, pois não levou em conta a jurisprudência que se formou no STJ.

O que se pode prever é que o STJ, cioso de sua competência, dará uma interpretação larga ao texto do código e manterá a orientação sumulada.

O outro ponto em que me parece ter ocorrido grande omissão do Código foi o de perder a oportunidade para enfrentar tema também candente e de relevância para o comércio jurídico atual.

Refiro-me à manutenção da chamada escritura definitiva de compra e venda.

Hoje em dia, não se vê ninguém na doutrina defender a tese de que há necessidade concreta, objetiva, de se lavrar um segundo contrato, lavrar-se uma escritura pública, quando já houve um compromisso de compra e venda registrado e cumprido. O devedor pagou, o credor deu quitação, a posse foi dada há muito tempo e então é preciso formalizar a transmissão da propriedade. Tem-se entendido que, pela legislação tradicional genérica do Código Civil, seria necessário lavrar-se um segundo contrato. Será que isso é verdade? Será que realmente existe essa necessidade? O que é transmitido pelo promitente vendedor nessa ocasião? Será que ele conservou alguma coisa de útil, de válido, depois que o compromisso foi cumprido?

A realidade mostra que, no momento da celebração do compromisso, o promitente vendedor tem algo muito valioso e digno de proteção jurídica, que é a garantia do preço a receber, pois a venda se fez a prazo, o vendedor não sabe se a outra parte vai pagar, e ele quer usar a propriedade, o domínio, como garantia do seu crédito, como a dizer que não vende, que apenas promete vender, e que venderá na hora em que receber a totalidade do preço.

Aí está a estrutura real do compromisso. Acontece que o contrato tem que ser examinado no seu dinamismo, na sua vida, ele nasce, vive e morre. Então o contrato foi sendo cumprido: a dívida foi sendo paga, o crédito foi se esgotan-

do. Depois de tudo pago, o que sobrou para o promitente vendedor?

Vejam, que estamos diante de direito real de aquisição, alguém quer comprar, outro quer transmitir a propriedade de um imóvel. O que é a propriedade, qual é o conteúdo do direito de propriedade? Todos sabem que esse conteúdo consiste nos tradicionais poderes, o *jus utendi fruendi et abutendi*, o direito de usar, fruir e dispor. É isso que está no cerne do direito de propriedade e que é objeto da transmissão.

Esses poderes estão na titularidade do compromissário comprador ou na do promitente vendedor? Este – depois de recebido o preço – tem apenas o “domínio em tese”, não pode usar, não pode fruir e não pode dispor. Ele, de útil, não tem nada. A rigor, ele tem menos do que nada, ele tem algo negativo, no seu passivo, que é a obrigação de outorgar uma escritura. Tudo que representa valor econômico-jurídico está na esfera de poder do compromissário. Este, entretanto, permanece na dependência da formalidade, vazia de conteúdo, que é a lavratura desse segundo contrato, dessa chamada escritura definitiva.

O Decreto-lei nº 58, que criou o compromisso, gerou um sistema novo de transmissão de propriedade, paralelo ao Código Civil, só que ao invés de prosseguir no rumo inovador, voltou para o Código ao impor a necessidade da escritura. Mas, o natural seria dar seqüência àquilo que se iniciou: houve um compromisso, registrou-se o contrato, entregou-se o bem, deu-se a posse, pagou-se o preço, existe quitação. O normal é registrar o instrumento de quitação e averbar-se a quitação no registro já existente e tem-se como completada a transmissão da propriedade.

Isso já está muito entranhado na doutrina e, agora, até mesmo na legislação brasileira. Vejam que, a par de uma disposição da Lei de Loteamentos, a Lei 6.766, temos, agora, uma lei, que é a Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999, que trouxe importantes novidades. Esse diploma alterou alguma coisa das

leis de desapropriação e de registro de imóveis, para facilitar a implantação de conjuntos habitacionais. Mas acabou introduzindo um parágrafo 6º ao artigo 26 da Lei 6.766, de natureza genérica, dispondo: “*Os compromissos, as cessões, promessas de cessão uma vez registrados e acompanhados do instrumento de quitação, são títulos hábeis para a transferência da propriedade*”.

Então, isso tudo que acabei de dizer, já está hoje, amparado por lei, no campo do loteamento.

Agora vem o Código Civil, ignora esses avanços e mantém o sistema arcaico.

Essa me parece ser uma crítica fundamental, principalmente quando notamos, também, que o Código, em seu artigo 108 repete o artigo 134, § 2º que diz que para a transferência e aquisição de direitos reais sobre imóveis acima de determinado valor, há a necessidade do instrumento público. O Código pôs o limite de 30 salários mínimos, que está dando, atualmente, seis mil reais. O Código de 1916 falava em um conto de reis que era algo expressivo, algo que dava mais ou menos para a aquisição de um imóvel popular, o que era natural, para liberar as classes menos favorecidas dessas despesas. Por seis mil reais, tenho que a impressão que não se compra nenhum imóvel popular. A disposição idêntica do Código anterior sempre foi letra morta nesse país, ou vocês já viram por aí, a não ser no ambiente do Sistema Financeiro da Habitação, a escritura particular de venda e compra? Ninguém viu, aquela disposição nunca foi levada a sério.

Não fica bem a um Código novo conter uma disposição que parece ter nascido morta.

Por falar em valor que deve ser atualizado, lembro, respeitosamente, outro deslize do código nesse art. 108. Manda corrigir o valor pelo salário mínimo, o que é vedado pela Constituição Federal – art. 7º, inciso IV, vinculação do salário mínimo para qualquer finalidade, dispositivo esse que vem sendo prestigiado pelo STF.

O importante, parece-me, é ressaltar que o novo código, que em tantos pontos, tem recebido justificados elogios, podia e devia dispensar aquela escritura definitiva, ou pelo menos fazer com que esse escrito definitivo não precisasse ser por instrumento público no caso de um valor menos elevado.

Se o Código resolveu adotar o direito real do promitente comprador, seria bom que o fizesse de uma forma mais atual, e o respectivo contrato devia estar inserido na parte específica da compra e venda. Se o Código ainda mantém a retrovenda, sempre suspeita, a venda a contento, a preempção, institutos que positivamente não apresentam uma relevância social maior, não devia ignorar o compromisso de compra e venda, que gera tantos problemas, como, por exemplo, os relativos, ao arrependimento, à transferência, à outorga uxória, à purgação da mora, à perda de importâncias pagas etc. Então aqui, acho que o Cód

igo merece crítica. Mas, pensando bem, às vezes, me pergunto se não é melhor deixar como está, porque para regular como ele regulou a questão do registro, seria melhor deixar por conta da legislação especial e da jurisprudência.

Muita discussão vai continuar. O Des. Sidney Hartung, disse no início desta sessão, que não é a entrada em vigor de um Código que muda inteiramente o sistema jurídico de um país. As influências vão continuar, o ambiente jurídico é meio parecido com físico, às vezes. Colocar uma coisa muito diferente, pouco adequada, leva a um processo de rejeição jurídica, e os advogados, juízes e promotores, aqueles que trabalham com o direito levarão a modificações.

Acho que teria mais alguma coisa para falar, mas agora é a hora do Professor Fabio de Mattia. Estou à disposição para, no fim, tentar responder alguma questão que eventualmente seja levantada. ☐

# Direitos Reais: Da Aquisição da Propriedade Imóvel. Dos Direitos de Vizinhança

**FÁBIO MARIA DE MATTIA**

*Advogado. Professor titular de Direito Agrário/USP*

O nosso tema a ser abordado se divide em duas vertentes: a primeira delas é a respeito dos direitos de vizinhança e, em seguida, a respeito da aquisição da propriedade imobiliária. Mas, se houver tempo, seria interessante, ao invés de fazer acenos a pequenas modificações em artigos no novo Código Civil, nós, ao final, falássemos um pouco do artigo 1.277 do Novo Código Civil, que substitui o artigo 554, e que é a grande matriz dos estudos a respeito dos direitos de vizinhança, do conflito de vizinhança.

Então, vou me ater apenas a analisar os artigos onde realmente há uma contribuição – muitos deles são artigos novos e muito importantes. Então, começo com o capítulo V, seção I, que aborda “Do uso anormal da propriedade”. Quando se trata do uso anormal da propriedade, é neste campo que se criou literatura a respeito do que é o conflito de vizinhança e, entre nós, o Professor Francisco Clementino de San Tiago Dantas, com sua grande competência, escolheu como tema para sua monografia de concurso “O Conflito de Vizinhança e sua Composição” publicado em 1938 e republicado pela Editora Forense, em 1972. Esta tese para concurso para Professor Catedrático de Direito Civil, em 1938, pela sua qualidade, realmente, não era o modelo vigente.

Na época, concedia-se ao candidato um tempo para elaborar a tese – dois meses, três meses – e, na realidade, “O conflito de vizinhança e sua composição” é um trabalho, de altíssima qualidade. Quando se estava preparando uma nova edição, o Professor estava muito doente, e ainda assim lembrou-se: há um

professor francês - Paul Leyat - que publicou uma monografia que era uma tese de doutorado defendida um ano antes de o Professor San Tiago Dantas prestar concurso para professor catedrático, na então Universidade do Brasil em 1938 e este trabalho do autor francês é de 1937. O Professor San Tiago Dantas me recomendou procurar esse livro e, sem nenhuma anotação, forneceu o nome do autor e o título da obra **La responsabilité dans les rapports de voisinage**. O Professor Rubens Limongi França e eu fomos incumbidos de fazer notas de rodapé de atualização e, inclusive, conseguimos entregar as notas na versão definitiva, alguns dias antes do falecimento do ilustre advogado, professor e grande jurista.

E esta obra do Professor SAN TIAGO DANTAS é o que há de texto, realmente, extraordinário entre nós, sobre o direito de vizinhança.

Começaremos a análise dos direitos de vizinhança, exatamente com o capítulo onde estão as regras gerais e sobretudo sobre o uso adequado da propriedade. O artigo 1.277, do Código Civil 2003, é o substituto do artigo 554 do Código Civil de 1916. O artigo 1.277 dispõe: “O proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.”

Devemos, então, inclusive, fazer uma referência: quando se fala dos direitos de vizinhança, não estamos apenas no campo dos direitos reais, mas também no campo dos direitos obrigacionais, como veremos no decorrer da exposição.

Por outro lado, há também uma contribuição importante do Professor José de Oliveira Ascensão, que é autor

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 8/11/2002.

de duas monografias sobre os direitos reais, e numa delas cuida da *Teoria da Integração* e, nessa teoria, ele defende esse dualismo do direito obrigacional e do direito real juntos, quando se cuida, exatamente dos conflitos de vizinhança.

Então, comecemos com o artigo 1.277 que, na verdade, resulta do texto do artigo 554. Naquele artigo, nós temos alguns acréscimos que atualizaram o artigo anterior. O artigo 1.277 dispõe: “*O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.*” Os acréscimos são importantes, porque pelo artigo 554 tinha-se a idéia de que o direito de vizinhança concernia só ao proprietário e não ao possuidor.

Então, no artigo 1.277 se acresceu, ao lado da figura do proprietário, a figura do possuidor. Além do mais, acresceu também algo muito importante que praticamente faltava no artigo 554 quando diz: “*...tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais...*”; então, havia falta de uma indicação, de algo como “interferências prejudiciais”, que isto é que facilitaria até a construção jurisprudencial que, embora não havendo esta indicação, criou-se uma jurisprudência muito grande sobre o artigo 554.

Por outro lado, também, continuou a indicação à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam; porém, acrescentou-se algo que não parece importante mas o é: a indicação de “*...provocadas pela utilização de propriedade vizinha.*” Este é um aspecto importante porque, inclusive, o artigo 1.277 pode-se dizer que recebeu uma redação que talvez seja melhor que a do artigo 554.

Mas, o artigo 1.277 tem um parágrafo único que é novidade, e que é bastante importante, que dispõe o seguinte: “*Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.*”

Na verdade, este final, quando se refere a “*...limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança*” é, na verdade, o fundamento da regra que se aplica quando há um conflito de vizinhança. Então, este parágrafo único, não há dúvida de que ele é muito pertinente, e complementa a regra do artigo 1.277, dando mais parâmetros para se entender o que é o uso normal, o que não é uso anormal; este parágrafo único é uma novidade: proíbem-se as interferências considerando-se a localização do prédio, a natureza da utilização, a localização do prédio atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança. Na verdade, nós examinaremos várias regras, contudo, este artigo 1.277 é o centro da discussão sobre o conflito de vizinhança, sobre o uso normal da propriedade.

Dessa forma, uma pergunta que se poderá fazer: bem, mas está evidente a ligação do artigo 554 à obra de Von Ihering mas, na verdade, não havia necessidade de outros subsídios doutrinários, porque nesses anos todos a jurisprudência foi sinalizando o que deveria se entender por uso normal da propriedade e o que não é uso normal da propriedade. Isso é importante porque com relação ao conflito de vizinhança, há muitos estudos, muitas obras. E não só isso, existem muitas correntes doutrinárias. Por exemplo, na França, existem muitas correntes doutrinárias e com variedade de autores que abraçaram esta ou aquela doutrina.

Mas, na realidade, nós estamos muito bem, repetindo o artigo 1.277, nos mantermos fiéis à Teoria de Von Ihering, porque a doutrina dele é muito antiga, mas a jurisprudência vem atualizando, vem mostrando realmente, com modernidade, o que é que se pode admitir como conflitos de vizinhança. Então, este parágrafo único é, realmente, bastante importante, porque ele nos dá os limites, faz com que nós tenhamos uma noção do que sejam os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizi-

nhança – isto não está na lei, mas nós intuímos do artigo 1.277, o que deve-se entender como uso normal da propriedade e, em dificuldades, nós temos a jurisprudência que é muito rica a respeito desse artigo.

Em seguida, temos também um outro artigo novo, ainda no capítulo do uso anormal da propriedade: “*Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.*” Então, é um artigo novo.

Em seguida, é interessante anotar, que esta regra geral do artigo 1.277 não se aplica ao referido artigo 1.278; assim, repita-se, aqui nós estamos diante de um artigo inteiramente novo. Nós temos também o artigo 1.279, ainda no capítulo do uso anormal da propriedade, que dispõe: “*Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.*” É um típico artigo de influência de Von Ihering mas que, na verdade, não há problemas, porque nós vamos adaptando a noção de uso normal de acordo com a orientação jurisprudencial. E, na conceituação do Professor Francisco Clementino San Tiago Dantas, nós encontramos uma indicação dos grandes campos em que se desenvolvem os estudos dos direitos de vizinhança. Então, seria naquilo que nós poderíamos chamar uma parte geral dos direitos de vizinhança, que é esta parte toda construção doutrinária e jurisprudencial, em relação ao artigo 554, e em seguida, parte especial que é muito particularizada; porém, nós veremos que há novas regras comportantes.

Quando falamos na aplicação da Teoria do Uso Normal, nós estamos fazendo uma opção, e esta opção é considerada como válida entre nós, e o Professor San Tiago Dantas, referindo-se a esse critério do uso normal, apontava: os prejuízos sobre o vizinho por causa do uso *legítimo* da propriedade alheia não

podem ir além daquele ponto limite. Em outras palavras: as interferências prejudiciais do vizinho devem cessar lá onde elas ultrapassam a receptividade ordinária dos prédios *incomodados*. É uma regra, e a jurisprudência vai adaptando - a interpretação vai indicando qual é o verdadeiro conteúdo desta regra. E o Professor San Tiago Dantas indicava que o estudo do direito de vizinhança se encontrava em grandes campos em que se desenvolvem os estudos e que ele chamava de uma verdadeira parte geral dos direitos de vizinhança.

Então, o artigo 554, que agora é o 1.277, é flexível e, então, permite esse desenvolvimento da parte geral dos direitos de vizinhança. Há uma receptividade normal ou média, que pode ser o ponto limite da suportabilidade das interferências do vizinho no nosso prédio; não podemos pretender menos do que a média, ainda que nossa suscetibilidade seja maior, mas podemos ser obrigados a suportar mais do que a média, desde que fique concretamente provado que as interferências em causa não nos trazem prejuízo.

Sendo assim, o conjunto dos princípios que regem a solução dos conflitos de vizinhança, essas regras surgem da interpretação do artigo 554 do Código Civil. Estes princípios muitas vezes aparecem sob formas que o legislador previu, e para os quais fixou normas que se destinam à composição e à prevenção do conflito de vizinhança. Prosseguindo no Capítulo V, Seção I, “Do Uso Anormal da Propriedade”, temos ainda um outro artigo, mas eu não vou examiná-lo, porque ele nada mais é do que uma cópia do artigo 555 do Código Civil de 1916.

Ainda sobre o uso anormal da propriedade, há um artigo que tem alguns acréscimos – 1.281 – que permite que as regras do direito de vizinhança se apliquem tanto em caso de proprietário, como também de possuidor. Na verdade, o Código anterior só falava em proprietário, não se preocupava com a figura do possuidor que poderia estar envolvido em conflitos de vizinhança. Nesse arti-



go 1.281 do novo Código Civil acresceu-se o seguinte: “...exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual.” Trata-se de novidade importante.

De acordo com a ordem dos artigos, há o 1.282, mas não há nenhum comentário a fazer. Com relação ao artigo 1.283, também, há apenas algumas modificações de redação, não havendo nada de importante para indicarmos. O mesmo ocorre com o artigo 1.284. Com isto, a primeira parte que concerne ao uso anormal da propriedade foi abordada.

Agora analisemos, ainda dentro dos direitos de vizinhança, alguns institutos que foram melhor cuidados. Um deles, é “Da Passagem Forçada”, onde foram inseridos dois parágrafos e mesmo no *caput* do artigo há mudanças. Dispõe o “Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública...” – então, “não tiver acesso” é uma novidade; refere-se também, não só à via pública, mas acrescenta-se “...nascente ou porto...” – “...pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem...” – o que o artigo inclui é a indicação de uma obrigação de que se o vizinho não tem saída para uma rua, ele é obrigado a dar passagem e o rumo será judicialmente fixado.

Contudo, há um parágrafo primeiro importante: “Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem.” Então, entre a opção entre um vizinho ou outro, escolher-se-á aquele que sofreria menos danos proporcionando a passagem. Há o parágrafo 2º que é uma novidade: “Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso a via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem.”

Também há um parágrafo 3º que é novidade: “Aplica-se o disposto no parágrafo antecedente ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra.”

Agora, passemos ao capítulo que aborda o critério normal do uso da propriedade, e nos deteremos em outros

institutos. Um deles é uma total novidade: é a Seção IV que cuida “Da Passagem de Cabos e Tubulações”. Então, o artigo 1.286 dispõe: “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.”

Neste capítulo “Da Passagem de Cabos e Tubulações”, temos ainda o artigo 1.287 que dispõe: “Se as instalações oferecerem grave risco, será facultado ao proprietário do prédio onerado exigir a realização de obras de segurança.”

E com isto, examinemos o capítulo que cuida do chamado uso normal da propriedade, correspondendo às regras introdutórias.

## **Capítulo V – Das Águas**

O artigo 1.288, praticamente, é novo, e dispõe: “O dono...” – e já uma mudança: além do dono, também o possuidor está obrigado – “...ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior...” – e agora, a novidade: “...não podendo realizar obras que embarcem o seu fluxo; porém a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior.” É importante assinalarmos, que todo o capítulo “Das Águas” do Código Civil – artigos 563 a 568 – foi suprimido, porque nós temos o Código de Águas que cuida da matéria nos artigos 68 a 138.

Então, esse pequeno capítulo, com alguns artigos, foi excluído no Novo Código. O Projeto do Código Civil, então, prevê seção V, “Das Águas”, do artigo 1.288 ao 1.296, inserindo nele alguns artigos que são do Código de Águas. Há três artigos que são novos: 1.291, 1.292

e 1.294. Vamos examiná-los. Quanto ao artigo 1.289, o importante é só o parágrafo único, que é novidade: “*art. 1.289. Quando as águas, artificialmente levadas ao prédio superior, ou aí colhidas...*” – e aí há uma novidade – “*... correrem dele para o inferior, poderá o dono deste reclamar que se desviem, ou se lhe indenize o prejuízo que sofrer. Parágrafo único. Da indenização será deduzido o valor do benefício obtido.*”

Temos o artigo 1.290 que apenas acrescenta que “*O proprietário de nascente, ou do solo onde caem águas pluviais...*” – isto é novidade – “*...satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir...*” – mas há um acréscimo – “*...ou desviar o curso natural das águas...*” – e refere-se, que não havia indicação – “*...remanescentes pelos prédios inferiores*”. Ainda quanto a águas, há o artigo novo, 1.291: “*O possuidor do imóvel superior não poderá poluir águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores; as demais, que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que estes sofrerem, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas.*”

Ainda sobre águas porque, na verdade, tínhamos eventualmente regras parecidas no Código de Águas, e agora passou para o Código Civil. Então, artigo 1.292: “*O proprietário tem direito de construir barragens, açudes, ou outras obras para represamento de água em seu prédio; se as águas represadas invadirem prédio alheio, será o seu proprietário indenizado pelo dano sofrido, deduzido o valor do benefício obtido.*” Quer dizer: indeniza, porém, se recebeu um benefício assim mesmo, ele vai deduzir. Então, também é um artigo sem correspondência. O artigo 1.293 é uma novidade: “*É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas superfúas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos.*”

Depois temos, ainda, no parágrafo 1º do artigo 1.293 uma única mudança – mas muito importante: é uma referência a ressarcimento. Então, o parágrafo 1º do artigo 1.293 dispõe: “*Ao proprietário prejudicado, em tal caso, também assiste direito a ressarcimento pelos danos que de futuro lhe advenham da infiltração ou irrupção das águas, bem como da deterioração das obras destinadas a canalizá-las.*” Ou seja, a diferença é a respeito da indicação do direito a ressarcimento. O parágrafo 2º do artigo 1.293 também é novo: “*O proprietário prejudicado poderá exigir que seja subterrânea a canalização que atravessa áreas edificadas, pátios, hortas, jardins ou quintais.*”

E o parágrafo 3º cuida de aqueduto, e é novidade: “*O aqueduto será construído de maneira que cause o menor prejuízo aos proprietários dos imóveis vizinhos, e a expensas do seu dono, a quem incumbem também as despesas de conservação.*”

E há o artigo 1.294 que também é um artigo novo, que apenas faz uma remissão: “*Aplica-se ao direito de aqueduto o disposto nos arts. 1.286 e 1.287*” – trata-se da remissão à seção IV “Da Passagem de Cabos e Tubulações”.

Ainda sobre águas, há um artigo novo, 1.295: “*O aqueduto não impedirá que os proprietários cerquem os imóveis e construam sobre ele, sem prejuízo para a sua segurança e conservação; os proprietários dos imóveis poderão usar das águas do aqueduto para as primeiras necessidades da vida.*”

E o artigo 1.296, é um artigo novo: “*Havendo no aqueduto águas superfúas, outros poderão canalizá-las, para os fins previstos no artigo 1.293, mediante pagamento de indenização aos proprietários prejudicados e ao dono do aqueduto, de importância equivalente às despesas que então seriam necessárias para a condução das águas até o ponto de derivação. Parágrafo único. Têm preferência os proprietários dos imóveis atravessados pelo aqueduto.*”

Iniciemos a exposição da segunda parte sobre Aquisição da Propriedade.

Agora, abordando a aquisição da propriedade, vamos tratar, por exemplo, do usucapião. É importante assinalar que em relação ao usucapião *pro labore*, que

é regulado na legislação especial agrária, agora foi inserido no novo Código Civil. Sobre o USUCAPIÃO com relação ao artigo 1.238: *“Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade...”* –então, o que há de novo é a indicação do prazo de quinze anos, e há uma referência sobre a sentença, no final: *“...a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”*.

Há uma novidade no parágrafo único, que é a indicação de um prazo reduzido de quinze anos para dez anos: *“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.”* Então, reduz-se de quinze para dez anos o prazo deste tipo de usucapião.

Outra novidade é esta do usucapião *pro labore*, que só estava previsto na legislação agrária, e agora foi inserido no Código Civil. Trata-se do artigo 1.239, que dispõe: *“Aquele que, não sendo proprietário do 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 a sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”* É uma novidade que inseriram no Código Civil; este é um artigo importante.

Mas, também, temos regulado no Código Civil, o usucapião citadino, urbano: *“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.”* O parágrafo 1º dispõe o seguinte que parece adequado e justo: *“O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.”*

Então, o que há de importante é ressaltar quanto a título de domínio e concessão de uso – tanto adquirir o do-

mínio de um bem particular como de bem público, porque falar em concessão de uso, não é instituto de direito privado – *“...serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil...”* – Então, havendo comunhão de vida, nada impede que ambos possam obter a usucapião. Parágrafo 2º: *“O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.”* Artigo 1.241, também é novidade: *“Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.”* E tem o parágrafo único: *“A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”*.

No caput do artigo 1.242 não há nada de especial, apenas passaram a usar a palavra “propriedade”, mas o parágrafo único é importante, porque cria um usucapião com o prazo de cinco anos: *“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.”*

Com relação ao artigo 1.243, apenas há uma referência em relação a antecessores: *“O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.”*

Agora, passemos a um outro instituto que está regulado sob a terminologia “Da Aquisição pelo Registro do Título” – *“Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Parágrafo 1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.”*

E há um parágrafo 2º: *“Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente con-*

*tinua a ser havido como dono do imóvel.”*

Artigo 1.247: *“Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.”* Não havia artigo com correspondência.

Ha o parágrafo único: *“Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.”* Depois, na ordem viria a regulação da acessão; apenas, no artigo 1.248, ao lado de “plantações” se acresceu “construções”. Ao cuidar das ilhas: *“Artigo 1.249. As ilhas que se formarem em correntes comuns ou particulares pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiras, observadas as regras seguintes...”* – Aqui, não há muita novidade, são três itens mas não tem nada de muito especial.

Com relação ao aluvião, o artigo 1.250 acrescenta: *“Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais...”* – novidade – *“...ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização.”*

Quanto à avulsão, há novidades no artigo 1.251. A primeira parte é do Código antigo: *“Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado. Parágrafo único. Recusando-se ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá aquiescer a que se remova a parte acrescida.”*

Sobre álveo abandonado, tem só dois acréscimos e, agora, um capítulo interessante, com algumas regras diferentes, sobre construções e plantações. No artigo 1.253 – *“Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.”* A inserção “presume-se” é muito importante, pelos seus eventuais efeitos.

A seguir temos o artigo 1.254, em que não há mudanças, a não ser a indi-

cação “edifica em terreno próprio”: *“Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé.”*

No artigo 1.255, também há uma indicação da conduta de boa-fé: *“Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.”* Há um parágrafo novo: *“Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.”*

Há o artigo 1.256, em que há apenas uma referência a valor das acessões; o artigo anterior não se referia a acessões.

Depois, o artigo 1.258, que é um texto novo: *“Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente. E há um parágrafo único neste artigo novo: “Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção”.*

E, mais um artigo novo - 1.259 - também, que é quanto a exceder a um determinado percentual da construção: *“Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdi-*

*da e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.”* Isto quanto a esta parte da aquisição da propriedade.

## DEBATES

### **Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes**

Eminente Professor Fábio Maria de Mattia a quem me coube apenas suscitar algumas questões em torno dos direitos de vizinhança e cuja exposição, todavia, é informada pela sua sapiência, com que tem sempre tratado desse assunto, não só atualizando a obra do Professor San Tiago Dantas, mas também comentando textos e obras estrangeiras, das quais V. Exa. foi até tradutor, inclusive das Instituições de Ruggiero, em suma, Professor, V. Exa. abordou de uma forma abrangente, e que na verdade nos transmite toda uma visão do novo Código nesse tema. A questão se prende, basicamente, a um critério de orientação para os juízes, que a partir de janeiro próximo, terão que aplicar essa matéria inúmeros conflitos que surgirão não só no campo, mas também nas aglomerações urbanas. E se prende, sobretudo, a quais diretrizes, ou diretivas, deverão se apegar os juízes quando não houver uma previsão específica no dirimir esses conflitos de vizinhança. É sabido, e já se comentou aqui, que o Professor San Tiago Dantas quando escreveu a sua obra magnífica, o fez diante de um conflito entre a chamada vizinhança industrial e a vizinhança doméstica, em que ele não quis sacrificar a vizinhança industrial, a bem do desenvolvimento econômico, em função apenas da vizinhança doméstica. Hoje, V. Exa. mencionou aqui aquele parágrafo do novo artigo do código, que remete à legislação administrativa – em síntese, sobre zoneamento etc. – critérios para aferição do chamado uso normal – não mais uso nocivo – da propriedade. Eu indago a V. Exa., uma vez que esse artigo parece reiterar a preocupação que se tinha diante da vizinhança industrial pela vi-

zinhança doméstica, vale dizer, ou residencial, uma vez que esse artigo se remete, basicamente, a essa legislação, eu indago a V. Exa. se poderiam ser levados também em conta, para aferição do uso normal como critérios gerais pelos juízes, aqueles do uso do exercício do direito de propriedade previsto no artigo 1.228, vale dizer, os juízes hoje deveriam levar em consideração, não só pela matriz constitucional, mas também em função daqueles critérios, a preocupação com o ambiente, com a poluição, em síntese, com todos esses aspectos que cercam, hoje, o exercício do direito de propriedade. Em síntese, se poderia haver uma conjugação entre os parágrafos 1º e 2º do artigo 1.228, com este, sobre o uso anormal da propriedade, que concede ao juiz um elastério bem grande na apreciação e no dirimir desses conflitos?

### **Dr. Fábio Maria De Mattia**

Na realidade, justamente, deixa-se uma flexibilidade. Acredito que não há impedimento algum, até porque, nas mudanças do novo Código, se vê bem a preocupação, não só da vizinhança que talvez no Código revogado se destinava mais à moradia, mas também com relação a empresas, poluição, acredito que a teoria do uso normal será suficiente porque já há uma jurisprudência, mesmo com relação à vizinhança industrial. Acredito que não haverá problema. Na verdade, o artigo 1.277 permite que se construa a jurisprudência. Ele não é herético, estreito; na verdade, ele dá oportunidade de se alargar o entendimento, e tanto é verdade, que nunca se reclamou que o artigo 554 seria um empecilho ao uso normal da propriedade, por falta de sanção.

### **Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes**

Pois bem, Professor, só desdobrando essa indagação, uma vez que o 1.277 e seu parágrafo remetem à legislação administrativa de um modo geral, sobre zoneamento, como critério também, para se aferir a anormalidade ou não do uso,

essa remissão implicaria em que o vizinho pudesse invocar esses diplomas como fonte de direito subjetivo que fosse tutelável por via de mandado de segurança, contra aquele que esteja a causar-lhe um incômodo ou interferência?

**Dr. Fábio Maria De Mattia**

Existem normas administrativas dos municípios, mas, não havendo podemos aplicar a regra do artigo 1.277 do Código Civil que é flexível, sendo certo que foram sendo construídas novas regras ou precedentes judiciais, permitindo a defesa do vizinho que estava prejudicado, assim.

**Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes**

Professor, uma segunda indagação, já agora em matéria da aquisição do domínio, da propriedade imóvel, por via do registro de título. O artigo 1.245 - que V. Exa leu e comentou - no parágrafo 2º estabelece: *“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 o dono do imóvel”*. E o seguinte: 1.247: *“Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.”*

Alguns juristas, examinando esse texto, na fase de projeto ainda, argumentaram que a redação seria dúbia, de modo a se pôr em xeque que a eficácia do registro de imóveis no direito brasileiro, já não seria mais absoluta, não seria mais substantiva relativa, mas sim, se teria tornado absoluta, em função desta redação. V. Exa. acredita que possa haver alguma vertente nesse sentido, mesmo depois de solidificadas a jurisprudência e a doutrina pátrias no sentido de que a eficácia do registro ou da transcrição é substantiva relativa e não substantiva absoluta? V. Exa. admite que possa interferir nessa orientação?

**Dr. Fábio Maria De Mattia**

Relativa.

**Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes**

Continua sendo relativa. Ao ver de V. Exa. também, né? Perfeito, seguindo,

inclusive, as linhas que foram adotadas entre nós, por Eminentes Magistrados e Juristas, como Des. Serpa Lopes, Professor Cláudio Paulo da Rocha, na sua tese “Da Eficácia da Transcrição”, quer dizer, não poderia induzir de forma alguma uma eficácia substantiva absoluta como a do direito germânico puro. V. Exa. afastaria também, né? Só para que os juízes não tenham dúvidas, assim, de início, quanto à controvérsia que possa surgir nessa matéria.

**Des. José Osório de Azevedo Junior**

Eu estou inteiramente de acordo com V. Exa. de deixar claro que é relativa mesmo, ainda mais o sistema registral nosso, no país inteiro, com tantas falhas, se nós formos extrair uma consequência de presunção absoluta de verdade, eu acho que seria um desastre, e acho que o Código, nesse artigo 1.247 também mantém a situação anterior, no sentido de que, se não exprimir a verdade, pode-se reclamar, ou se retifica ou se anula. E mesmo aquela disposição a que V. Exa. se referiu, de que, enquanto não anulado, se presume verdadeiro etc. ainda está sujeito a alguma antecipação de tutela, alguma coisa, porque às vezes a gente encontra casos de nulidades flagrantes, principalmente na área dos grileiros, e, no entanto, consegue-se protelar e uma sentença vai demorar muito tempo, e recurso. Então, eu acho que essa linha aventada pelo senhor é muito mais adequada - estou inteiramente de acordo.

**Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes**

Pois não. É uma terceira questão, ainda associada também à matéria de ordem prática, em decorrência dessa nova impositação da posse do Código Civil, sobretudo do usucapião especial, em que o Novo Código procura valorizar a chamada posse trabalho e que, como enfatiza também o Des. Erbert Chamoun em sua exposição de motivos: a despeito de a posse trabalho ser o fundamento do usucapião especial, todavia, esse *plus* do trabalho poderia passar a ser reclamado na prova da posse para usucapião

de um modo geral, como algo que a qualificasse, independentemente apenas do exercício do poder de fato sobre a coisa, vale dizer, os juízes deveriam procurar valorizar mais, na posse *ad usucapionem*, o elemento também trabalho, no sentido de poder dar à coisa a sua devida destinação, e não apenas a situação fática? Qual o pensamento de V. Exa. a esse propósito?

#### **Dr. Fábio Maria De Mattia**

Tendo presente a natureza do usucapião *pro labore*, o sentido será prestigiar quem trabalha a terra, na omissão de atitudes de quem eventualmente é proprietário e não cuidou, tanto é que o prazo é menor. Cabe, então, prestigiar, e incentivar aquele que trabalha a terra.

#### **Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes**

Perfeito. Como uma forma até de evitar as grilagens que possam conduzir a usucapiões ilícitos. Eu agradeço muito.

#### **Prof. Melhim Namem Chalub**

Eu gostaria de cumprimentar os conferencistas e perguntar ao Des. José Osório, no que tange à inserção da propriedade fiduciária em garantia no Novo Código Civil, parece que também aí ocorreu aquele problema da dormida do Código no Congresso Nacional, não só porque não acompanhou – num certo sentido – a jurisprudência, mas também porque deixou de lado outras figuras de garantia fiduciária, pelo menos a alienação fiduciária dos bens imóveis, a cessão fiduciária, alienação fiduciária de ações, e outras titularidades fiduciárias; gostaria de ouvir V. Exa. sobre essa matéria.

#### **Des. José Osório de Azevedo Junior**

O Dr. Chalub lembrou muitíssimo bem que é um sinal evidente de que realmente o Código se esqueceu de fatos que aconteceram na legislação recente e na jurisprudência mais recente. Então, ignorou inteiramente a alienação fiduciária de imóveis – aliás, eu estou achando até que há três alienações fiduciárias agora: a alienação fiduciária

do DL 911 (para as entidades financeiras); depois a do Código Civil (que generalizou, pela leitura da lei parece que todos podem se utilizar dela, mas não por inteiro, porque como é que um particular iria promover aquele leilão? Precisa ter um mínimo de organização empresarial para levar avante; então, a execução para o particular, terá que ser uma execução comum, e não a execução prevista na lei anterior); e, paralelamente ao Código, há a alienação fiduciária do bem imóvel. Eu acho que é um sinal bem positivo, ou melhor, bem nítido mas negativo, de que o Código ignorou. Eu fiz muitas críticas sobre esses pontos que eu tive que abordar, mas no cômputo geral, eu acho que o Código é positivo, eu acho que para o direito nosso, vai ser um impulso maior, então, é só para ressaltar, amenizar um pouco, que a minha crítica é setorial.

#### **Des. Áurea Pimentel Pereira**

Eu gostaria de ouvir a opinião do Professor Mattia a respeito do direito da vizinhança sobre a seguinte questão: o anterior Código Civil, que ainda está em vigor até o final do ano, no seu artigo 554, quando ele cuida do direito da vizinhança, fala em mau uso da propriedade. O novo Código fala do uso anormal da propriedade. Inicialmente, eu indago – e essa é a minha opinião – se deve entender-se que no novo Código já não constituiria pressuposto para a caracterização de ofensa a direito de vizinhança, que esteja havendo o uso nocivo da propriedade, bastando agora que se prove que do uso, de certa forma havido como anormal – e assim diz o capítulo – estejam resultando interferências para o proprietário ou possuidor do outro prédio. Ao preferir o legislador, no *novel* código, falar simplesmente em interferências prejudiciais, e não mais em uso nocivo da propriedade, não estar-se-ia ampliando muito os horizontes, permitindo o surgimento futuro de querelas muitas vezes absurdas e caprichosas, sem embargo da preocupação que se lê no parágrafo único do artigo 1.277, que teve o

legislador de estabelecer certos parâmetros para essas interferências, que ele chamou de limites ordinários de tolerância. Não haveria esse risco, de uma ampliação muito grande dos horizontes com essa expressão assim, ampla, genérica, simples interferência?

#### **Dr. Fábio Maria De Mattia**

Acredito que não há nenhuma problemática, porque a leitura do artigo 554 do código revogado, revela a adequação da Teoria do Uso Normal, que é a Teoria de Ihering. Então pode-se dizer: mas a essa altura, invocar a Teoria de Ihering? Mas, na verdade, é a jurisprudência que foi se adaptando aos tempos e, na verdade, costumamos dizer é o artigo 554 que está inspirado na Teoria de Ihering, em países como Itália e França, surgiram muitas correntes doutrinárias a respeito de responsabilidade no direito de vizinhança. Pode-se dizer que a Teoria do Uso Normal é adequada, porque surgiram na França e na Itália, por exemplo, várias doutrinas, mas não adquiriram grande prestígio. Mas pode-se indicar pelo menos umas dez. Mas o que entre nós impressionou mais foi a teoria de Ihering, porque de fato ela adquiriu muita importância, foi muito divulgada. Agora, se consultarmos alguns livros de direito de vizinhança, o próprio professor San Tiago Dantas com a sua monografia extraordinária, tese de concurso em 1938, concluímos que o artigo 1.554 comprovou sua pertinência até hoje porque não houve interferência teórica. Na verdade, os Tribunais, de acordo com a realidade e as necessidades, foram adaptando, modernizando a jurisprudência.

Provavelmente, é por causa disso que quando se cuida do artigo 554, ninguém teve interesse em invocar a Teoria da Pré-ocupação, ou enfim, várias outras teorias que surgiram quanto à responsabilidade na vizinhança. Então, por exemplo, os autores falam sempre no critério do uso normal, tudo bem, houve outras teorias, mas talvez a do uso normal seja suficiente, porque não é uma questão só teórica porque a jurisprudência indicou como se deve resolver os conflitos.

Então, os autores, até hoje, assim se referem: o nosso código ligou-se ao critério do uso normal de Ihering. Mas, na verdade, tudo é uma construção da jurisprudência, começou com essa teoria de Ihering, que tornou-se conhecida, mas existem muitíssimas outras, na Itália, na França. Eu até gosto muito de estudar problemas por causa do conflito de vizinhança, mas são teorias que não tiveram grande projeção. Então, é melhor que falemos na teoria de Ihering adaptada, porque a nossa jurisprudência que determina o que se deve entender por uso normal ou não, através da jurisprudência.

#### **Des. José Osório de Azevedo Junior**

Há três questões aqui. Uma, é relativamente ..... do acadêmico Elias de Mattos Marins que diz que: “apresentando o Código Civil algumas partes que ferem a Constituição, ele pode ser vetado?” Não pode mais ser vetado, ele já foi sancionado, então não há nenhuma possibilidade. Poderão ser levantadas algumas questões de inconstitucionalidade, mas jamais ser vetado. E há duas questões que se casam e são muito interessantes, sobre o tema de que tratamos antes, do Doutor Marcelo Ferro, que aliás participou dos trabalhos lá em Brasília, naquele Simpósio tão importante, e do Doutor Magno Alves de Assumpção, Eminentíssimo Juiz de Direito, que pedem para comentar a plausibilidade de sustentar que as regras constantes do novo Código são regras gerais, enquanto a hipótese do registro e averbação do compromisso, e cessão etc., seriam normas que – com o pagamento do preço etc. – deveriam permanecer sob a força do princípio da especificidade, de aplicação da Lei de Registros Públicos. Com a lei nova que permite este registro da quitação, passando a vigorar tanto o dispositivo do novo Código Civil, quanto as disposições reguladas pela lei 9.785, integrando-se os sistemas.

Eu achei muito interessante esta hipótese aventada, que bate com aquilo que aconteceu em Brasília, agora há pouco tempo que é, no fundo, essa possibilidade de mesmo com o Código novo, registrar-se o instrumento de quitação



nos contratos comuns, porque nos loteamentos já se tem a lei. Eu confesso que em Brasília fiz uma proposta e timidamente apresentei, e disse, *de lege ferenda*, quer dizer, vamos dar um jeito de estender para os casos comuns dos imóveis não loteados – que é a grande massa – também se submeterem a esse sistema. Qual não foi a minha surpresa quando lá vi que tudo estava na linha aqui do Doutor Magno – quer dizer, vamos dar um jeito de interpretar para dizer: por que não aplicar-se a todos os sistemas, se a *ratio legis* ali é a mesma para as duas hipóteses? E, realmente, eu iria ficar vencido na tese que era mais avançada do que a minha; e não tive dúvida então, e digo então, ao doutor Magno, que o rumo que eu vejo é exatamente este, não tanto de admitir um código civil aqui como regra geral, a outra como regra especial; eu vejo como foi visto lá, como uma linha de interpretação, fazendo com que mais uma vez – o que foi muito comum no sistema brasileiro – o regime do imóvel loteado influencie o regime do imóvel não loteado; como aconteceu com a cessão, por exemplo, não podia ceder: não, pode ceder, e não pode cobrar taxa nenhuma, etc. Isso vigora para o imóvel não loteado também. Então, eu vejo um alargamento da interpretação da regra do imóvel loteado já existente para o outro, mas acho que é meio lento, há forças terríveis, interessadas em manter o *status*, porque tudo é uma forma – a inocuidade dessa escritura é conhecida por todos – de reserva de mercado que exige, aliás, não só dos tabeliães, mas isso aqui é para todos. O que existe de advogados com muito serviço requerendo alvarás para essa inocuidade, indiretamente para nós, juízes, também, que ficamos chamados a julgar assuntos de terceira categoria, quando podíamos estar tratando de coisas mais importantes como esses alvarás. Então, eu vejo, Doutor Magno e Doutor Marcelo, esta possibilidade de registro sendo alargada paulatinamente.

Então, acho que são essas três aqui. Eu comecei por esta, dizendo que não pode ser vetado mais – está aí: mais três

dias está em vigor. O que se discute aí, é se eventualmente seria aumentado o prazo de vacância, o que não está parecendo que vai ocorrer e eu, pessoalmente, acho que também não devia ser aumentado, porque isso só iria aumentar a insegurança. Nessas alturas, já estão todos aí estudando, agora é ir para a frente, para ir definindo, tirando as arestas, mas retirar para resolver no Congresso, jamais – vamos ficar mais vinte anos lá.

#### **Dr. Fábio Maria De Mattia**

A primeira pergunta é: o proprietário de uma fazenda que possui um poço é obrigado a dividir a água do poço com a fazenda do vizinho pelo fato de ele estar sofrendo com a seca? Bom, aí é um problema muito complicado. Tecnicamente, não poderia, porque o vizinho estaria obrigado a estar permitindo fazer canalizações e digamos, levando a água que poderá faltar para a sua propriedade para o outro. Mas, poderia haver um acordo, através de negociação de uma servidão, evitando prejuízos para quem está dando a água, evitar invasões de funcionários, nesse sentido.

#### **Des. José Osório de Azevedo Junior**

Posso dar um palpite? Eu acho que, realmente, precisa de mais, ver o caso concreto para dizer melhor; só com esses dados pôr a tese eu acho que é muito perigoso. Mas, eu acho que se for para as primeiras necessidades, já que o Código se refere expressamente a essas primeiras necessidades no artigo 1.293, talvez já esquentasse mais. Só que esse artigo também fala “sendo ressarcido”. Agora, um coitado que está nessa situação, não vai ter dinheiro para ressarcir ninguém. Mas eu acho, em tese, e aí, diante das primeiras necessidades, eu acho que sim, e o Poder Público que vá lá ajudar a fazer o ressarcimento, alguma coisa assim.

#### **Dr. Fábio Maria De Mattia**

Quanto a essa pergunta a respeito de servidão aparente, é difícil entender por que é que teria o legislador aumen-

tado em cinco anos. Então, considerando que o prazo máximo da usucapião extraordinária é de quinze anos, teria havido cochilo do legislador ao fixar no artigo 1.379, parágrafo único, em vinte anos o período máximo para aquisição por usucapião da servidão aparente? Realmente, eu não sei por que razão dar-se-ia um tratamento diferente.

A outra pergunta: o novo Código Civil também faz uma menção ao uso anormal da propriedade quando dispõe sobre o condomínio edilício, em especial, artigo 1.336, IV, e seu parágrafo, com consequências na fixação dos valores das multas nas cotas condominiais. Aí, são duas situações: uma, se levar em conta o critério do uso normal no uso da propriedade que, na verdade, quem criou foi Ihering; na verdade, em matéria de direito de vizinhança, existem muitas correntes doutrinárias, sobretudo os franceses são especialistas em inventar muitas correntes e os italianos também. Mas, em nosso caso, dizer que nós adotamos, que o Código Civil adotou a Teoria de Ihering no artigo 554, e mais ou menos, está um pouco mudada; a redação no projeto lembra um pouco influência do Código Italiano. Os italianos até não falam na teoria do Ihering, eles usam outra terminologia. Então, isto é muito relativo.

O novo Código também faz menção ao uso normal da propriedade quando dispõe sobre o condomínio edilício. Não tem dúvida de que a Teoria do Uso Normal de Ihering, que está no artigo 554 mas não é nenhuma antiguidade porque na verdade é a jurisprudência brasileira que fixa os parâmetros. Os autores brasileiros se habituaram, se referem à Teoria de Ihering, mas há muitas outras Teorias, mas nenhuma delas adquiriu grande significação. Então, entre nós, continuam os autores falando da Teoria de Ihering, porque mesmo que a Teoria de Ihering, digamos, no seu conteúdo àquela época, fosse muito diferente, na verdade são os nossos Tribunais que dão as diretrizes do que é normal e do que não é. Agora, tudo bem. Poderia-

mos evitar de falar que adotamos a Teoria de Ihering, porque na verdade, o conteúdo dela quem tem dado é a nossa jurisprudência, e porque na verdade, se fossemos procurar, só na Itália existem várias tendências – eu estudei esse assunto e sei – mas nenhuma delas teve uma significação maior, e a de Ihering é no sentido como fala o que é normal e o que é anormal, e a jurisprudência é que vai dizer hoje o que é normal e o que é anormal na conduta entre vizinhos. Então o que há é a criação da jurisprudência continuamente; basta que haja o respeito, mas a Teoria do Uso Normal, na verdade, é até um absurdo nós insistirmos, é a Teoria de Von Ihering. Mas, como ele é quem sinalizou para essa expressão “uso normal”, continua-se utilizando, mas são os nossos Tribunais que sinalizam o caminho certo.

Então, qual era uma outra pergunta? “O artigo 1.337, parágrafo único, faz especial menção ao comportamento anti-social do condômino ou possuidor e ao final do parágrafo dispõe: “...até ulterior deliberação da assembléia”. O que pode acontecer é que ulterior deliberação da assembléia pode ser contrária a este condômino, mas vai-se discutir na justiça se realmente a assembléia poderia tomar essa decisão ou se ela foi abusiva. Depois: “após leitura desses artigos, observando o aumento significativo das multas, é possível a hipótese de, em deliberação da assembléia com quorum especial excluir um condômino do condomínio edilício, em razão de seu comportamento anti-social?” É complicado porque há o direito de propriedade; haverá sanções e talvez até na convenção existam multas, mas excluir é complicado, a não ser que algo de maior gravidade, uma pessoa que infringe realmente regras, que pode prejudicar até o prestígio dos condôminos morando num prédio em que uma pessoa se dedique a tal atividade.

#### **Des. Sidney Hartung Buarque**

Então, me parece que as questões foram todas respondidas e, mais uma vez, realçar a atuação magnífica dos pro-

fessores aqui presentes, e o tema realmente demonstrou o interesse geral, dado, inclusive, ao número de perguntas; me parece que poucas vezes se viram tantas indagações, tanto interesse em um tema sobre o qual realmente sempre vai haver dúvidas. Inclusive, para encerrar, lembrando - já que o Professor muito se referiu ao Von Ihering -

que na matéria da posse, justamente o legislador vai dar uma guinada de 360°, ao entender que a posse tem apenas a função social afastando-se, portanto, aquela discussão na qual, agora, me parece que a doutrina não vai mais se centralizar: da Teoria Objetiva e Subjetiva da Posse. ☐

# Sucessão dos Descendentes, Sucessão dos Cônjuges e Sucessão na União Estável

**LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO**

*Defensor Público de classe especial. Professor da EMERJ e do CEPAD.*

O tema “Direito Sucessório no Novo Código Civil” tem despertado, eu diria, muitas paixões, até porque todos nós morreremos e, portanto, alguma coisa acabamos por deixar para as nossas gerações seguintes.

Ao contrário do que muitos afirmam - conheço alguns palestrantes que dizem que a melhor solução é rasgar o novo Código - acredito que o Código, como diz o meu amigo Capanema, é uma obra imperfeita, por ser humana, cabendo àquelas que gostam do Direito, que decidem as questões, que militam nos fóruns diariamente, aperfeiçoá-lo. Já há um projeto (nº 6.960 de 2002) em tramitação no Congresso Nacional, que visa a reformar o Código atual, modificando-o em muitos artigos, principalmente nas questões mais relevantes do Direito Sucessório.

O tema sobre o qual me coube conversar com os senhores e com as senhoras é a sucessão legítima e, especialmente, a ordem de vocação hereditária em relação aos descendentes, aos ascendentes, ao cônjuge sobrevivente e ao companheiro na união estável - que, até pouco tempo, era chamado de convivente pela Lei 9.278/96.

Essa ordem de vocação hereditária é uma ordem preferencial em que o legislador decide, na falta de testamento, quem é que vai recolher a herança, de acordo com a vontade presumida do falecido. Hoje está disposta no artigo 1.829, incisos I a IV, que diz (substituindo o artigo 1.603, I a V do Código de 1916, que entrou em vigor em 1917): “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes...” - ou seja, o primeiro na ordem de vocação hereditária é o descendente, é o preferido pelo le-

gislador; diz-se sempre, ou se dizia no antigo sistema, que a afeição descia, depois subia e depois ia para o lado, em relação ao cônjuge sobrevivente - “... aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente...” - o cônjuge sobrevivente, seguindo a esteira do Código Civil Português, do Código Civil Mexicano e outros, passa a ser herdeiro necessário (há agora regra expressa no artigo 1.845: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”), porém, nessa hipótese do inciso I do artigo 1.829, ele concorrerá com os descendentes, que estão em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária - “... salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal...” - porque o legislador, aqui, prevê o seguinte: se o regime é o da comunhão universal, normalmente, salvo as exceções legais, os bens presentes, passados e futuros se comunicam. Então, o cônjuge sobrevivente em concorrência com o descendente já estaria economicamente amparado. Isso não é uma realidade, porque pode acontecer que a pessoa seja casada pelo regime da comunhão universal e não tenha havido comunicação (os bens todos são particulares), por exemplo, na hipótese em que alguém deixa uma herança ao seu filho com cláusula de incomunicabilidade, ou inalienabilidade que abrange a incomunicabilidade. Mas, de qualquer modo, normalmente o que ocorre é que o cônjuge já está amparado com a meação, e todos nós sabemos que meação não é herança, e sim uma comunicação decorrente do regime de bens de casamento.

Na segunda hipótese, que é uma exceção - se for casado pelo regime da

separação obrigatória de bens, que está no artigo 1.641, - aqui já há um engano do legislador. Uma das causas, a mais famosa, do regime de separação legal ou obrigatória imposta pelo legislador, no Código de 1916, é a do homem maior de 60 anos e da mulher maior de 50 anos. O legislador demonstra entender que, na realidade, quando alguém se casa com uma pessoa maior de 60 anos está se casando com um homem totalmente desprovido de encantos e, portanto, vai haver interesse econômico no casamento, e em havendo interesse econômico, impõe-se o regime da separação. Inclusive, há um acórdão do Tribunal de São Paulo, que considera a regra do Código de 1916, artigo 258, parágrafo único, inciso I, inconstitucional por ofender as cláusulas constitucionais da tutela da dignidade humana e da igualdade.

Mas o *novel* legislador o que faz? Em vez de retirar a regra, aumenta a idade para a mulher, sendo obrigatório o regime da separação de bens do casamento para as pessoas que o contraírem sem observância das causas suspensivas - são os antigos impedimentos impedientes - e da pessoa, homem ou mulher, maior de sessenta anos de idade. Numa época em que existem academias de ginástica e uma série de outras alternativas rejuvenecedoras, acho absurda a manutenção deste dispositivo. Finalmente, há o inciso III, que é uma tradição no nosso direito, uma regra protetiva de todos aqueles que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Ocorre que o legislador, excluiu o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação legal ou obrigatória da herança, quando concorrer com descendentes. Pelos debates do Congresso - eu participei, inclusive, do grupo de juristas que foi ao STJ propor enunciados sobre o Novo Código Civil - neste caso, como o legislador prefere o descendente, vamos excluir o cônjuge sobrevivente, porque ele já estaria amparado pela Súmula 377 do STF que diz que, no regime da separação obrigatória, os aqüestos, os bens adquiridos a título oneroso,

sem que haja sub-rogação ou substituição, se comunicam ao outro cônjuge. Acontece que essa súmula se baseou no artigo 259 do Código de 1916, que se referia à separação convencional, ou seja, no silêncio do contrato, os aqüestos se comunicariam ao outro cônjuge. O Ministro Moreira Alves, defendeu uma interpretação que hoje é minoritária em relação a essa súmula e dizia que bastava que a pessoa tivesse se casado pelo regime da separação obrigatória; se um deles adquire um aqüesto, se comunica ao outro, por analogia ao artigo 259.

Mas o STJ não entendeu dessa forma e, sim que, na realidade, só haveria essa comunicação se houvesse esforço comum na aquisição desse aqüesto, sendo esta a interpretação mais recente. Acontece que muitos já estão entendendo que a súmula 377 do STF perdeu a eficácia, porque o artigo 259 do Código Civil de 1916 não foi mantido pelo Código atual. E, como há uma previsão nas disposições transitórias dizendo que o novo Código Civil revoga inteiramente o Código anterior, já há quem afirme - não é um posicionamento majoritário ainda - que essa súmula não tem mais aplicação. Isso pode provocar uma profunda injustiça, por exemplo: um cônjuge sobrevivente, "do lar", que for casado pelo regime da separação legal ou obrigatória ficará sem amparo algum; nem vai concorrer à herança, nem terá direito à meação. No entanto, o legislador entendeu por bem que, no regime da separação obrigatória, não haverá direito de herança se concorrer com descendentes do falecido, o cônjuge sobrevivente casado por esse regime.

Uma outra exceção a essa regra da concorrência é se, no regime da comunhão parcial, o falecido não houver deixado bens particulares. O meu amigo, Professor Cahali, já falou sobre isso e, aqui, surge uma dúvida que é a seguinte: vamos supor que alguém tenha casado e adquirido, na constância do casamento, dois imóveis. Não existem bens particulares e o falecido deixou um descendente. Nesse caso, o cônjuge sobre-

vivente, casado pela comunhão parcial, como já está garantida a meação nestes aqüestos, não concorre na herança em relação aos descendentes, é o que diz a parte final do inciso I do artigo 1.829.

Por conseguinte, se existirem bens particulares, a herança do cônjuge supérstite vai ser composta da meação do falecido e dos bens particulares? Ou só dos bens particulares? Segundo o próprio Professor Cahali, existe uma pessoa que está escrevendo junto com ele a respeito da matéria, que discorda de sua opinião. Ele, como eu, entende que se o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. A herança é o conjunto de bens, direitos e obrigações do falecido. É uma universalidade de direito. Então, portanto, se o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da comunhão parcial, concorrer com descendentes porque existem bens particulares, a herança a que ele vai concorrer, já sendo meeiro daquela parte que é dele, será composta da meação do falecido e mais dos bens particulares. Eu não vejo como restringir essa herança apenas em relação aos bens particulares.

E uma outra observação muito importante: o advogado brasileiro é super criativo. Vamos supor que uma pessoa esteja advogando para uma viúva, casada pelo regime da comunhão parcial. Existe a ser inventariado, em princípio, apenas um imóvel adquirido na constância do casamento a título oneroso – um aqüesto. E, o que será arrolado no inventário para que ela possa concorrer com descendentes do falecido, principalmente se não forem filhos comuns? Se for assistida pela Defensoria, os defensores vão arrolar aquele conjunto de móveis comprados nas Casas Bahia, junto com aquela meia-água; ou então, até um liquidificador, ou o retrato do bisavô que está na parede – são bens particulares. A coisa, como dizem os alemães, é o bem jurídico material com valor econômico. Então, sempre existirão, a meu ver, bens particulares. Se for uma família de classe média, existirá sempre o quê? Um

automóvel. Esse automóvel pode não ser um aqüesto. Pode ser recebido por herança, ou então o valor da herança pode ter sido empregado na aquisição do automóvel.

Tenho a impressão de que o legislador foi infeliz aqui, ou seja, essa inclusão dos bens particulares vai dar muito problema para os magistrados. Na Defensoria Pública, podem ter certeza, de que quando se vai fazer um inventário, ao ser perguntada sobre o que tem para inventariar, a viúva afirma que tem somente uma meia-água que o marido comprou na baixada fluminense etc. Agora, surgirão os bens móveis também. Normalmente, bens móveis não são inventariados para que não haja pagamento de imposto – essa é a realidade. Mas nessa hipótese, vão surgir o tapete, o ar condicionado de 18.000 BTU'S etc, especialmente se os filhos não forem comuns. Se os filhos forem comuns, eu acredito que não vá acontecer esse problema, mas se os filhos descenderem exclusivamente do falecido, os bens particulares irão surgir como um milagre, sabendo-se que todas as questões serão decididas pelo juiz do inventário. E se a questão for de alta indagação, remeter-se-á às vias ordinárias. Mas, atenção: as notas fiscais a partir de agora serão de suma importância. Todos juntem as notas fiscais dos tapetes e do liquidificador. E, ainda: se eu disser para os assistidos ser um bem desprezível aquele conjunto que pagaram em dez prestações nas Casas Bahia, eles não aceitarão isso nunca!

Dessa maneira, quais são os regimes em que podemos admitir, sem discussão, a concorrência do cônjuge sobrevivente com o descendente? O regime da separação convencional - e eu entendo que, com a supressão do artigo 259, será sempre separação convencional absoluta - e o regime da participação final dos aqüestos. Na comunhão parcial, nós temos os problemas antes mencionados para resolver.

E como será feita a partilha? O artigo 1.832 diz o seguinte: “*Em concorrên-*

cia com os descendentes (art. 1.829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça...” - isso é uma reprodução imperfeita do artigo 2.139 do Código Civil Português - “...não podendo a sua cota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. Aqui, se garante ao cônjuge sobrevivente, uma cota mínima, como explicou o Professor Cahali. Se o falecido deixa um descendente comum, a partilha se faz por cabeça, dividindo-se a herança pelo número de herdeiros: metade para o descendente comum, metade para o cônjuge sobrevivente; se dois descendentes comuns, 1/3 para um descendente, 1/3 para o outro descendente e 1/3 para o cônjuge sobrevivente; se três descendentes comuns, 1/4 para cada herdeiro. A partir de quatro descendentes comuns, garante-se uma cota mínima para o cônjuge supérstite. Se os descendentes não forem comuns não há que se falar, a *contrario sensu*, em cota mínima.

O legislador, porém, não disciplinou a hipótese de existirem filhos comuns e filhos não comuns (filiação híbrida). Neste caso haverá a garantia da cota mínima? Eu entendo particularmente o seguinte: se o legislador prefere o descendente, primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, ao cônjuge sobrevivente que é mero concorrente, inserido em terceiro lugar nesta mesma ordem, não é possível se prejudicar um filho não comum com a aplicação do princípio da cota mínima. Acho que essa cota mínima só terá garantia quando existirem apenas filhos comuns. Havendo, repito, filiação híbrida, não haverá a garantia da cota mínima e a partilha se fará por cabeça.

Mas será que aqui não estaria havendo discriminação proibida (e aí, eu entendo que é inconstitucional) como já levantou o Desembargador Sidney? Pelo artigo 227, parágrafo 6º da Constituição, os filhos não podem ser discriminados entre si, inclusive, em relação a direitos sucessórios. No caso de garantir-se uma cota mínima para o cônjuge com

prejuízo dos descendentes comuns, o que não ocorre com os descendentes não comuns, vão-se gerar juridicamente diferenças entre eles e, ao meu ver, poderemos argüir a inconstitucionalidade, pelo menos no caso concreto, desse artigo 1.832. É uma questão que deve ser decidida futuramente, mas devemos pensar sobre ela.

Regra importante que foi mencionada pelo Professor Cahali, o artigo 1.830 diz o seguinte: “*Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois anos), salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente*”. Tal dispositivo, na realidade, é uma reintrodução no nosso Direito de dispositivo das Ordenações Filipinas. E o que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo atualmente? O que justifica meação no casamento e o que justifica direito sucessório entre os cônjuges, é a *affectio maritalis*. Os romanos já diziam, na sua sapiência: “o que interessa no casamento é a afeição entre os nubentes, é a intenção de permanência na sociedade conjugal”. Ora, se os cônjuges estão separados de fato, há um tempo suficiente para que qualquer um deles possa propor o chamado divórcio direto, numa situação jurídica que a jurisprudência vem denominando de divórcio de fato, não há justificativa para uma pessoa separada de fato, se não há mais afeição marital, ser sucessora, herdeira, continuadora da pessoa do falecido. É exatamente o que dispõe o artigo 1.830.

Ao mesmo tempo, que sofreu crítica pelo Professor Cahali, o legislador acrescenta: “...*salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente*”. Eu entendo que essa culpa, aqui, é a que nós temos que extrair, por analogia, do artigo 5º da Lei do Divórcio, e que continua sendo mencionada no Código Civil novo. Eu me lembro de uma palestra feita aqui na EMERJ. O tema era a Separação Judicial com Culpa e um juiz de Minas Gerais

ministrou também uma palestra sobre Separação Judicial sem Culpa. Acabei a minha palestra dando todos os aspectos da separação no novo Código, inclusive quanto às demandas judiciais e suas causas: você é culpado, houve adultério, houve conduta desonrosa, violação grave de um dever do casamento, etc.... E eu lembro que esse juiz – que é uma pessoa ótima – começou sua palestra de pé, dizendo assim: “eu não aceito separação com culpa, porque todo ser humano é falível e quando alguém trai, na realidade, a culpa é do outro que induziu a traição, porque o ser humano é recheado de imperfeições”.

Ocorrendo esta hipótese, o juiz do inventário terá que remetê-la às vias ordinárias, pois trata-se de questão de alta indagação, haja vista a necessidade de prova substancial. Vamos supor que um sujeito tenha expulsado a mulher de casa. Ele a seviciava, batia, maltratava, injuriava seu cônjuge, e ela foi obrigada a se retirar do lar conjugal. Dois anos depois, já convivendo com uma outra, ele vem a falecer, e essa primeira mulher está numa situação muito difícil patrimonialmente; ela foi uma perfeita esposa, porém foi expulsa de casa e trocada por outra. Neste caso, será que não se poderá conceder direitos hereditários a esse cônjuge? Os Defensores em Vara de Família que estão aqui presentes se deparam com isso a toda hora. O homem a seviciou, a expulsou; e ela não vai poder reivindicar a sua qualidade de sucessora, quando não teve nenhuma responsabilidade sobre o ocorrido?

Tal questão deverá ser enfrentada. Vamos supor que em ação própria, numa ação declaratória, utilizando-se do artigo 4º do CPC, a pessoa prove que foi expulsa de casa por tornar-se insuportável a vida em comum. E aí, surge o problema: a quem o juiz vai deferir o direito sucessório? É à atual pessoa que vivia numa união estável, numa união de fato com o falecido, ou é ao cônjuge – que ainda é cônjuge – que foi afastado do lar conjugal? Se o legislador concede uma oportunidade para ela fazer essa prova,

Vossas Excelências terão que decidir. Eu, particularmente, embora defensor intransigente da união estável, penso que nesse caso, mormente, se ela foi expulsa de casa para o homem ficar com a outra mulher, deferiria o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, e não à companheira. Mas vai depender, a meu ver, e muito, do caso concreto apresentado em juízo.

Não se aplica o mesmo raciocínio se uma pessoa simplesmente se retirou de casa por acordo, por conveniência, ou se saiu de casa porque não quis mais continuar a viver junto, passando o outro cônjuge a constituir uma união estável. Aliás o novo Código hoje é expresso: é possível união estável numa mera separação de fato. Está no artigo 1.723. Neste caso, é completamente diferente. Um cônjuge saiu de casa, o outro passou a viver uma nova união, numa família protegida constitucionalmente.

O direito sucessório, em regra, como veremos, tem que ser deferido para companheira, e não para o cônjuge sobrevivente. Porém, no caso de culpa - e ela existe, *habemus legis*, está regulamentada a separação com culpa no Código novo também – (infelizmente, para o meu amigo juiz e Professor de Minas Gerais), eu o deferiria para o cônjuge sobrevivente. Mas, de qualquer forma, o mais importante é nós voltarmos às Ordenações, ao direito romano primitivo. Não justifica, ausente a *affectio maritalis*, que um cônjuge herde do outro nessa situação jurídica. Prosseguindo, não havendo descendentes, o inciso II do artigo 1.829 diz: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge...”. E, aqui, com um detalhe: haverá essa concorrência sucessória independentemente do regime de bens. Não existem aquelas exceções previstas no inciso I do artigo 1.829. Qualquer que seja o regime de bens, não existindo descendentes, o cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes.

E como será feita a partilha? “Art.1.837. Concorrendo com ascendente



*em primeiro grau...*” - ou seja, pai e mãe do cônjuge falecido - “...ao cônjuge tocará um terço da herança...” - 1/3 para o pai do falecido, 1/3 para a mãe do falecido, 1/3 para o cônjuge sobrevivente - “...caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente...” - pai ou mãe do cônjuge falecido, do hereditando - “...ou se maior for aquele grau”.

Pode então ocorrer a hipótese de morrer o filho e concorrer à herança, de um lado, o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens e, de outro lado, a sogra: metade para cada um - será a vingança do cônjuge: “Ora, você impôs o nosso casamento, eu tive que ir a um cartório, fazer um pacto antenupcial pelo regime da separação convencional, mas agora eu me vingo: metade do patrimônio é meu, e metade do patrimônio é seu. E, no caso de um outro regime qualquer, eu ainda estou com mais do que você, e por quê? Porque eu tenho meação, e meação não é herança. Então, eu tenho a minha meação e vou disputar meio a meio com você, minha querida sogra, a herança” - essa será a vingança das noras, futuramente, no novo Código Civil.

Reparem no antigo Código Civil a ordem de vocação hereditária. Temos que continuar estudando o antigo Código porque o que interessa na sucessão, pelo princípio do direito alemão incorporado ao Código de Napoleão, é a *saisine*, ou seja, a transmissão imediata da propriedade e da posse aos herdeiros legais e testamentários no momento do falecimento, sendo regida pela lei então em vigor. Pode acontecer que alguém tenha falecido semana retrasada, antes da entrada em vigor do novo Código, e o inventário vai ser aberto daqui a cinco anos. A ordem de vocação hereditária não será essa ordem do novo Código - e sim a ordem prevista no Código de 1916 (artigo 1.603, I a IV).

Finalmente, no inciso III do artigo 1.829, em não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente recebe toda a herança legal ou legítima. É lógico que pode não receber tudo. Mes-

mo como herdeiro necessário, uma regra que continua fundamental no novo Código é aquela regra do artigo 1.789 - “Havendo herdeiros necessários...” regra Justiniana, na Novela 115 - “...o testador só poderá dispor de metade da herança”. Só pode dispor da parte disponível da herança. O cônjuge sobrevivente então, receberá, ou toda a herança na falta de testamento válido, ou apenas a metade.

Por derradeiro, em relação aos colaterais, o sistema do novo Código continua o mesmo, com uma observação que foi até objeto do último concurso do Ministério Público: antigamente, pelo Código de 1916, quando a doutrina e a jurisprudência analisavam o artigo 1.617, *caput*, que dispunha: “em falta de irmãos, herdarão os filhos destes”, ao concorrerem tios e sobrinhos, colaterais de terceiro grau, afirmavam que a herança seria somente deferida para os sobrinhos, que são geralmente forças mais novas e conseqüentemente estariam mais necessitados. Agora, tal entendimento ficou claro. O artigo 1.843 do novo Código esclarece: “Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios”.

Tenho uma observação importante a fazer a respeito da palestra do Professor Cahali. Ouso dele divergir com relação ao seguinte: ao dispor, em termos de Direito de Família, a respeito da presunção “o pai é o que as núpcias demonstram”, (que continua a existir, embora muito mitigada), o legislador diz, no art. 1597, III, que se presumem concebidos na constância do casamento, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, ou gerados a qualquer tempo (inciso IV), quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga.

O que é que existia no Código de 1916? Vamos supor que o marido com um câncer terminal, por testamento particular ou instrumento público, manifestasse a vontade de uma reprodução assistida com o seu próprio sêmen. Nesse

caso, há um entendimento de uma professora aqui no Rio de Janeiro, da UERJ, de que por analogia ao antigo artigo 1.718 – da prole eventual – mesmo que a concepção se dê depois da morte, ferindo, em princípio a *saisine*, que é a transmissão imediata da propriedade e da posse aos sucessores no momento do falecimento, que nesse caso dever-se-ia respeitar a vontade do falecido e esse filho também concebido *post mortem* receberia direito sucessório. Esse era o entendimento incipiente sobre a questão.

Entretanto, vários autores diziam que isso não seria possível, ou seja, se no Direito Brasileiro a transmissão sucessória se faz no momento da morte, se um filho foi concebido *post mortem*, embora havendo a vontade do autor da herança – do testador – esse filho não receberia a herança e isso é até regra no Código Civil Francês.

Agora, o novo Código, inovando um pouco na matéria, quando trata da vocação hereditária, diz no artigo 1.798: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Que tipo de sucessão? A legítima e a testamentária. E no artigo 1.799 – a Dra. Cláudia Nogueira vai falar sobre isso – admite a possibilidade de sucessão testamentária para o concepturo, como também admite o fideicomisso beneficiando como fideicomissário o concepturo (art. 1952). Artigo 1.799: “*Na sucessão testamentária, podem ser chamados a suceder: I – os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão*”. Assim, literalmente, pelo Código Civil novo, não vai ser possível ao concebido *post mortem*, na sucessão legal, tornar-se sucessor. Se a legitimação para receber a herança, legal ou legítima, está no artigo 1.798, uma regra que não existia no Código de 1916, só poderá recolher a herança ou uma pessoa já nascida, desde que reconhecida, voluntariamente ou judicialmente, ou uma já concebida no momento da morte – o nascituro. Como afirma o Direito Romano: para efeitos sucessórios, o nascituro considera-se nascido.

Mas, de qualquer maneira, entendo que, mesmo com a regra do artigo 1.798 do Código atual, o concepturo terá direito sucessório, por um motivo muito simples: pela aplicação a Constituição Federal. Todos sabem que há regra de igualdade de direitos entre os filhos de qualquer natureza, inclusive sucessórios – artigo 227, parágrafo 6º da Constituição. Ora, se o legislador diz com todas as letras, nem precisaria dizer, que há uma presunção de que o filho é do marido da mulher casada, desde que haja, pelo menos, essa reprodução assistida homóloga, ora, ele é filho, jurídica e biologicamente falando. Portanto, se ele é filho, jurídica e biologicamente falando, a regra Constitucional tem prevalência imediata no Direito Civil.

Então, a meu ver, Vossas Excelências – Magistrados – não poderão excluir do direito sucessório esse filho concebido após a morte, desde que, a meu ver, haja algum tipo de manifestação do falecido nesse sentido. Eu entendo, e a maioria dos doutrinadores entendem, inclusive o Prof. Tepedino, que examina profundamente essa questão, que as regras constitucionais são de aplicação imediata ao direito infraconstitucional e, portanto, não pode haver discriminação entre filhos de qualquer natureza.

Repito: se o legislador o considera filho, a filiação produz vários efeitos jurídicos, inclusive efeitos sucessórios, pois ele não pode ser discriminado. A solução é a do Professor Arnoldo Wald para o concepturo: o juiz terá que reservar, nessa hipótese, uma cota hereditária e, posteriormente, realizar uma sobrepartilha. Essa é a minha opinião. Eu sei que existe corrente dizendo que não vai ser possível, pelo sistema da *saisine*, até pelo direito adquirido de outros eventuais filhos que o concepturo possa receber herança legítima. Entendo que sim, por força da matriz constitucional. Em termos de ordem de vocação hereditária dos descendentes, ascendentes, cônjuge ou sobrevivente, acho que essa é a principal modificação.

Em relação ao Poder Público, acho que agora o assunto ficou claro. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o Poder Público não é herdeiro, mas meramente sucessor e que para ele não há *saisine*, não há transmissão imediata da propriedade da posse, sendo preciso um procedimento de herança jacente e depois uma sentença que transforme essa herança em vacante, havendo propriedade resolúvel e propriedade definitiva se a sentença for proferida cinco anos depois da abertura da sucessão, vide o artigo 1.822.

No novo Código Civil não consta mais na ordem de vocação hereditária o poder público, ele não está mais relacionado no artigo 1.829. Sendo assim, a meu ver, está consagrada a tese do STJ – ele não é herdeiro, mas sim sucessor, e o único sucessor obrigatório. Não vamos confundir herdeiro necessário com sucessor obrigatório. O único sucessor obrigatório é o poder público porque não pode renunciar a herança, uma vez que os bens são devolvidos à comunidade onde o defunto tinha o seu centro de ocupações. Assim, ele é um sucessor obrigatório. Defendo tal tese até porque em termos de Defensoria Pública ela muito me interessa para efeitos de usucapião. A título de exemplo, alguém está possuindo com posse *ad usucapionem* e falta meio ou um ano para a consumação da aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva e de repente morre a pessoa em cujo nome está registrado o imóvel, sendo arrecadado seus bens no procedimento de herança jacente. Antes da sentença que transforma a herança jacente em vacante, consuma-se o prazo para o usucapião. O meu entendimento, logicamente, como sou Defensor Público, é de concordância com o STJ, ou seja, em que na realidade a propriedade do Poder Público só se inicia não com a morte, mas sim com o momento da sentença que transforma a herança jacente em vacante. A partir deste momento o bem não pode mais ser usucapido. A Súmula 340 dispõe que os bens públicos não podem ser objetos de

usucapião. Isso está no novo Código Civil no art. 102. Antes disso, como ele não é um herdeiro e sim um mero sucessor, consuma-se o usucapião em favor, provavelmente, dos nossos assistidos, na qualidade de usucapientes.

Vamos examinar agora o artigo 1.790, que é um artigo que traz inúmeras dificuldades: “*A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável nas condições seguintes: ....*” Em primeiro lugar, essa regra é, a meu ver, duplamente inconstitucional, como veremos adiante. Não o é, porém, para aqueles, como o relator Ricardo Fiuza - que “graças a Deus” está mudando de opinião - ao afirmar que o casamento é uma instituição fim e a união estável é uma instituição meio, ou seja, uma instituição de segunda classe, em sentido jurídico, dizendo, com todas as letras, no seu relatório que está discriminando sim e que pode discriminar porque o objetivo do legislador é proteger o casamento. Deste modo, afirma-se: “*A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável nas condições seguintes: .....*” restringindo-se, a meu ver, absurdamente o direito sucessório da companheira ou companheiro apenas à eventual existência de aqüestos no patrimônio do falecido. Se não existirem aqüestos, eles nada receberão, a não ser que, em termos de meação, haja contrato escrito em contrário, determinando que o regime de bens seja o da comunhão de bens. Entretanto essa regra, mesmo para os que entendem que pode haver discriminação, é inconstitucional. Vejam o seguinte: casei pelo regime da comunhão parcial e comprei na constância do casamento dois apartamentos, que não são fruto de substituição por outro bem que já tinha anteriormente. Neste caso, se houver descendentes, meu cônjuge não participará da minha herança. Agora se não me caso e fico só vivendo em união estável, minha companheira vai participar na minha herança em relação a es-

ses aqüestos, mesmo havendo descendentes, ou seja, se a Constituição Federal dispõe que a família tem especial proteção do Estado, art. 226, “*caput*”, incisos I, II, III, se a Constituição Federal diz que a União Estável é família, entendendo que não pode haver qualquer discriminação entre as pessoas casadas, comparando-as com os companheiros. Neste caso, estar-se-á se deferindo mais direitos sucessórios ao companheiro do que ao cônjuge sobrevivente, o que é evidentemente inconstitucional.

E mais. Se você entender como eu, como o Prof. Leoni, como a Des. Berenice Dias - isso foi dito no próprio Congresso Nacional onde ela esteve presente - que não pode haver discriminação entre cônjuge e companheiro a par da redação do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, que dispõe que a lei tem que facilitar a conversão da união estável em casamento, também se entenderá inconstitucional o mesmo artigo. O seu *caput* traz uma restrição que não alcança o cônjuge. Este participa de toda a herança; já o companheiro, só em relação aos aqüestos. E continua a discriminação no inciso I: “*Se concorrer com os filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente a que por lei for atribuída ao filho*”. Então a partilha se fará por cabeça em relação apenas à eventuais aqüestos. Inciso II: “*Se concorrer com um descendente só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles*”. Outra iniquidade. Se o cônjuge concorre com o descendente, ele recebe a mesma porção, sejam filhos comuns, ou seja, filiação híbrida. Aqui é diferente. A companheira ou o companheiro receberá a metade, menos direitos do que a pessoa casada. E mais, e se existirem filhos comuns e não comuns, qual será a regra a ser aplicada? Já existem autores, como meu amigo Mário Roberto Faria, professor da EMERJ (publicará um novo livro de Sucessões em breve), que me disse pessoalmente entender que neste caso, à falta de previsão legal, a partilha se faz com base no inciso III do artigo 1.790: “... III – *se concorrer com ou-*

*tros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança...*”. Não participo desta opinião. Entendo que no caso de filiação híbrida, teremos que aplicar o artigo 1.790, inciso I. Se concorrer com descendência híbrida, o companheiro sobrevivente terá direito à cota equivalente que por lei for atribuída aos filhos, à semelhança do cônjuge supérstite, em atenção à igualdade constitucional antes mencionada. E todos os descendentes receberão a mesma cota hereditária (art. 227, § 6º da C.F /88).

O inciso III, do artigo 1.790, é outra aberração jurídica, a meu ver: “*Se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança*”. Observem o seguinte: Vivo há trinta anos com uma companheira em união de fato com todos aqueles requisitos da união estável, presentes os elementos objetivos, durabilidade, *affectio maritalis*, fidelidade, vida em comum, publicidade, e a intenção de constituir família, que é o elemento subjetivo.

Venho a falecer sem ter feito testamento, sem descendentes, ascendentes, deixando somente um tio-avô. Tio-avô é colateral de quarto grau. O que diz a lei? Se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes, colaterais, e outros descendentes que não os filhos na hipótese do artigo 1790, I), terá direito a um terço da herança. Assim, o tio-avô receberá dois terços da herança e a companheira de trinta anos receberá um terço da herança! Isso, a meu ver, é a primeira heresia jurídica deste inciso, consagrando uma profunda injustiça. Com relação à segunda heresia jurídica, o Prof. Cahali entende, e eu não concordo, que é possível aqui o legislador discriminar a companheira ou companheiro contemplando-os, apenas, em relação aos aqüestos. Mas neste inciso III do artigo 1.790, o legislador dispõe que se o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis, ou seja, ascendentes e colaterais, de segundo, de terceiro e de quarto grau terá direito a um terço da herança. Não será possível se defender, embora talvez de técni-

ca duvidosa, que o inciso III está desvinculado do *caput*? Porque herança é todo um conjunto de bens, direitos e obrigações do falecido. Se a lei aqui se utiliza da expressão herança, para um juiz que procura a equidade e queira, no caso concreto, fazer justiça, ele pode até dizer que houve uma má técnica e contemplar o companheiro sobre todo o acervo hereditário e não só sobre eventuais aqüestos. Na verdade, entendo estar esse inciso apartado do *caput*, dele não dependente. Seria a melhor interpretação, embora de difícil aceitação na doutrina.

E no inciso IV, então, vejam o seguinte: o legislador diz que, em não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança. O que significa isso? Somente a herança em relação aos aqüestos? Ora, totalidade da herança é todo o conjunto de bens, direitos e obrigações transmissíveis do falecido. Então, por esse inciso IV, também afirmo que é possível raciocinarmos que a totalidade da herança não se limitaria apenas aos aqüestos. Sei que tal posicionamento é discutível, pois com a discriminação em relação ao companheiro ou companheira, na realidade o legislador pretendeu incentivar a transformação da união estável em casamento. No entanto, o próprio relator Ricardo Fiúza disso se arrependeu porque no projeto de lei nº6.960 de 2002 foi modificada a redação do art. 1.790, *caput*: “O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte.” A expressão “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” restará afastada devido, a meu ver, aos problemas de inconstitucionalidade antes mencionados.

Esta será uma maneira de se resolver o assunto, mas até lá, até que a modificação seja aprovada, Vossas Excelências terão que decidir. Se entenderem que há efetivamente, *in casu*, dependência dos incisos ao *caput*, a restrição continuará. A meu ver, de qualquer modo, certamente será alegada a inconstitucionalidade não só do *caput* do artigo 1.790, mas também de seus incisos.

Menciono a existência de outra instigante questão e acho que fui o primeiro a levantá-la em palestras proferidas no Hotel Glória e aqui na EMERJ, ano passado dentre as primeiras sobre o tema. Data vênua, meu amigo Prof. Cahali, o Prof. Gustavo Tepedino e eu estamos entendendo que o companheiro é herdeiro necessário. Isso pelo seguinte: em primeiro lugar, o legislador diz que ele participará da herança, de modo imperativo. Em segundo lugar, quem participa de uma herança, ou participa como herdeiro, ou participa como legatário. E aqui se ele recebe quinhão não individualizado, no momento da morte, é um herdeiro. Em segundo lugar, o que é um herdeiro necessário? É aquele que não pode ser afastado da sucessão por testamento válido do autor da herança. É aquele que só vai ser afastado da sucessão, pelo menos em relação à sua cota legítima, se renunciar a herança ou for excluído da sucessão por indignidade ou deserção. Ora, reparem os senhores, o companheiro sobrevivente, desde que haja aqüestos, pela letra fria da lei, ou, então de modo amplo, como eu defendo, sempre participará da sucessão. E inclusive se sobrepõe ao Poder Público, nos termos do art. 1.844, em que “não havendo cônjuge ou **companheiro**, nem parente algum sucessível ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao município, ao Distrito Federal”.

Porém, o mais importante está situado no art. 1.850: “Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”. Ora, regra restritiva de direito patrimonial se interpreta de modo estrito, não sendo possível utilizar-se aqui da aplicação analógica. Esquecendo o legislador ou não, o companheiro ou a companheira não figuram no artigo 1.850. Se não figuram neste artigo, o cônjuge sobrevivente não pode excluí-los da sucessão por testamento. Sendo assim, eles são herdeiros necessários mesmo que suas cotas estejam reduzidas, a meu ver inconstitucionalmente, pelo *caput* do artigo 1.790 e seus incisos.

Ouso defender essa posição até com outro argumento constitucional: se a família é composta pelo casamento e também pela união estável, não pode haver discriminação de direitos entre o cônjuge e o companheiro, *ex vi* os artigos 5º *caput*, 3º, III e 226 *caput* e inciso III, 1ª parte da Carta Magna. Então um “plus” à regra infraconstitucional seria defender que o companheiro ou a companheira é herdeiro necessário por força até da igualdade constitucional, apesar da redação da 2ª parte do artigo 226, § 3º, da Constituição, que dispõe que a lei infraconstitucional deve facilitar a conversão da união estável em casamento. E mais, a propósito desse assunto, o direito real de habitação, que é deferido expressamente no novo Código para o cônjuge sobrevivente, não o foi em relação ao companheiro também. E não há nenhuma justificativa plausível para isso. Muitos doutrinadores, inclusive os professores que se reuniram em setembro no STJ, entendem que, nesse aspecto, continua em vigor a Lei 9.278/96, que concede direito real de habitação no art. 7º, no parágrafo único, ao companheiro ou companheira. Porém a questão vai ser resolvida mais uma vez no Projeto Legislativo 6.960, em que o próprio relator do novo Código Civil insere um parágrafo no artigo 1.790 com a seguinte redação: “Ao *companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ao casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe cai-*

*ba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família desde que seja o único que daquela natureza a inventariar”.*

Sendo assim, temos três caminhos: o juiz pode afirmar que não há direito real de habitação para a companheira porque não há previsão legal para tanto. O segundo caminho é arguir a igualdade constitucional e conceder o direito. O terceiro caminho é entender que a Lei 9.278/96, nesse aspecto, por ser lei especial, continuaria em vigor a partir do novo Código Civil para resolver essa questão. E finalmente quanto ao usufruto legal sucessório do art. 1.611, § 1º, do código atual, não há mais previsão para o cônjuge sobrevivente, e também não há, como era na Lei 8.971/94, em favor do companheiro sobrevivente. Isso por um motivo muito simples – qual era o fundamento do direito de usufruto legal sucessório para o cônjuge sobrevivente e para o convivente na união estável? Ser um direito assistencial para proteger a pessoa que não recebia herança em propriedade, a antiga cota uxória do direito romano que contemplava o cônjuge sobrevivente sem recursos. Agora isso está terminado. Se não há mais usufruto legal para o cônjuge, mesmo que não se defenda, como eu, que o companheiro é herdeiro necessário, também não haverá mais necessidade dessa proteção ao companheiro, estampada, embora de modo imperfeito, no art. 1.790 e seus incisos. Muito obrigado. ☐

# O Direito Sucessório do Não Concebido ao Tempo do Óbito e algumas inovações na Sucessão Testamentária

**CLÁUDIA NOGUEIRA**

*Defensora Pública/RJ. Professora da EMERJ e da UCAM*

O tema que me coube é a abordagem do direito à sucessão legítima e testamentária do não concebido ao tempo do óbito do autor da herança e as inovações na sucessão testamentária. A sucessão do não concebido ao tempo da morte decorre principalmente do fato de que o direito à procriação é inerente à personalidade. Contudo, agora transcende. Não termina mais com óbito. É possível haver a procriação mesmo após a morte de uma determinada pessoa. Entende-se, e a maioria entende dessa forma, inclusive na Europa e em diversos países, que é indispensável que aquele que depositou o seu sêmen em um banco especializado diga, expressamente, qual será o destino do material genético, se para fins de pesquisa, de reprodução, se a esposa ou a companheira futuramente poderá utilizá-lo, mesmo após sua morte. O próprio depositante tem que especificar a finalidade e a aplicação dos gametas.

Em razão desta possibilidade de procriação após a morte da pessoa que criou seu material genético, surgem alguns problemas de direito sucessório. O art. 1.597, inc. III, tem a seguinte redação:

*“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;”*

Fecundação artificial homóloga é aquela que emprega o material genético do próprio casal, diferenciadamente da heteróloga, que utiliza o material reprodutivo de um terceiro. Realmente, bio-

lógica e juridicamente, o marido é o pai, dissipando-se qualquer dúvida com o exame de DNA que confirmará o vínculo parental, se questionado. A problemática não recai sobre o parentesco, mas sobre o direito à sucessão legítima do concebido após o falecimento de seu genitor. A pergunta crucial e geradora de fortes debates na doutrina, principalmente estrangeira: Esse filho concebido após a morte do pai por inseminação artificial homóloga tem direito à sucessão legítima? Porque, quanto à testamentária, é possível, mas quanto à sucessão legítima podemos apresentar duas correntes. Há uma divergência já bastante acentuada, que apesar de ser um tema mais a nível doutrinário, com certeza os senhores poderão se deparar futuramente com um problema desses: a primeira corrente sustenta que o filho não sucede. Autores de porte, como Eduardo Oliveira Leite<sup>1</sup> e Silvio Venosa<sup>2</sup> entendem que o filho concebido posteriormente ao óbito do autor da herança não tem direito à sucessão legítima. Quais seriam os fundamentos? Inicialmente, a interpretação do art. 1.798, que tem a seguinte redação: *“Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”*. Portanto, para ser herdeiro, ele tem que, ao menos, existir, ter sido concebido até o momento do óbito. Logo, se o potencial herdeiro ainda não foi concebido, ele ainda não existe, por isso, não vai ter direito à sucessão legítima.

<sup>1</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.105.

<sup>2</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. VI. São Paulo: Atlas, 3ª ed. 2003, p. 283.

Outro fundamento a respaldar esta posição é aplicabilidade do artigo 1.798, para a sucessão legítima e para a sucessão testamentária.

Um grande problema que tem aqui como pedra de toque nesta corrente seria a segurança, a estabilidade das relações jurídicas. Como podemos admitir que o concepturo, aquele que ainda não foi concebido - e não sabemos quando o será - terá direito a receber esses bens? Quanto tempo esse patrimônio vai ficar aguardando que haja uma concepção que pode nunca ocorrer? O prazo para pleitear os bens seria o mesmo da petição de herança para este que foi concebido após o óbito, nascendo com vida? Isso intranquilizaria inclusive os demais herdeiros e interessados na sucessão, causando também um outro problema sucessório que seria a intenção da viúva. Ela, ao fazer a inseminação artificial, pode não estar imbuída no melhor dos sentimentos - o sentimento materno. Poderá estar interessada em uma sucessão diferenciada, querendo ter mais direitos sucessórios, especialmente, porque o Código Civil atual prevê direito à sucessão da propriedade dos bens ao cônjuge que concorre com os descendentes do falecido, dependendo do regime de bens. Tendo um filho do morto, a sucessão será de uma forma. Se o falecido deixou apenas descendentes não comuns a sua esposa, a sucessão se dará de outra forma, ou, ainda pior, supondo que o falecido não tenha deixado descendentes, mas apenas ascendentes. Concorrerão os ascendentes e o cônjuge sobrevivente independentemente de regime matrimonial. Ela tendo um filho dele, e entendendo-se que o filho sucede, os ascendentes perdem o direito à sucessão e os bens são destinados ao filho e ao cônjuge sobrevivente, este último dependendo do regime de bens. E caso o consorte não tenha direito à sucessão legítima concorrendo com o descendente, terá durante o período do exercício do poder familiar, direito à administração e usufruto legal dos bens do filho menor, devendo ser dispensado um cuida-

do muito grande no reconhecimento do direito sucessório da mulher que fez inseminação artificial *post mortem*, se a mesma for beneficiada patrimonialmente com o nascimento deste filho, até para que as viúvas não se sintam estimuladas com a maternidade para proveito econômico, concebendo filhos após o óbito do genitor. Se admitirmos a sucessão desse filho concebido após a morte, que se lhe dê esse direito, mas o direito da mulher, da esposa, não deverá jamais ser alterado para beneficiá-la. Seu direito poderá ser mantido ou alterado, sim, para ter redução do seu quinhão hereditário ou a perda do mesmo, nunca para angariar vantagens, por conceber um filho do falecido, pois senão estaríamos chancelando, de uma certa forma, a procriação - não para a formação de família ou o direito à procriação - mas, apenas por um fim econômico em que o menor, evidentemente, seria o grande prejudicado.

Ainda nesta primeira corrente, podemos suscitar o direito adquirido dos herdeiros concebidos e já nascidos à sucessão legítima, por terem direito de *saisine*. O artigo 1784 prevê que: "*Aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*". Com o falecimento, imediatamente o domínio e a posse são transmitidos aos herdeiros existentes e a Constituição da República assegura o direito adquirido e o direito à herança, ambos em seu artigo 5º, protegido como cláusula pétrea. Admitirmos que o concebido após o óbito suceda, contraria este preceito fundamental.

Em sentido contrário, a outra corrente sustenta que o filho concebido depois do falecimento sucede, por força do § 6º, do art. 227, da Constituição Federal, que estabelece que todos os filhos são iguais, independentemente de origem. Sendo assim, não tem justificativa o filho concebido antes da morte suceder e o concebido depois, não ter direito à sucessão legítima. Todos são filhos, todos são herdeiros. Se todos são filhos, têm iguais direitos, logo, mesmo concebido após a morte do autor da herança,



nascendo com vida, ele tem direito a essa sucessão. Outro fundamento também com base na Constituição poderia ser a dignidade da pessoa humana. Não se pode sustentar um comportamento familiar, uma convivência digna numa família de um filho com o patrimônio deixado pelo falecido pai e um outro filho, sem patrimônio, dependente, completamente, dos seus familiares. Por isso, a dignidade da pessoa humana também pode amparar esse que venha a ser concebido após a morte do autor da herança.

Ganha reforço a tese favorável à concessão do direito hereditário com o *caput* do art. 1597 que cria uma presunção jurídica, ainda que fictícia, de que o filho foi concebido durante o casamento, portanto, como se vivo fosse o marido.

Nesta esteira de entendimento e também com amparo na Constituição, o direito de herança e o direito de propriedade e sendo filho, deve ser considerado como herdeiro, tendo direito de *saisine*.

Mas, é possível a contraposição desse argumento em favor da primeira corrente dizendo: mas os outros filhos, os outros herdeiros, também têm direito de *saisine*, porque o domínio e a posse foram imediatamente transmitidos na hora do óbito - se foram imediatamente transmitidos no exato momento do falecimento, eles têm direito adquirido a um determinado percentual daquela herança, têm o direito de propriedade e o direito de herança garantidos pela Constituição aos bens que compõem o acervo hereditário.

Na verdade, existe um conflito de normas fundamentais que deve ser dirimido pela teoria da ponderação dos interesses. As duas linhas argumentativas trazem à cena a inevitabilidade de colisão de direitos e princípios fundamentais, dentre os quais se destacam: o direito do filho à sucessão, com base na dignidade da pessoa humana, direito à propriedade, à herança, a igualdade de tratamento a ser dispensado aos filhos, o princípio da paternidade responsável que pode ultrapassar o período de vida do genitor, propiciando aos filhos

meios materiais de sobrevivência e vida digna, ou em contraposição para a outra linha de pensamento, o direito dos demais que existiam à época do óbito, com base na segurança das relações jurídicas, na previsão do artigo 1798 do CC, e também no direito de propriedade, no direito de herança e no direito adquirido.

Sem dúvidas, deparamos-nos com o antigo conflito, que sempre acompanha o direito: de um lado, a estabilidade das relações jurídicas; de outro, a justiça no caso concreto - porque pela justiça no caso concreto, deveria prevalecer a segunda corrente. Claro, é filho, todos os filhos são iguais, dignidade da pessoa humana, direito à herança, os filhos não podem ser tratados diferenciadamente, garantindo-se-lhes a sucessão. É a justiça no caso concreto. Para a outra vertente, a estabilidade das relações jurídicas, impedindo-se que sejam criadas situações indefinidas de patrimônios que ficariam aguardando uma possível concepção - que pode não ocorrer.

Situação diversa é a da prole eventual, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas em ato de última vontade, como preceitua o artigo 1.799, I do CC: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

*I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;”*

A controvérsia se o concebido após o óbito é legitimado para suceder reside na sucessão legítima. Na sucessão testamentária há previsão legal.

Mas, como ficarão os bens do morto até o nascimento? E se o herdeiro esperado não for concebido ou não nascer com vida, qual o destino do acervo hereditário? O artigo 1800, responde, em parte, estes questionamentos. Em princípio, o patrimônio será administrado pelo curador nomeado judicialmente, que preferencialmente será a pessoa que gerará o futuro herdeiro, caso não disponha diversamente o testador.

E o prazo para a concepção? Há algum prazo que deve ser aguardado? O parágrafo 4º do artigo 1.800, assim dispõe:

“Se, decorridos 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

Será este prazo inconstitucional por restringir o direito de herança? E a segurança das relações jurídicas, como fica?

Pontue-se que estamos tratando de sucessão testamentária. Se essa sucessão é legítima, poderemos, dependendo da corrente, ficar presos ao disposto no art. 1.798, que entende que somente aquele ao menos concebido pode suceder. Se ainda não foi concebido, não é legitimado.

Esse período de dois anos do parágrafo 4º limita o tempo de indefinição, de insegurança, porque dá um tempo para que ocorra a concepção, – e entendo que tal prazo não é aplicável para o fideicomisso, o que será analisado posteriormente. Não sendo concebido o herdeiro esperado nesse prazo de dois anos, os herdeiros legítimos existentes ao tempo da morte seriam os sucessores.

Cabe salientar um tormentoso problema teórico e bastante prático, quanto à propriedade dos bens nesta fase em que se aguarda a concepção. Não ouvi nenhum comentário ou questionamento a respeito. Se o herdeiro não nascer, os herdeiros legítimos do testador sucedem, se o testador não dispuser de forma diversa. E se ele for concebido após o óbito e nascer com vida? Quem será o titular do direito de propriedade neste período de tempo entre a morte e o nascimento com vida do herdeiro testamentário, se ele ainda não existia ao tempo do falecimento? Quem não existe não pode ser titular de direitos ou obrigações. O legislador admitiu a sucessão do não concebido ao tempo do óbito, porém não regulou como ficará a cadeia dominial. Exemplificando, o titular dos direitos falece e somente um ano depois do óbito o herdeiro é concebido. Quem deve figurar como proprietário até o nascimento com vida? Questiona-se isso por não ser possível a vacuidade destas relações jurídicas patrimoniais.

Será razoável a criação da ficção de que o herdeiro era titular dos bens desde a morte, apesar de não ter sido nem mesmo concebido à época do óbito? Terá o Código previsto uma exceção de herdeiro sem direito de *saisine*? Porque como ele ainda não existe não pode ser titular do direito de propriedade no momento do óbito, contudo o artigo 1.784 prevê a transmissão da herança, ou seja, propriedade e posse, desde o momento do falecimento aos herdeiros. Bem, estas são apenas algumas indagações para serem discutidas sobre este enfoque do problema e merecem ser estudadas pela doutrina.

Relativamente à sucessão do não concebido, uns dos problemas mais interessantes a enfrentar são: a) se o filho concebido após a morte terá direito à sucessão legítima; b) qual e se terá a genitora do concebido posteriormente ao óbito direito à sucessão, com base nos artigos 1.829, I c/c 1.832; c) Quem será o proprietário dos bens entre o período do óbito e a concepção com nascimento com vida, se o herdeiro não existia ao tempo do falecimento? Estes são, acredito, alguns questionamentos que devem ser enfrentados nos planos teórico e prático.

Outro aspecto interessante a ser abordado, também em razão do artigo - 1.597, IV - é o dos embriões excedentários e o direito à sucessão legítima: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos (...) IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga...” Nesta hipótese, entendendo-se que já ocorreu a concepção e a mesma foi antes do óbito, esses embriões – lógico, havendo nascimento com vida – irão suceder, terão direito à sua sucessão. Se entendermos que a concepção só ocorre com a implantação do embrião no útero, voltamos a mesma divergência suscitada anteriormente quanto ao inciso III do artigo 1597 do CC.

O problema é que os embriões podem ficar congelados durante muitos anos e o artigo 1.800 § 4º, é relativo à sucessão testamentária, podendo ficar em aberto qual seria esse prazo para o

nascimento, pois como o embrião foi gerado com material genético do próprio autor da herança, este é o genitor. A questão aqui delineada é que na sucessão legítima não há qualquer previsão de prazo, pois o art. 1.798 prevê que o herdeiro deve ter sido ao menos concebido ao tempo do óbito do autor da herança.

Outra novidade que envolve o concepturo são as novas regras sobre o fideicomisso, artigo 1.951 e seguintes, especialmente o 1.952, ambos do novel Código.

O 1.951 conceitua o fideicomisso, sem alterá-lo, permanecendo a dupla vocação. A primeira, com a morte do fideicomitente os bens passam para o fiduciário e a segunda, quando ocorre a morte do fiduciário, o cumprimento de uma condição ou termo, adquirindo o fideicomissário o bem fideicomitado e por causa desta dupla transmissão que a doutrina e jurisprudência, há muito, repudiam este instituto, defendendo sua abolição.

A modernidade trazida pelo art. 1.952 é a admissão do fideicomisso só para aqueles que ainda não foram concebidos. O fideicomissário tem que ser não concebido ao tempo do óbito do testador. O art. 1.952 determina que: “*A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador*”.

Já o parágrafo único estabelece que: “*Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitados, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.*” Nascendo o fideicomissário antes do óbito, há uma transmutação do fideicomisso e o fiduciário será usufrutuário e o fideicomissário nu-proprietário.

Feitas estas considerações de cunho genérico, aprofundemo-nos no estudo do instituto. Primeiramente, a lei não regulou a hipótese do beneficiado ter sido concebido mas não nascido ao tempo do óbito. Menciona que vai ser fideicomissário se não concebido, e se nascido, será nu-proprietário. E se estiver em fase de gestação? E se for um nascituro? Este nascituro terá

direito a sucessão testamentária? Ele pode ser contemplado com esses bens? Ou a sucessão necessariamente será a legítima?

Não há solução pacífica. O Código não regulou e, se não há regulamentação legal atribuindo direito ao nascituro de receber como fideicomissário ele não sucede, caducando esse fideicomisso - consolida-se a propriedade nas mãos do fiduciário. Enfatize-se, pelo art. 1.952 só se admite como fideicomissário o não concebido. Se caduca esse fideicomisso, a sucessão passa a ser uma sucessão testamentária simples, com apenas uma única transmissão de patrimônio. Por lado, pode-se sustentar que a lei civil antiga e atual põe a salvo os direitos do nascituro e negar-lhe o direito de herança, *data vênia* de entendimentos contrários, fere o preceito constitucional que garante a todos, sem distinções o direito de herança. Repise-se, por as-saz relevante, que o direito do concepturo foi regulado, bem como o daquele nascido ao tempo do óbito. Entendo que a omissão do legislador civilista criou uma inconstitucionalidade.

Uma questão que pode ser levantada de particular relevo, como antes salientado: O artigo 1.800, § 4º pode ser aplicado também para o fideicomisso? Isso porque esse § 4º refere-se à sucessão testamentária, e o fideicomisso só ocorre se houver testamento. A lei não faz regulamentação quanto ao prazo para que o fideicomissário seja concebido. Em razão disso, Silvio Venosa<sup>3</sup> sustenta que deve ser aplicado o referido dispositivo, no fideicomisso, e aí ousa divergir do eminente mestre, porque esse artigo 1.800, parágrafo 4º, como lido, é referente à sucessão testamentária sim, mas a parte final dele é contrária à própria essência do fideicomisso, ao determinar: “... *salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos*”. Se ele não for concebido no prazo assinalado, *data venia*, os herdeiros legítimos não podem ficar com o patrimônio; quem

<sup>3</sup> idem

tem que ficar com o patrimônio é o fiduciário, em decorrência da caducidade do fideicomisso. Então sempre que, por algum motivo, a segunda transmissão não se realiza, há a consolidação da propriedade plena e irrestrita do fiduciário.

Entendo que não podem os herdeiros legítimos suceder na segunda vocação. Eles não poderiam assumir o lugar do fideicomissário. O artigo 1952 *caput* só admite como fideicomissário o não concebido ao tempo do óbito do testador, não teria como esse herdeiro legítimo suceder na qualidade de fideicomissário se ele já era concebido ao tempo da morte do testador. Raciocínio diverso desconfigura completamente a essência do instituto do fideicomisso como previsto no atual Código, criando uma ilegalidade. Como a matéria é recentíssima, merece detida atenção, pela inconveniência que seria permanecer em aberto sem um termo especificado, para a concepção desse fideicomissário.

Quando terá o fideicomissário direito à propriedade dos bens? A pessoa é concebida após a morte do testador, nascendo com vida. Ele vai ter direito a esse patrimônio, mas este patrimônio será transmitido no momento do seu nascimento, ou pode-se aguardar um tempo futuro ou alguma situação futura?

Entendo que dependendo do que foi disposto no testamento, ele vai receber os bens ou terá apenas mera expectativa de direitos, tendo que cumprir certa condição ou aguardar o termo previsto no testamento ou a morte do fiduciário. Nesses casos, esse fideicomissário, nascendo, não necessariamente terá a propriedade e a posse dos bens, porque se não fosse assim, dificilmente poderíamos explicar a possibilidade do cumprimento da condição, porque quem cumpre a condição é o fideicomissário; se ele ainda não foi nem concebido, claro que não poderá cumpri-la. Por isso, pode-se dar um lapso temporal além do nascimento, para que ele venha a receber – nasce, depois cumpre a condição; nasce, espera que o termo se complete; portanto, o nascimento com vida é essencial para garantir o

direito sucessório, mas não tem que ser imediata a transmissão com o nascimento, por força do regulado na lei nos artigos 1.951 e 1.952, que, repetindo, estabelece que: *“Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário”*. Se o fideicomissário, nascendo, sucede, ele jamais teria essa condição, a não ser que fosse imposta, por exemplo, uma condição como: *“ele vai ter direito a receber os bens se for filho homem, ou filha mulher”*<sup>4</sup>. – não deixa de haver a possibilidade de uma colocação, dessa forma, pelo testador. Fora isso, se é o próprio que tem que cumprir a condição, não pode haver a transmissão no exato momento do nascimento, até porque não tem previsão legal para isso.

Outro questionamento. O fideicomissário pode casar pela comunhão universal e o artigo 1.668 estabelece que: *“São excluídos da comunhão: (...)II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva...”*. Se ele tivesse direito ao patrimônio no momento em que nascesse, não haveria esta regra. O direito à sucessão pode se cristalizar posteriormente ao nascimento do fideicomissário. O importante é que a concepção seja posterior ao óbito do testador. O que dispõe, aqui, o legislador, que tem uma redação idêntica ao 263 do Código Civil anterior (de 1916), que enquanto os bens estão com o fiduciário, esse patrimônio não comunica com o cônjuge do fiduciário, por ser propriedade resolúvel, havendo o cumprimento da condição, o termo ou a morte do fiduciário, todos os bens terão que ser entregues para o fideicomissário.

Quanto ao fideicomissário, esses bens podem se comunicar se, ao tempo do cumprimento da condição, ele for casado pelo regime da comunhão univer-

<sup>4</sup> Nesse sentido a monografia de pós-graduação da Dra. Monica Reisky sobre substituição fideicomissária.

sal, porém se for separado judicialmente, à época do cumprimento da condição, mesmo que fosse casado ao tempo do óbito, o cônjuge do fideicomissário não tem direito à meação do bem fideicomitido, o bem não comunica. Antes do cumprimento da condição, o fideicomissário tem mera expectativa de direitos.

Como nosso tema abrange as inovações na sucessão testamentária, além da sucessão do concebido após o óbito, valem algumas anotações sobre as cláusulas restritivas de direitos. O entendimento já consagrado na hermenêutica jurídica e sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, Súmula 49, de o bem inalienável ser incomunicável e impenhorável foi elevado ao patamar de lei civil no seu art. 1911: “*A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade*”.

O artigo 1.848, estipula: “*Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima*”.

Quanto à disponível, não há nenhuma novidade. Sobre a disponível, pode o testador impor a cláusula de inalienabilidade, de incomunicabilidade, de impenhorabilidade, independentemente de justificativa, apesar de estas cláusulas sempre terem sido duramente criticadas pela doutrina e pela jurisprudência, por retirarem o bem do comércio e restringirem o direito de herança, constitucionalmente garantido.

A justa causa vem sendo exigida só em relação à legítima. Mas, o que pode ser considerado como justa causa para que se mantenha a cláusula restritiva? Evidentemente que isso vai variar muito caso a caso, vai depender do convencimento do juiz a respeito da questão. Pode-se entender, por exemplo, como uma boa justificativa: “deixo os bens que vão para o meu filho fulano de tal gravados com cláusula de inalienabilidade porque ele é toxicômano, ou porque ele é alcoólatra, ou viciado em jogo, ou um perdulário, ou um gastador compulsivo”.

Uma providência do autor da herança, acautelando o futuro de seus herdeiros necessários.

Similar o entendimento quanto à impenhorabilidade, podendo ser usados os mesmos argumentos da cláusula de inalienabilidade, assim como aquele que sabe que seu filho tem inúmeras dívidas e não quer que os bens deixados na sucessão legítima e/ou testamentária caiam nas mãos dos credores daquele herdeiro necessário, podendo o testador gravar seu patrimônio com a cláusula de impenhorabilidade para a proteção do filho devedor.

O mais difícil é justificar a cláusula de incomunicabilidade. Qual a justificativa para que o patrimônio não comunique? O interesse se revela se o herdeiro necessário for casado pelo regime da comunhão universal de bens, porque todos os bens se comunicam e o cônjuge do herdeiro sofre de algum dos problemas acima citados, por exemplo. Este é o alvo do preceito. Em situação diversa não se justifica a cláusula. Caberá ao magistrado a cognição profunda em contraditório pleno e com ampla tessitura probatória julgar o pedido de “levantamento” de qualquer das cláusulas restritivas.

Estas cláusulas podem ser “levantadas”? O que pode justificar a alienação de um bem inalienável? A jurisprudência com o aval da doutrina vem admitindo a alienação em casos urgentes e justificados, como um problema de saúde do próprio herdeiro ou de seu filho que não tem recursos próprios e o tratamento oferecido pela rede pública é insuficiente, gerando necessidade de complementação. É um justo motivo para o levantamento, mesmo tendo havido uma justa causa prevista no testamento. A alienação desse patrimônio pode ser a solução para salvar a vida do herdeiro, até porque os direitos à vida, à propriedade com função social e o direito de herança são garantidos constitucionalmente. O direito à vida é hierarquicamente superior ao bem jurídico tutelado patrimonial.

O parágrafo 1º do mesmo artigo, contém a novidade que proíbe o testador

de estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. Antes, o testador podia determinar que os bens fossem convertidos. Agora, a lei veda a determinação de conversão dos bens da legítima em outros bens. Será possível somente quando for a conversão dos bens da disponível, não havendo restrição legal.

Parágrafo 2º *“mediante a autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros”*.

A outra novidade a apontar é o testamento aeronáutico. Uma nova modalidade de testamento especial, que, na verdade, não trouxe nenhuma variante do testamento marítimo, exceto a situação fática. Ele vem regulado da mesma forma como o testamento marítimo, não trazendo nenhuma disposição significativa.

O número de testemunhas testamentárias foi reduzido. Não há mais a necessidade de cinco testemunhas para o testamento, em alguns casos podem ser três testemunhas e em outros apenas duas, dependendo da espécie do ato de última vontade.

Na parte relativa à colação, infelizmente, o Código obrigou apenas os descendentes em seu artigo 2002, que tem a seguinte redação: *“Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”*. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos serão computados na parte indisponível sem aumentar a disponível. E a finalidade da colação é igualar a legítima dos herdeiros necessários. Contudo, dependendo do regime, é admissível doação de um cônjuge ao outro, até mesmo em pacto antenupcial. Mas o legislador não exigiu que o cônjuge donatário ou o ascendente donatário traga o bem doado à colação no inventário do doador. A lei só exige que o descendente, que recebeu o bem, traga-o à colação. Os demais herdeiros ne-

cessários não precisam colacionar as doações.

Esses são apenas alguns pontos e críticas em relação à sucessão do herdeiro não concebido ao tempo do óbito, sobre disposições fideicomissárias e algumas inovações na sucessão testamentária. Realmente, as sucessões do cônjuge e do companheiro apresentam maior repercussão prática, com o maior número de debates por ser o nosso cotidiano. As hipóteses aqui abordadas são bem mais raras, por não ter o brasileiro hábito de fazer testamento. Ele é avesso à sucessão testamentária por questão cultural e as sucessões do cônjuge e do companheiro mudaram a estrutura do direito sucessório com a concorrência de classes.

Novamente, quero agradecer a todos, especialmente à EMERJ pela oportunidade de poder apresentar essas considerações.

## DEBATES

### Prof. Marco Aurélio Bezerra de Mello

1 - Observei que houve um equívoco do legislador, em meu modo de ver, no artigo 1.831 quando é deferido ao cônjuge sobrevivente o chamado direito real de habitação. Sabemos que o direito real de habitação, assim como o usufruto vitalício, ingressou no ordenamento jurídico com a função de proteger, no caso, à época nas mãos de Nelson Carneiro, a mulher casada.

Então isso tudo sempre teve um aspecto excepcional e protetivo, de modo que o contemplar de direito ou contemplada de direito real de habitação, se ele constituísse nova união estável já com o ordenamento constitucional atualizado, atualizando o Código Civil, o outro casamento perderia a sua função e deveria ser extinto. Contudo, na redação do novo Código Civil, em 1983, se esqueceram, só posso entender dessa forma, a temporariedade. O Código dispõe que ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo do que lhe cabe na herança, o direito real de habitação

relativamente ao imóvel destinado... Será que criaram um direito real de habitação perpétuo? O que seria um total absurdo.

Sendo assim, gostaria que Vossa Excelência enfrentasse a seguinte questão: Se podemos, apesar do silêncio da lei, dar uma interpretação extensiva? E se o projeto do Deputado Fiuza, que objetiva corrigir, quer dizer que ele inclui a temporariedade do instituto no 1.831, está correto ou não.

### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

O art. 1.831 traz um direito real, que é ambulatório, que adere à coisa, que acompanha a coisa e realmente não há redação do Código Civil de 16. Esse código dispunha que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão universal, o novo código não traz qualquer regime, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem o prejuízo da participação da herança, o direito real de habitação. O novo Código não traz essa situação, ou seja, passa a ser um direito vitalício ao cônjuge sobrevivente, o que vai criar uma situação deveras embaraçosa. Imaginem a situação em que uma pessoa, casada por qualquer regime e que tenha um filho fora dessa união, venha a falecer. Esse filho recebe a propriedade daquele único imóvel a ser inventariado com a madrasta dentro. O Direito Real adere à coisa. E mais a madrasta arranja um outro homem e o traz para a sua residência. Então, o que o filho pode fazer? Aguardar a morte, somente. Isso somente será corrigido se o projeto for aprovado. No projeto 6.960, o relator aperfeiçoou e voltou a dizer o seguinte: artigo 1.831: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, a finalidade assistencial, fornecer habitação, enquanto permanecer viúvo ou não constituir união estável, será assegurado sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação”.

Enquanto não houver modificação legislativa, será um direito real vitalício, como é, por exemplo, o usufruto testamen-

tário em que não haja limitação temporal para o exercício do direito de usufruto. Realmente virou vitalício, mas vai ser corrigido, espero, o mais breve possível.

### **Prof. Marco Aurélio Bezerra de Mello**

Até entendo e até por uma experiência prática de todos os meus amigos, pois não tive nenhum amigo que convertesse a união estável em casamento. Então foi um lamentável equívoco dizer que o objetivo de quem vive em união estável é converter em casamento. Contudo, esse lamentável equívoco foi constitucional, porque no art. 226, parágrafo 3º, da Constituição, na sua parte final, é estabelecido que deve a lei facilitar a sua conversão em casamento. Então não me parece, com redobrada vênia, que o herdeiro, agora dito pela lei, companheiro, possa ser entendido como herdeiro necessário porque, em meu modo de ver, o legislador quis deliberadamente colocar o companheiro de fora da idéia do herdeiro necessário e se nós observarmos a redação do 1.790, é diferente da redação da vocação hereditária. A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, a idéia do legislador foi exatamente, não que a união estável seja uma relação de segundo plano, evidente que não, mas essa diferenciação foi feita de acordo com a Constituição da República.

Nesse passo, na Jornada de Direito Civil, a qual participamos no STJ, na parte do Direito de Família, foi aprovado o enunciado 97, que coloca a questão no seu devido lugar. Ele dispõe o seguinte: “No que tange à tutela especial a família, devem ser estendidas as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge, à situação jurídica que envolve o companheirismo”. Como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente. Porque lá no artigo 25, da parte geral, esqueceram-se do companheiro. Na hora de prever a legitimação para a declaração da ausência, não colocaram o companheiro, foi um lamentável esquecimento porque ausência envolve tutela da família. Aqui, no 1.790, apesar da sua

péssima colocação e horrorosa vedação, pois a impressão que dá é que o companheiro só recebe tudo se não tiver sequer um tio-avô, como está no artigo 1.790. Entendo que o companheiro não pode ser visto, em hipótese nenhuma como herdeiro necessário. Essa omissão do legislador foi deliberada e de acordo com o artigo 226, parágrafo 3º. Sendo assim, abro espaço para a réplica.

### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

O próprio relator do projeto do atual Código Civil está evoluindo. Ele, no artigo 1.790, diz que o companheiro participará da sessão do outro no projeto do Legislativo na forma seguinte – como disse aos senhores aquela disposição altamente, a meu ver, inconstitucional, foi suprimida. Inclusive ele procura equiparar ao máximo. A redação do projeto, para o artigo 1.790, reparem, dispõe:

*“Em concorrência com o descendente, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a um desses (continua a discriminação), salvo (ou seja, ele se aproxima da redação do cônjuge sobrevivente) se tiver havido comunhão de bens durante a união estável, o autor da herança não houver deixado os bens particulares ou se o casamento dos companheiros, se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória”.* Então, reparem que há uma evolução no sentido de realmente equiparar os direitos sucessórios da companheira ao do cônjuge sobrevivente, apenas mantendo uma diferença de metade. Agora, peço uma reflexão aos senhores: muitos dos nossos colegas da EMERJ, inclusive os Professores Sylvio Capanema e Leone, acham que é absolutamente inconstitucional qualquer tipo de discriminação entre cônjuge ou sobrevivente e companheiro. Isso porque o fato de a Constituição ter afirmado que a lei deve converter união estável em casamento, não significa que possa haver a discriminação e que a união estável é uma união de segunda classe. Na realidade, é um tipo de família. E o *caput* do art. 226 da Constituição

Federal, que é a regra de incidência imediata à Lei infraconstitucional, dispõe que a família tem especial proteção do Estado. Não consigo entender e aceitar essa discriminação. O próprio relator está mudando de idéia a respeito disso. Agora, mesmo nos abstraindo da redação da Constituição, como poderíamos interpretar o artigo 1.850? E para excluir da sucessão só os herdeiros colaterais? *“Basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.* O que é um herdeiro necessário, independentemente do tamanho de sua cota? É aquele que não pode ser excluído da sucessão por ofício de piedade da “novela” 119, do Imperador Justiniano, por vontade do hereditando, do falecido. Ora, na realidade, pelo art. 1.850, não haverá possibilidade de aplicação de uma regra restritiva de direito por analogia. Então, o companheiro não pode ser excluído da sucessão, independentemente do tamanho de sua cota, por vontade do testador, mesmo o testamento válido.

Sendo assim, quando ele pode ser excluído da sucessão? Só se ele renunciar ou houver indignidade ou deserdação, ambas confirmadas por sentença judicial. Acho que é perfeitamente possível defender-se a par da inexistência de redação expressa sobre o assunto em relação ao companheiro, que lhe é, em simetria com o cônjuge sobrevivente, herdeiro necessário. Essa é a minha posição, a do Prof. Gustavo Tepedino... Vamos ver o que vossas excelências vão decidir a respeito do assunto, agora reflitam: no Direito Brasileiro existem muitas companheiras que estão há dez, vinte, trinta anos com um homem e na hora da sucessão vamos dizer isso: Quem mandou viver em uma união de segunda classe? Por que não casou? Por que não converteu?

O Estado está interferindo na família, impondo uma conversão. Muitas vezes, o casal é feliz dessa maneira. Vou dar um exemplo: Uma das melhores amigas da minha mãe vivia super feliz há trinta anos em união estável com um senhor. Um belo dia, me consultaram porque queriam converter a união estável em casa-



mento. Então, redigi uma escritura pública declaratória de união estável e eles entraram com um pedido de habilitação de casamento. Então, com essa escritura declaratória de união estável, com cinco testemunhas, que compareceram ao ato, houve a conversão em casamento. Contudo, seis meses depois, o casamento acabou e eles não se falam mais.

Dessa forma, não entendo como o Estado, que tem tanta coisa para fazer, além de matar a fome do nosso povo, como diz o nosso Presidente, vai se preocupar em dizer: Olha é melhor que os que vivem em uma união de segunda classe se casem, pois, caso contrário, o seu companheiro ou companheira será prejudicado. Ora, é muito melhor deixar as pessoas decidirem como querem ser felizes, sem interferência do Poder Público. Acho que essa regra de igualdade, a par da redação do § 3º do art. 226, é uma imposição da Constituição Federal.

#### **Prof. Marco Aurélio Bezerra de Mello**

Antes de mais nada, queria deixar bem claro que concordo com essa posição de defesa da união estável. O problema que estou apresentando como contraponto é que antes desse raciocínio de emergência do novo Código Civil, talvez tivéssemos que pensar na emenda constitucional. O final do parágrafo 3º do artigo 226, é péssimo, mas está na nossa lei maior. Então, dizer que o companheiro, apesar da omissão legal, é herdeiro necessário, é malferir o ruim final do parágrafo terceiro do artigo 226, na medida em que o constituinte disse que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. A meu ver não foi uma boa opção constitucional, não devia constar isso. E outra coisa: no projeto de lei do Deputado Fiuza, o artigo 1.845, que apresenta quem são os herdeiros necessários, vai continuar intocado, ou seja, se esse projeto de lei for aprovado, continuarão, no ordenamento jurídico brasileiro, como herdeiros necessários, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Então, além da alteração legal, deve-se pensar na constitucional.

#### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

É uma questão de ponto de vista, interpreto de uma maneira e meu grande amigo interpreta de outra. Agora, só uma observação: a natureza jurídica das coisas não se define, às vezes, por uma expressão da lei, mas sim por uma interpretação sistemática no conjunto e a regra constitucional, a meu ver, interpretada da maneira que acho a mais correta, tem que ser aplicada imediatamente ao Direito infraconstitucional.

#### **Prof. Marco Aurélio Bezerra de Mello**

É só uma indagação, porque o novo Código Civil não fala da possibilidade de o Ministério Público propor ação excluindo o herdeiro por indignidade. Nós vivenciamos, há pouco tempo, um caso terrível, em São Paulo, em que a filha matou os pais e, em seguida, com a presença dos jornalistas, o filho, que poderia excluí-la por indignidade, perdoou. Rapidamente, de plantão, foi levantada a seguinte possibilidade: de o Ministério Público propor essa ação. No meu modo de ver, é um lamentável equívoco porque é uma questão meramente patrimonial. Contudo, foi objeto de uma aprovação unânime na jornada de Direito Civil. Quer dizer, o enunciado número 116, dizendo que o Ministério Público pode propor ação de exclusão do herdeiro por indignidade quando presente o interesse público. Gostaria de saber a opinião dos senhores.

#### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Os enunciados do STJ, os quais participamos com muito orgulho inclusive representando a EMERJ e a Defensoria Pública, são na realidade a opinião de um grupo de juristas naquele momento. Mas o próprio enunciado dispõe que o Ministério Público, por força do artigo 1.815 do novo Código Civil, “desde que presente o interesse público”, contudo, a meu ver, aqui não há interesse público, mas sim exclusivamente patrimonial.

E na hipótese supracitada do menino, se ele for absolutamente incapaz, quem vai agir por ele é o seu tutor, já que os pais

faleceram. O tutor vai poder entrar com a ação de indignidade. Se ele for relativamente incapaz, não sei qual é a idade dele, ele é quem terá a legitimação para propor a ação assistido pelo tutor. Sendo assim, dependerá dessas circunstâncias. Agora, não admito que o Ministério Público possa entender isso como interesse público. Não há de se confundir clamor público com o fato, com o interesse público que não está presente na hipótese.

### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Gostaria de fazer uma rápida indagação ao Prof. Luiz Paulo. Sua Excelência afirmou que o Estado não sucederia imediatamente após a morte do *de cuius*, mas só posteriormente. Então a indagação é a seguinte: E nesse período, a quem pertence a herança, a quem pertence o patrimônio?

### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

O posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, lembro-me muito bem, se não me engano, de um acórdão relatado pelo Des. Thiago: como não existe vácuo sucessório no direito brasileiro e como a sentença que transforma a herança jacente em vacante, o próprio CPC e o Código dispõem que o juiz declarará por sentença, esse é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que realmente o poder público é herdeiro sim, ou seja, porque a sentença retroage seus efeitos *ex tunc* à data da abertura da sucessão, portanto há o fenômeno da *saisine* para o poder público. Mas esse posicionamento não é o do STJ atualmente. O do STJ defende, inclusive para questões do usucapião, que como o momento em que a propriedade passa ao poder público é o momento da sentença, ou seja, entendendo que a eficácia será *ex nunc* e, portanto, ele não é herdeiro e sim meramente sucessor obrigatório. A meu ver, o mais correto posicionamento é o do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tecnicamente falando.

Porém, o posicionamento do STJ acabará, se o recurso especial for conhecido

pela divergência, prevalecendo. Também existe aquele outro aspecto de normalmente o Defensor Público defender o usucapiente. É muito difícil ver um Defensor Público defender o proprietário ou o ex-proprietário. Sendo assim, é uma questão apenas de posicionamento. Entendo que tecnicamente é mais correta a posição de que a sentença tenha eficácia retroativa e que exista essa *saisine*. O STJ entende diferentemente e talvez seja o indício de aceitação pelo novo legislador da posição do STJ, porque não está mais constando como acontecia no 1.603, inc. 5º, da ordem de vocação hereditária o poder público. No novo Código temos na ordem de vocação hereditária: descendente, ascendente, cônjuge ou sobrevivente e colateral até o quarto grau, afastou-se, por isso é que entendo que o novo Código acaba optando pela corrente do Superior Tribunal de Justiça, embora entenda que não é mais técnica.

### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Se o Estado não sucede, seria coisa de ninguém nesse período, pois não é do morto. Veja bem, o herdeiro é herdeiro porque recebe, porque houve uma sucessão. Então, se não é coisa de ninguém, aí sim explica muito bem o usucapião, estou adquirindo. Mas se não há, se nesse período é coisa de ninguém, como é que houve a sucessão? Então o problema: de quem é a propriedade nesse período entre a morte e a efetiva sucessão do Estado?

### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Tecnicamente, a posição que foi defendida, muitos anos, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é mais acertada, ou seja, a sentença de vacância é declaratória e retroage os seus efeitos à data da abertura da sucessão e não pode haver vácuo sucessório no direito brasileiro, porque nós adotamos o princípio da *saisine*, o Des. Cavalieri tem toda razão. Mas quanto à posição do STJ, existem acórdãos sobre isso, de que não, ou seja, de que não seriam herdeiros, para eles não haveria

*saisine* para o poder público, seria um mero sucessor obrigatório, pois não pode renunciar a herança delegada. Inclusive já houve manifestação em caso de usucapião, que pode consumá-lo depois da morte e antes da sentença que declara a herança vacante.

### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

No art. 1.798, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas, o que já foi colocado no momento da abertura da sucessão, e aí veio aquele questionamento todo da fecundação posterior etc. Só que o artigo 1.597 fala “presumem-se concebidos”. Então temos, no meu entender, duas situações. Temos a situação de concebido e temos uma definição legal de concebido. Concebido não será só aquele que já foi efetivamente concebido, mas também aquele que a lei presumir que é concebido. E quando estudamos Introdução à Ciência do Direito, vemos a diferença entre presunção e ficção jurídica. Presunção é uma realidade que a lei estabelece *a priori*, mas com base nas probabilidades. E que me parece que são as hipóteses dos incisos I e II. O filho nascido durante os trezentos dias etc. E ficção jurídica é a mentira jurídica, aquela situação que a lei estabelece como verdade, embora sabendo que aquilo não é verdade, nunca será verdade, mas precisa ser. Um exemplo é dizer que todos conhecem a lei, pois é publicada. Tinha um professor que dizia que quando a lei diz que o peixe é porco, fica sendo. Então não parece aos senhores que as hipóteses, principalmente do inciso IV e V, são de ficção jurídica de concepção? Quer dizer a lei estabeleceu aqui, no meu entender, uma ficção jurídica. Observem: “São também concebidos, para efeitos de lei, (ou seja, faz de contas que foram para todos os efeitos), aqueles que havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões etc. e aqueles havidos por inseminação artificial. E me parece que assim nem precisaríamos chegar a tanto de buscar um fundamento constitucional de isonomia etc. porque a lei estabeleceu

um novo conceito de concepção. É algo que coloco para reflexão.

### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Des. Sergio Cavalieri, entendo que o problema não vai acontecer quando havidos por fecundação artificial homóloga ainda em vida do hereditando. O problema é essa parte final depois da vírgula (*mesmo que falecido o marido*).

### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

E aí não é uma ficção jurídica? A lei quis que isso fosse considerado concepção. Quando a lei chama o peixe de porco, fica sendo. A lei disse: - isso é também concepção.

### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Vamos fazer um caso concreto. Vamos supor que eu estivesse morrendo e que estou casado com alguém e que para uma resolução do Conselho de Medicina para que haja a reprodução assistida é preciso expressa autorização do marido. Homóloga ou heteróloga, esta com muito mais sentido. Aí digo que dou autorização em vida, pois estou morrendo, que você, através da reprodução assistida, conceba alguém depois da minha morte. Então retira-se o sêmen e congela. Qual seria o momento da concepção? Já faleci e nesse momento o sêmen é introduzido no útero materno ou com o embrião excedente que fica *in vitro* já congelado, só vai acontecer a concepção depois que se insere no ventre materno. Ali é que vai haver a concepção. Nesse ponto é que existe o problema. E eu já faleci, a minha sucessão já foi aberta pelo sistema da *saisine*. Depois que eu faleci, através de uma autorização que dei em vida é que foi feita a introdução do sêmen no útero materno. E aí é que surge o problema: essa criança, que nasceu depois do meu falecimento, terá direito à herança ou não?

### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Mas a lei quis assim. Existem casos de presunção e outros de ficção. Faz de conta que foi concebido, assim como

todos presumem a lei, está disposto que todos conhecem a lei, contudo não é bem assim. É uma realidade jurídica que ela quis estabelecer, não é verdade hoje e não será nunca.

**Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Agora, mesmo se dependesse apenas da Constituição, defenderia o seguinte: se há uma presunção de que o pai é o que as núpcias demonstram. E se o marido autorizou (e terá que autorizar), essa presunção vai vingar. E o que acontece: o legislador diz: você é filho, conforme o art. 1.597, mas você não pode receber o direito sucessório. A meu ver, isso é incoerente, tanto no sistema infraconstitucional quando no sistema constitucional, mas essa polêmica foi levantada porque existem autores renomados, como, por exemplo, Silvio Venosa, Eduardo Leite, que lançou pela Forense uma obra que defende que filho pode ser, mas não vai receber herança porque a transmissão já ocorreu anteriormente, os direitos já foram adquiridos pelos herdeiros e não vai acontecer. É por isso que acho que dá para defender essa questão dentro do ponto de vista constitucional.

**Des. Sergio Cavaleri Filho**

Vou formular uma indagação que foi feita à Prof<sup>a</sup> Cláudia: De acordo com

o art. 1.668, inc. II, o direito ao fideicomissário não se comunica antes de realizada a condição suspensiva. Mas se considerarmos que o fideicomisso esteja subordinado ao termo, haverá a comunicação, principalmente considerando o art. 131 do nosso Código?

**Prof<sup>a</sup> Cláudia Nogueira**

Entendo que quanto à questão da comunicação ou não do bem pelo cônjuge do fideicomissário, depende que ele esteja casado ao tempo da morte ou do cumprimento da condição ou do termo. Se ele estiver casado pelo regime da comunhão universal, esse bem vai comunicar. Se a época em que ele cumpre a condição ou quando ocorre o termo ele já é separado, esse bem não comunica, mesmo que fosse casado ao tempo do óbito do testador. Portanto, o importante, aqui, na análise dessa segunda transmissão não é a análise ao tempo da morte do testador, mas sim quando há o cumprimento da condição ou quando há o termo estabelecido pelo testador ou ainda quando há a morte do fiduciário. Nesse momento é que vai ser avaliado se o fideicomissário vai ou não suceder e se o cônjuge desse fideicomissário terá ou não direito à meação desse bem hereditário. ☐

# Direitos de Vizinhança e Política Urbana

**JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**

*Procurador de Justiça/RJ. Professor da UFF e da EMERJ.*

Preparei, aqui, de forma objetiva, uma sinopse para que não haja perda de tempo na análise do tema a ser exposto. O objetivo do tema - registro até que estou, deliberadamente, inaugurando esse estudo em face da interdisciplinariedade do assunto - é o exame, que me pareceu muito pertinente, de uma pequena parte do Código Civil - o direito de vizinhança - conjugada com as normas sobre vizinhança e a propriedade, que compõem a nossa legislação urbanística.

A finalidade básica é essa, por uma razão simples: tenho observado que a vizinhança, como criadora de direitos e deveres, ou tem sido estudada de forma estanque no Código Civil (em virtude de seção nominada com tal matéria), ou tem sido estudada à luz, exclusivamente, do Direito Público, porquanto a vizinhança, mal ou bem, introduz aspectos ligados ao direito urbanístico, que é tipicamente de Direito Público. Então, a finalidade é fazer essa conjugação do direito privado e do direito público, no que toca a esse aspecto específico da vizinhança.

Meu objetivo na exposição - e eu gostaria de, antecipadamente, deixar isso bem claro - é examinar a aplicabilidade direta, concreta, do direito, ou seja, me proponho ao exame do direito posto, vigente, do *jus positum*, sem teorizações, sem filosofias jurídicas das quais, quero acreditar, nós já estamos um pouco cansados. Eu, aliás, gostaria até de lhes dizer que só é, a meu ver, concebível o estudo de filosofias jurídicas, na medida em que elas têm uma visão de aplicabilidade concreta. Do momento em que as teorias jurídicas são meras divagações filosóficas e teóricas, sem que sirvam para que você aplique o direito, elas

não nos servirão, nem a nós como intérpretes nem como aplicadores do direito. Então, a nossa proposta não é fazer, aqui, exercício de erudição - até porque não me acho capaz desse tipo de exercício - mas sim examinar, exatamente, o nosso direito concreto.

E sobre esse aspecto - “Direito de Vizinhança e Política Urbana” - o primeiro ponto que gostaria de considerar, e não podia deixar de falar nisso, porque é o pressuposto lógico, é a questão do direito de propriedade. Quem está voltado para a área do Direito Público e dirige seus estudos para o Direito Constitucional, sabe muito bem que a propriedade, embora tenha sido considerada tradicionalmente como matéria própria do Direito Civil, na verdade, dentro da Constituição hoje vigente (não era assim na Constituição de 1967), não se pode nem dizer que a propriedade é matéria objeto de competência constitucional da União Federal, até porque a própria Constituição biparte as competências.

Daí porque o primeiro ponto a considerar-se no que toca à vizinhança - que é um aspecto da propriedade - é que o direito de propriedade, primeiramente, vem sofrendo um processo de publicização. Quem está voltado para os autores mais modernos que vão fazendo o histórico dos períodos da evolução da propriedade observa que esta se encontra cada dia mais longe daqueles conceitos individualistas que vigoraram nas épocas anteriores do Direito e que, se bem percebermos, a cada dia mais se está jungido a certas restrições. E por que razão? Porque hoje a propriedade - e está na Constituição - não é mais senão um direito condicionado a uma função social. Esse é o outro aspecto. Então, toda vez que qualquer vetor representar algum tipo de benefício social, e esse be-

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 14/03/2003.

nefício social tiver prevalência sobre o direito individual da propriedade, na verdade estaremos aí diante de uma restrição ao direito de propriedade.

Em relação à questão da competência (é o ponto inicial, me parece), queria lembrar que a propriedade, desde logo, está, em primeiro plano, garantida no artigo 5º da CF; mas quem lê o artigo 5º na parte da propriedade – e há cinco dispositivos que tratam dela: XXII, XXIII, XIV, XV e XVI – vai verificar que a Constituição, depois de dizer que está garantido o Direito de Propriedade, ressalva, no inciso XXIII, que “*a propriedade atenderá a sua função social*”, como que a dizer o seguinte: “eu garanto o seu direito de propriedade, desde que atendida a função social”. Portanto, o que a Constituição deu com uma das mãos, no inciso XXII, ela retirou com a outra no inciso XXIII, para mostrar o círculo de interdependência exatamente em relação à função social.

Depois, vemos no artigo 22, I, da Carta Política, que a União tem competência para legislar sobre Direito Civil, e aí a gente imediatamente se volta para o Direito Civil, Direito de Propriedade, Código Civil, Livro III, Título próprio “Das Coisas”.

Mas a própria Constituição, logo adiante, no artigo 24, I, quando se refere à competência concorrente - no caso, ali, ela se refere à União, aos Estados e ao Distrito Federal - menciona como objeto da competência legislativa concorrente o Direito Urbanístico. Observe-se que ela não fala em propriedade, mas sim em Direito Urbanístico. A Constituição não se refere ao Município, no *caput* do artigo 24, mas se conjugarmos essa norma com o artigo 30, veremos que o Direito Urbanístico, evidentemente, integra a competência municipal.

Conclusão: apesar de termos a propriedade dentro do Direito Civil como objeto da competência da União Federal, temos uma competência legislativa concorrente das três esferas sobre Direito Urbanístico, e quando examinamos as regras do Direito Urbanístico, veremos que, sem dúvida, nelas existem vá-

rias limitações ao direito de propriedade. No fundo, no fundo, e principalmente, a lei municipal, como vamos verificar, vai ter, em nosso atual sistema, grande relevância no arquétipo formador do direito de propriedade.

Outro aspecto interessante: ficamos normalmente nas competências Constitucionais dos artigos 21, 22, 23, 24, 25 e 30, mas esquecemos que, lá na frente, no capítulo da “Política Urbana”, há competências próprias, e essa Constituição inovou, criou um capítulo com o qual - desculpem o termo - “descobriu a pólvora”, porque a política urbana, a política agrária, a política fundiária já existem nos sistemas europeus há décadas; nós conseguimos inaugurar agora, em 1988, capítulos próprios, colocados dentro da Ordem Econômica.

Desse modo, quando os artigos 182 e 183 são examinados, percebe-se que ali existem competências. Por exemplo: lá descubro que a União Federal recebeu competência para traçar regras gerais de política urbana, e que, além dessas regras gerais federais, existem regras específicas de implementação das políticas urbanísticas, que vão ficar a cargo do Município. Quando vemos que o Município tem o poder de criar obrigações urbanísticas (como obrigar a construir, a parcelar imóvel, a edificar), percebemos, sem demora, que essas regras tratam do direito de propriedade, que, na verdade, forma um conjunto não só dentro da parte das competências constitucionais, como também lá na parte que diz respeito ao direito urbanístico – não só o urbano, artigos 182 e 183, como na parte rural, agrícola, artigos 184 a 191. Se forem analisados os dispositivos um a um, veremos quantos são pertinentes ao direito de propriedade.

Agora, examinando a segunda parte: como o direito de vizinhança, que é objeto do tema, está dentro do Direito das Coisas e, por sua vez, do Direito de Propriedade, temos que fazer um atrelamento inevitável entre o Direito de Vizinhança e a Propriedade. Em nos-

so sistema vigente, do Código Civil atual, temos o Livro III, que trata Das Coisas; aí vem o Título I, que trata Da Posse; o Título II que trata dos Direitos Reais; e o Título III que trata Da Propriedade. O Título III está dividido, por sua vez, em capítulos, que tratam de vários aspectos ligados à propriedade.

Um desses capítulos do Título III - “Da Propriedade” - é, exatamente, o capítulo V, que trata dos direitos de vizinhança. Nesse capítulo, o Código Civil faz, com algumas alterações que examinaremos concretamente, divisão em sete espécies contidas no chamado direito de vizinhança.

Uma primeira parte, que trata do *uso anormal da propriedade*, é considerada por Orlando Gomes como sendo a Parte Geral do Direito de Vizinhança. Coisa interessante é que deveria até chamar-se “Disposições Gerais”, porque as Seções seguintes são todas ligadas a fatos de vizinhança específicos.

A seção I, “Do uso anormal da propriedade”, trata das regras gerais do uso, e nas Seções seguintes, II a VII, vamos encontrar os aspectos específicos da vizinhança, quais sejam, árvores limítrofes, passagem forçada, passagem de cabos e tubulações - tema novo, faremos breves comentários sobre isso - águas, limites entre prédios e direito de tapagem e direito de construir.

Conclusão: nosso direito de vizinhança, na verdade, integra um elo de ligação com o direito de propriedade e meu foco vai se centralizar exatamente no aspecto ligado ao chamado *uso anormal da propriedade*; duas palavras sobre o *direito de construir* e o que está vigorando no Direito Positivo - no Direito Civil e no Direito Administrativo Urbanístico - esse é o projeto básico do tema.

Duas palavras, primeiro, sobre a chamada vizinhança (já que o tema é “Direitos da Vizinhança”): trata-se de relação jurídica múltipla, plurilateral, e evidentemente, todos sabemos aqui, é uma relação jurídica de natureza conflituosa. Os romanos, até por curiosidade, usavam um brocardo dizendo

mais ou menos assim: “*Vicinitas est mater discordiarum*”. Tradução: a vizinhança é a mãe das discórdias.

O próprio Digesto já tinha preocupação com as questões de vizinhança e consta, de acordo com os nossos civilistas, que o próprio Ulpiano, ao relatar as linhas da propriedade, teria tido o cuidado de dizer o seguinte: “use a sua propriedade, mas respeite a propriedade vizinha”. Para a idéia de “respeitar” foi usado o verbo *imitat*, de *imitere*, que deu *imitio*, imissão, imitir. Só que a noção do Ulpiano era a de uma imissão material, uma introdução de bens corpóreos no terreno vizinho - essa a idéia que o romano tinha. Evidentemente que essa idéia evoluiu e o que era a chamada *imitio*, hoje se transformou no que o Código denominou - e o anterior não denominava - de “*interferências*”, expressão trazida por Ihering para dizer que tanto faz se o *imitere* é de lançamento de coisas materiais - frutos ou galhos que caem da árvore - como também se há repercussão de coisas incorpóreas.

A noção de vizinhança hoje implica a noção de coisas corpóreas e incorpóreas. Os princípios que regem as normas da vizinhança, basicamente, são todos calcados no *princípio da conciliação* ou *da harmonia social*, porque a vizinhança tem um aspecto específico: ela é de caráter permanente, é uma relação jurídica que se protraí no tempo. Os litígios, então, são sempre prejudicialíssimos, visto que o caráter permanente da relação jurídica tem que levar a conciliações sociais e harmonizações, e não a conflitos. Por isso, é que quando se examinam as normas do Código Civil, hoje regedoras do Direito de Vizinhança - começam no artigo 1.277 - observa-se uma coisa interessante: existem ali preceitos que são de ordem pública - impositivos à vontade dos vizinhos - assim como preceitos de natureza dispositiva - em que os vizinhos vão poder se ajustar, enfim, vão poder, harmonicamente, buscar objetivos comuns - a base é essa.

Apenas como questão de identificação de temas, há uma discussão en-

tre os autores - a meu ver até sem grande relevância - mas que vale a pena mencioná-la, já que estamos estudando aqui com muita brevidade: qual é a natureza jurídica do direito de vizinhança? o que ele implanta na ordem jurídica? implanta um tipo de limitação à propriedade ou tipo de servidão predial?

Quando lemos essas duas últimas disciplinas - as servidões e os direitos de vizinhança - em alguns momentos vemos linhas assemelhadas. Mas, seguindo na esteira dos civilistas, pelo menos domina o entendimento de que a caracterização do direito de vizinhança é, tipicamente, de limitação ao direito de propriedade. Isso porque ele apresenta, de fato (e estou convencido de que as servidões prediais têm um caráter diferenciado mesmo) - e isso me parece definitivo - o caráter da *reciprocidade*.

Não sei se é fácil notar esse fato: quando tratamos do direito de vizinhança, verificamos que a existência desse direito implica a criação de um dever de vizinhança, mas o indivíduo sujeito ao dever de vizinhança, por seu turno, tem um direito de vizinhança contra o titular do direito originário. Portanto, essa reciprocidade que caracteriza o direito de vizinhança não aparece nas servidões prediais, porque nestas só há o regime da unilateralidade - só um se beneficia, só um sofre o gravame - daí as expressões que se usam lá: prédios dominante e serviente porque, na verdade, um é serviente mesmo e não tem benefício algum.

Um outro aspecto que indica diferença é que, quando se estuda a servidão e suas formas de criação, nota-se que ela sempre retrata um direito elevado, ampliado para o titular do prédio dominante; é como se tivesse conquistado uma vantagem jurídica: o seu direito melhorou, porque além do prédio, ele tem uma servidão. No direito de vizinhança, não há essa ampliação de direito, porque os seus valores são totalmente diferenciados dos valores da servidão; trata-se de uma relação bilateral.

E, por fim, um último aspecto distintivo, também merecedor de análise:

é que na servidão a *natureza do direito é real*, até porque ela está elencada entre os direitos reais, e os direitos de vizinhança são *alguns reais e outros pessoais*. Portanto, em última análise, o que se tem, dentro do que os civilistas percebem, é que a melhor caracterização da vizinhança, hoje, é a de que estampa a configuração de *limitações à propriedade* ou, para quem quiser, ao direito de propriedade.

*Vizinhança e licitude*. É preciso que a conduta do vizinho seja ilícita para que o seu vizinho tenha um direito em face dele? Para os autores modernos, liceidade ou iliceidade são fatores irrelevantes para a vizinhança. Em consulta a que procedi, pareceu-me interessante o seguinte fato: o Professor Orlando Gomes e o nosso saudoso Ministro Aguiar Dias chegam a considerar que as condutas geradoras de direito de vizinhança do vizinho são condutas muito mais aproximadas a um tipo de fato gerador de responsabilidade objetiva - ou por ato abusivo, ou por abuso de direito, como dizia Aguiar Dias - do que a qualquer vislumbre de elemento subjetivo de culpa ou de dolo. Por isso é que o Código Civil usou a expressão “uso anormal”, na qual está longe qualquer idéia de subjetivismo, um pouco diferente da expressão anterior, “uso nocivo”. Permito-me, humildemente, dizer que, por uma questão de verificação do sentido, encontramos realmente no aspecto de “nocividade” muito maior elemento de caráter subjetivo do que você encontra no aspecto da “anormalidade” do uso - esse é outro aspecto.

Na classificação do direito de vizinhança (porque são muitos aqui), encontramos no Código Civil capítulos destinados à “passagem forçada”, “árvore limítrofe” e outros que são fatos que só eventualmente acontecem. Outros aspectos, ao contrário, têm ocorrência comum e ensejam aplicabilidade direta. É o caso, por exemplo, da classificação atinente à *onerosidade* do direito de vizinhança. Todos são direitos, mas há *direitos gratuitos e direitos onerosos*.



Há direitos onerosos em que o seu titular tem, ao mesmo tempo, um dever de indenização; trago aqui, como exemplo, o direito à passagem forçada. O objeto do meu direito é a passagem forçada em direção a uma fonte, a um porto etc., mas eu tenho um dever de indenizar. Repare-se: se a própria lei disse que o titular tem direito à passagem forçada mediante indenização; se a própria lei disse que o proprietário tem o direito de fazer passar cabos, dutos, e outros tipos de tubulações na propriedade vizinha, mediante indenização, o fato está indiciando que o legislador criou um caso de dano presumido, porque não deixou às partes a composição imediata do eventual litígio. Já, por exemplo, o direito de colher frutos que caem da árvore do vizinho no seu imóvel, é um direito gratuito – você já tem direito a esses frutos sem nenhum dever indenizatório. Portanto há, de fato, direitos conexos a deveres indenizatórios, e os chamados direitos gratuitos (que se pode exercer, muito embora só eventualmente), vão gerar um dever indenizatório – esse “eventualmente” significa dizer que, enquanto no direito oneroso há um dano presumido, nos chamados direitos gratuitos só vai haver indenização quando houver dano ou prejuízo real. Há uma diferença, realmente, de concepção.

Passo, pois, a examinar diretamente a parte, agora, do Código Civil. A parte até agora comentada referiu-se à vizinhança em suas linhas básicas. Examinando o direito positivo, daremos realce – é claro – às vírgulas e pontos e vírgulas que o novo Código apresentou em relação ao Código anterior. Começo pelo título da Seção, porque o capítulo é “Dos Direitos de Vizinhança” (artigo 1.277).

A primeira Seção tem o nome de “Do Uso Anormal da Propriedade”. Deveria ser “Disposições Gerais”, porque essa Seção trata de aspectos gerais da vizinhança; as outras seções dizem respeito a aspectos especiais, a fatos especiais geradores da interferência chamada prejudicial. Esse o primeiro aspecto. E aqui já vimos esse primeiro aspecto,

ou seja, a expressão “Uso Nocivo” foi substituída por “Uso Anormal” – eliminou-se o eventual subjetivismo do “nocivo” e criou-se o objetivismo da “anormalidade”. Vantagem? Muita vantagem, porque só revela o seguinte, a expressão “anormalidade do uso”: que não importa, especificamente, se a minha conduta na minha propriedade causa repercussões prejudiciais ao vizinho, em relação à minha própria intenção prévia de fazê-lo; ela revela apenas um caráter objetivo de que, este uso, mediante certos paradigmas, está fora dos *standards* normais do uso da propriedade – essa é que é a idéia que me parece muito mais objetiva; foi valiosa a alteração na minha visão.

Há um probleminha que surge, o de se saber o seguinte: quando o uso é anormal? Porque acabamos desaguardando na questão dos chamados *conceitos valorativos, plurissignificativos* ou *jurídicos indeterminados*. Sim, porque o conceito de “anormalidade” é um conceito variadíssimo. O que pode ser normal para um, pode não ser para outro; portanto, é um conceito valorativo, subjetivo. Então, o que é que cumpre dizer diante do Código Civil? Qual seria o parâmetro que eu teria que admitir para que pudesse traçar uma linha demarcatória entre o que é normal e anormal no uso?

Parecem-me aplicáveis dois critérios para exame da questão. Primeiro, o critério da tolerabilidade, porque quando você encontra a idéia da chamada “interferência prejudicial”, o Código Civil disse, no parágrafo único do 1.277, que a interferência proibida é aquela que deve levar em conta as edificações em zonas e os limites ordinários de tolerância; quando é que um limite de tolerância é ordinário ou é extraordinário? Desaguamos novamente num conceito valorativo. Síntese: de um lado, o fator é o da tolerabilidade – esse é um primeiro paradigma para tentar objetivar, positivar o conceito de uso anormal.

Por que se fala em tolerabilidade? Porque sempre pensamos, em termos de

vizinhança, naquelas situações em que se critica o vizinho, ou em que alguém se acha merecedor ou titular de um direito em face de uma conduta do vizinho que lhe desagrade. Mas a tolerabilidade tem que levar em conta a situação do imóvel em vários aspectos. E isso por quê? Os romanos já diziam isso: a vizinhança já traz, naturalmente, alguns desconfortos, alguns dissabores, alguns aborrecimentos. Isso para quem vive em regime de vizinhança, é fácil verificar.

Esses aspectos – até citei casos assim – esse desconforto e os sofrimentos naturais da vizinhança são aquelas situações que vivemos no dia-a-dia: festas de vizinho, som alto de vizinho, pessoal que acorda cedo, às 7h da manhã, e fala alto. Esse horário para muitos é bastante cedo, mas já é uma hora razoável para se falar um pouco mais alto, mas o vizinho não gosta muito.... Há o pessoal que não gosta do latido do cachorro, mas o latido ocorreu às onze horas da manhã e foi um latido eventual. Há quem não goste nem do choro do bebê do vizinho... Esses são casos concretos, do dia-a-dia. Então, vejamos como primeiro ponto a destacar: não vai haver vizinhança em que você se ache titular exclusivo do seu próprio conforto, porque o vizinho tem que saber conviver com uma coisa, a *colateralidade*; esse é o aspecto da chamada *tolerabilidade*.

Em segundo lugar, o outro paradigma aproximado é o que leva em conta os chamados *usos e costumes locais*, porque as propriedades se situam em locais diferenciadíssimos. Não se podem comparar propriedades situadas, por exemplo, em zona de asilos para pessoas idosas com propriedades situadas em regiões balneárias (Salvador, por exemplo). Imagine-se o centro de Salvador no carnaval? Quem vai poder ter um silêncio absoluto escutando os trios elétricos? Ninguém. Então, alguém vai ter que se sujeitar ao desconforto decorrente do uso e costume próprios do carnaval de Salvador, que, todos sabemos, abrange período maior do que o normal. Mas aquilo é o uso, é o costume da cidade; a fes-

ta é conhecida assim, faz parte da tradição cultural da cidade. Essas coisas têm que ser levadas em consideração; tudo isso faz parte da vizinhança.

Há um aspecto da vizinhança, uma questão que eu achei muito interessante, que vale a pena comentar: a *teoria da anterioridade*. Não sei se já houve oportunidade de a matéria ter sido estudada, mas é interessante – anterioridade ou pré-ocupação. É um tema interessantíssimo. Há uma teoria – que hoje está superada felizmente – a respeito do indivíduo que, num loteamento, é o primeiro a colocar a casa dele ali (ele está sozinho). Então, o uso dele não sofre praticamente nenhuma restrição; e então vão começando a chegar os vizinhos. Com exceções honrosas, o morador exclusivo daquele canto começa a dizer assim para si mesmo: “Ah, que bom que eu estou sozinho!”. Aí, quando vizinhos começam, por exemplo, a construir duas casas depois, ele já pensa diferentemente: “Hum, vai ter obra ali do lado, vai fazer barulho, e daqui a pouco vai ter gritaria ali, aqui estava tão bom...” Como regra, há um desejo de o indivíduo fazer daquela propriedade um mundo ao seu feitio, e a vizinhança não vai deixá-lo criar esse mundo.

Nesse momento, seria de indagar-se: a *pré-ocupação* ou a anterioridade gera o amoldamento do vizinho posterior às condutas e aos usos do proprietário precedente? Houve uma teoria que achou que o primeiro proprietário tivesse o direito adquirido ao uso da forma que ele começou a usar. Mas se se fosse admitir esse absurdo, era como se ele estivesse estabelecendo o paradigma local do uso da propriedade, ou, em outras palavras, como se ele estivesse criando o comando normativo de uso.

Esse ponto nos faz recordar aquela velha história da serraria (já houve um litígio dessa ordem): o indivíduo construiu a sua casa num local isolado, não tinha ninguém e ele, como aposentado que era, montou nos fundos de sua casa uma serraria privada. Como gostava muito da atividade, que praticava como

*hobby*, trouxe um parente para trabalhar com ele na serraria, e enquanto não tinha ninguém, aquele pó oriundo da madeira serrada não fazia mal a terceiros. Mas quando começaram a chegar os vizinhos, começou a haver reclamação de que da serraria emanava um pó que prejudicava a saúde dos vizinhos. Lembremo-nos de que o direito de vizinhança tem três “S”: *saúde, sossego e segurança*.

Então – observemos - se fôssemos adotar a teoria da pré-ocupação, todos iam ter que continuar respirando o ar de madeira picada, em pó, para que se adaptassem ao uso implantado pelo precedente, o que raiaria ao absurdo. Então, não há paradigma de anterioridade; continua havendo o limite da tolerabilidade normativa.

E aqui, ainda no artigo 1.277 - tudo isso é a respeito do primeiro artigo do Direito de Vizinhança - e eu me permito ler o dispositivo, porque sempre ajuda a compreensão: “*O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais...*” – essa é a novidade – “*... à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.*” Vejamos, quando lemos o artigo 554 do Código anterior, vemos a expressão: “*O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso...*” – “o mau uso” foi em bom momento substituído pelas “interferências prejudiciais”, porque o “mau uso”, novamente, dá uma idéia de conceito relativo: o que é “bom” e o que é “mau” uso? O que acarretaria o uso? Na norma do Código Civil, na expressão “*interferências prejudiciais*”, há a idéia de repercussão ou – como dizem os civilistas – de propagação dos efeitos da conduta do vizinho, em relação àquele que se julga titular da proteção jurídica.

Há algumas curiosidades; eu mesmo me fiz algumas indagações e me permito, aqui, dividir com os presentes. Em primeiro lugar, essa regra diz que o proprietário tem o direito de *fazer cessar*, quer dizer, o texto pode dar a impres-

são, aqui, que a única forma de proteção seja efetivada por uma conduta repressiva, porque *fazer cessar* pressupõe que a conduta ofensiva já se tenha iniciado, e se quer impedir a continuidade. Mas, nesse ponto, temos que dar uma interpretação extensiva, porque diante da nossa tutela preventiva, hoje, a cada dia, mais expandida no sistema jurídico, nós temos o direito não só de fazer cessar as interferências prejudiciais, como o *de impedir o início dessas atividades*, desde que consigamos comprovar que a atividade a ser deflagrada vai causar interferências prejudiciais.

Então, o primeiro aspecto a considerar: parece-me que o “fazer cessar”, que dá uma idéia só de tutela repressiva, envolve também a tutela preventiva.

Outro aspecto interessante - também é novidade, em termos, vamos dizer assim, mas houve uma melhoria de técnica: o código anterior dizia assim: “*O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito...*”. A idéia ficou muito restritiva. Por que só o inquilino? Por que não o usufrutuário, o titular do direito de uso, o enfiteuta? Estava limitado o texto. Então, o Código melhorou. Hoje, diz assim: “*O proprietário ou o possuidor...*”. E mais: possuidor é aquele possuidor a qualquer título, sem considerar aquela clássica divisão de posse direta e indireta. Portanto, o inquilino, que estava sozinho como titular do direito, hoje está dentro de um grupo de titulares de posse, sejam posses melhores, piores, como direito reais, como direitos pessoais. Realmente, pouca diferença faz se eu sou enfiteuta, ou se sou inquilino, ou comodatário, tanto faz. O direito de vizinhança tem que abranger todo mundo, não importa a relação jurídica, pessoal ou real.

Ainda, o artigo 1.277, parágrafo único, diz assim: “*Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança*”.

Duas pequenas observações: pri-

meiro, quando dizemos “...as normas que distribuem as edificações em zonas...”, estamos aqui fazendo um elo direto com o direito urbanístico administrativo, porque só quem cria normas em zonas de edificação são as normas de zoneamento urbanístico – aliás, é um dos capítulos do Direito Urbanístico: zoneamento. Em algumas cidades, podemos até não ter a divisão em áreas zoneadas – quer dizer, zona residencial, industrial, comercial, portuária, militar, mista. Mas isso se deve ao fato de que culturalmente não se está acostumado a tratar do plano diretor de Município. Isso, porém, é fundamental para a cidade, até para acarretar a tutela ao direito de vizinhança. Então, está aqui a idéia da lei, perfeita no meu entender. Leva em consideração essas edificações em zonas, como também leva em consideração a questão dos limites ordinários de tolerância. Portanto, voltamos à questão da tolerabilidade que vai tomar em consideração, evidentemente, o chamado *uso normal da propriedade*.

Outra coisa que me pareceu aqui suscetível de ser comentada: o Código novo diz que essas interferências são provocadas pela utilização da propriedade. O Código Civil anterior dizia assim: “...que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.” O sossego, a segurança e a saúde não são mais só direitos dos habitantes; existe, hoje, em direito urbanístico, a figura do chamado “usuário permanente”, que é aquele indivíduo que fica mais tempo em seu local de trabalho do que na sua casa. Esse indivíduo tem que ser objeto da mesma tutela de vizinhança do que a dispensada ao habitante. Então, essa idéia do habitante, que antes se relacionava apenas ao único titular do direito de vizinhança, realmente foi muito bem colocada no novo Código, que abriu a possibilidade de que o direito de vizinhança possa expandir-se para alcançar outros tipos de usuários da propriedade.

Uma outra observação que eu citei aqui é a de que o Código Civil, ao usar o

termo “moradores”, no artigo 1.277, parágrafo único (não chegou a usar o termo “habitam”, como fazia o Código anterior), melhorou em parte a redação do Código anterior apesar de nele, “moradores”, não estarem incluídos os “usuários permanentes”, que deveriam estar. Já no Direito Urbanístico, são sempre incluídos: toda vez que lermos o Estatuto da Cidade, podemos verificar que sujeitos da proteção não só os moradores, mas também os usuários permanentes, comerciantes, enfim, pessoas que efetivamente *usam* a cidade – daí o Estatuto da Cidade.

Gostaria de fazer uma breve referência quanto à chamada “*Passagem de Cabos e Tubulações*” . Trata-se de uma novidade; aqui, houve realmente uma inovação do Código Civil, nos artigos 1.286 e 1.287.

O artigo 1.286, *caput*, diz assim: “*Mediante recebimento de indenização...*” – portanto, é direito oneroso – “... 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 serviço de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa”. O que é que se nota na norma? Que essa norma, realmente, não poderia estar presente mesmo em 1916, mas, hoje, se tem um tema que tem atualidade jurídica, é o uso subterrâneo, no caso, o uso do subsolo. E digo isso porque a questão, hoje, não é meramente de Direito Privado. Se eu preciso passar um duto subterrâneo, para obter um serviço de utilidade pública – é o que diz aqui – e não tenho outro meio, menos oneroso ou gravoso, para utilizar esse elo, esse duto, esse conduto, então, tenho que usar a propriedade vizinha. Então, pago a indenização, mas tenho a possibilidade de me socorrer do serviço de utilidade pública. Esse tema é muito atual - e quem está aplicando concretamente o Direito, sabe disso – e a discussão se estende ao Direito Público.

Aliás acho, hoje, que – e aqui está

o meu mestre Jessé Torres, que depois pode responder e podemos até discutir isso – no Direito Público, nessa questão do uso subterrâneo de dutos e tubulações, o tema e as soluções são muito mais problemáticos do que, me parece, ocorreu aqui no Direito Privado – até porque lá nós temos problemas, primeiro, de círculos federativos diferentes, de prestadores de serviços diferentes. Tem pessoa que presta serviço público porque é pessoa pública mesmo; tem outro que é privado, mas o faz por delegação; aí o privado quer executar o serviço sobre um bem público, que é de um ente público de maior abrangência.

Nós estamos vivendo um momento de transição, com níveis de afetação diversos, justamente nível de afetação e, a cada dia, vou absorvendo a lição do Adilson Dallari, de que o Estado tem que parar de ficar com picuinha de dizer: eu sou União, você é estado e você é município; então, não mexa comigo, essa rua é minha, essa aqui já é sua. O Poder Público tem que ser um só. Então, se o serviço é público, as entidades públicas federativas têm que se ordenar no sentido de que o objetivo maior seja alcançado: a prestação do serviço público.

Afinal, qual é o problema de eu ter que passar um duto, para um serviço do estado, de gás canalizado por debaixo de uma avenida que tem regulação federal? Todo mundo devia estar de braços dados. Então, lá, os probleminhas têm sido maiores dos que agora vão nascer daqui. Aqui, não tanto. Aqui, o que o titular do direito vai dizer é o seguinte: “ - Olha, eu quero passar aqui o duto, para receber um serviço de utilidade pública” e o máximo que o vizinho vai poder dizer é o seguinte: “Escuta, não tem um jeito menos oneroso, menos gravoso? Se tiver, eu não vou deixar não; se não tiver, tudo bem: se não tem jeito, me pague e passe a tubulação por aqui”. Então, a questão hoje está, a meu ver, bem definida.

O Código ainda teve a preocupação de dizer que se o tal proprietário prejudicado pelo duto subterrâneo, pela tubulação, encontrar amanhã um meio de

utilização menos gravoso, mais benéfico para ele, ele então que providencie as alterações às suas expensas, mas isso não elimina o direito do titular do serviço público. A solução me parece, aqui, bastante razoável.

Bom, o momento já é o de conjugar-se o direito de vizinhança do Código Civil com o da política urbana. Por que é que eu lhes digo isso? Porque quando o artigo 182 da Constituição criou o sistema de política urbana, quem já se deteve ali vai ver o seguinte: que o grande instrumento da política urbana é o Plano Diretor. Observará que a Política Urbana é para o desenvolvimento das funções sociais da cidade e que leva em conta, portanto, o interesse coletivo dos Municípios.

Quando o artigo 182 e seus parágrafos previram as linhas básicas da política urbanística, todos devem ter observado uma coisa interessante: que no artigo 182 § 4º, a Constituição chegou a criar, em relação ao direito de construir, obrigações positivas - uma coisa interessante. Até então, o direito de construir, que é inerente à propriedade, condicionado aos regulamentos administrativos e ao direito de vizinhança – está lá e continua no Código Civil – sempre foi um direito objeto de restrições, de *non facere*; essas imposições do artigo 182 § 4º tornam obrigatório um *facere*, porque foi criado aqui na Constituição um Direito Positivo de edificar, ou seja, o comando normativo permite que o ato administrativo imponha ao proprietário um *facere*. Qual *facere*? Por exemplo, que o proprietário edifique... - “Não, mas eu não quero edificar”, poderia retrucar o proprietário. E o governo municipal definiria: - “Aqui não é questão de querer, eu estou impondo a você um *facere*”.

Com base nisso, a Constituição previu que o Município vai ser o grande implementador da política urbana, mas quem vai traçar as diretrizes gerais é a lei federal e agora, em 2001, foi editada a Lei 10.257, de julho de 2001, que implantou o Estatuto da Cidade, que nada mais é do que a lei federal que traça as

normas gerais previstas no artigo 182 da Constituição. E, de fato, antes dela, o Município não poderia implementar suas políticas urbanas, porque essa lei federal era uma *conditio sine qua* para implementação das leis municipais e, evidentemente, criadoras dos direitos urbanísticos. Veio então a lei federal. Agora, é aguardar que os municípios atuem (embora eu note uma certa lentidão nesse processo...).

Mas o que eu quis destacar do Estatuto da Cidade - eu fiz até umas observações para vermos quantas coisas existem ligadas à vizinhança - é que uma das suas diretrizes é o *direito a cidades sustentáveis*. Sustentabilidade de uma cidade é aquela que leva em conta o bem-estar do habitante e do usuário permanente; leva em conta vários aspectos: lazer, transportes, serviços públicos; é aquela em que não deve prevalecer o poder econômico, mas sim o intuito social.

Depois, o Estatuto fala em oferta de equipamentos urbanos, que são todos aqueles de que se servem o Poder Público ou delegados para implantar os serviços públicos. Sabemos muito bem que equipamentos urbanos podem gerar problemas de vizinhança. De vez em quando eu ouço - não sei como está definida a solução jurídica - alguns questionamentos sobre os efeitos prejudiciais de antenas de telefonia móvel; é mais ou menos isso. Quer dizer, o fato poderá estar prejudicando os vizinhos - isso é problema de vizinhança. Onde moro, há duas ruazinhas; numa delas, o dono alugou um terreno residencial; próximo à minha casa, então, existe uma antena enorme. Não tem mais nada no terreno; é alugado só para aquele fim. E há outros casos. Agora, ter-se-ia, evidentemente, que comprovar se a atividade, ou o fato, enfim, causa dano à saúde, pois fala-se em alguns emissores de energias, ou algo semelhante, que causaria danos à saúde. É preciso averiguar, pois que se cuida de parte técnica.

O Estatuto da Cidade fala em ordenação e controle do uso do solo. Às vezes, as limitações do direito de cons-

truir têm como objetivo evitar a conflituosidade intensa - que o italiano chama de "*conflitualità massima*" (máxima conflituosidade); a redução do direito de construção às vezes visa a prevenir a formação de litígios de vizinhança.

E, para finalizar, foi criado um instrumento novo, chamado *Estudo de Impacto de Vizinhança*, abreviado no Estatuto como EIV. É um instrumento urbanístico como vários outros previstos lá. Qual é a grande novidade - está aqui no artigo 36 do Estatuto da Cidade - do Estudo de Impacto de Vizinhança? A grande novidade é que poderá a lei municipal delinear quais as atividades e empreendimentos, que pela sua peculiaridade poderão repercutir na esfera dos vizinhos. O Código Civil menciona *interferências prejudiciais aos vizinhos pelo tipo da construção ou da atividade* - aqui, eu estou vendo questões ligadas, por exemplo, a shoppings (o problema do shopping não é o shopping em si, são as suas cercanias) e a outras atividades, ou ainda a entidades e estabelecimentos religiosos (aí o problema não é de construção, mas de sossego, de ruído; tem havido problemas de vizinhança nesse aspecto).

Então, vejamos, o que eu queria lembrar é que esse chamado Estudo de Impacto de Vizinhança - que, aliás, não prejudica o Estudo de Impacto Ambiental, ou seja, a lei ressalvou os dois, que vão conviver harmoniosamente - vai possibilitar a criação de um mecanismo prévio à concessão de licenças e autorizações do Poder Público para implementar empreendimentos e executar atividades, para evitar exatamente que prejudique a vizinhança, pois se o nome do estudo é Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança, o objeto da proteção tem que ser a vizinhança; essa será a sua grande vantagem.

Lembro ainda, porque é importante esse dado: sempre se considera que vizinhança tem correlação com *contigüidade*, mas, em nosso sistema, a vizinhança tem correlação com a *proximidade*, porque se todo imóvel contíguo é vizinho, nem todo imóvel vizinho é conti-

guo; portanto, o critério hoje é de proximidade. E até onde vai a proximidade? Até onde se propagarem os efeitos do chamado ato abusivo, ou ato excessivo - esses serão os limites da chamada proximidade.

E realço também, só para fazermos uma reflexão sobre isso: já se percebeu a importância da lei municipal na outorga do ato de autorização - atribuição que a lei geral, o Estatuto, deu para ela? Ela, a lei municipal, vai ser a definidora das atividades e empreendimentos para os quais tenha que haver um estudo especial, uma licença especial como condição para implementação, ou seja, em última análise, estou vendo aqui o Poder Legislativo Municipal editando indiretamente normas pertinentes ao direito de vizinhança e, conseqüentemente, ao direito de propriedade.

Conclui-se: posso dizer que o direito de propriedade é do Direito Civil? Não. Hoje, a propriedade na qual se situa a vizinhança, é um direito que a doutrina européia moderna chama de multidisciplinar, ou seja, ela recebe a incidência de normas de direito público em relação às quais a vontade das partes é irrelevante; prevalece o interesse público na ordem urbanística. Mas, de outro lado, também implementa normas dispositivas, que apenas possibilitam a chamada convivência pacífica, a harmonia social.

Uma coisa é certa: se não houver essas normas, a vizinhança nunca vai se compor sozinha. Conhecemos exemplos dos condomínios verticais, às vezes com cinco ou seis apartamentos, e todos os condôminos brigam entre si e não conseguem fazer nada. Imagine-se uma vizinhança formada por alguns tipos de imóveis onde a propagação dos efeitos do ato se estenda muito além dos limites da simples contigüidade dos imóveis verticais... Portanto, dentro do tempo que me foi dado aqui, estão aí as linhas, sinteticamente apresentadas, que mostram a conjugação, a harmonia, a multidisciplinaridade que hoje incidem sobre o direito de propriedade e os direitos de vizinhança.

**Des. Jessé Torres Pereira Júnior**

Eu vou lhe fazer a indagação desde logo; em seguida, farei uma breve digressão que vai explicar as razões da indagação. A indagação é de cabeça de juiz, no sentido de que é a preocupação que eu imagino que esteja na cabeça de todo aquele que terá de examinar essas matérias nas circunstâncias do caso concreto e decidir os conflitos. A indagação é: o novo Código Civil desafia o juiz a exercitar juízo de equidade, ou a construir o conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados em matéria de direitos de vizinhança e política urbana, ou ambos, conforme o caso? Nos sistemas romano-germânicos, a que o nosso se filia, cabe a equidade, típica do sistema anglo-saxão?

Agora, eu vou fazer uma breve justificativa, enquanto você se põe a meditar sobre isto. Vemos que a Constituição da República, no artigo 182, dedicado a definir Política Urbana, estabelece ser esta uma política entregue à execução da competência do Poder Público Municipal, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e garantir o bem-estar de seus habitantes. Sempre que a norma faz uso de adjetivações, cria dificuldades para a aplicação. O que seria “desenvolvimento pleno”? E o que seria “bem-estar” dos habitantes? Há toda uma doutrinação em torno do sentido dessas qualificadoras.

Mais adiante recapitulamos, hoje de manhã, que o artigo 1º da nossa Constituição enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, entre outros, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político. Seriam esses os grandes princípios informadores da nossa República, com repercussões sobre pleno desenvolvimento de funções sociais da cidade, e sobre a garantia do bem-estar de seus habitantes?

Acabamos de ver, pela exposição do Professor Carvalho, que os artigos 1.277 e seguintes do novo Código Civil fazem

alusões a numerosas figuras abertas; aludem a “limites ordinários de tolerância”, a “interferências prejudiciais” - o que já reduz, bastante, como mostrou o Professor Carvalho, a dificuldade que decorria da expressão “uso nocivo da propriedade” mas, ainda assim, temos que dosar esta “prejudicialidade”: prejudicialidade segundo que padrões, que critérios, que parâmetros? A prejudicialidade seria a mesma num bairro da Zona Sul e na favela da Maré? O bem-estar da população da cidade encerra o mesmo sentido para os bairros da Zona Norte e as favelas?

Adiante, esse mesmo conjunto normativo trazido pelo novo Código Civil faz alusão à possibilidade de o vizinho prejudicado poder exigir a redução daquelas interferências prejudiciais, mesmo quando resultarem de decisão judicial - está na letra da lei. Quem arbitra, quem dosa esta redução? Até que ponto vai esta redução? Vejam, eu estou fazendo referências mostrando questões que, certamente, serão desafiadoras, na composição de conflitos concretos. Preocupa-me aqui, por exemplo, a possibilidade de o vizinho que se sinta prejudicado pela atividade do outro, em razão de uma decisão judicial, querer obter esta redução do prejuízo decorrente dessa atividade e o juiz ficar embaraçado para decidir entre o que está abrangido pela força preclusiva da coisa julgada e o que não está. Todas essas considerações me trouxeram à lembrança uma antiga colocação que viemos desenvolvendo quanto à importância dos princípios no Direito Contemporâneo. As normas tendem a remeter o intérprete, o aplicador, o operador do direito, para considerações principiológicas.

Certa feita, desenvolvi uma idéia que na ocasião foi muito bem recebida, mas que agora, diante deste quadro de normas recheadas de conceitos indeterminados, talvez perdesse a expressão. Lembra-se de que as grandes navegações ocorreram, dando origem às grandes descobertas de um Mundo Novo, quando o homem não dominava

uma tecnologia que o impulsionasse com segurança pelos mares desconhecidos; guiava-se pelas estrelas. Mal comparando, a relação entre a norma e o princípio saía à relação entre a bússola e a estrela. Se você tem a bússola para conduzi-lo, e tem a estrela para indicar o caminho, e se a bússola e a estrela entrarem em conflito (por um defeito de imantação, a bússola apontar o Norte, quando deveria estar apontando o Sul, e a consulta às constelações indicar que o Sul está na direção oposta àquela indicada pela bússola), com que orientação será que ficariam esses grandes navegadores da Idade Média? Certamente que ficariam com as estrelas. Por isso, a comparação: a norma está para a bússola como o princípio para as estrelas. A complicação do desdobramento no seu aplicativo ao campo do jurídico, está em que as estrelas não mudam, foram criadas de uma vez para sempre por um Criador, ou por qualquer outra força, dependendo da convicção de cada um, e lá estão, fixas, imutáveis, permanentes. Os princípios acabam sendo obra do engenho humano, de toda natureza, de toda sorte e, mesmo quando dotados de uma proposição teórica perene, estão sujeitos a interpretações que vão dando sentido histórico e cultural, cambiante, de acordo com o tempo, com a cultura, com o espaço - esta é a dificuldade.

Então, diante de todo este quadro, também já ouvi comentários de Eminentes Juristas, considerando que o novo Código Civil estaria a deixar para o juiz o trabalho, o exercício de juízos de equidade. Tantas são as normas abrindo essas figuras de conceitos indeterminados, que o juiz deveria preencher com o seu senso de justiça, e a isso se estaria dando o nome de equidade - fico em dúvida quanto a isso, estou transferindo essa dúvida para você, Carvalho. Seria isto, efetivamente, juízo de equidade? Pelas lições que ainda consigo reter na memória, na equidade não há a norma, o juiz cria a norma, por isso a equidade - faz o papel substitutivo, porque o sistema não prevê a norma, e nem está cal-



cado nela, a norma não é a sua fonte primacial: isto é eqüidade.

Se você tem a norma, ainda que estabelecendo figuras abertas, conceitos indeterminados, de eqüidade não se trata. Estaríamos diante da vetusta figura do conceito jurídico indeterminado que, embora desafiante, é velha conhecida dos juristas; nada de novo debaixo do sol nesse aspecto. Mas, como o novo Código Civil é abundante nessas figuras (se tem aqui algumas, dentro dessa nossa área: “limites ordinários de tolerância”, “interferências prejudiciais”, “bem-estar da população”, “funções sociais da cidade”) - são conceitos abertos, que devem ser preenchidos - se justifica esta pergunta que eu agora leio de novo: o novo Código Civil desafia o juiz a exercer juízo de eqüidade, ou a construir o conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados em matéria de direitos de vizinhança e política urbana, ou ambos, conforme o caso? Lembrando, nos sistemas romano-germânicos, a que o nosso se filia, cabe a eqüidade, que é típica do sistema anglo-saxão?

#### **Dr. José dos Santos Carvalho Filho**

Eu pretendo, numa síntese de dois minutos, esclarecer dois pontos: em primeiro lugar, eu acho que a colocação do Professor Jessé tem toda a pertinência. Eu considero que o papel do Magistrado, toda vez que há o enfrentamento com conceitos jurídicos indeterminados, vai exigir que ele, na verdade, preencha o conteúdo de precisão que o conceito jurídico não tem.

Para tratar deste tema, precisei reestudar um pouquinho Direito Civil, propriedade e, ao reler, eu achei uma coisa interessante: nunca poderia haver padrões de objetividade para regular a vizinhança, porque há dois fatores impeditivos: primeiro, porque se trata de conflitos de interesses de pessoas, com toda a marca natural de sua heterogeneidade, quando não antagonismo de interesses, e de outro, pela variadíssima dinâmica casuística dos fatos que podem acarretar as chamadas interfe-

rências prejudiciais.

Então, do momento em que não há como estabelecer *standards* objetivos, que facilitariam muito a atuação do juiz, a mim me parece que o juiz vai, aqui, exercer um papel talvez mais importante, que é o de dar concretude ao juízo valorativo, ao caso concreto e, nesse momento - na minha cabeça, com todo o respeito - o juiz, mais do que o intelectual do direito, tem que ter sensibilidade. Ele tem que ter um juízo - eu até vou completar o que o Professor Jessé disse - de eqüidade onde não tem norma; eu vou dizer que é um juízo de razoabilidade, ou seja, a partir da instauração, hoje reconhecida, do princípio da razoabilidade, e da sua metodologia da proporcionalidade, eu quero acreditar que o papel do juiz se elevou não só em amplitude, como em importância. E, poderíamos até dizer que quando o juiz completa concretamente o conteúdo de um conceito indeterminado plurissignificativo, ele está criando uma norma jurídica especial para o caso concreto. E aí, nesse momento é que ele terá que valer-se dos seus mecanismos de sensibilidade jurídica, como disse muito bem o Professor Jessé: de eqüidade, de razoabilidade, de proporcionalidade. Só assim poderemos definir “uso anormal”, “interferências prejudiciais”.

Quanto à questão que o Professor Jessé disse aqui muito bem, do conteúdo do trânsito em julgado na norma (eu também tive essa dúvida da *res judicata*) - “Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis” - a única forma que eu encontrei de traduzir esse preceito normativo foi, primeiro, supondo que a decisão judicial teve, por conteúdo, apenas o reconhecimento do direito de utilizar - trata-se, aqui, de “uso normal” e “uso anormal” - a sua propriedade, ou de utilizar uma conduta que cause interferência.

Em outras palavras, o que o juiz declarou foi o reconhecimento de que eu tenho o dever de tolerar as interferências

as do meu vizinho; isto não quer dizer, ao se reconhecer isso, que eu, ao ter que tolerar, tenha que tolerar coisas mais gravosas. O que a lei está me parecendo querer dizer é que, embora eu esteja sujeito a um dever legal imposto judicialmente, no sentido de tolerar a interferência do vizinho, eu, a meu lado, sou titular também de um direito de exigir que essa interferência seja o menos onerosa ou gravosa possível, sendo que esse direito de exigibilidade que a lei contempla, no meu entender, parte de um pressuposto: haver possibilidade, porque se eu não tiver a possibilidade de exigir uma coisa menos onerosa, eu vou ter que ficar com o reconhecimento judicial do meu dever de tolerância.

Há um segundo ponto: essas possibilidades podem surgir supervenientemente, ou seja, o juiz julga hoje, por

exemplo, que eu tenho que tolerar esta interferência. Amanhã, com a nova tecnologia, eu digo que a interferência pode ser um pouco menos gravosa; eu vou, então, exercer o meu direito de apresentar outra pretensão (de redução ou de eliminação). Sim, porque eu estou com o dever de tolerar, mas quem sabe se, amanhã, algum fator novo pode até criar a eliminação da interferência? Então, pode ocorrer a solução supervenientemente. Essa é a razão por que me parece que o legislador completou esse tema. Mas, de qualquer maneira, quero aplaudir aqui o meu amigo especial e grande Professor Jessé Torres, pela sensibilidade e pela adequação da indagação, que diz bem mesmo do papel importante que o magistrado vai desempenhar na concretização desses conceitos plurissignificativos. 📄

# O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor

## (Pontos de Convergência)

**RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR**

*Ministro do STJ*

### **I – Do Aparente Conflito de Leis no Tempo**

Venho tratar das relações que se podem estabelecer entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

O primeiro tema a examinar é o aparente conflito de leis no tempo entre os dois diplomas. A questão está em saber se, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo permanecem reguladas inteiramente pelo Código de Defesa do Consumidor, ou se algumas dessas relações podem ser afetadas pelo Código Civil. Para encontrar uma solução, faço algumas considerações.

Todos sabemos que a ordem jurídica é um sistema, com condições de determinar as regras para a criação e reprodução de normas e assim se autoalimentar. É um sistema, porque estabelece a validade dessas normas que são criadas ou reproduzidas; e também, porque diz como será feita a aplicação dessas normas válidas.

É um sistema aberto, que pode sofrer a influência de valores externos, metajurídicos ou extrajurídicos, que atuam diretamente sobre ele. Não é um sistema fechado, como se estivesse distante do que acontece fora desse mundo de normas, que ele mesmo cria e sobre as quais dispõe, mas é algo que sofre, necessariamente, a influência de valores sociais, econômicos, morais, que estão fora dele e sobre ele atuam. Mesmo Luhman, que entende ser a ordem jurídica um sistema fechado, admite que ele

funciona como se fosse uma bolha, a sofrer alteração no seu contorno, por efeito de fatores externos que atuam sobre a sua conformação externa. Essa influência externa altera, internamente, o conteúdo e a disposição das normas.

Então, temos um sistema aberto - a ordem jurídica nacional, na qual se inclui o sistema de Direito Privado - e microssistemas, entre eles o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor regula uma relação específica e tem seus princípios e regras. Por um paradoxo nosso, por uma situação muito especial do Brasil, esse microssistema - que normalmente deveria ser influenciado pelos princípios do sistema - na verdade terminou influenciando o sistema maior de Direito Privado, porque este que tínhamos era extremamente desatualizado, reproduzindo idéias de mais de duzentos anos.

Quando surgiu o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, veio com ele uma nova visão do mundo negocial, e os princípios que esse Código adotou terminaram influenciando a interpretação e a aplicação do sistema civil. Tanto assim que, se observarmos a jurisprudência depois de 1990, e a própria doutrina, veremos o quanto a interpretação e a aplicação do Direito Civil mudaram no Brasil à luz dos princípios do Código de Defesa do Consumidor. Embora este esteja inserido num microssistema, terminou atuando, decisivamente, para influir sobre o próprio sistema.

O Código de Defesa do Consumidor possui alguns princípios: proporcionalidade

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 11/04/2003.

de, publicidade, igualdade, equivalência das prestações, informação, consentimento informado, defesa do hipossuficiente etc., e os usou com certa frequência, diferentemente do Código Civil, de cláusulas gerais.

Agora, surgiu e está em vigor o Código Civil de 2002, que introduz novos princípios e reproduz alguns outros presentes na Constituição de 1988. Então, no Direito Civil, para aplicar alguns daqueles princípios que antes só estavam consagrados na lei do consumidor, não mais necessitamos fazer remissão ao CDC, porque já os temos no próprio sistema.

A primeira idéia que tenho é a de que, no microsistema do direito do consumidor, inserido dentro do sistema maior do Direito Privado, devem ser aplicados os princípios do sistema. Se fizermos uma distinção entre princípios e regras, entendemos que princípio é o preceito que apreende um certo valor e o revela em um enunciado, que há de servir para a interpretação de outros dispositivos, e as regras são aquelas normas de conduta reguladoras do comportamento e de suas conseqüências dentro do ordenamento jurídico.

Pois bem, hoje, os princípios que temos no Código Civil podem ser, penso eu, usados e aplicados no microsistema do direito do consumidor. Se, por acaso, surgir conflito entre um princípio do Código Civil e outro do Código de Defesa do Consumidor, a prevalência há de ser em favor do princípio do Código de Defesa do Consumidor para interpretar e aplicar à relação de consumo, porque essa relação é específica e há de atender, principalmente, aos princípios do microsistema. Assim, por exemplo, o princípio de que a prova é ônus de quem alega, reproduzido, de um certo modo, no artigo 877 do Código Civil, onde está dito que “*Aquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro*”, não prevalece no âmbito do Código de Defesa do Consumidor porque neste admite-se, em tese, a presunção da veracidade da alegação do consumidor.

E com isso chego a uma primeira conclusão, no sentido de que, no confli-

to entre princípios, aplica-se à relação de consumo o do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange às regras que enunciam condutas e suas conseqüências, a toda relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Porém, se o Código Civil, em vigor a partir de 2003, tem alguma norma que especificamente regula uma situação de consumo, nesse caso, há de se aplicar a norma do Código Civil, isso porque se trata de lei mais recente. Como exemplo, lembro as disposições que temos hoje sobre o contrato de transporte de pessoas e coisas que integram o novo Código Civil e compõem um capítulo próprio, não constantes do Código Civil de 1916. Ora, todos sabemos que o transporte é uma relação de consumo estabelecida entre um fornecedor de serviço e um consumidor desse serviço. Embora o legislador tenha posto isso no Código Civil, na verdade, ele está regulando uma relação de consumo, à qual se aplica o Código Civil, não o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, no art. 740, o novo Código dispõe sobre a desistência da viagem antes de iniciada e garante a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de a passagem ser renegociada. E, uma vez já iniciada a viagem, há a possibilidade de o passageiro que desiste obter a devolução correspondente ao trecho não utilizado, demonstrando que houve a revenda para outro. Também dispõe que, em todas essas situações, tem o transportador o direito de reter 5% a título de multa compensatória. Quanto ao transporte de coisas, há uma regra que assegura o direito de o transportador ser indenizado – e tem um prazo de 120 dias para fazer esse pedido – dos prejuízos que lhe causou o proprietário remetente da coisa, se não avisou dos perigos. É uma regra específica, que estabelece prazo de 120 dias para a reclamação.

Essas disposições específicas para a relação de consumo em caso de transporte de pessoas e coisas são aplicadas, penso eu, em detrimento de outra qual-

quer que possa estar no Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de um direito superveniente que veio dispor, de modo específico, sobre uma relação de consumo. É uma questão de lugar, tendo o legislador escolhido regular a matéria no Código Civil, e não no Código do Consumidor.

Porém, embora em casos tais tenhamos de aplicar regras do Código Civil a situações específicas de consumo, em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, continuam todavia prevalecendo para elas os princípios gerais do CDC. Portanto, nessa relação de transporte, por exemplo, a questão da prova a respeito do prejuízo será regulada pelos princípios que estão no Código de Defesa do Consumidor, e não no Código Civil.

Assim, não se pode dizer que sempre se aplica o Código de Defesa do Consumidor à relação de consumo, nem é de afirmar-se que o Código Civil revogou as disposições do Código do Consumidor. Os princípios são os do Código de Defesa do Consumidor, as regras são as do Código de Defesa do Consumidor, salvo quando o Código Civil dispuser especificamente sobre uma relação de consumo, de que é exemplo o contrato de transporte de pessoas e coisas.

## II – Das Cláusulas Gerais

Trato, agora, das cláusulas gerais do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. Sabemos que a cláusula geral é uma norma que impõe ao juiz o dever de, no momento de fazer sua aplicação, determinar previamente qual a norma de conduta que deveria ter sido observada naquele caso. Em função da regra que ele cria para aquela situação, fará então a avaliação da conduta em exame. Se essa conduta estiver de acordo com a norma de dever, assim criada para aquele caso concreto, ela será considerada lícita; se em desacordo, será então ilícita.

O Código Civil de 1916 pouco usou das cláusulas gerais. Podemos encontrar ali o art. 159, que definia o ilícito absoluto como sendo o ato praticado com negligên-

cia ou imprudência, causador de dano, e atribuía ao autor dessa infração a obrigação de reparar o dano. Como o art. 159 não disse em que consistia a culpa, em que consistia o descuido que caracterizaria a existência da infração, cabia sempre ao juiz dizer qual a conduta devida em cada situação que examinava e, a partir dali, concluir se houvera ou não a infração, se houvera ou não o descuido.

Além dessa disposição do art. 159 – que era uma cláusula geral –, também tínhamos a do art. 924, que permitia ao juiz, em certos casos, reduzir a multa aplicada, prevista para o descumprimento do contrato. O art. 924 foi usado, pelo STJ, como uma cláusula geral para garantir ao promissário comprador a devolução do que havia pago, entendendo-se que a retenção pelo promitente vendedor corresponderia a uma multa, reduzida para 10 ou 20% do que fora pago. Isso serviu para afastar a cláusula de decaimento, normalmente prevista nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, e amenizar a situação do comprador, ainda que inadimplente. Fez-se do art. 924 uma aplicação extensiva, para permitir a solução de tais casos, pelo que poder-se-ia ver, nesse artigo, uma outra espécie de cláusula geral.

No art. 964 do Código de 1916, sobre o pagamento indevido, havia uma disposição dizendo que: *“Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir...”*. Essa mesma regra foi reproduzida no Código Civil de 2002, no art. 876 que tem, no entanto, uma redação melhor, mais ampla. A regra do enriquecimento injusto, que garante ao prejudicado a possibilidade de ser indenizado, consta do atual art. 884: *“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido...”*. É uma regra subsidiária mas, de qualquer forma, está inserida no nosso Código, para permitir o reequilíbrio em favor daquele que perdeu com o enriquecimento injusto do outro.

Além dessas disposições, poderia ainda mencionar, como cláusula geral no Código de 1916, o art. 1.056, que dis-

punha sobre a responsabilidade do contratante que descumpre o contrato.

Todas essas poderiam ser tidas como cláusulas gerais, porque permitiam ao juiz estabelecer a regra de conduta que, no caso, deveria ser obedecida. Mas a verdade é que no Código de 1916, ou por despreparo da nossa ciência jurídica, que não sabia como lidar com esse tipo de norma, ou por desnecessidade prática de qualquer referência a essa técnica, a cláusula geral não era conceito corrente. Foi o Código de Defesa do Consumidor que introduziu a presença da cláusula geral em alguns dispositivos de grande aplicação a casos práticos, como a hipótese da cláusula geral da boa-fé e a da onerosidade excessiva.

O Código Civil de 2002 segue com mais vigor por esse mesmo caminho, e tem várias cláusulas gerais. Veremos o que estava no Código de Defesa do Consumidor com relação a essas cláusulas, o que está no Código Civil de 2002 e de que modo podemos usar essas disposições – as do Código Civil e as do Código de Defesa do Consumidor – na atualidade.

### III – Da Boa-Fé

Começo pela cláusula da boa-fé objetiva. No art. 4º do CDC está dito que a política nacional das relações de consumo será harmonizada com a valoração dos interesses, de acordo e com base na boa-fé; o art. 51 reza que são nulas as cláusulas incompatíveis com a boa-fé. Enquanto a primeira é uma orientação para o legislador e para o Estado como um todo, que deve compatibilizar os interesses da produção e do consumidor com base na boa-fé, há a regra específica contratual do art. 51, dizendo ser nula de pleno direito a cláusula incompatível com a boa-fé.

Sobre a boa-fé, o Código Civil de 2002 tem disposições mais amplas e completas. Como já constavam do Projeto de 1975, que se transformou no Código de 2002, verificamos que o legislador civil de 1975, nesse ponto, foi mais avançado do que o do Código de Defesa

do Consumidor e melhor, até, do que o foi o de outros países em que se dispôs sobre a cláusula da boa-fé.

O artigo 422 do Código de 2002 reza que “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”. É uma cláusula geral que dispõe sobre a boa-fé no contrato, em todos os contratos. A boa-fé objetiva é o princípio de lealdade que deve orientar as relações humanas, de sorte que todos devem permitir sejam realizadas as expectativas que os outros têm nas relações mantidas na vida social, princípio ético que preside o ordenamento, está presente e serve de guia para todas as relações no campo do Direito Privado, e também no âmbito do Direito Público. Diz o art. 422 que esse princípio, em se tratando de relação obrigacional, deve ser observado desde a celebração até a execução.

Acrescento eu que o enunciado ainda admite maior extensão, pois a boa-fé deve estar presente mesmo antes da realização do contrato, isto é, já nas tratativas, porque é a boa-fé que sustenta a idéia da responsabilidade pré-contratual. Antes de celebrar o contrato, as partes estão obrigadas umas com as outras a ser honestas, probas, a não causar danos injustificados, a não criar expectativas inatingíveis, a não frustrar o que legitimamente delas era esperado. Por isso, aquele que inicia uma negociação e sem nenhuma justificativa dela sai, deixando para o outro, que nela acreditou, o prejuízo de nele ter confiado, responde pelo dano causado; não é com base no contrato, uma vez que contrato inexistente, nem na lei, que lei também não dispõe sobre isso; responde com base no princípio da boa-fé objetiva, que cria o dever de indenizar, antes do contrato.

Há de se entender, também, que essa boa-fé preside as relações mesmo depois de extinto ou de integralmente executado o contrato. Aquele que, depois de cumpridas todas as prestações contratadas, frustra as expectativas do outro, pode ser obrigado a indenizar por

ter violado o princípio da boa-fé. Quem aliena o seu estabelecimento, entrega o bem e recebe o preço, não pode depois disso ter conduta contrária ao que dele se poderia esperar, de acordo com a boa-fé. Assim, o vendedor de uma mercearia não há de, no dia seguinte, estabelecer a mesma mercearia ao lado daquela que ele vendeu, porque isso significaria uma concorrência desleal para com o comprador. O ilícito acontece depois de extinto o contrato, independentemente de cláusula contratual prevendo essa situação. Quero dizer que a boa-fé objetiva, criando obrigações ou limitando direitos, atua antes, na celebração, na execução, e até depois de extinto o contrato. O art. 422 do CC permite essa interpretação.

O art. 187 diz assim: *“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”*. Aqui se definiu o abuso de direito como sendo um ato ilícito e com isso ultrapassamos toda uma dificuldade teórica para conceituá-lo. O conceito de abuso de direito acolhido pelo Código não tem nenhum elemento intencional. Sabe-se que nossa antiga doutrina apenas admitia o abuso quando demonstrado que o titular do direito excedera-se com a intenção de prejudicar terceiro, com o propósito maligno de causar dano ao outro. Abandonou-se essa exigência meramente subjetiva para se dizer que o abuso de direito corresponde ao exercício de um direito além da boa-fé, dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, ou pelos bons costumes.

Com isso, a boa-fé é posta no Código Civil como uma couraça de todo o ordenamento jurídico para informar que todos os direitos subjetivos por ele assegurados somente poderão ser exercidos no limite da boa-fé, e isso vale para o contrato, para o Direito Civil de um modo geral, e também para o Direito Público. Essa é, acredito eu, a regra mais importante do Código Civil.

Essas disposições do Código Civil sobre a boa-fé completam as que cons-

tavam no Código de Defesa do Consumidor. Por isso, a cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas gerais sobre boa-fé no Código Civil podem ser aplicadas complementarmente.

#### **IV – Da Lesão**

A lesão é um vício que está presente na celebração do contrato. Se neste são estipuladas condições altamente desvantajosas para uma das partes, há ali a possibilidade de existir um vício que atinge o próprio contrato. É uma idéia que nos veio do Direito Romano, passou pelo Direito Português, estava na Consolidação de Teixeira de Freitas, mas foi proibida de ser invocada pelo Código Comercial de 1850, e esquecida no Código Civil de 1916. Ela ressurgiu no nosso direito pela lei de 1951 sobre a economia popular, que enumerou entre as causas de nulidade do contrato a usura real, existente sempre que uma das partes obtivesse vantagem superior a 20% do que era corrente ou justo (art. 4º da Lei 1.521/51). Mas, nesse caso, somente se reconheceria a nulidade se demonstrado o abuso da situação de necessidade premente, da inexperiência ou da leviandade da outra parte.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso V, veio retomar a idéia da lesão para permitir a modificação de cláusula que estabeleça prestações desproporcionais, isto é, quando as prestações não forem equivalentes. No artigo 51, diz-se que são nulas as obrigações consideradas iníquas, abusivas, ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Com isso, o CDC trouxe para o nosso sistema aquela idéia presente no antigo direito, de reconhecer a lesão sempre que houver, objetivamente, na celebração do contrato, uma prestação desproporcionada (se era de 20%, lesão enorme; se era de 50%, lesão enormíssima), bastando a simples presença da desproporção, independentemente do requisito subjetivo de estar o contratante debaixo de necessidade ou sendo explorado em sua inexperiência ou leviandade.

Já o Código de 2002, retornando ao espírito da lei de 1951, introduziu novamente, na idéia de lesão, o requisito da premente necessidade ou da inexperiência, conforme está no art. 157. Nesse ponto, o Código Civil disse menos do que deveria, e não se aplica essa regra à relação de consumo. O juiz civil - para os outros contratos sobre os quais incide - terá de interpretar a regra do art. 157 do Código Civil - que dispõe sobre a lesão e impõe o elemento subjetivo da necessidade ou da inexperiência - para verificar até que ponto, na verdade, vai ser exigida a prova dessa premente necessidade ou inexperiência. A rigor, penso eu, ele deverá entender que quem se obriga a uma prestação absolutamente exagerada e desproporcionada à situação do mercado ou ao que era justo, estava agindo, presumidamente, por extrema necessidade. É o único meio que terá o juiz do cível - estou aqui falando não do juiz da relação de consumo, mas do juiz do cível em geral - de garantir que o contrato seja justo, naquela idéia de Aristóteles, quando nele se entra ou sai com o mesmo, ou então, nas palavras que ele usou na *Ética a Nicomacos*: "*O justo no contrato consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação*". Caberá ao juiz do cível, portanto, ao interpretar o art. 157, dar-lhe uma feição adequada à idéia de justiça.

#### **V - Da Onerosidade Excessiva**

Diferentemente da lesão, defeito que está na gênese do contrato, a onerosidade excessiva é a consequência de um fato posterior, e surge em razão de fatos ocorridos depois da celebração do contrato. Pode acontecer que, por razões supervenientes, haja uma alteração objetiva da base do negócio, isto é, daquelas circunstâncias objetivas que estavam presentes no momento em que o negócio foi celebrado e em razão das quais foi feito. A modificação superveniente vai gerar uma dificuldade que tornará mais onerosa a obrigação a uma das partes.

Não se tratando de contrato instantâneo, isto é, aquele que se realiza e se

completa em um momento, quando um dá e outro recebe, mas de contrato que prevê prestações a serem cumpridas em um tempo futuro, seja em razão de execução diferida (prestações mensais no contrato de compra e venda), seja porque a execução é continuada ou duradoura (prestações no contrato de locação, ou no contrato de fornecimento), nesses casos a idéia é a de que deverá haver, no futuro, quando a prestação vier a ser cumprida, a manutenção daquelas bases presentes quando da realização do negócio. Se houver modificação capaz de colocar uma das partes em situação de grave dificuldade para suportar o cumprimento do contrato assim como avençado, haverá também a possibilidade da modificação daquela prestação, ou da própria extinção do contrato. Esse fenômeno é tratado sob diversas denominações: teoria da imprevisão, da onerosidade excessiva, da alteração da base do negócio, da pressuposição etc., mas, na verdade, é uma coisa só, e todas procuram explicar quais as características que deve ter esse fato superveniente para ter eficácia sobre o negócio já concertado. A questão está em saber que requisitos deverão estar presentes para que se aceite a modificação ou a extinção do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor, nesse ponto, tem uma regulação objetiva, isto é, basta que ocorra um fato superveniente que altere objetivamente o equilíbrio entre as prestações para que seja possível a revisão ou a modificação do contrato (art. 6º, V). Já o Código Civil de 2002 veio dizer, no art. 478 que, nesses contratos de execução diferida ou continuada, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, pode haver a modificação ou a resolução, mas desde que - e aqui impôs dois requisitos, que não estão no Código de Defesa do Consumidor - haja, em favor da outra parte, uma vantagem exagerada, e desde que esses fatos sejam imprevisíveis.

Ora, esses dois requisitos que não estão no Código de Defesa do Consumidor na verdade, a meu juízo, não deveri-



am estar também no Código Civil. Em primeiro, porque esse fato superveniente pode até ser previsível, – no Brasil, a inflação é um fato previsível –, mas esse fato superveniente previsível pode tornar absolutamente insuportável o cumprimento do contrato para uma das partes. Além disso, não faz parte do conceito de onerosidade excessiva, e nunca fez, o requisito da vantagem exagerada da outra parte. A onerosidade excessiva justifica uma modificação do contrato ou a sua extinção desde que uma das partes sofra de forma insuportável; pouco interessa se a outra tenha com isso uma vantagem, que poderá não ter. Assim, a redação do Código Civil, nesse ponto, pecou ao introduzir duas condições para a onerosidade excessiva que não deveriam ali constar, daí por que há de se aplicar à relação de consumo o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Agora, também acredito - e aqui faço uma observação aplicável ao juiz do cível em geral - que essa disposição do art. 478 há de ser interpretada juntamente com o art. 317 do Código Civil para os contratos que não sejam de consumo. Ao dispor sobre pagamento, o Código Civil disse que, se o juiz verificar ter a prestação perdido o valor, poderá determinar um reajustamento da prestação. Ora, se é possível ao juiz, simplesmente considerando o fato objetivo da desvalorização da prestação, recompor a obrigação em favor de quem é feito o pagamento, penso eu que esse mesmo princípio há de se aplicar, também, para quem vai pagar. No caso do art. 317, ao que parece, o legislador quis proteger o credor, para dizer que ele terá direito de solicitar o aumento da prestação. Mas essa mesma regra há de funcionar, também, atendendo ao princípio de isonomia, em favor do devedor. Com isso, poderemos conciliar essas duas disposições do Código Civil para afirmar que bastam os dados objetivos para que, com base na modificação superveniente das circunstâncias, tornando a prestação exagerada ou desvalorizada, seja feita a alteração do contrato.

## **VI – Da Redução da Cláusula Penal**

Estou retornando ao tema da redução da cláusula penal do art. 924 do Código Civil porque é uma regra importante, que permite seja aplicada, a título de redução da multa, a todas as situações em que o devedor inadimplente pede a extinção; obtendo-a, a redução da cláusula penal que previa a perda das prestações garante ao devedor a devolução de uma parte do que pagou. A regra do art. 924 está reproduzida no art. 413 do Código Civil de 2002, e com maior amplitude, isto é, agora está dito claramente que o juiz poderá reduzir a multa imposta toda vez que ela se mostrar manifestamente excessiva, independentemente da proporção de cumprimento da obrigação, como estava no Código revogado (art. 924), e com isso estará autorizando o comprador a receber a restituição de uma parte do que pagou, porque a multa, que corresponderia à perda total, é excessiva. Por isso, penso, o disposto no art. 413 do Código Civil aplica-se também à relação de consumo. Essa observação tem pertinência porque no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor havia o parágrafo 5º, que vinha expressamente dispor sobre a possibilidade de o devedor inadimplente reter ou receber de volta aquilo que havia pago na execução do contrato que, depois, ele não conseguiu cumprir. Essa disposição foi vetada. Portanto, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o comprador ficou desprotegido em tal hipótese. Com a interpretação que se propõe que seja dada ao disposto no art. 413 do Código Civil, esse artigo deverá ser aplicado em favor do consumidor, pois o CC concede mais que o CDC.

## **VII – Da Desconsideração da Pessoa Jurídica**

A desconsideração da pessoa jurídica não estava prevista no Código Civil de 1916, mesmo porque o seu art. 20 consagrava a absoluta separação entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Essa regra do art. 20 não está reproduzida no Código Civil de hoje, e o Código de Defe-

sa do Consumidor, no art. 28, tem uma regra amplíssima a respeito da responsabilidade dos sócios quando, na direção ou na administração da sociedade, tenham agido contra o contrato e/ou contra a lei, causando dano ao consumidor ao administrar mal a empresa, levando-a à insolvência ou à falência.

Sobre a desconsideração, o Código Civil traz uma regra específica no art. 50, no sentido de que a desconsideração da pessoa jurídica será possível em duas situações: quando demonstrado ou o desvio da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial entre os sócios e a sociedade. Portanto, apenas nesses dois casos é que o Código Civil permite a desconsideração. As hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor, na verdade, acredito, são apenas hipóteses de extensão da responsabilidade patrimonial da sociedade que se passa aos sócios, não sendo, propriamente, uma situação de desconsideração da pessoa jurídica.

A desconsideração da pessoa jurídica ocorre, no caso de desvio, quando aquele ato praticado pela pessoa jurídica é, em si, lícito, mas é ilícito se pensarmos que foi praticado para encobrir o ato do sócio. Isto é, ao ver-se o ato da pessoa jurídica, ele é lícito; visto como sendo um ato do sócio, é ilícito. Nesse caso, a pessoa jurídica é usada para encobrir o ato ilícito do sócio, desviando a sua finalidade. Em tal circunstância, é possível afastar a pessoa jurídica para atingir o sócio que, na verdade, estava praticando o ato. O exemplo clássico é daquele que, estando proibido de exercer uma certa atividade como pessoa física, constitui uma pessoa jurídica e por ela pratica o ato que a ele não era permitido.

Também se tem a desconsideração da pessoa jurídica quando já não há a separação entre o patrimônio dela e o dos sócios, distinção que é a razão de ser da pessoa jurídica. Então, estou dizendo e concluindo que as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre a desconsideração da pessoa jurídica, na verdade, não são hipóteses de

desconsideração, mas de extensão de responsabilidade por atos ilícitos dos administradores - regra que nós já tínhamos na lei que tratava da sociedade de responsabilidade limitada - e que as hipóteses de desconsideração que estão no Código Civil também se aplicam em favor do consumidor.

## **VIII – Da Responsabilidade Civil**

Tocante à responsabilidade civil, devo fazer duas observações: uma é sobre a responsabilidade objetiva, outra é quanto à indenização do dano moral.

No que diz com a responsabilidade objetiva, as disposições do Código de Defesa do Consumidor atribuem essa responsabilidade ao fornecedor. No novo Código, há duas novas regras, que também dispõem sobre responsabilidade objetiva: a do art. 927, que atribui a responsabilidade objetiva a todo aquele que normalmente exerce uma atividade perigosa e em razão disso causa um dano, e a regra do art. 931, que atribui a responsabilidade objetiva ao empresário que põe em circulação um produto, isto é, um bem ou um serviço e que, em razão dessa circulação, haja dano.

A norma do art. 927 dispõe sobre responsabilidade por ato ilícito; ilícito absoluto, independentemente de contrato, daí por que, de um modo geral, não terá também aplicação na relação de consumo que, em princípio, pressupõe a existência da relação contratual (tirante os casos de responsabilidade pré-contratual). A outra norma, a do art. 931, que atribui responsabilidade ao empresário que põe em circulação produtos, não se aplica à relação de consumo, porque a própria disposição legal esclarece que ela será usada se não houver disposição específica de outra norma. Como temos uma legislação específica para o consumo, ela em princípio não se estende à relação de consumo.

## **IX – Da Valoração do Dano Moral**

Em primeiro lugar, esclareço que trato sob a denominação de dano moral o dano extrapatrimonial, e mantenho

essa designação porque assim constou na Constituição e tem sido com certa uniformidade usado na doutrina e na jurisprudência.

Cuido da valoração do dano moral por ser assunto cada dia de maior interesse para nossa sociedade. E ainda porque a experiência do foro revela que as ações de indenização por descumprimento de contrato (na sua grande maioria, contratos de consumo) incluem um pedido de reparação do dano material, correspondente ao dano emergente ou ao lucro cessante, facilmente aferíveis, e outro, de reparação do dano moral, que corresponderia ao dano sofrido pelo consumidor com a frustração pelo inadimplemento do fornecedor, causa de transtornos e aborrecimentos. Na verdade, essa segunda parcela (que não se inclui nos danos emergentes e nos lucros cessantes) contém também um aspecto que não é só moral, e que consiste na falta da prestação em si, que deixa de se incorporar ao patrimônio jurídico do consumidor. Isto é, os consumidores que sofrem os efeitos do descumprimento ou do cumprimento imperfeito do contrato têm obtido indenização por esse fato não a título de dano material, que existe e que resulta do simples inadimplemento, mas como se fora uma reparação ao dano moral. Com isso, o dano moral passou a ser usado como vocativo para a definição de prejuízos causados pelo descumprimento de um contrato. Toda vez que um cidadão compra um automóvel defeituoso, ele pede a restituição do numerário ou a substituição por um outro veículo, e ainda a reparação do “dano moral”, a significar que ele está querendo é ser indenizado pelo mais que lhe resultou do descumprimento do contrato.

Por isso, o dano moral é algo muito importante para o dia-a-dia do nosso foro, e traz consigo uma terrível dificuldade: a avaliação desse dano. Não temos leis que estabeleçam critérios ou parâmetros para a fixação de dano; todas as disposições legais que tínhamos quanto à indenização por danos morais foram afastadas depois da Constituição de 1988,

que veio garantir a indenização pelo dano moral. Com essa regra, o nosso Tribunal passou a entender que não existe mais nenhuma limitação legal, nem da lei de imprensa, nem da lei de telecomunicações, nem do Código Penal, com o que o juiz, o advogado e a parte ficamos com a dificuldade de avaliar o dano moral. Penso que esse critério é, para todos os casos, a equidade.

## **X – Da Equidade**

No Código Civil, no capítulo que trata da indenização, no art. 944, parágrafo único, o legislador assevera que: “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização*”. Referiu-se, portanto, à equidade. E depois, no art. 953, quando tratou da injúria e da indenização pelo dano por ela causado, disse que, se a parte não conseguir provar o dano material - o que normalmente acontecerá, porquanto é muito difícil que da injúria decorra dano material -, o juiz fixará a indenização eqüitativamente. Há, pois, nesse mesmo capítulo, duas referências à equidade.

Em razão disso, o conceito de equidade é, no meu entender, o parâmetro que o legislador forneceu ao juiz para a fixação da indenização do dano moral.

Segundo Aristóteles, a equidade faz parte da idéia geral de justiça, como sinônimo de moral, de virtude. A equidade vai além da lei, porque ela procura garantir a aplicação do espírito da lei. São Tomás afirma que a equidade não é contra o justo em si, mas contra a lei injusta; quando ao juiz é permitido o uso da equidade, ele pode ir além da lei, para garantir a aplicação do justo. O direito, que é obra da justiça para estabelecer uma relação de igualdade entre as partes, na justa proporção do que cabe a um e a outro, permite ao juiz aplicar a equidade.

Para aplicar a equidade ao caso concreto, no sentido de que é preciso afastar a lei injusta para obter a aplicação do princípio de justiça, disse o filósofo que o juiz deve usar a régua dos arquitetos de Lesbos, flexível e maleável, que

permite ao engenheiro, no medir o objeto, acompanhar os contornos desse objeto. Essa, diz ele, é a régua da equidade. Essa é, acredito com firmeza, a régua do juiz, pois sempre que tratar de aplicar a lei, deve usar uma régua que lhe permita ajustar a sua decisão à hipótese em exame, ajustá-la àquela situação, para fazer a justiça do caso concreto. Nesse sentido, a equidade é um princípio e uma técnica de hermenêutica, sempre presente em toda a aplicação da lei.

Mas essa equidade a que se refere Aristóteles na *Ética a Nicômacos* é a equidade corretiva, aquela que o juiz vai aplicar quando tiver a necessidade de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei. E é a essa equidade que se refere o legislador quando, no art. 944, parágrafo único, diz que o juiz poderá, quando o grau de culpa for pequeno e a extensão do dano muito grande, fazer uma correção para deixar de aplicar a regra geral constante do *caput*, de que a indenização há de corresponder à extensão do dano. Pode o juiz afastar essa disposição para adequar uma indenização que seja mais justa em razão do grau da culpa do agente – é uma equidade corretiva.

Além dessa equidade, ou além dessa função que se dá à equidade, Aristóteles, na *Retórica*, disse que, quando houver um vazio ou uma lacuna na lei, pode o juiz também usar da equidade, não no sentido de que ele vá criar uma norma, como se fosse o legislador, para resolver aquele caso (como equivocadamente estava no art. 114 do Código de Processo Civil de 1939, que atribuía ao juiz, na lacuna da lei, criar uma norma como se ele fosse o legislador e, com base nessa norma, dispor para o caso). A equidade como supridora de lacuna, essa equidade integradora que o juiz vai usar no vazio da lei, não funciona desse modo, mas sim no sentido de que, nesses casos, o juiz parte especificamente das circunstâncias que está enfrentando e, a partir delas, chega a uma conclusão, independentemente da necessidade de criar nova norma. A regra do

art. 953, parágrafo único, do Código Civil permite ao juiz o uso da equidade integradora, suprimindo a lacuna a respeito de qualquer critério para a estipulação do dano moral decorrente da injúria.

Seja para arbitrar o valor da indenização pelo dano moral com o uso da equidade corretiva (diminuir o valor que seria de outro modo mais elevado), seja para fazê-lo por meio da equidade integradora (preencher o vazio com o uso da equidade), deve o juiz procurar expressar, na fixação da indenização, aquilo que corresponda à idéia de justiça presente na sua comunidade, que satisfaça à consciência média da sociedade para a qual se dirige a sentença e onde convivem autor e réu. Por isso, será sempre um juízo fundamentado, com a explicitação das razões pelas quais ele chegou àquela conclusão.

As regras da equidade do Código Civil, para a avaliação do dano moral, são aplicáveis às relações de consumo. À falta de outro critério, é o único que a lei nos fornece para esse arbitramento.

## **XI – Dos Juros**

Outro tema que está no Código Civil e interessa também ao Direito do Consumidor diz com os juros remuneratórios e moratórios. Tínhamos regras do Código Civil que estabeleciam critérios para a taxa de juros, e depois veio a Lei de Usura de 1933, estabelecendo como limite máximo de juros 12% a.a. Mais tarde, tivemos a Lei 4.595/64, que regulou o sistema bancário e permitiu ao Conselho Monetário Nacional limitar juros, regra que o Supremo Tribunal Federal interpretou como sendo a possibilidade de o Conselho Monetário Nacional ir além do limite, interpretação expressa na Súmula 596, até hoje aplicada.

O Código Civil trouxe duas regras a respeito de juros: a do art. 591, sobre os juros remuneratórios (aqueles que são devidos pelo uso do capital), no qual se estabelece que eles não podem exceder a taxa que a Fazenda Nacional aplica aos contribuintes pela mora no pagamento de impostos, e a regra do art. 406,

sobre os juros moratórios (devidos depois do vencimento), que permite sejam eles convencionados, e se por acaso não o forem, terão o limite dos cobrados pela Fazenda Nacional. A situação que se põe, então, é a seguinte: os juros remuneratórios, que devem ter um limite do qual não podem exorbitar, e os moratórios, que devem ter o mesmo limite se não convencionada outra taxa, devem atender a que limite? Ao da taxa Selic? Quando se realizou a Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em Brasília, há pouco tempo, decidiu-se que essa taxa Selic (que compreende, além de juros, também a correção monetária) não pode ser usada como critério para fixação da taxa de juros. Com isso, poderia, talvez, ser aplicada uma outra regra do Código Tributário Nacional, que estabelece um limite de juros de 12% ao ano? A verdade é que essa questão, de se saber qual o critério a ser usado para definir a taxa de juros remuneratórios, está em aberto. Mas tem grave repercussão no foro, uma vez que a conta de liquidação judicial, que antes incluía juros moratórios de 0,5% ao mês, hoje deve ser elaborada atendendo ao disposto no novo Código, isto é, incluir a taxa aplicada pela Fazenda Nacional. Enquanto não criado um índice que contemple apenas juros em favor da Fazenda Nacional, pode ser adotado o quantitativo do CTN, ou a Selic, descontada a inflação.

## **XII - Dos Prazos**

Por fim, uma breve observação a respeito da lei no tempo. Em princípio, os contratos têm sua validade regulada

pela legislação anterior, e os seus efeitos, determinados pela legislação nova (art. 2.035). Os prazos serão os da legislação antiga, quando reduzidos pelo Código de 2002, se na data de sua entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Quer dizer, se nós tínhamos um prazo de vinte anos e já transcorreram mais de quinze, aplica-se a lei velha; se tínhamos um prazo de dez anos e passaram-se apenas quatro, aplica-se, a partir dali, o prazo da lei nova.

Isso tem um certo interesse para o Código de Defesa do Consumidor, porque a ação de reparação de dano, cujo prazo prescricional, pelo Código de 1916, era de vinte anos, pelo novo Código Civil passou a ser de três anos, enquanto a pretensão indenizatória prevista no Código de Defesa do Consumidor tem a sua prescrição em cinco anos. Pergunto se essa disposição nova do Código Civil, que reduz o tempo de prescrição da pretensão indenizatória para três anos, também se aplica à relação de consumo. Acredito que, em razão de sua especificidade, que se denota inclusive pela regra própria sobre o início de sua contagem, mantém-se para o cálculo da prescrição da pretensão de reparação do dano causado ao consumidor a regra do CDC, permanecendo o prazo de cinco anos. Quanto aos prazos de decadência - que significam a extinção do direito formativo ou potestativo de reclamar ou de algum modo protestar -, continuam regulados no Código de Defesa do Consumidor, no art. 26. 